

non saprei davvero come si potrebbe star incerti sul significato della dizione aggiunta o dalle operazioni sociali. Del resto, anche questo punto è stato egregiamente messo in evidenza, a mio avviso, e dal VIGHI e dal RISSETTI nelle citate Note, sicchè io non credo di dover qui insistere sul medesimo.

A me premeva qui di prendere ad esame gli argomenti principali, che si adducono a sostegno di un'interpretazione ch'io ritengo sbagliata, e di mostrare qual sia, a mio giudizio, la vera interpretazione a darsi all'art. 919 n. 1° cod. comm. Mi premeva, anzi, soprattutto, di mostrare come lo sforzo, che si fa per interpretare la legge contro il senso fatto palese dal proprio significato delle parole, sia uno sforzo motivato e determinato da un concetto che non risponde al vero. E su questa parte ch'io ho creduto di dover qui specialmente insistere. Invece, quanto agli argomenti sussidiari o accessori, per così dire, i quali argomenti forse non sono presi molto sul serio neanche da quegli stessi egregi scrittori che li adducono, non ho creduto di doverne far oggetto di più ampio e minuto esame, parendomi che tali argomenti siano già stati ottimamente oppugnati, quali dallo stesso AZZARITI, quali dal VIGHI e dal RISSETTI, ai luoghi rispettivamente citati.

Avv. prof. ULISSE MANARA.

(Proprietà letteraria).

### L'AZIONE DEL CITTADINO CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Al Professore V. SCLALOIA nel XXV anniversario del suo insegnamento

#### CAPO I.

Posizione delle questioni e loro presupposti.

1. I presupposti del presente studio. — A. Interpretazione degli articoli 2 e 4 della legge sul contenzioso amministrativo.

(1) L'opinione che la distinzione fra atti d'impero e di gestione (n. 8, A, b, 3) serva come criterio di competenza giudiziaria, in modo che questa, ammessa sugli atti di gestione, rimanga esclusa per gli atti d'impero, eccettochè si agisca per ottenere in seguito ad essi una indennità dovuta ex lege indipendentemente da ogni questione sulla sua legittimità, ha prevalso fino al 1877 nella giurisprudenza del consiglio di Stato. MANTELLINI, *Conflitto di attribuzione*, I, pag. 71, 72, 81, 82, 86. Fu accolta in MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, III, 186, e tuttora in SAREDO, *Sui limiti suscettivi delle attribuzioni delle autorità giudiziarie ed amministrative* (Estratto dal giornale *La legge*, 1897). Non è esplicito il GIONSI, *La dottrina delle persone giuridiche*, vol. III (1892), pag. 463 e 464.

La giurisprudenza della corte di cassazione di Roma, dacchè questa è divenuta il supremo giudice dei conflitti, cioè dal 1877 in poi, ha ammessa con notevolissima prevalenza la competenza giudiziaria anche sui costi dell'impero: cass. Roma, sezioni unite, 12 giugno 1878 (*Corte suprema*, 1877-87, 584); 10 agosto 1883 (*ivi*, 1883, 738); 26 gennaio 1884 (*ivi*, 1884, 44); 7 gennaio 1893 (*Giur. it.*, 1893, I, 1, 303); 8 febbraio 1893 (*ivi*, 1893, I, 1, 303); 3 e 19 febbraio 1900 (*ivi*, 1900, I, 1, 274 e 277); 31 dicembre 1901 (*ivi*, 1902, I, 1, 5); 6 e 7 agosto 1903 (*ivi*, 1903, 898 e 778); 15 dicembre 1903 (*ivi*, 1904, I, 1, 181);

— B. L'art. 4 come disposizione derogatrice delle norme di diritto procedurale comune. — Razionalità del sistema opposto. — Sua inammissibilità in diritto positivo.

2. La duplice indagine del presente studio. — A. L'azione contro l'amministrazione considerata come azione di condanna al pagamento di una somma. — Incertezza circa la possibilità di uno scopo dichiarato. — Dottrina e giurisprudenza. — B. L'azione contro l'amministrazione come un'azione per far valere la responsabilità di questa. — Incertezza circa l'esistenza di azioni indipendenti dalla responsabilità. — Dottrina e giurisprudenza. — C. Partizione del presente studio.

1. — A. L'articolo 2 della legge sul contenzioso amministrativo concede azione al cittadino a tutela dei suoi diritti contro la pubblica amministrazione. Si può ormai ritenere pacifico, massime in giurisprudenza, che tale azione è concessa e rientra nella competenza dei tribunali, salvo eccezioni espresse di legge, tutte le volte che un cittadino invoca un diritto, senza distinguere se questo diritto è stato leso da un atto di gestione o di impero: e ciò quando anche cotale distinzione fosse ammissibile in sé e invocabile ad effetti diversi dalla determinazione della competenza (1). In ogni modo il presente studio parte dalla premessa, che in proposito circa la competenza non possa farsi differenza alcuna.

L'art. 4 della stessa legge disciplina l'azione suddetta nei seguenti termini:

« Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio.

« L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso ».

E pacifico che quest'articolo definisce la natura dell'azione concessa al cittadino contro la pubblica amministrazione (2) in relazione allo scopo immediato che essa si propone. Esso cioè determina quali sono le

13 gennaio 1904 (*ivi*, 1904, I, 1, 206), ecc. Questa giurisprudenza si rispecchia nei discorsi inaugurati dei procuratori generali. — Vedasi: DI FALCO, *Discorso inaugurale* del 3 gennaio 1881 in *Corte sup.*, 1881, pag. 1051 e seg.; *idem*, del 4 gennaio 1882, *ivi*, 1882, 135; AURITI, *Disc. inaugurale* del 3 gennaio 1889, *ivi*, 1889, 3. Ugual opinione è accolta dai seguenti autori: MEUCCI, *Ist. di dir. ammin.*, (1892), pag. 69 e seg.; ORLANDO, *Man. di dir. ammin.*, pag. 317; VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini nel Tratt. di dir. ammin.* dell'ORLANDO, vol. III, pag. 436; MORTARA, *Comm. al cod. di proc. civile*, 3° ed., vol. I, pag. 167 e seg.; VITTA, *Giust. ammin.*, pag. 12 e seg.; PRESUTTI, *Istit. di dir. ammin.*, 1904, vol. I, pag. 530 e seguenti.

Le poche sentenze e i pochi autori che ricorrono ancora alla distinzione della gestione e dell'impero come criterio di competenza reputano che l'azione di cui agli art. 2 e 4 citati sia sempre un'azione in responsabilità e che la responsabilità non esista che per gli atti di gestione. Ma, come sarà dimostrato nel corso di questo lavoro (n. 13) l'azione suddetta non n'è esclusivamente né principalmente azione di danni per responsabilità, laonde l'identificazione è errata.

(2) Per l'azione dell'amministrazione contro il cittadino nei rari casi in cui vi è interesse a sperimentarla dispone l'art. 5 di cui dovrò occuparmi per incidenza (n. 8, nota 29).

pronuncie che il giudice può emettere in caso di vittoria del cittadino per tutelare il diritto subiettivo di lui, l'attuazione ed esecuzione coatta che la sentenza può ricevere, ed i limiti di questa attuazione ed esecuzione.

Può dirsi anche pacifico che l'articolo in parola nel far ciò detta norme le quali si discostano dai principi di diritto comune, dai principi cioè che regolano le azioni e le sentenze nei giudizi tra privati intorno a rapporti di diritto privato.

B. La teoria che quest'articolo contenga una semplice conferma dei principi di diritto comune sarebbe indubbiamente più conforme all'essenza della funzione giurisdizionale e più vantaggiosa nei suoi risultati.

Il tipo della giurisdizione, al di fuori del campo penale, è costituito da quella ordinaria svolgentsi sulle controversie di diritto privato tra privati. Appartiene ad essa di dichiarare i diritti subiettivi. Le appartiene anche di condannare all'adempimento, sia in forma specifica, sia in forma di equivalente pecuniario, delle prestazioni materiali che costituiscono il contenuto di quei diritti, nonchè di assicurarne la soddisfazione con l'esecuzione coatta. Ciò facendo essa surroga la volontà lecita del giudice a quella illecita del soccombente rivelatasi nell'inadempimento. Le appartiene perfino, cosa spesso dimenticata, di emettere, in quei casi in cui l'attore ha diritto alla costituzione di un rapporto giuridico od alla sua dissoluzione, una dichiarazione di volontà in luogo e vece del soccombente, la quale pronuncia ha carattere di negozio giuridico (n. 4, C). Tutte queste attribuzioni appaiono necessarie per attuare, nel limite del possibile, la più completa tutela giuridica.

Allorquando la giurisdizione ordinaria nelle cause fra cittadini ed amministrazione (specie su rapporti di diritto pubblico) riceve in ordine a questi poteri una qualunque limitazione, ciò non può essere se non in base ad un concetto erroneo e non può costituire se non una restrizione nella difesa dei diritti del cittadino. Il concetto erroneo è che il surrogare la volontà del giudice a quella dell'amministratore, il che dovrebbe accadere nei casi e nelle forme sovraindicate, sia funzione amministrativa e non giurisdizionale e che pertanto costituisca una offesa alla libertà dell'amministrazione. Ma la premessa risulta falsa, dato l'esempio della giurisdizione civile (3); e non meno errata è la conseguenza, giacchè l'unica libertà che i tribunali, coll'esercitare la pienezza della loro giurisdizione vengono a sopprimere od infranare, è quella di violare la legge, l'unica cioè che non può né deve mai essere concessa. L'asciar fuori dalle attribuzioni dei tribunali, come in concreto accade in Italia, la facoltà di emettere ordini per la reintegrazione specifica dei diritti dove ciò è

(3) Vedansi le giuste osservazioni del MORTARA, op. e vol. cit., pag. 123 e seguenti, e del ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative nel Trattato* dell'ORLANDO, vol. III, pag. 611 e seguenti.

(4) In questo senso: ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà in Bibl. di scienze politiche*, vol. V, pag. 1003 e seg.; ROMANO, op. e loc. cit., il quale però sembra discostarsi dalla prima opinione in *Princ. di dir. ammin.*, pag. 173. Per una opinione alquanto diversa recentemente adottata dall'ORLANDO vedasi infra n. 8, A, c, a.

possibile, e la facoltà di surrogare le dichiarazioni di volontà, il ridurre la parte dispositiva, esecutoria e pertanto efficace delle decisioni alla dichiarazione del diritto e alla condanna pecuniaria, è costituire un sistema in alcuni punti contraddittorio e in altri evidentemente incompleto.

D'altro canto l'idea che coll'art. 4 nulla sia innovato al sistema di diritto comune neppure incontrerebbe nessun insormontabile ostacolo nel testo. La prima parte dell'articolo dicendo che « quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto in relazione al caso deciso », nulla più afferma, come dirò in seguito, che il principio della limitazione subiettiva od obbiettiva del giudicato. Il capoverso dell'articolo, in cui è detto che « l'atto amministrativo non può essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle autorità amministrative, le quali si conformeranno sul caso deciso al giudicato dei tribunali », potrebbe suddividersi in due proposizioni. La prima che, riservando all'amministrazione la revoca o modifica dei suoi atti, la interdice ai tribunali, potrebbe riferirsi a quei soli atti, che hanno portata generale (regolamenti, decreti concernenti più persone) e ne proibirebbe la revoca per i terzi non intervenuti al giudizio. La seconda proposizione concernerebbe l'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi nel caso deciso alla sentenza dei tribunali: e potrebbe interpretarsi nel senso che, ferma stando la interdizione della revoca agli effetti generali, per il caso speciale l'amministrazione incorresse nell'obbligo, secondo il diritto comune, di conformarsi alla cosa giudicata sotto la comminazione della stessa sanzione in via esecutiva (4).

Senonchè questa tesi incontra diverse difficoltà nello spirito della legge. A priori è strano che si senta il bisogno di una disposizione di legge per ripetere semplicemente principi generali, e se anche per chiarezza si crede di dover fare una simile ripetizione, non la si faccia con un semplice richiamo ai principii ordinari sulla cosa giudicata, sul contenuto e sull'esecuzione della sentenza, invece che con una formula, la quale può prestarsi anche ad altre interpretazioni. In concreto, poi, risulta dai lavori preparatori che le due tesi dell'applicabilità in materia del diritto comune e della necessità di norme eccezionali si contesero il campo nel parlamento (5). La prima ottenne vittoria alla camera dei deputati dove l'art. 4 conteneva la dichiarazione espressa « salva sempre l'esecuzione del giudicato per quanto riguarda la lesione del diritto ». Invece colla soppressione di quest'inciso e con l'adozione della formula odierna, intesa a non lasciare senza tutela e senza presidii l'azione del potere amministrativo (6), è

(5) Per l'applicabilità del diritto comune vedasi discorso MANCINI nella seduta 18 giugno 1864 (*Atti parlamentari*, camera dei deputati, sessione 1863-64, 1ª edizione, volume dal 20 marzo al 29 giugno 1864, pag. 3017); per la opportunità di un diritto eccezionale: relazione MINGHETTI (*Atti parlamentari*, camera dei deputati, sess. 1861-62, doc. n. 46, 2ª edizione, pag. 79); discorso MOSCA nella seduta 17 giugno 1864 (*Atti cit.*, camera dei deputati, sess. 1863-64, vol. cit., pag. 2929); relaz. VACCA (*Atti cit.*, senato, sess. 1863-64, 1ª ed., pag. 1017).

(6) Relazione VACCA citata.

F. CAUCCIO, L'AZIONE DEL CITTADINO CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, in GIUR. IT., 1905, IV, 23-109

da ritenersi accolta in definitivo la seconda. — A favore di essa inoltre militano altri due gravi argomenti. Innanzi tutto sta il fatto della giurisprudenza costante almeno limitatamente ai cosiddetti atti di impero (n. 3, A, c, β e B): è una giurisprudenza di tal fatta per un periodo di tempo ultratrentennale mi sembra costituire da sola una consuetudine interpretativa. In secondo luogo con la legge 2 giugno 1889, art. 25 n. 6 si è conferita competenza speciale di merito alla IV sezione sui ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei tribunali nel caso deciso. Ora questa disposizione, come risulta dai lavori parlamentari, è stata introdotta prendendo in considerazione la interpretazione prevalente nella giurisprudenza e per rimediare gli inconvenienti. Laonde, sebbene anche la lettera dell'art. 25 n. 6 si possa adattare all'opinione opposta, è da credere che l'interpretazione giurisprudenziale abbia ricevuto una conferma legislativa.

In ogni modo premesso che se anche il principio che l'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo contenga disposizioni derogatorie del diritto comune non fosse un teorema suscettibile di dimostrazione, sarebbe sempre opportuno prenderlo come postulato del presente studio. Giacché è di importanza ricercare quale carattere assuma l'azione del cittadino contro l'amministrazione date le regole stabilite dalla giurisprudenza prevalente, anche nell'ipotesi che le regole stesse sieno errate.

(1) ROMANO, op. cit., pag. 168: « Da ciò è a dedursi che praticamente la competenza giudiziaria deve nella maggior parte dei casi ritenersi possibile quando gli effetti dell'atto della cui legittimità si controverso sieno di natura patrimoniale, possano dar luogo, cioè, ad una attribuzione di indennità, ad una azione di rimborso, ecc. ». PRESUTTI, *La responsabilità delle pubbliche amministrazioni* (estratto dalla Legge), pag. 79 e 80: « Il giudizio innanzi all'autorità giudiziaria è diretto alla dichiarazione d'illegittimità dell'atto amministrativo e alla condanna dell'amministrazione pubblica al risarcimento dei danni a favore del privato ». Cass. Roma, sez. unite, 7 giugno 1904 (*Giur. it.*, 1904, I, 1, 1091): « Se è incontestabile che l'autorità giudiziaria può esaminare la legalità ed il fondamento giuridico di un atto amministrativo in quanto e per quanto si riferisce al danno che quello per propria efficacia abbia arrecato, non si può ammettere la competenza dell'autorità giudiziaria quando il danno non è ancora nato, per non essersi proceduto all'esecuzione dell'atto... ».

(2) GIORGI, op. e vol. cit., pag. 463-64; VACCHELLI, op. citata, pag. 444.

(3) GABBA, *Nota in Giurisp. it.*, 1875, I, 2, 216: « L'autorità giudiziaria chiamata a decidere intorno al fondamento di un atto amministrativo di cui pendente l'esecuzione può accogliere la domanda se le par giusta, non revocando l'atto amministrativo, ma soltanto dichiarando che esso non ha fondamento in diritto; non prosciogliendo il privato dall'obbligo di obbedire all'ingiunzione dell'autorità amministrativa, ma confermando le lagnanze che gli muove come di un'ingiustizia; e non privando l'atto di ogni effetto, ma dichiarando che non può avere effetto giuridico. Vero è che una questione siffatta è piuttosto un *praesudicium* che un vero e proprio giudizio. Ma non importa. Egli è però un *praesudicium* che la legge non esclude e che in pratica è destinato a sortire il desiderato effetto, una volta che la legge impone alle superiori autorità amministrative di conformarsi al medesimo nel revocare o modificare formalmente, cioè direttamente ed esplicitamente l'atto amministrativo, intorno a cui verte questione ». Vedasi anche dallo stesso autore: *Questioni di diritto civile*, 1885, pag. 136: « La questione... della responsabilità dello Stato... non è da confondersi, come taluni fanno, con quella della riparazione dei diritti privati col mezzo del contenzioso amministrativo. Vero è che questa riparazione è intrapresa contro abusi di pubblici funzionari a danno dei diritti dei privati, ma con qualunque modo essa venga ordinata mira sempre ed esclusivamente a far correggere lo sbagliato provvedimento di un'autorità amministrativa da un'altra autorità amministrativa. Né nel contenzioso amministrativo si discute direttamente tra il privato e lo Stato, né la nostra legge del 1865, che chiama i giudici ordinari a dichiarare gli effetti civili di un provvedimento amministrativo e impone alle autorità amministrative di uniformarsi a tale dichiarazione, o altra legge qualunque la quale pervenga allo stesso ultimo risultato, consentono che il giudizio del contenzioso amministrativo emetta una condanna al risarcimento dei danni; sicuramente l'azione di responsabilità per gli atti ingiusti e dannosi d'un funzionario, quando è ammissibile, non può muoversi contro lo Stato se non quando ed in quanto quella ingiustizia non abbia potuto venir riparata per via del contenzioso amministrativo. Vi hanno casi invece nei quali questa via non può esser tentata; tali sono, per es., tutti quelli di danno dato per semplice omissione della dovuta sorveglianza, ed altri casi in cui la revoca di un provvedimento amministrativo lasci nonostante gravi ed ingiusti danni già prodotti senza riparazione. Non può quindi in nessun modo confondersi l'azione di danni contro lo Stato per atti ingiusti e dannosi di pubblici funzionari coll'azione contenziosa amministrativa occasionata da quei medesimi atti. Sono due azioni distinte che talvolta possono concorrere, e anche talvolta si escludono, e che avendo il medesimo punto di partenza tendono ad un effetto del tutto differente ».

Vedasi pure MORTARA, op. e volume cit., pag. 228: « (L'articolo 4) non circoscrive l'ufficio giurisdizionale sopra gli atti amministrativi all'effetto del risarcimento del danno; ma

2. - 4. In generale l'azione concessa dagli art. 2 e 4 della legge sul contenzioso per effetto della disposizione dell'art. 1, nei riguardi del suo scopo e del contenuto della sentenza, in caso di vittoria del cittadino è considerata come un'azione di danni (1).

Di qui la prima conseguenza che è negata o trascurata la possibilità che l'azione e la sentenza abbiano un contenuto che non sia di condanna e implichi una pura dichiarazione di diritto. Una vaga nozione che questa seconda ipotesi possa verificarsi si trova in tutti quegli autori che considerano distintamente il caso di sentenza di condanna nei danni dal caso di sentenza da eseguirsi col ricorrere all'autorità amministrativa attiva o alla IV sezione per obbligare l'amministrazione a conformarsi al giudicato (2). Ma non si comprende se ed eventualmente quando essi ammettano che un'azione ed una sentenza tendano al solo scopo di esperire poi il ricorso amministrativo gerarchico o contenzioso. Anche negli autori, come il GABBA ed il MORTARA, i quali chiaramente consentono l'azione indipendentemente da un qualunque intento di ottenere una condanna, i limiti ed i rapporti fra l'una e l'altra specie di azione e di sentenza non sono stati (certo perché tale trattazione esorbitava dalla natura del lavoro in cui la questione era accennata) altrettanto chiaramente definiti (3).

B. In secondo luogo e rimanendo nei limiti delle azioni di condanna, dalla premessa che l'azione è di danni si desume spesso che è sempre e necessariamente

strativo, intorno a cui verte questione ». Vedasi anche dallo stesso autore: *Questioni di diritto civile*, 1885, pag. 136: « La questione... della responsabilità dello Stato... non è da confondersi, come taluni fanno, con quella della riparazione dei diritti privati col mezzo del contenzioso amministrativo. Vero è che questa riparazione è intrapresa contro abusi di pubblici funzionari a danno dei diritti dei privati, ma con qualunque modo essa venga ordinata mira sempre ed esclusivamente a far correggere lo sbagliato provvedimento di un'autorità amministrativa da un'altra autorità amministrativa. Né nel contenzioso amministrativo si discute direttamente tra il privato e lo Stato, né la nostra legge del 1865, che chiama i giudici ordinari a dichiarare gli effetti civili di un provvedimento amministrativo e impone alle autorità amministrative di uniformarsi a tale dichiarazione, o altra legge qualunque la quale pervenga allo stesso ultimo risultato, consentono che il giudizio del contenzioso amministrativo emetta una condanna al risarcimento dei danni; sicuramente l'azione di responsabilità per gli atti ingiusti e dannosi d'un funzionario, quando è ammissibile, non può muoversi contro lo Stato se non quando ed in quanto quella ingiustizia non abbia potuto venir riparata per via del contenzioso amministrativo. Vi hanno casi invece nei quali questa via non può esser tentata; tali sono, per es., tutti quelli di danno dato per semplice omissione della dovuta sorveglianza, ed altri casi in cui la revoca di un provvedimento amministrativo lasci nonostante gravi ed ingiusti danni già prodotti senza riparazione. Non può quindi in nessun modo confondersi l'azione di danni contro lo Stato per atti ingiusti e dannosi di pubblici funzionari coll'azione contenziosa amministrativa occasionata da quei medesimi atti. Sono due azioni distinte che talvolta possono concorrere, e anche talvolta si escludono, e che avendo il medesimo punto di partenza tendono ad un effetto del tutto differente ».

Vedasi pure MORTARA, op. e volume cit., pag. 228: « (L'articolo 4) non circoscrive l'ufficio giurisdizionale sopra gli atti amministrativi all'effetto del risarcimento del danno; ma

un'azione in responsabilità (4). Naturalmente anche qui i migliori autori hanno l'intuizione che le azioni condannatorie possono essere azioni per far valere la responsabilità dello Stato, ma non sono sempre necessariamente tali ed abbracciano azioni di danni che non sono azioni di danni susseguenti ad una responsabilità.

Ciò è in generale significato implicitamente col trattare delle azioni in responsabilità come di un caso speciale rientrante nella più generale competenza dei tribunali ordinari disciplinata dai più volte ricordati articoli 2 e 4. Ma né questi autori, né altri che insieme a poche sentenze più esplicitamente distinguono fra azioni e azioni aventi per oggetto una condanna, assegnano i criteri e i limiti della distinzione (5).

C. Mi propongo di determinare brevemente:

a) se e quando l'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione possa non aver carattere di azione di condanna, e specialmente quando possa essere azione dichiarativa;

b) se e quando l'azione suddetta, avendo carattere di azione di condanna e in particolare di condanna nei danni, possa far valere una pretesa, che non si fonda sopra la responsabilità dello Stato, nel senso che l'espressione *responsabilità* ha nel diritto privato.

impose che i tribunali conoscano degli effetti dell'atto (cioè di tutti gli effetti) in relazione all'oggetto dedotto in giudizio: per di più esso fece obbligo agli organi della funzione governativa di conformarsi al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso; e ciò non può riferirsi all'esecuzione di condanna pecuniaria per il liquidato indennizzo, bensì alle modificazioni, che l'attività dell'organo governativo deve imporre alla propria condotta... ».

La nozione che l'azione contro l'amministrazione possa essere dichiarativa, non è ignota alla giurisprudenza. Ricordo fin da ora una sentenza della cassazione di Roma (sez. unite), 2 giugno 1889 (*Corte suprema*, 1889, 370) così motivata: « Si assume che quando si tratta della lesione di un diritto l'azione sia proponibile, e sia quindi competente a definirla l'autorità giudiziaria se miri a reintegrare il diritto leso in modo indiretto, mediante la consecuzione dei danni-interessi, non quando l'azione miri a reintegrare in forma diretta e specifica il diritto leso... Codesta distinzione non è e non può essere nella legge... In ogni caso somigliante a quello in specie, oggetto della lite è la dichiarazione del diritto leso, e qui l'ufficio del magistrato finisce; il modo di reintegrare la lesione viene di poi ed è rimesso alla stessa autorità amministrativa ».

(4) MOSCA, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa*, pag. 161: « Gli atti lesivi del diritto altrui di cui parlano gli art. 2 e 4 della legge sul contenzioso amministrativo sono appunto quelli che arrecano un danno preveduto e nei quali la colpa è presupposta ». PRESUTTI, op. cit., pag. 87: « (Al privato che fu leso dall'atto illegittimo di un funzionario) si para innanzi una prima via; quella che gli viene offerta dalla legge del 1865 consistente nel rendere la pubblica amministrazione responsabile di tutti, indistintamente, i danni derivati dal fatto illecito, intento, che facilmente può raggiungere col notificare la citazione giudiziale, mediante la quale la mette in mora a revocare l'atto illegittimo e la chiama, nel caso che a compiere tal revoca si rifiuti, a comparire innanzi al giudice ». ROMANO, op. cit., pag. 53: « In secondo luogo è da ammettersi che gli enti amministrativi vadano incontro a responsabilità per i loro atti illegittimi, ma che tuttavia, anche rispetto ai loro funzionari, non derivino o sieno viziate da colpa. La teoria della

CAPO II.

L'azione contro la pubblica amministrazione considerata come azione di condanna ad una prestazione pecuniaria e come azione dichiarativa.

§ 1. — La distinzione fra azioni di condanna, dichiarative e costitutive nel procedimento civile fra privati. Contenuto ed effetti delle rispettive sentenze.

3. Necessità di una ricerca preliminare intorno al diritto processuale civile. — Limiti di questa ricerca. — Triplice categoria di azioni.

4. Le azioni di condanna. — A. Presupposto dell'azione: — a. Oggetto. — b. Interesse ad agire: a) attuale; β) potenziale. — B. Contenuto della sentenza. — Accertamento del rapporto giuridico. — C. Condanna. — Sua essenza. — a. Condanna nell'adempimento specifico: a) in caso di adempimento tuttora possibile e coercibile; β) in caso di adempimento tuttora possibile ma incoercibile. — b. Condanna al risarcimento di danni per adempimento specifico divenuto impossibile. — D. Vario significato della condanna nei danni. — a. Efficacia di coazione. — b. Surrogazione dell'oggetto della prestazione. — E. Efficacia della sentenza di condanna. — a. Cosa giudicata. — b. Esecuzione coatta: a) indiretta; β) diretta.

5. Le azioni dichiarative. — A. Loro esistenza in diritto italiano. — Azioni dichiarative espressamente concesse. — Tipo generale di azione dichiarativa. — B. Presupposti

responsabilità per danno obiettivo riceve, in tale campo, delle continue, per quanto inavvertite, applicazioni e indirettamente si può dire che sia stata riconosciuta dalle nostre leggi. Il principio che vieta ai tribunali la revoca o la modificazione degli atti amministrativi illegittimi, impone loro di provvedere agli effetti che da tale illegittimità possono derivare (art. 4 legge 20 marzo 1865); il che dalla dottrina più sana è stato sempre interpretato nel senso che dall'atto amministrativo che lede ingiustamente il diritto di un privato nasce per quest'ultimo una pretesa ad una indennità ». A. ROCCO, *La respons. dello Stato nel diritto process. penale*, in *Riv. pen.*, vol. 50 (1904), pag. 165: « L'art. 4 altro non è che un semplice richiamo allo istituto della responsabilità ». Per il MOSCA, il PRESUTTI e il ROCCO si tratta di responsabilità subiettiva per colpa: per il ROMANO di responsabilità senza colpa, cioè obbiettiva. Vedasi anche: cass. Roma, sez. unite, 22 gennaio 1878 (*Corte sup.*, 1878, 298): « Gli art. 2 e 4 della legge sul contenzioso amministrativo importano che l'autorità amministrativa, nell'esercizio del suo potere, irrogando un pregiudizio al diritto del privato in agendo o in omettendo, non si sottrae all'azione del privato e deve prestare la corrispondente riparazione del danno ». Id., 30 luglio 1881 (*ivi*, 1881, 587); 1° giugno 1882 (*ivi*, 1882, 971).

(5) Un tentativo di definire questi criteri si ha nel brano del GABBA, *Quest. di dir. civ.*, citato nella penultima nota; senonché sembra che il GABBA nel caso di azioni per far valere una lesione di diritto incapace ad indurre responsabilità riconosca alla sentenza un'efficacia soltanto dichiarativa e non mai condannatoria nei danni. Un cenno di distinzione si trova nella sentenza della cass. Roma, 12 maggio 1880 (*Corte suprema*, 1880, 742): « Anziiché in tema di responsabilità si versa (nella specie) in tema di ripetizione di indebito... Infatti, essendo attuata nel 4 giugno una nuova tariffa, in tanto si sarebbe riscosso dall'amministrazione un dazio maggiore, in quanto gli agenti daziaristi sarebbero arbitrariamente ricusati di sdiare la merce nel giorno precedente, laonde, fatta astrazione dall'applicabilità degli articoli 1151 e 1153, lo Stato non potrebbe pretendere di trarre profitto dalla differenza in più indebitamente entrata nelle sue casse ».

dell'azione dichiarativa. — a. Oggetto dell'azione e cioè: a) rapporto giuridico; b) fatto giuridicamente rilevante. — b. Interesse all'accertamento. — c. Contenuto della sentenza dichiarativa. — d. Efficacia delle sentenze dichiarative. — e. Cosa giudicata. — Pregiudiziale. — f. Prova rispetto ai terzi e massime ai funzionari amministrativi. — g. Produzione di effetti giuridici immateriali. — h. Differenze e analogie fra questi effetti e l'esecuzione coatta. — i. Esecuzione provvisoria e delibazione rispetto ad essi.

6. Le azioni costitutive. — A. Esistenza e categorie di questo tipo d'azione. — a. Azioni per surrogare una dichiarazione di volontà dovuta a) per obbligo contrattuale, b) per obbligo *ex lege*. — b. Azioni per annullare una dichiarazione di volontà costituente un rapporto giuridico coi terzi. — c. Azioni di annullamento di negozi giuridici tra le parti. — d. Azioni per costituire, sciogliere o modificare un rapporto giuridico insuscettibile di tali eventi al di fuori di un formale giudizio. — B. Presupposti dell'azione costitutiva. — a. Oggetto dell'azione. — b. Interesse ad agire. — c. Contenuto della sentenza costitutiva. — d. Accertamento. — e. Negozio giuridico. — f. Effetti della sentenza costitutiva. — g. Cosa giudicata. — h. Surroga e integrazione di dichiarazioni di volontà dei privati. — i. Esecuzione. — j. Effetti consequenziali al negozio giuridico: a) tra le parti. — b) per i terzi. — c. Analogia tra cotali effetti e l'esecuzione coatta. — E. Differenze e analogie con gli altri tipi di azione. — a. Colle azioni di condanna. — b. Colle azioni dichiarative. — F. Conversione delle azioni costitutive in azioni di condanna.

3. Per determinare in che cosa l'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo si discosti dai principii di diritto comune occorre conoscere quali sieno positivamente questi principii.

A tal uopo si rende necessario fare una digressione dal tema principale di questo studio per esporre schematicamente quei principii. Essi infatti non hanno peranco ricevuto una completa trattazione sistematica, sebbene se ne trovi l'inizio in alcune notevolissime opere recenti (1).

Bisogna pertanto procedere a un sommario riordinamento di queste regole, completare alcune lacune e mettere in luce quei precetti, che, trascurabili nell'ambito del diritto privato, sono importanti nel campo di quello pubblico. In ogni modo poi anche sui punti, e sono i più, in cui la materia è già elaborata nella nostra dottrina, è opportuno per chiarezza ricordare i

(1) Vedasi principalmente: MORTARA, *Comm. al cod. proc. civile*, vol. I e II, e massime in quest'ultimo volume, il libro III, capo I, sulla Teoria dell'azione civile, n. 414 e il capo II, Interesse e capacità ad agire, n. 454 e seg.; CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, 1903. Sull'esecuzione si consulti anche DI PALO, *Teoria del titolo esecutivo*, specie il capo II, pag. 72-110.

(2) Sul concetto di azione e sentenza di condanna vedasi in generale i commentatori del codice di procedura civile che si occupano quasi esclusivamente di questa specie di azioni e di pronunce. Si consulti soprattutto MORTARA, op. e loc. cit.; CHIOVENDA, opera citata, *passim*, e particolarmente pag. 83, in nota.

Possono anche utilmente consultarsi i proceduristi tedeschi e massime (limitando le citazioni a quelli direttamente consultati): DEGENKOLB, *Einlassungsvorgang und Urteilsnorm*, 1877, per la storia, pag. 89 e seg.; per il diritto attuale, pag. 96-101; WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, 1885, pag. 11 e seg., 14 e seg.; LANGHEIMKEN, *Der Urteilsanspruch*, 1899, pag. 194 e seg.; HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Civilpro-*

risultati cui questa è giunta, non essendo essi ancora comunemente noti e pacificamente accolti.

Le azioni secondo lo scopo immediato cui mirano, cioè secondo il contenuto della sentenza che esse invocano dallo Stato, sono da distinguersi in azioni di condanna, di accertamento o dichiarative e costitutive. I presupposti del diritto d'agire, il contenuto delle sentenze cioè le pronunce che si possono emettere per la tutela del diritto, la esecuzione o attuazione che queste pronunce possono ricevere, presentano notevoli differenze nelle tre specie di azioni, e possono essere diversamente influenzate, quando le azioni stesse si dispieghino nel campo dei rapporti fra cittadino e amministrazione, dalle disposizioni dell'art. 4.

Di qui la necessità di una trattazione separata. 4. Sono azioni di condanna quelle che invocano dallo Stato una sentenza definitiva di condanna. E sentenza di condanna quella che contiene un comando emesso dal giudice e rivolto al convenuto di adempiere una determinata prestazione materiale, comando sanzionato in caso di inadempimento mediante esecuzione coatta (2).

A. Le azioni e le sentenze di condanna nel nostro diritto presuppongono:

a) un oggetto dell'azione consistente nell'esistenza (prima della sentenza affermata dall'attore e dopo accertata dal giudice) di una pretesa. Si intende per pretesa la facoltà dell'attore di esigere dal convenuto una prestazione materiale, positiva (fatto, dazione o pagamento) o negativa (omissione, pazienza), facoltà che corrisponde a tutto il contenuto di un diritto subbiettivo (generalmente diritto di credito) o a parte del contenuto stesso (diritto reale) (3);

b) un interesse ad agire consistente nell'interesse ad ottenere una condanna e perciò:

a) di regola nella attualità della pretesa stessa, cioè nella inesistenza di qualunque termine o condizione che la sospenda, e nell'attualità della lesione della pretesa cioè nell'insoddisfamento della prestazione (4), il quale insoddisfamento è ciò che nella sistematica del diritto si chiama fatto illecito o anche più brevemente *torto*, nel senso di fatto contrario al diritto;

b) eccezionalmente nel pericolo di ripetizione di giudizi identici o nella mancanza di titolo esecutivo alla

*zessrechts*, 1903, pag. 46, 368 e seg.; SEUFFERT, *Commentar zur Civilprozessordnung*, 1902, vol. II, pag. 346 e seguenti.

(3) Sul concetto di pretesa seguono MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, 1900, §§ 163 e 164, e in parte REGELSBERGER, *Pandekten*, pag. 212 e seg. Cfr. CHIOVENDA, op. citata, pag. 45 e seg., nota 21-24.

(4) MORTARA, op. e vol. cit., pag. 586 e seguenti.

Si noti però che non è necessario che il convenuto si trovi in quella situazione giuridica che nel diritto delle obbligazioni si chiama *mora*, e che nell'opinione prevalente e per diritto nostro (cod. civile, art. 1225) è costituita dal ritardo dipendente da colpa, e presuppone in lui la scienza dell'obbligazione e della sua tempestività. Infatti a con la citazione stessa che può avvenire la costituzione in mora (cod. civ., art. 1233). Per l'opinione del WINDSCHEID che occorre sempre un'interpellanza e per la sua critica, v. THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, 1878, pag. 257-61.

Pureché la violazione di una pretesa consista nell'inadempimento di una prestazione materiale non si può far distin-

scadenza, prescindendosi allora dalla attualità della pretesa e della lesione; come per la condanna a prestazioni periodiche dopo l'omissione di una prestazione, a prestazioni subordinate ad una contro-prestazione, allo sfratto per locazione finita (5). Qui il fatto illecito o torto consiste non nell'inadempimento ma in una condotta che lo fa presumere.

B. La sentenza di condanna presuppone l'accertamento del rapporto giuridico donde deriva la pretesa di cui si assume la violazione e si richiede la soddisfazione (6).

C. La condanna è un ordine emanato dagli organi giurisdizionali e rivolto al convenuto soccombente, il quale ordina la per oggetto l'adempimento specifico della prestazione non soddisfatta, se è possibile, o altrimenti del suo equivalente pecuniario (danni), ed ha per sanzione l'esecuzione coatta.

Dal punto di vista del diritto privato e nei riguardi del preesistente rapporto giuridico quest'ordine, previa constatazione che il convenuto col suo comportamento illecito ha rivelato una volontà contraria al diritto ed ha in tale volontà persistito, consiste nel surrogare a quest'atto di volontà illecito un atto di volontà del giudice conforme al diritto.

Dal punto di vista del diritto pubblico esso crea un nuovo diritto subbiettivo di carattere pubblico nell'attore, quello di ottenere dallo Stato l'assistenza in *executivis*, e nel convenuto un nuovo dovere pure pubblico, quello di obbedire sotto comminatoria di esecuzione (7).

zione fra violazione del diritto e minaccia al diritto; bensì vi è sempre violazione. Può distinguersi soltanto la violazione o la minaccia rispetto a quella utilità materiale che è il substrato del diritto. Si considerino i casi di danneggiamento di cosa altrui o di minaccia di danneggiamento tale da dar luogo ad azione di danno temuto; oppure l'omesso adempimento di un'obbligazione di dare una cosa certa, e la minaccia di inadempimento mediante sottrazione che dia motivo a sequestro. Anche nel caso di semplice minaccia e pericolo si pretende una prestazione materiale, e l'inadempimento di essa costituisce insoddisfamento di una pretesa. In realtà, accanto alle pretese principali moventi dai diritti di proprietà o di credito vi sono pretese accessorie, aventi per scopo ultimo la conservazione delle pretese principali, per oggetto immediato fatti materiali. La lesione giuridica è uguale però nei due casi.

(5) MORTARA, op. e vol. citato, pag. 600 e 601; CHIOVENDA, op. cit., pag. 83 in nota.

Cotali giudizi preventivi non cessano di essere di condanna potendo la sentenza portare ad esecuzione, quando la violazione effettiva, prevenuta soltanto nella sentenza si verifichi. Così gli autori citati e nella dottrina tedesca: LANGHEIMKEN, op. cit., pag. 85 e seg., 141 e seg., 204 e seg.; HELLWIG, opera citata, pag. 368 e seg. E da ricordarsi però che il diritto germanico ammette tali giudizi con maggiore larghezza da noi, come rilevasi dal § 259 dell'ordinanza di procedura civile, ed è osservato dal MORTARA, op. e loco cit., in nota.

(6) DEGENKOLB, op. cit., pag. 140 e seg. HELLWIG, op. citata, pag. 67.

Le sentenze di condanna in una somma di danaro creano il diritto all'ipoteca giudiziale (cod. civ., art. 1970): in questo senso esse sono costitutive (n. 6, B e C). È questione anche se ogni sentenza sia costitutiva quanto alle spese del giudizio e non di mera condanna. Nel primo senso CHIOVENDA, op. citata, pag. 119, nota 119: io non oso pronunciarmi.

a. La condanna nell'adempimento specifico ha luogo tutte le volte che esso sia ancora possibile (8).

La possibilità dell'adempimento specifico, e corrispondentemente il modo della sua esecuzione coatta, si presenta diversamente secondochè l'oggetto dell'obbligo è un *dare*, un *fare*, od un *non fare*. È necessario esporre brevemente i principii su questo argomento, tanto più che per una necessità di fatto il contenuto degli obblighi dell'amministrazione anche per diritto pubblico non è differente, e uguali sono le conseguenze circa la possibilità, o meno, dell'adempimento. La condanna all'adempimento specifico può presentarsi o da sola o in forma alternativa insieme ad una condanna nei danni.

a. Essa si presenta da sola quando l'adempimento specifico non solo è possibile ma anche coercibile. E ciò ove si tratti di obblighi:

1) di *dare* una cosa certa e determinata, che si trovi tuttora nel patrimonio del debitore (9);

2) di *dare* un genere od una quantità (massime una somma di danaro), si trovi o no nel patrimonio del debitore e senza riguardo alla attuale sua impossibilità (impossibilità subbiettiva) di darla (10);

3) di *fare* opere fungibili sotto la sanzione derivante dall'autorizzazione al creditore di compierle o farle compiere in vece del debitore e il diritto di ottenerne il rimborso di spese (11);

4) di *non fare* quando la contravvenzione abbia carattere permanente e riparabile con una dazione (restituzione) o con un'opera fungibile. Se l'originaria

(7) Cfr. HELLWIG, op. e loco citato. Circa i rapporti fra diritto pubblico e privato nella condanna, vedasi per l'esposizione delle diverse teorie, sebbene con conclusioni diverse da quelle prese nel testo; DEGENKOLB, op. cit., pag. 80 e seguenti.

(8) Ciò non accade se il tempo è un elemento essenziale dell'obbligo ancorchè questo dopo il termine appaia ancora materialmente adempibile.

Quanto alle obbligazioni si disputa se il creditore abbia facoltà di scelta fra l'adempimento specifico o i danni o sia obbligato a chiedere quello finchè è possibile. Formulata così la questione mi sembra da adottare la seconda opinione. Il creditore ha la scelta soltanto quando, trattandosi di contratto bilaterale, si avvalga della clausola risolutiva tacita. Nel primo senso, eccettochè per le obbligazioni di dare un corpo certo, si esprime il GIORGI, *Obbligazioni*, vol. II, pag. 148. Si disputa anche se la scelta fra l'una e l'altra forma di condanna, sia nella facoltà del giudice. Non vedo su che cosa possa fondarsi tale potere discrezionale del giudice. Lo ritiene però ammissibile il GIORGI, loco cit.

È notevole, per i riflessi di diritto pubblico che, secondo un'opinione pacifica, il debitore è sempre obbligato all'adempimento specifico, né si può liberare prestando i danni, finchè la prima forma è possibile. GIORGI, op. e vol. citato, pag. 146 e 147. Cfr. per il principio che l'amministrazione non si libera con la prestazione degli interessi, n. 8, c. C, n. 9, D.

(9) Vedasi: GIORGI, *Obb.*, vol. II, pag. 140; BARASSI, *Sulla responsabilità per inadempimento delle obbligaz.*, 1899 (Estratto dall'*Arch. giur.*, n. 16-19, e dottrina e giurisprudenza ivi).

(10) GIORGI, loco cit.; BARASSI, op. cit., n. 21 e 22. Ove il genere si trovi fuori dal patrimonio del debitore l'obbligo di dare contiene anche un *fare*; inonde si possono applicare alcune delle regole che attendono agli obblighi di fare, come la surroga di altri e del creditore nell'acquisto previa autorizzazione giudiziale. Cfr. cod. comm., art. 68.

(11) GIORGI, loco cit.; BARASSI, n. 23.

prestazione ha contenuto negativo il puro adempimento specifico non è possibile: avvenuta la contravvenzione nessuna forza umana può farla rientrare nel nulla (12). Ma se gli effetti della contravvenzione sono permanenti (detenzione di una cosa sottratta; sopraelevazione di un edificio in spetto di una servitù *altius non tollendis*; chiusura per parte del locatore di un accesso al fondo locato in onta al contratto), la violazione dell'obbligo di non fare si perpetua in queste conseguenze, e dall'obbligo di non fare discende l'obbligo a sopprimere ciò che fu fatto. Di qui il concetto che si tratti di adempimento specifico di un obbligo tuttora adempibile, e non di risarcimento per un adempimento impossibile. Il quale concetto non solo deriva logicamente dalle premesse, ma è pacificamente ammesso quando si tratti di restituzione, e risulta quando si tratti di opere dell'art. 1222 codice civile dove si contrappongono la soppressione del fatto contravvenzionale al risarcimento (13).

β. La condanna all'adempimento specifico si presenta in forma alternativa con la condanna nei danni allorché la prestazione originaria è ancora possibile ma è incobrile. Il che accade per gli obblighi di fare un'opera infungibile (14).

β. La condanna per equivalente ha per oggetto i danni ossia la diminuzione del patrimonio, stimata in denaro, che l'attore ha subito come conseguenza dell'inadempimento.

Essa presuppone innanzi tutto che il fatto illecito o torto, che autorizza ad agire, sia di tal fatta da costituire la impossibilità dell'adempimento specifico (15). Data questa premessa i danni sono l'unico efficace equivalente pensabile, perché ricostituendo l'entità economica del patrimonio dell'attore risponde agli scopi economici del diritto privato. Secondariamente questo tipo di condanna presuppone anche alcuni estremi di diritto materiale che autorizzino a far gravare sul convenuto il danno derivante dall'impossibilità (n. 12).

È impossibile l'adempimento specifico ove si tratti di obblighi aventi per oggetto:

α) di *dare* un corpo certo e determinato che sia perito, smarrito o alienato (16);

(12) Laonde si dice, nel tema speciale delle obbligazioni, che le obbligazioni di non fare non danno luogo a *mora*. Ciò è significato dall'art. 1221 cod. civ. Sarebbe possibile un'azione di condanna per gli obblighi di non fare, data una violazione attuale e il ragionevole timore di violazione futura, qualora la condanna potesse avere una sanzione indiretta mediante cauzione, arresto o pena pecuniaria. Ma queste sanzioni che erano ammesse in diritto romano (FERRI, *Pandette*, pag. 440, nota 2 e 498, nota 3, per l'azione *negatoria*) e che sono consentite, per es., in diritto germanico (HELLWIG, op. cit., pag. 373 e 374, note 50 e 51) non sono di regola applicabili al nostro diritto, e neppure può darsi condanna in danni futuri ed eventuali.

(13) Nel senso espresso nel testo: GIORGI, loco cit., e THON, op. cit., 47-50. Conforme è in teoria BARASSI, n. 28 e contrario invece in diritto vigente, senza attendere, a mio avviso, sufficientemente al tenore dell'art. 1222 e ai principi da lui già posti circa le obbligazioni da fare. La questione se la riparazione possibile delle violazioni all'obbligo di non fare siano o no adempimento specifico è molto importante nei rapporti di diritto pubblico, perché attesa l'esecutorietà delle pretese am-

β) di *non fare* un'azione le cui manifestazioni sono transeunti (non recitare in una data accademia) o sieno permanenti ma irreparabili (distruzione di oggetti, omicidio, lesioni personali) (17);

γ) di *dare* o *fare* entro un termine determinato assunto come elemento essenziale dell'obbligo (18);

δ) di *dare* o *fare* anche se l'adempimento specifico è tuttora possibile durante il tempo della *mora*, cioè tra il momento in cui l'obbligo avrebbe dovuto adempiersi e quello in cui è stato effettivamente adempiuto.

D. La condanna nei danni ha dunque una duplice funzione:

α) rispetto ad alcune prestazioni tuttora possibili costituisce un obbligo del convenuto alternativo con l'altro di adempiere la prestazione, con facoltà di scelta, almeno entro un certo termine, e implica una coazione all'adempimento (*supra C, α, β*);

β) rispetto alle prestazioni divenute impossibili costituisce un obbligo unico, surrogato all'obbligo originario, e inevitabile per il convenuto.

E. Dalle sentenze di condanna, sotto determinate condizioni di diritto procedurale, nascono due specie di effetti:

α) l'efficacia di cosa giudicata, comune a tutte le sentenze;

β) l'esecuzione coatta, speciale alle sentenze di condanna.

α. La efficacia di cosa giudicata consiste nel valore definitivo che l'accertamento del rapporto giuridico contestato fra l'attore e il convenuto ed esaminato nella sentenza (v. *supra B*) viene a ricevere, dopo che la sentenza non è più impugnabile nei modi di legge.

È vietato al giudice, ove le stesse parti invocano la cosa giudicata, di apprezzare diversamente lo stesso rapporto giuridico nella stessa o in altra controversia. Siccome il rapporto giuridico può esser più ampio delle singole pretese per le quali è pronunciata condanna (condanna ad una rata di interessi e contestazione sull'esistenza di un mutuo per il capitale), così le sentenze condannatorie possono avere ed hanno spesso per una parte efficacia puramente dichiara-

ministrative (n. 7), molte violazioni di diritto si presentano sotto questa forma, e occorre determinare se l'azione per riparle in natura sia o no azione in responsabilità (n. 12 e 13).

(14) Risulta dall'art. 1220 del codice civile. In questo senso il GIORGI il quale, sebbene dica che in tal caso la prestazione è impossibile (op. e vol. citato, n. 109, pr.) si esprime di poi (n. 156) in modo da ammettere genericamente la condanna comminatoria nei danni per ogni giorno di ritardo; il che coincide con quanto è detto nel testo.

(15) Per la contrapposizione della possibilità e impossibilità dell'adempimento specifico come criteri fondamentali distintivi fra condanna all'adempimento e condanna nei danni si confrontino THON, op. cit., pag. 51, e SCIALOJA, *Obbligazioni*, litografie per l'anno 1901 e 1902, pag. 469 e 495. Si cfr., sebbene abbia idee in parte divergenti da quelle sostenute nel testo: BINDING, *Die Normen und ihre Uebersetzung*, vol. I, 1890, pag. 439; DEGENKOLB, *Der spezifische Inhalt der Schadenersatzes*, 1889, pag. 51 e seguenti.

(16) GIORGI, op. e vol. cit., pag. 145.

(17) GIORGI, op. e vol. cit., pag. 146.

(18) GIORGI, loco cit.; THON, op. cit., pag. 50-51.

tiva (18 bis). Valgono quindi per esse quanto si dirà in appresso per le azioni dichiarative (n. 5, D).

b. L'esecuzione coatta propriamente detta (19) che consegue alle sentenze condannatorie, è l'uso della forza statale per l'adempimento della prestazione da parte del convenuto (20). Le forme che essa assume nel nostro diritto sono:

α) *indiretta*, cioè a mezzo di coazione psicologica. Astrattamente appartengono a questa categoria le pene, l'arresto, le cauzioni, e la condanna nei danni nei casi di cui sopra (*sub D, α*). Le pene di qualunque carattere civile o criminale, non sono ammissibili mai presso di noi (21). L'arresto e le cauzioni giudiziali, sono ammessi in casi tassativi e tanto rari da potersi trascurare. Rimane la condanna nei danni sudicati. Essa però a sua volta richiede esecuzione diretta (22);

β) *diretta*, cioè a mezzo di applicazione della forza materiale; essa si esplica:

1) mediante la procedura di consegna di mobili o rilascio di immobili nel caso di prestazioni aventi per oggetto la dazione di una cosa che si trovi nel patrimonio del convenuto (cod. proc. civ., articoli 741 e seguenti);

2) mediante l'espropriazione forzata dei mobili ed immobili per le prestazioni aventi per oggetto una somma di denaro e così in particolare per il risarcimento dei danni (cod. proc. civ., art. 553 e seg.);

3) mediante applicazione della forza materiale per assicurare, occorrendo, l'esecuzione a cura dell'attore degli obblighi di fare opere fungibili (23), tutte le volte che queste opere debbono eseguirsi sul fondo

(18 bis) HELLWIG, op. cit., pag. 47. UNGER, *System des Oesterreichischen allg. Privatrechts*, 1892, vol. II, pag. 373, nota 17.

(19) Per l'analogia fra questa ed altre conseguenze della sentenza dichiarativa e costitutiva, vedasi *infra*.

(20) Su questo punto CHIOVENDA, op. cit., pag. 9 e seg., nota 7, e la letteratura *ivi*.

(21) Per l'esclusione delle pene pecuniarie civili, CHIRONI, *La colpa contrattuale*, 1897, 668; GIORGI, *Obbligazioni*, vol. II, pag. 212 e seguenti.

(22) CHIOVENDA riconosce l'esistenza di un'esecuzione mediante coazione indiretta, op. cit., pag. 18 e 20 in nota. Non crede però che essa rientri nel concetto di esecuzione coatta. Evidentemente vi è una differenza che anche io rilevo fra coazione indiretta o diretta. Ma mi sembra che entrambe vadano raccolte sotto un comune concetto di coazione. Comunque anche la coazione psicologica è caratteristica della sentenza di condanna. Il CHIOVENDA non annovera i danni come coazione psicologica; a me sembra che questo loro ufficio sussista e vada considerato nei casi ricordati nel testo.

(23) Cfr. *supra C, α, 3 e 4*.

(24) Manca una disposizione speciale. Si applicano in pratica per analogia le disposizioni dettate in occasione dell'esecuzione per rilascio di mobili e la espropriazione forzata di essi e concernenti l'uso transitorio della proprietà immobiliare dell'espropriato (cod. proc. civ., art. 594, 596, 742 e 746). Cfr. CHIOVENDA, op. cit., pag. 16, in nota.

(1) Per il diritto italiano vi è una trattazione in VITTI, *Commento sistematico al codice di procedura civile*, pag. 139-248, non favorevolmente giudicata dal CHIOVENDA. Di questo autore esiste invece una trattazione breve e succosa (per quanto necessariamente incompleta data l'indole incidentale di essa) nell'opera citata, pag. 76 o seg., in nota. Cenni si riscontrano in GIANTURCO, *Sistema del dir. civ. ital.*, 1891, pag. 237; FADDA e BENSA, nelle note al WINDSCHEID, *Pandette*, vol. I, pag. 926

del convenuto o su cose materiali da lui costruite (24) (per es., costruzione di opere di difesa della proprietà dell'attore nel caso di apertura di pozzi o di impianto di industrie pericolose nel fondo confinante del convenuto, cod. civ., art. 573-74; distruzione di costruzioni fatte dal convenuto sul fondo dell'attore, ecc.).

5. Sono *azioni dichiarative* (o di accertamento) quelle che invocano dallo Stato una sentenza definitiva dichiarativa. È sentenza dichiarativa quella che contiene soltanto la constatazione dell'esistenza o della non esistenza di un rapporto giuridico o di fatti giuridicamente rilevanti (1).

Le azioni dichiarative si suddividono, pertanto, in positive e negative.

A. La esistenza di *sentenze dichiarative*, benché trascurata nella dottrina italiana, come risulta dalle citazioni precedenti, non può naturalmente essere posta in dubbio. Sono dichiarative per necessità, che decorre dalla natura stessa della funzione giurisdizionale: 1) le sentenze definitive che rigettano le domande attrici (2); 2) quelle pure definitive che pronunciano condanna decidendo sopra un rapporto giuridico contestato più ampio della condanna stessa (3); 3) quelle interlocutorie, che ordinando atti istruttori pronunciano sopra questioni pregiudiziali. Neppure può contestarsi l'esistenza di azioni dichiarative, cioè di azioni che hanno per scopo immediato una tale sentenza; la legge o espressamente o in modo implicito ma chiaro le ammette in più casi (4).

La questione sta innanzi tutto nel determinare se esistano azioni dichiarative, come istituto normale al

e 1177; MANFREDINI, *Corso di dir. giud. civ.*, 1898, pag. 162 e seguenti; DI PALO, op. cit., pag. 116; MORTARA, op. cit., II, pag. 567.

Per il diritto francese brevi cenni in GARSONNET, *Traité de la procédure*, 1898, vol. I, pag. 508; FUZIER-HERMANN, *Répertoire v. Action en justice*, n. 91 e seguenti.

Per il diritto austriaco: UNGER, op. cit., vol. II, 372 e seg.; TROTTER, *Das oesterreich. Civilprozessrecht*, 1898, pag. 261.

Per il diritto germanico, sotto le solite riserve delle diversità legislative: DEGENKOLB, op. cit., pag. 173 e seg., 197 e seg.; WACH, op. cit., pag. 18; LANGHEINER, op. cit., pag. 127-194, e più ampie citazioni di dottrina, *ivi*; SIEFFERT, op. citata, pag. 346 e seg.; HELLWIG, op. cit., pag. 45, 379 e seg. Si citano anche due monografie speciali: WACH, *Die Feststellungsanspruch* e WEISMANN, *Die Feststellungsklage*, che non ho però potuto consultare direttamente.

In generale per il diritto romano e per il diritto comune: DEGENKOLB, cit., pag. 146 e seg., 202 e seg.; nonché i trattati di *Pandette*, fra cui: WINDSCHEID, *Pandette*, trad. FADDA e BENSA, vol. I, § 45; REGELEBERGER, op. cit., pag. 679 e 681; BARON, *Pandekten*, 1893, pag. 167; HÖLDER, *Pandekten*, 1891, pag. 324 e seg., ecc.

(2) HELLWIG, op. cit., pag. 46 e 47.

(3) N. 4, E. a.

(4) Sono, per esempio, azioni dichiarative ammesse in modo esplicito o implicito:

- a) di contenuto positivo, le azioni:
  - 1) per dichiarazione di esistenza di un matrimonio non iscritto nei registri (cod. civ., art. 121);
  - 2) per reclamare lo stato di figlio legittimo (*ivi*, art. 170);
  - 3) per accertare un credito condizionato od a termine contro terzi possessori di un fondo ipotecato a garanzia di detto credito, e ciò allo scopo di interrompere la prescrizione della ipoteca (art. 2126);

di fuori dei casi tassativamente enumerati. Le ragioni di dubbio possono trovarsi nel difetto di una disposizione generale espressa che consenta tale sorta di azione (quale, p. es., col § 256 dell'ordinanza di procedura civile germanica) e nell'esclusione dal nostro codice dei giudizi di iattanza. Ma ambedue le ragioni di dubbio sono infondate. L'art. 36 del codice di procedura civile dice che per intentar un'azione occorre avervi interesse: ma non vincola in alcun modo il concetto di interesse ai requisiti che si domandano per le azioni di condanna: laonde un interesse ad ottenere un accertamento è sufficiente a dar luogo ad un'azione, secondo la lettera del codice. Tale interesse inoltre apparisce interesse giuridico sia per la tradizione circa le azioni dichiarative nel diritto comune, tradizione non spezzata, sia per l'analogia colle azioni dichiarative espressamente concesse. Coll'abolizione dei giudizi di iattanza si è inteso di sopprimere questo istituto procedurale nella forma in cui funzionava nel diritto comune o nei codici anteriori alla codificazione: non se ne può argomentare la insufficienza di un interesse d'accertamento ad aprire la via ad una azione dichiarativa esercitata anzi che con quelle forme eccezionali nelle forme comuni della procedura nostra (5).

Amessa l'azione dichiarativa come istituto generale bisogna determinarne i presupposti, e ciò è di grande interesse per fissare i confini dell'azione dichiarativa nel campo del diritto pubblico. Ma siffatta determinazione è ancora incerta nella dottrina, specie nella nostra. Un concetto negativo soltanto è sicuro. Non è necessario che l'oggetto dell'azione sia una pretesa, né soprattutto che vi sia un'attuale violazione di essa da riparare materialmente: se così fosse non

4) far riconoscere la qualità ereditaria (in caso di opposizione) al fine di operare i tramutamenti di rendite nominative e simili (reg. 8 ottobre 1870, modificato con r. decreto 20 settembre 1874, art. 52, 65, 89, ecc.);

b) di contenuto negativo, le azioni:

1) per impugnare la capacità matrimoniale (codice civile, art. 82 e seguenti);

2) per impugnare lo stato di famiglia, cioè per disconoscimento di paternità (articolo 161), per impugnazione di riconoscimento di figlio naturale (art. 188, ecc., ecc.);

3) per far dichiarare la nullità *ipso iure* (non l'annullabilità) dei negozi giuridici (matrimonio, cod. civ., art. 104; contratti, cod. civ., articoli 1310, ecc., ecc.). Sul concetto di nullità in confronto ad annullabilità, vedasi per il nostro diritto CARONI ed ABELLO, *Trattato di dir. civ. italiano*, vol. I, pag. 94 e seg., pag. 493 e seg. Le ragioni per le quali le azioni di annullamento sembrano, nonostante gravissimi dubbi, da classificare fra le azioni costitutive, anziché fra le dichiarative, sono esposte *infra* n. 6. A. e. Sul carattere dichiarativo delle azioni di nullità e sulla proponibilità loro in via principale, indipendentemente sia da ogni domanda di restituzione, sia dalla necessità di difendersi per eccezione contro un'azione intentata sulla base del negozio giuridico nullo, vedasi: VITI, op. cit., pag. 223 e seg.; FADDA e BENSIA, note al WINDSCHIED, vol. I, pag. 926; GARSONNET, op. e loco cit.; UNGER, op. cit., pag. 372, nota 15; LANGHEINKEEN, op. cit., 145 e 146, i quali autori o per non ammettere la distinzione fra azioni dichiarative e costitutive come i tre primi, o per riferirsi, pur conoscendola, a specialità del diritto germanico, come il LANGHEINKEEN, parlano promiscuamente di azioni di nullità e di annullamento;

4) le opposizioni a precetto (cod. proc. civile, art. 579, 660).

vi sarebbe ragione di distinguere fra azioni dichiarative e di condanna. Neppure si può asserire che l'azione dichiarativa corrisponda ad una *pretesa di riconoscimento*, cioè ad una facoltà di esigere, e ad un corrispondente obbligo di prestare, il riconoscimento della esistenza o inesistenza di un rapporto giuridico o di un fatto giuridicamente rilevante (6). In alcuni casi quest'obbligo indubbiamente esiste (cod. civ., art. 1563 e 2136); ma non vi è un obbligo generale di riconoscere i diritti altrui, neppure se contestati: e spesso un riconoscimento anche se possibile non ha l'efficacia, almeno rispetto ai terzi, della dichiarazione giudiziale (7). Nel resto per determinare i presupposti dell'azione dichiarativa non è possibile che procedere per deduzione dai principi generali di diritto e per induzione dalle disposizioni dettate a proposito delle azioni dichiarative espressamente concesse.

B. I presupposti dell'azione e delle sentenze dichiarative secondo i suespressi principi sembrano essere i seguenti:

a. *L'oggetto dell'azione* può essere: a) un rapporto giuridico o b) un fatto giuridicamente rilevante.

a) All'espressione *rapporto giuridico* sembra che debba darsi il significato più comprensivo possibile di rapporto fra due o più persone nascente dalla vita sociale e riconosciuto dal diritto (8). Conseguentemente sembrano rapporti giuridici agli effetti dell'azione dichiarativa:

1) le singole pretese che costituiscono i diritti subbiettivi, quando si consideri la loro esistenza in relazione al loro corrispondente dovere e indipendentemente da violazione (9);

2) i complessi organici di pretese che costituiscono i diritti reali e diritti di personalità (nome, titoli,

Cfr. LANGHEINKEEN, op. cit., pag. 179; e nel senso che sieno costitutive: HELLWIG, op. cit., § 62;

5) l'azione principale per verificazione di scrittura (codice civile, art. 1321, 1392, 1985, 1989; cod. di proc. civile, art. 282 e seguenti);

6) la querela di falso principale (cod. proc. civ., art. 296 e seg.). La nozione espressa da MORTARA, op. cit., 567, nota 1, che quest'azione sia di condanna perchè implica distruzione o modificazione del documento falso dipende dal fatto che l'emittente autore include nell'idea di condanna e di esecuzione tutti gli effetti delle sentenze e non solo quelli coercibili contro il convenuto ed i suoi beni. Su di' che *infra*, lett. D. d.

(5) MORTARA, op. e vol. cit., pag. 602 e 603; CHIOVENDA, op. cit., pag. 76-82.

(6) Questo fu sostenuto dall'UNGER, loco cit., dal DEGENKOLE, § 139, e da altri di cui in LANGHEINKEEN, pag. 85 e seg., e in CHIOVENDA, pag. 91, in nota; cui deve aggiungersi JELLINEK, *System der subjectiven offentlichen Rechten*, pag. 116.

(7) Così è indubbiamente per l'azione per reclutare lo stato di figlio legittimo; così pure, per disposizione testuale, rispetto alla ricognizione di scrittura privata (cod. proc. civ., art. 282).

(8) REGELEBERGER, op. cit., pag. 71. Però è d'uopo attribuire alla definizione un significato più ampio di quello che le attribuisce il REGELEBERGER.

(9) Questa è la nozione più ristretta del rapporto giuridico: MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, § 5. La suscettibilità di questi rapporti giuridici a formare oggetto di azione d'accertamento è riconosciuta in LANGHEINKEEN, op. cit., pag. 118 e 143, e in HELLWIG, op. cit., pag. 194, 382, 389.

Così, per es., l'azione di che all'art. 2126 del codice civile (in questo num., nota 4, a, 3).

proprietà sui prodotti dell'ingegno, o i singoli tipi di diritti di credito (società, mutuo, vendita) (10);

3) i rapporti fra persone, che non determinano direttamente la nascita di pretese, ma costituiscono il presupposto perchè tali pretese nascano ove si verificano determinati fatti o determinate dichiarazioni di volontà. Questi sono gli *status*, di cui ormai non ha importanza nel diritto privato odierno se non lo *status familiae* (matrimonio, filiazione, ecc.) (11);

4) le *facoltà giuridiche*. Il diritto obbiettivo consente l'esercizio di *facoltà materiali* e concede l'esercizio di *facoltà giuridiche*. Le facoltà materiali sono atti naturali derivanti dalle esplicitazioni delle personalità (muoversi, lavorare, ecc.), o dell'uso delle cose (utilizzazione di un fondo, edificazione, distruzione, ecc.). In quanto non sieno proibite e non divengano pertanto delitti in via penale o civile, costituiscono semplicemente il *giuridicamente lecito*. Le facoltà materiali lecite non sono di per loro oggetto di azioni dichiarative in quanto giuridicamente irrilevanti. Possono formare oggetto di tale procedimento soltanto se altri vanta un diritto reale (*servitus altius non tollendi*) o personale (divieto di concorrenza, locazione, ecc.), in virtù del quale al titolare della facoltà ne sia interdetto l'esercizio; ma in tal caso l'oggetto immediato del procedimento è la non esistenza del diritto suicidato non della facoltà. Le *facoltà giuridiche* sono invece l'attribuzione che il diritto obbiettivo fa ad alcune dichiarazioni di volontà di una persona dell'attitudine a produrre (da sole o congiuntamente ad altre) determinati effetti giuridici, cioè la nascita, costituzione o modificazione di rapporti giuridici nel triplice significato indicato sopra 1) 2) 3). In quanto, non sieno escluse e divengano pertanto un'impossibilità giuridica, esse costituiscono il *giuridicamente efficace*. Rispetto a tali facoltà giuridiche sembra occorra una suddivisione (12). Alcune di esse sono *speciali*, cioè esistono rispetto a determinate contingenze e a determinate persone nel caso di precedenti rapporti giuridici (nel senso di che nei tre casi precedenti), nascono da speciali norme di legge o da negozi giuridici e si esauriscono con una dichiarazione di volontà del

(10) Questo è il concetto più comune di rapporto giuridico: vedasi REGELEBERGER, loco cit., e HELLWIG, op. cit., pag. 194. L'attitudine di questa specie di rapporti giuridici a formare obbietto di dichiarazione è ammessa in HELLWIG, op. cit., pag. 382. Così, per es., le azioni di nullità dei contratti.

(11) Circa la comprensione degli *status* nei rapporti giuridici: REGELEBERGER, op. cit., pag. 73; HÖLDER, op. cit., pag. 21; LANGHEINKEEN, op. cit., pag. 118; HELLWIG, op. cit., pag. 195; JELLINEK, op. cit., pag. 78. Circa l'attitudine di questo *status* a fornire materia di azioni dichiarative: HELLWIG, op. e loco citati; JELLINEK, op. cit., pag. 120.

Così, per es., le azioni di reclamo di figlio legittimo, di disconoscimento di paternità, ecc.

(12) Su quanto sopra: THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, capo VI e VII, specie a pag. 338 e seg.; BIERLING, *Juristische Principienlehre*, 1896, vol. I, pag. 162 e seg., 179 e seguenti; JELLINEK, op. cit., pag. 43-48. Si può utilmente consultare anche BIANCHI, *Trattato delle leggi*, § 41.

(13) Per il caso in cui si richiegga o l'intervento dell'autorità giudiziaria (separazione personale fra coniugi, ecc.), o il consenso di almeno che è tenuto a prestarlo vedasi *infra*, n. 6. A. a.

(14) WINDSCHIED, op. cit., § 87.

titolare (13). Tali sono, p. es., le facoltà di proporre l'annullamento dei negozi giuridici, di revocare alcuno di essi (donazione, ecc.); di riscatto nelle vendite; di recesso da una società; di rinunzia ad una eredità, ecc., considerate *in se*, cioè prima o indipendentemente dalle conseguenze giuridiche che producono dopo esserstate esercitate. Altre facoltà sono *generali*, esistono *erga omnes*, non richieggono la preesistenza di rapporti giuridici e derivano tutte dalla legge. Tali sono le facoltà di alienare, di far testamento, di contrarre matrimonio, ecc. Esse costituiscono le generali *capacità di agire* e di *disporre*. Rispetto a queste due categorie di facoltà sorge innanzi tutto il problema se sieno *rapporti giuridici*. Vi è chi le considera entrambe come diritti subbiettivi (14): o chi considera i diritti (diritti potestativi o facultativi) le facoltà della prima specie (15), mentre le altre, cioè le capacità di agire, non sarebbero che qualità delle persone non diritti (16). Altri finalmente disconosce loro la caratteristica di diritto in quanto ad essi non corrisponde nessun dovere (17) ma consente loro la caratteristica di rapporti giuridici in senso lato (18). Checchè sia in proposito sembra certo che le facoltà della prima specie siano suscettibili di formare oggetto di azione dichiarativa (19). Quanto alle capacità generali si dice generalmente che non possono formare oggetto di contestazione se non in relazione a un determinato negozio giuridico (20): se con ciò si vuol significare che l'interesse ad agire non sorge se non quando sia per porre in essere un negozio giuridico in dipendenza della capacità generale la cosa è vera: se si vuol dire che occorre un negozio giuridico già posto in essere da impugnarsi insieme alla capacità stessa la cosa mi sembra inesatta: così l'opposizione a matrimonio (cod. civ., art. 52 e seg.) implica impugnazione pura e semplice di capacità;

5) la capacità a esser soggetto di diritti (distinta dalla capacità ad agire) mi sembra in senso latissimo un rapporto giuridico (non mai però un diritto) (21): e, tutte le volte, ancorchè rare nel diritto privato, in cui siavi un interesse all'accertamento, mi pare che possa, come la capacità ad agire, formare oggetto di sentenza di accertamento (22).

(15) HELLWIG, op. cit., pag. 41, n. 5, 194, 214, 232 e seg., seguendo il ZITELMANN; CHIOVENDA, op. cit., pag. 108. Questi autori determinano con grande chiarezza la categoria dei diritti potestativi. Altri autori, come BIANCHI, loco citato; BORGHINI, *I diritti facultativi*, comprendono sotto questo nome agli effetti della prescrizione e del diritto transitorio molte di queste facoltà senza altrettanta precisione di concetto.

(16) CHIOVENDA, op. citata, pag. 110, pag. 98, dove cita il ZITELMANN.

(17) THON, BIERLING e JELLINEK, loco citato.

(18) HÖLDER, op. citata, pag. 22; LANGHEINKEEN, op. citata, pag. 118 e 119.

(19) HELLWIG, op. cit., pag. 386, nota 25, pag. 390, nota 20; CHIOVENDA, op. cit., pag. 85. *Contra*: LANGHEINKEEN, op. citata, pag. 143. Cfr. in questo numero la nota 26, e nel seguente la nota 12.

(20) HÖLDER e LANGHEINKEEN, loco citato.

(21) REGELEBERGER, op. cit., pag. 77.

(22) Le osservazioni circa la possibilità che la capacità di agire, o quella di essere soggetti di diritto diano luogo ad azione dichiarativa, hanno importanza per il diritto pubblico. JELLINEK, op. citata, pag. 48-48, 77-78, 116-120, ecc.

§) All'espressione *fatto giuridicamente rilevante* va attribuito il significato di fatto capace di determinare la nascita o la prova di un rapporto giuridico. La possibilità di un'azione di accertamento di tali fatti indipendentemente da un rapporto giuridico già sorto risulta dalle azioni di ricognizione di scrittura, di falso, ecc. Resta aperta la questione se questi siano tipi eccezionali o no d'azioni dichiarative: ma non avendo questo punto alcun riferimento speciale con il diritto pubblico ometto dal trattarne (23).

b. *L'interesse ad agire* è determinato dall'interesse ad ottenere un accertamento. Gli elementi costitutivi di questo interesse non sono nei loro dettagli completamente stabiliti. Ma si può affermare che deve esservi una incertezza intorno al rapporto giuridico contestato. Tale incertezza non deve essere subbiettiva cioè relativa all'attore, ma obiettiva cioè costituita dalla opinione affermativa o negativa di un diritto contrario professata dal convenuto o da terzi e tale da portare un pericolo per la condizione giuridica dell'attore, nei riguardi di eventuali liti future, di difficoltà a porre in essere rapporti giuridici, di ostacoli nel far riconoscere l'esistenza del diritto da terzi o da autorità amministrative. Insomma deve esservi la necessità di utilizzare la tendenza in uno dei modi indicati più sotto alla lettera D (24).

Conseguentemente l'azione dichiarativa può coesistere coll'azione di condanna quando dalla stessa situazione di fatto derivino i presupposti circa l'oggetto e l'interesse ad agire nell'una o nell'altra forma (25).

Può coesistere anche coll'azione costitutiva purché accanto all'interesse a far costituire, modificare o sciogliere un rapporto giuridico, si riscontri un interesse a far constatare la giuridica possibilità di tale costituzione, modificazione o scioglimento (26).

C. Il contenuto delle sentenze dichiarative è limitato a quell'accertamento del rapporto giuridico che costituisce la parte proemiale di ogni sentenza di condanna (n. 4, B e E, a). Queste sentenze non contengono condanna nel senso che non importano un ordine al convenuto di adempiere una determinata prestazione materiale, sotto sanzione di esecuzione coatta e con creazione di nuovi diritti e doveri per l'attore e per il convenuto (n. 4, C). Ciò neppure sarebbe possibile giacché l'azione dichiarativa non presuppone la violazione attuale di una pretesa.

D. Tuttavia la sentenza dichiarativa ha diversi notevoli effetti.

(23) Cenni in CROVENDA, op. cit., pag. 89, in nota.

(24) HELLMIG, op. cit., pag. 324 e seg.; CROVENDA, op. citata, pag. 87-89 e più ampia letteratura, ivi.

(25) Si possono dare vari casi:

1° L'azione di condanna è la sola possibile; per es. nel rifiuto di pagar le rate di una prestazione periodica quando il rifiuto non proceda da impugnazione del debito nel suo complesso.

2° L'azione dichiarativa è la sola possibile. Per esempio, in tutte le questioni circa lo stato delle persone, le facoltà, la capacità, cioè, in tutte le situazioni giuridiche non danno luogo immediatamente a pretese; nelle azioni per interrompere la prescrizione di credito condizionato e a termine, ecc.

3° Le due azioni coesistono. Per es. nel caso di un obbligo di non fare, corrispondente a un diritto assoluto o anche

a. Fra le parti ha valore di *cosa giudicata*.

Coll'accertare irrettabilmente per loro un rapporto giuridico essa accerta anche il comando di adempiere i relativi doveri contenuto nelle norme di diritto; e togliendo ogni dubbio circa l'esistenza e misura di questi, rafforza, se pure non ripete, il comando legislativo.

D'altra parte la sentenza contiene un titolo del rapporto giuridico che, pur essendo fondato sui titoli antecedenti, consente di prescindere e che in ogni modo ha una maggiore chiarezza e solennità. In ciò sta quell'elemento di novità che il MORTARA ha così bene messo in luce (27).

La sentenza in forza del suo valore di giudicato può essere invocata a titolo di azione od eccezione in un futuro giudizio di condanna. Essa può costituire cioè una *pregiudiziale* (28). Serve di titolo ad un'azione di condanna la sentenza ottenuta in un'azione dichiarativa positiva per ottenere soddisfacimento delle prestazioni materiali dipendenti dal rapporto giuridico constatato, e quella ottenuta con un'azione dichiarativa negativa per conseguire la restituzione di quanto sia stato acquistato dal convenuto in virtù del rapporto giuridico inesistente. Serve di titolo ad eccezione nel primo caso per respingere un'azione di condanna intentata assumendo l'inesistenza del rapporto giuridico e nel secondo assumendone l'esistenza.

b. Rispetto ai terzi la sentenza dichiarativa ha efficacia di *prova* dell'esistenza del rapporto giuridico (29).

Particolarmente importante è questo suo carattere rispetto alle pubbliche autorità chiamate a constatare e registrare i rapporti giuridici privati e darvi con tali atti speciale certezza, pubblicità e efficacia rispetto agli estranei, come gli uffici dello stato civile per le sentenze che accertano lo stato delle persone, gli uffici del debito pubblico per le sentenze che accertano i trapassi delle rendite nominative, quelli delle ipoteche e trascrizioni per la costituzione dei diritti reali ecc. (30).

c. Finalmente la sentenza dichiarativa ha l'effetto di assicurare la produzione di effetti giuridici puramente immateriali e attuabili senza il concorso del convenuto i quali siano la conseguenza della accertata esistenza o inesistenza del rapporto giuridico.

Ciò richiede alcune parole di spiegazione. Il diritto obiettivo conferisce o nega a determinati fatti o a determinate dichiarazioni di volontà (fatti giuridici, negozi giuridici) conseguenze che sono puramente

d'una obbligazione suscettibile di violazioni risultate dopo che una violazione sia avvenuta, impugnando il diritto ove per l'avvenire si temano altre violazioni.

(26) Ciò in quanto le *facoltà* possono dar luogo così a costituzione di nuovi rapporti giuridici, come ad accertamento della loro esistenza. Vedansi le note 14-19 del presente numero e la nota 12 del numero seguente.

(27) Op. cit., vol. II, pag. 544.

(28) Se però tutte le sentenze pregiudiziali sono dichiarative non tutte le sentenze dichiarative sono pregiudiziali; per esempio le azioni di nullità di un contratto non eseguito.

(29) Cfr. cod. civile, art. 3126.

(30) LANGHEINEKEN, op. citata, pag. 102, 103, 141 e 142; HELLMIG, op. citata, pag. 55, nota 74; CROVENDA, op. citata, pag. 22 e 23.

giuridiche ed immateriali; cioè che consistono immediatamente non già nell'ottenere determinate prestazioni materiali, ma nel mettere in moto norme di legge le quali soltanto alla loro volta possono concedere o vietare pretese aventi per oggetto prestazioni materiali. Così da determinati fatti o negozi giuridici nasce l'acquisto o la perdita della capacità, dello stato di figlio legittimo, della proprietà, la efficacia o inefficacia di una convenzione a costituire titolo per la nascita di diritto di credito ecc. (31). Una sentenza dichiarativa non crea e non può creare, ché altrimenti sarebbe costitutiva, la nascita di tali effetti: riconosce soltanto che determinati negozi o fatti giuridici hanno attitudine a crearli o no. Però con tale dichiarazione, la quale ancorché operi retroattivamente, la data della sentenza, questa toglie ogni dubbio circa il verificarsi o meno di quegli effetti, e perciò sempre con forza retroattiva ne assicura, seppure non ne crea, l'esistenza o la inesistenza. Così la sentenza che riconosce lo stato di figlio legittimo assicura le facoltà di portare il nome del padre, quella che constata la nullità assoluta di un contratto di vendita assicura la proprietà del preteso venditore rispetto al preteso compratore e riconosce al primo la indiscussa facoltà di alienare, quella che accerta un credito condizionale o a termine di fronte a terzi possessori di immobili ipotecati interrompe la prescrizione ecc.

d. La utilizzazione delle sentenze dichiarative assume pertanto questa triplice forma con un crescendo di intensità. Questa utilizzazione è del tutto indipendente dal consenso del convenuto. Essa presenta pertanto dei caratteri comuni coll'esecuzione coatta, l'attuazione e la coazione. Ma le differenze sono notevoli. L'attuazione non consiste nel surrogare l'opera materiale del convenuto ma nell'esplicare un'efficacia giuridica: la coazione non è positiva nel senso di manifestare una volontà ed esplicare colla forza una azione contro la volontà del convenuto, ma è negativa nel senso di prescindere dalla volontà di lui.

Tenuto fermo questo, sembra che tali effetti possano rientrare in un concetto generico di *esecuzione*, purché si ricordino i caratteri differenziali delle due sottospecie. Lasciando da parte l'efficacia di cosa giudicata per cui è costruita una teoria speciale e che in ogni modo non ricevendo nessuna modificazione nei riguardi

(31) THON, op. cit., pag. 84 e seg., pag. 345 e seguenti.

(32) Vedasi sulla questione, sebbene non coincidano in tutto: DI PALO, *Tr. esec.*, pag. 171 e seguenti; CROVENDA, loco cit.; LANGHEINEKEN, loco cit.; HELLMIG, op. cit., loco cit., e pag. 104 e 105.

(33) Si può argomentare anche dal n. 5 e 7 dell'art. 363 in cui la nomina dei sequestratori, tutore, ecc., ha principalmente effetti giuridici immateriali, indipendenti dalla materiale consegna ed apprensione delle cose sequestrate o del patrimonio del minore nei riguardi della capacità di agire, tolta in parte ai proprietari e in tutto ai minori od interdetti, e conferita ai sequestratori e tutori in loro vece.

(34) Cfr. DI PALO, loco cit.; GABBA in *Giur. it.*, 1898, I, 2, 493; ANZILOTTI, *ivi*, 1901, I, 2, 404. Cfr. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, II, pag. 258 e seg. e massime, pag. 281 e seg.; HELLMIG, op. cit., pag. 121 e seg., massime, pag. 130, nota 59.

(1) Nella letteratura italiana l'esistenza di tali sentenze e delle rispettive azioni è intuita piuttosto che affermata in MOR-

dell'azione contro l'amministrazione non interessa il tema odierno, ciò che qui si dice vale per gli altri due effetti, cioè per l'efficacia di prova presso terzi e per la produzione di effetti giuridici immateriali (32). Il riconoscere il carattere di esecuzione, in senso lato, a questi due effetti può avere importanza per determinare nel campo della procedura civile, se possa riguardo ad essi parlare di un'esecutorietà provvisoria (codice proc. civ., art. 363), il che, massime per la produzione di effetti giuridici, è da ammettersi (33) e nel campo del diritto internazionale per sapere se occorre una deliberazione delle sentenze straniere (34).

Da ciò risulta inoltre che non esistono sentenze il cui risultato ultimo sia il *puro accertamento*. E ciò deriva naturalmente dal principio che il *puro accertamento* non risponde da solo ad alcun interesse e pertanto non può dar luogo ad un'azione. Con questo però non cessa di aver ragione l'essere la distinzione tra azioni dichiarative ed azioni di condanna o anche costitutive, perché gli effetti loro, pur potendo rientrare tutti sotto una generale nozione di esecuzione, sono però differenti.

6. Sono *azioni costitutive* quelle che invocano dallo Stato una sentenza costitutiva. E sentenza costitutiva quella che opera la costituzione di un rapporto giuridico nuovo oppure lo scioglimento o la modificazione di un rapporto giuridico preesistente (1).

A. La esistenza di questa specie di sentenze e di azioni, ancorché presentata da tempo, non ha avuto scientifico riconoscimento se non di recente ed è stata soltanto per incidenza accennata nella dottrina italiana. I suoi caratteri e la sua estensione rimangono ancora indeterminate. Tuttavia mi sembra che tale specie di sentenze corrisponda ai casi seguenti:

a. Sono sentenze costitutive innanzitutto quelle in cui l'attore fa valere un diritto ad ottenere dal convenuto una dichiarazione di volontà diretta da sola od in concorso con quelle dell'attore a costituire un nuovo rapporto giuridico; tutte le volte in cui la legge ammette che la omessa dichiarazione di volontà del convenuto sia supplita dalla sentenza.

I casi in cui esiste un diritto ed una dichiarazione di volontà possono dar luogo ove si verifichi inadempimento, a semplici azioni di danni in quanto la dichiarazione immateriale di volontà si consideri come una

TARA, op. cit., vol. II, pag. 567, nota; dove le caratteristiche costitutive delle sentenze che pronunciano sull'ammortamento e sostituzione dei titoli di credito distrutti o smarriti sono rievate. Un breve cenno in DI PALO, op. cit., pag. 101 e seg., e in CROVENDA, op. cit., pag. 116 e seg., in nota.

La dottrina tedesca ha il merito d'aver posto in luce questa classe di sentenze. Cenni sulla loro esistenza si trovano in WINDSCHILD, op. cit., § 122, nota 7; ed in THON, op. citata, pag. 260 e 261. La distinzione almeno per le sentenze è esplicita in WACH, op. citata, pag. 12, seguito da REBELSBERGER, *Pandekten*, pag. 699. Essa è applicata così a queste come alle azioni dai seguenti autori: KIPP, *Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen (Kielersfestgabe für JHERING)*, pag. 54 e seg.; LANGHEINEKEN, op. citata, pag. 90 e seg., con ampie citazioni di dottrina, pag. 99 e seg., pag. 220 e seg.; HELLMIG, op. citata, pag. 47 e seg., pag. 393 e seg.; SEUFFERT, *Commentar*, ecc., al § 253, vol. II, pag. 346 e seguenti. Nella dottrina austriaca la distinzione è accolta in TRUTTER, op. cit., pag. 263.

prestazione del tutto infungibile (2). Talora per espressa od implicita disposizione di legge danno luogo invece ad una prestazione che è fungibile per opera del giudice. E soltanto in questo secondo caso che la sentenza è costitutiva. Questo caso si verifica nel nostro diritto:

a) secondo alcuni nell'ipotesi di un obbligo a contrattare fondato sopra un contratto preliminare (promessa di vendita, di mutuo ecc.). La cosa, quasi pacifica in diritto germanico dove esiste una disposizione espressa (3), non lo è invece nel diritto nostro dove, mentre la prassi tende ad ammettere l'effetto costitutivo della sentenza, la dottrina riconosce soltanto le possibilità di un'azione in risarcimento (4);

b) più pacificamente nell'ipotesi d'un obbligo a contrattare o in genere a porre in essere negozi giuridici a mezzo di dichiarazione di volontà, obbligo nascente dalla legge, quando la legge per considerazioni superiori intenda che gli effetti del negozio giuridico sieno realmente raggiunti anche se non vi sia il consenso dell'obligato (5).

4. Sono sentenze costitutive in secondo luogo quelle con cui l'attore fa valere un diritto a ciò che il convenuto non emetta una dichiarazione di volontà la quale costituisca in suo pregiudizio un negozio giuridico, tutte le volte che la legge dispone che la sentenza tolga efficacia giuridica alla dichiarazione di volontà emessa in contravvenzione a tal obbligo di non fare, e conseguentemente sciogla il rapporto giuridico così costituito.

In generale la contravvenzione all'obbligo di non emettere dichiarazioni di volontà e di non concludere negozi giuridici ha effetto puramente personale: laonde non porta alla nullità del negozio giuridico, ma sem-

plidamente al risarcimento di danno. In tal caso la sentenza non è costitutiva. Invece quando la contravvenzione all'obbligo ha effetti reali, la sentenza è costitutiva. Il tipo di queste azioni è fornito dalla azione pauliana per la revoca di negozi giuridici posti in essere in frode dei creditori (cod. civ., art. 1235; cod. comm., art. 708 ecc.).

c. Mi sembrano azioni costitutive nel nostro diritto tutte le azioni di annullamento (non di pura nullità) (6) di matrimonio (cod. civ., art. 105 e seg.), di divisione (art. 1033), di contratto (art. 1300), di deliberazioni di società anonima (cod. comm., art. 163) o in genere di qualunque altro negozio giuridico, nonché le azioni di rescissione per lesione (cod. civ., art. 1308), di risoluzione per inadempimento di contratti bilaterali (art. 1165) e simili.

L'annullabilità di un negozio giuridico presuppone che la invalidità di esso sia fatta valere con dichiarazione di volontà speciale emessa da persone interessate e determinate. Sussistono in proposito due sistemi. L'annullamento può compiersi per il semplice fatto della dichiarazione di volontà di chi ha veste per farla; ed allora mentre la dichiarazione è costitutiva dell'annullamento, la sentenza che eventualmente sia emanata successivamente intorno ad essa è dichiarativa degli effetti nascenti dall'emessa dichiarazione. L'annullamento invece può presupporre come condizione essenziale la volontà della persona facoltizzata dalla legge, ma non compiersi che per effetto della sentenza da provvedersi in proposito, per via di azione (o anche, il che qui non interessa, per via di eccezione) e tale sentenza è allora costitutiva dell'annullamento. In entrambi i casi l'effetto dell'annullamento può es-

corrispondere disposizioni delle leggi tedesche. HELLWIG, opera citata, pag. 232 e seg., e specialmente pag. 237 e seg. Nella nostra dottrina vedasi DI PALO, op. citata, pag. 103 e seg.; CHIOVENDA, opera citata, pag. 116 e 117. L'HELLWIG, loco citato e il CHIOVENDA, pag. 109, non considerano però i casi del genere suindicato come casi in cui l'attore faccia valere il diritto al consenso del convenuto, bensì in cui faccia valere una facoltà o diritto potestativo, ossia come è stato detto sopra (n. 5, B, a, c, 4), un diritto che ha per contenuto di costituire con una dichiarazione di volontà di chi lo invoca un nuovo stato di cose giuridico. Io penso che se la legge vuole che un determinato stato di cose giuridico sorga e questo intento può esser raggiunto mediante una dichiarazione di volontà di qualcuno, sola o in concorso con quella dell'avente diritto, essa consacra anche l'obbligo di emettere la dichiarazione di volontà. Non mi sembra che in ciò si riscontrino alcuna costruzione artificiale, dappochè così il precetto legislativo si attua con un sistema che risponde alla legge del minimo mezzo. Il concetto di HELLWIG e di CHIOVENDA non basta a spiegare che differenza ci sia tra il caso in cui il nuovo stato di cose giuridico può sorgere colla dichiarazione di volontà di qualcuno, e in suo difetto da una sentenza, come per es. la costituzione di servitù di passo necessaria, e il caso in cui soltanto la sentenza può costituire il nuovo stato di cose e non può mai bastare il consenso dell'interessato, come nelle ipotesi contemplate nel testo alla lettera d. In questo secondo caso è impossibile trovare una *pretesa* che abbia per contenuto una prestazione del convenuto: non così nel primo. Nel senso espresso nel testo: THON, op. cit., pag. 344, nota 44; DI PALO, op. cit., pag. 103 e seg., salvo qualche lieve divergenza.

(6) Vedasi n. 5, nota 4, lett. b, 3, e citazioni ivi, circa la distinzione fra nullità ed annullamento.

sere ed è di regola retroattivo, ma la questione sta nel determinare in qual momento e in vista di qual atto questo effetto retroattivo si verifica, specie nei rapporti con terzi che non avendo veste per provocare l'annullamento abbiano interesse a invocare, dopochè sia avvenuta per opera di chi può produrla, la cessazione dell'esistenza del rapporto giuridico. Il primo sistema è chiaramente adottato in generale dal codice civile germanico per tutti i negozi giuridici (7); il secondo, adottato per alcuni casi speciali dal codice civile germanico (8), è il sistema prevalente nel nostro codice, esplicitamente per l'annullamento dei contratti col potestà delle parti autorizzate) tra le cause di estinzione delle obbligazioni (cod. civ., art. 1236), per implicito e per analogia negli altri casi (9).

d. Sono finalmente azioni costitutive quelle che creano, modificano o svolgono un rapporto giuridico, il quale per espressa disposizione di legge non può esser creato, modificato o sciolto se non mediante azione e con sentenza, non bastando mai a tal uopo, per motivi d'ordine pubblico, neppure il consenso di tutti gli interessati (10).

B. I presupposti dell'azione costitutiva che la distingue dalle altre azioni sono pertanto i seguenti:

a. come oggetto dell'azione la costituzione, modificazione o dissoluzione di un rapporto giuridico, cioè la innovazione allo stato di cose giuridico che alcuno in virtù di un rapporto giuridico preesistente abbia facoltà di pretendere (11).

b. come interesse ad agire: a) l'attuale esistenza delle condizioni di fatto che il diritto presuppone perchè sorga la facoltà di esigere quella innovazione giuridica e così, p. es., la ingiustizia del rifiuto del consenso degli ascendenti al matrimonio, la necessità della servitù di passo, la preesistenza dei motivi di annullamento, il verificarsi di alcune delle cause di separazione

(7) Codice civile germanico, §§ 142, 143. Ivi è disposto che l'annullamento si fa con dichiarazione della parte in confronto del controinteressato, e che la dichiarazione verificata si ha, rispetto alle persone che ne hanno o debbono aver conoscenza, lo stesso valore della nullità assoluta.

(8) Per es.: cod. civile germanico, §§ 1329 e 1341, dove è detto che l'impugnazione di un matrimonio non può far valere che per via di azione. Cfr. LANGHEIMKEN, opera citata, pag. 244 e seg.; HELLWIG, op. cit., pag. 238, nota 42.

(9) Per il nostro diritto vedasi nel senso che la sola sentenza sia causa efficiente dell'annullamento: CHIRONI ed ABELLO, op. e vol. citato, pag. 500. Per confronti con disposizioni analoghe ed uguali conclusioni nel diritto francese e sassone in alcuni casi speciali: LANGHEIMKEN, op. citata, pagine 223, 241 e 244.

Sulla distinzione generale fra azioni dichiarative di nullità e azioni costitutive di annullamento: LANGHEIMKEN, op. citata, pag. 103 e seg.; HELLWIG, op. cit., pag. 238 e 394, note 6-8. La questione è accennata ma non risolta in CHIOVENDA, op. citata, pag. 117, in nota.

(10) Sono esempi di tali sentenze quelle che pronunziano: la separazione coniugale (cod. civile, art. 148); la separazione della dote (art. 1418); la cessazione della comunione di beni fra coniugi (art. 1442); l'assegnazione del pegno al creditore in soddisfazione del credito (art. 1884); la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede quanto ai beni mobili (art. 2059), ecc. Si potrebbero pure aggiungere le sentenze che: dichiarano l'assenza (cod. civ., art. 25); tolgono la patria

coniugale, il pericolo per la dote, ecc.; b) data la volontà dell'attore di produrre la nuova situazione giuridica, la mancanza del consenso del convenuto o la insufficienza dichiarata *ope legis* di questo consenso a realizzare le esigenze dell'attore.

C. Il contenuto delle sentenze costitutive è duplice.

a. Circa l'esistenza della facoltà di pretendere la creazione della nuova situazione giuridica e dei requisiti di fatto richiesti perchè tale facoltà sorga, la sentenza deve di necessità contenere un previo accertamento (12).

b. La creazione della nuova situazione giuridica, ossia la costituzione, modificazione o dissoluzione di un rapporto giuridico, è opera della parte dispositiva della sentenza. In essa la volontà del giudice surroga o integra la volontà delle parti o di una delle parti coll'intento di produrre uno dei tre scopi suddetti: perciò può dirsi che la sentenza contiene un *negozio giuridico* (13). Ed in ciò sta il suo carattere essenziale.

D. Notevoli e del pari caratteristici sono gli effetti delle sentenze costitutive.

a. L'accertamento intorno alla legale necessità di emanare il negozio giuridico anzidetto viene ad acquistare la efficacia di cosa giudicata con tutti gli effetti di questo istituto (14).

b. La sentenza emana il negozio giuridico, che l'attore ha facoltà di esigere, indipendentemente dal consenso del convenuto, e indipendentemente da esso consenso il negozio giuridico produce i suoi effetti. Nei casi in cui il consenso del convenuto avrebbe potuto, incontrandosi con quell'attore, dar luogo stragiudizialmente ad un negozio giuridico dotato di efficacia pari alla sentenza (*supra* A, a), si può dire che la sentenza surroga la di lui prestazione immateriale (dichiarazione del convenuto). La sentenza pertanto contiene in sé, massime in quest'ultimo caso, un elemento in pari tempo di condanna e di esecuzione (15).

potestà (art. 257); pronunciano l'interdizione o lo revocano (art. 325 e 328); ma potrebbe esservi dubbio circa l'appartenenza di queste sentenze alla volontaria giurisdizione.

Sull'appartenenza delle sentenze definite nel testo alla categoria speciale delle sentenze costitutive: LANGHEIMKEN, opera citata, pag. 232 e 233; HELLWIG, op. cit., pag. 237.

(11) HELLWIG, op. citata, pag. 394. Circa la questione se in questi casi l'attore faccia valere sempre un diritto potestativo o una facoltà, vedasi per la negativa in questo numero la nota 5. Il che non toglie che in altri casi si tratti far valere una vera facoltà giuridica, come per esempio nei casi in cui il consenso del convenuto è insufficiente (*supra* A, d).

(12) Se esiste un interesse a questo accertamento diverso dall'interesse ad ottenere la effettiva innovazione dello stato di cose giuridico, ed eventualmente anteriore al verificarsi di tutti i presupposti di fatto richiesti per conseguire tale innovazione, l'azione costitutiva può trasformarsi e coesistere con un'azione dichiarativa (n. 5, nota 14-19 e 26).

(13) La dibattuta questione se la sentenza sia un negozio giuridico (sulla quale vedasi THON, op. cit., pag. 373-74, e le citazioni a nota 94) sembra da risolversi nel senso negativo per le sentenze di condanna e di accertamento, ma affermativo per il tipo speciale delle sentenze costitutive.

(14) HELLING, op. cit., pag. 48.

(15) Cfr. THON, op. cit., pag. 100, nota 54; KIPP, op. cit., pag. 70, 116 e seg., e HELLWIG, op. cit., pag. 54-55. Cfr. LANGHEIMKEN, op. cit., pag. 255 e seg.

c. Il negozio giuridico contenuto nella sentenza e perciò la sentenza stessa producono gli ordinari effetti di qualunque negozio giuridico.

α. Tra le parti la sentenza produce innanzi tutto degli effetti giuridici immateriali nel senso detto nel num. prec., D, c. Così, per es., la capacità di contrarre matrimonio nel figlio ove il rifiuto di consenso degli ascendenti sia supplito a cagione della sua ingiustizia; il trapasso nell'attore del diritto reale di passo con quelle modalità che sono fissate nella sentenza; il ritorno della proprietà della cosa venduta al venditore dopo l'annullamento del contratto; il riacquisto della piena capacità civile della moglie dopo la separazione coniugale a suo favore; la perdita della facoltà del marito di amministrare la dote; il passaggio della proprietà del pegno al creditore insoddisfatto, ecc.

In secondo luogo la sentenza, per effetto del nuovo negozio giuridico, fa nascere delle nuove pretese a prestazioni materiali sia dell'attore rispetto al convenuto, sia anche del convenuto soccombente rispetto all'attore. Così dalla costituzione di servitù legale di passo e di acquedotto nasce la pretesa a che sia materialmente lasciato libero il tratto del fondo servente; dall'annullamento di un contratto la pretesa alla restituzione delle cose in base ad esso consegnate; dalla separazione coniugale la pretesa agli alimenti; dalla separazione della dote la pretesa al rilascio dei beni dotali, ecc. Quando l'attore nell'azione costitutiva sia anche il titolare di cotale pretesa, può cumulare colla prima l'azione di condanna (16). Se il cumulo non è possibile o non si è verificato, la sentenza costitutiva serve di titolo per ulteriori azioni di condanna, ove sorgano e rimangano insoddisfatte cotale pretese (17).

β. Rispetto ai terzi la sentenza ha tutti gli effetti riflessi che i negozi giuridici hanno *erga omnes* (18). In particolare la sentenza costituisce la prova dell'esistenza del rapporto giuridico: e massime può essere invocata come prova dinanzi all'autorità amministrativa quando a questa spetti di registrare o attestare la certezza del negozio giuridico (19).

γ. In ordine a questa categoria d'effetti si ripresenta la questione se essi possano considerarsi come *esecuzione* della sentenza in senso lato. La soluzione non è diversa da quella già data al n. 5, D, d in ordine agli effetti delle sentenze dichiarative. L'effetto costitutivo del negozio giuridico è in particolare da reputarsi strettamente analogo all'esecuzione coatta, massime agli effetti della eseguibilità provvisoria e della delibazione delle sentenze straniere (20).

(16) Cfr. HELLWIG, op. cit., pag. 49, nota 31, pag. 375, nota 57 e seg. È notevole che in questo caso l'azione di condanna viene ad essere esercitata prima che la pretesa sia sorta e soprattutto prima che risulti insoddisfatta, e ciò in deroga ai principi generali esposti al n. 4, A, b.

(17) In analogia con quanto accade per le sentenze dichiarative n. 5, D, a.

(18) LANGHEINKEK, op. cit., pag. 255; KOHLER, in *Archiv für civilistische Praxis*, vol. LXXX, pag. 269, nota 1; KIPP, op. cit., pag. 70.

(19) Anche qui si dà un'analogia con quanto accade per le sentenze dichiarative (num. 5, D, b); LANGHEINKEK, op. cit., pag. 103. Così per es. accade che per le sentenze costitutive di

E. Le differenze essenziali tra queste azioni e quelle di condanna o di dichiarazione sono evidenti.

a. Le sentenze costitutive hanno di comune con quelle di condanna il carattere di contenere un accertamento che è preliminare alla pronuncia dispositiva. Ma se ne differenziano perchè non contengono condanna, cioè ordine di adempiere una prestazione materiale: anche nei casi in cui la sentenza costitutiva supplisce al consenso del convenuto e quindi surroga una prestazione immateriale di lui, non può dirsi esservi una condanna essendo questa confusa con la stessa esecuzione (21). Il fatto che di frequente l'azione costitutiva può accumularsi e si cumula coll'azione di condanna per la soddisfazione delle pretese che nascono dal nuovo negozio giuridico, non deve trarre in inganno, giacchè tale cumulo è del tutto *accidentale* e non impedisce l'esistenza di azioni esclusivamente costitutive. La separazione delle due azioni può sempre farsi giacchè il titolo ne è diverso: nell'azione costitutiva è il rapporto giuridico preesistente, in quella di condanna è il nuovo rapporto giuridico: quindi si può chiedere prima la costituzione di servitù legale di passo, poi l'uso materiale del fondo; prima la separazione coniugale, poi gli alimenti, ecc. Anzi la distinzione si opera sempre anche se le due azioni sono decise con un'unica sentenza, perchè per l'effetto costitutivo di esse tutto il nuovo rapporto giuridico è posto in essere per intero, e per l'effetto condannatorio invece sono sottoposte a decisione quelle sole pretese di cui al momento si può prevedere la nascita e temere il non soddisfacimento (22). In secondo luogo la separazione dell'azione costitutiva da quella di condanna è talora prescritta dalla legge come per la separazione della dote e lo scioglimento della comunione fra coniugi (23). Finalmente in altri casi un'azione di condanna non è nemmeno possibile, come per l'assegnazione del pegno al creditore quando l'oggetto pignorato sia presso di lui, per la separazione coniugale quando il coniuge soccombente sia privo di mezzi patrimoniali e non si possano perciò chiedere gli alimenti.

b. Colle sentenze dichiarative le sentenze costitutive hanno il carattere comune di non contenere condanna e di produrre effetti giuridici immateriali. Di qui deriva la frequente confusione fra le due specie di azioni. Nondimeno le differenze sono sensibili. Le sentenze dichiarative contengono esclusivamente un accertamento; quelle costitutive un previo accertamento e quindi un negozio giuridico. Gli effetti giuridici delle sentenze dichiarative sono constatati e la sentenza concorre ad assicurarne l'attuazione: quelli

vendite di immobili in seguito ad una promessa di vendita, in quanto tali sentenze sieno ammissibili (v. *supra*, nota 4), vanno trascritte come un contratto di vendita; MARRIROLI, op. cit., vol. III, pag. 214, in nota.

(20) Vedasi *supra* la nota 15.

(21) Vedasi la nota 15.

(22) Così per es. insieme all'azione per separazione coniugale il marito povero potrà dedurre la sua domanda di alimenti: ma la istanza per tenere presso di sé la prole se ignora la gravidanza della moglie, non può essere proposta allora e potrà esserlo però più tardi.

(23) Cod. civ., art. 1418, 1419, 1442.

delle sentenze costitutive sono prodotti immediatamente da esse (24).

F. Nei casi in cui le sentenze costitutive suppliscono una dichiarazione di volontà del convenuto che di per sé sola sarebbe sufficiente a porre in essere lo stesso negozio giuridico o annullano un negozio giuridico posto in essere con terzi, può accadere che la dichiarazione di volontà o la sua revoca con gli effetti reali sia divenuta impossibile o per essere venute meno le circostanze di fatto che la giustificavano (25), o per essere divenuto irrilevante il negozio giuridico allo scopo che si proponeva (26). Può anche accadere che dal momento in cui la dichiarazione è dovuta o indebitamente emessa a quello in cui è surrogata od annullata, si verifichi una specie di mora. Ove in questi casi vi sia un danno e purchè concorrano gli estremi per far ricadere sull'inadempiente le conseguenze di esso, all'azione costitutiva può succedere od accompagnarsi un'azione di danni (27).

In questo caso cioè l'azione costitutiva corrisponde ad un'azione di condanna all'adempimento specifico; e l'azione di danni la surroga come nel caso di prestazioni materiali quando l'adempimento è divenuto impossibile.

§ 2. — *I tre tipi di azione e l'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo. — Azione di condanna pecuniaria e azione dichiarativa.*

7. L'azione contro la pubblica amministrazione. — Sua estensione in conseguenza dell'esecutorietà degli atti di amministrazione.

8. Interpretazione dell'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo. — A. Nozione di atto amministrativo lesivo di un diritto. — a. Ampio significato della lesione di un diritto. — b. Fatto illecito dell'amministrazione. — Caratteri speciali. α. Dichiarazione formale di volontà distinta dall'esecuzione. — Deliberazione o ordine. — Eccezione. — Fatti materiali. β. Contenuto del fatto illecito. — Ommissione o commissione così di fatti materiali come di dichiarazioni di volontà. — Frequenza di questo caso. — c. Inammissibilità di distinzioni nell'ambito dei fatti illeciti dell'amministrazione. α. Distinzione fra provvedimenti e fatti materiali. — Critica. β. Distinzione fra atto di impero e di gestione. — Critica. — B. Nozione del divieto di revoca degli atti amministrativi. — C. Obbligo dell'amministrazione di conformarsi nel caso deciso al giudicato.

9. Le azioni di condanna contro la pubblica amministrazione. — A. Estremi. — B. Effetti della sentenza. — Accertamento. — Cosa giudicata. — Principi procedurali ordinari. — C. Condanna. — Contenuto esclusivamente pecuniario. — D. Inammissibilità di condanna: a) a dare cose determinate; b) a fare. — Inammissibilità di esecuzione per rilascio e di altri analoghi provvedimenti coattivi. — Condanna pecuniaria. — Coazione indiretta. — Espropriazione forzata. — E. Obblighi dell'amministrazione attiva e attribuzioni della IV sezione in dipendenza delle sentenze di condanna.

(24) Vedasi in questo numero A, c.

(25) Per es., riduzione di ipoteca ed estinzione di ipoteca e perimento di beni ipotecati.

(26) Promessa di vendita entro un dato termine essenziale al contratto e omissione dell'adempimento entro il termine.

(27) Ciò non può accadere dove il diritto alla modificazione della situazione giuridica si soddisfa soltanto per via di azione e di sentenza.

10. Le azioni costitutive contro la pubblica amministrazione.

— A. Casi di azioni che dovrebbero essere costitutive. — B. Ammissibilità dell'accertamento degli estremi del diritto a esigere un atto amministrativo e inammissibilità di pronuncia costitutiva. — Conseguenze rispetto: α) agli effetti giuridici immateriali delle sentenze; β) alla nascita delle pretese derivanti dal nuovo rapporto giuridico. — C. Applicazione di questi principi alle azioni costitutive *sure printate*. — Regole speciali per le azioni di annullamento dei contratti. — D. Ammissibilità di un'azione di condanna pecuniaria in luogo della inammissibile costituzione del rapporto giuridico. — E. Obbligo della amministrazione attiva e attribuzioni della IV sezione in dipendenza di una sentenza di condanna nei danni che surroga una sentenza costitutiva.

11. Le azioni dichiarative contro la pubblica amministrazione. — A. Estremi ed ammissibilità. — B. Oggetto. — Rapporto giuridico. — C. Interesse ad agire. — Invocazione del ricorso gerarchico o contenzioso per far revocare l'atto. — D. Effetti della sentenza dichiarativa. — E. Obblighi dell'amministrazione attiva e competenza della IV sezione. — F. Casi di azioni dichiarative. — a. Casi in cui l'azione dichiarativa è l'unica forma di tutela giurisdizionale. — b. Casi in cui l'azione dichiarativa è parallela all'azione di condanna pecuniaria. — c. Utilità pratica dell'azione dichiarativa in luogo dell'azione di condanna pecuniaria.

7. Davanti alla giurisdizione ordinaria competente a conoscere delle controversie tra cittadino e amministrazione in cui si faccia questione di un diritto civile o politico, sono possibili tanto cause in cui l'amministrazione è attrice, quanto cause in cui è convenuta. Basta limitarsi a considerare questo secondo caso. Esso è di gran lunga il più frequente ed il più importante per effetto della esecutorietà degli atti amministrativi.

In virtù di questo principio infatti le manifestazioni di volontà dell'amministrazione dirette ad ottenere una prestazione del cittadino, sieno esse o no formulate in un atto amministrativo formale, od, in altri termini, le pretese dell'amministrazione, nella massima parte dei casi:

1) non richiedono per essere suscettibili di esecuzione coatta di un preventivo giudizio di cognizione dinanzi ai tribunali ordinari;

2) fuori di alcuni casi di prestazioni pecuniarie in cui tale esecuzione è affidata ai tribunali stessi, la esecuzione coattiva ne è affidata agli stessi organi amministrativi (1).

Tale privilegio non è ristretto alle sole pretese fondate su rapporti di diritto pubblico ma si estende anche ad alcune se non a tutte le pretese aventi radice in rapporti che, creati in regime economico di libertà e concorrenza, sono disciplinati dal diritto privato, purchè le pretese stesse sieno fatte valere in determinate circostanze e con determinate forme (2).

Si noti però che l'esecutorietà degli atti amministrativi o per essere più esatti delle pretese dell'am-

(1) Sull'esecutorietà degli atti amministrativi: BORSI, op. cit., *passim*; CANMED, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I, n. 50.

(2) È fuori di dubbio che le pretese di diritto privato concernenti la risoluzione dei contratti di appalto o fornitura con relativa consegna di materiali, cantieri, ecc., o la esecuzione dei medesimi possono con decreto esser fatte valere coattivamente in via amministrativa ai termini dell'art. 8 della legge

minministrazione rispetto ai cittadini presenta qualcosa di caratteristico soltanto per quelle pretese che hanno per oggetto un dare o un fare del privato o un sopportare che l'amministrazione faccia alcunchè sulle cose o persone loro.

Quando sia il cittadino che solleva una pretesa contro l'amministrazione ad un fare o dare di essa e l'amministrazione creda di non essere tenuta a dare o a fare, la sua omissione è di per sè attuabile e per così dire esecutoria non in vista di un privilegio, ma per la semplice applicazione dei principii di diritto vigenti nei rapporti tra privati: ed è anzi la pretesa del cittadino che secondo quei medesimi principii deve essere fatta valere ricorrendo all'autorità giudiziaria. Accade talora che l'omissione dell'amministrazione, essendo preceduta da un formale atto amministrativo (3), appaia come la formulazione di una pretesa di essa amministrazione a che il cittadino sopporti un non fare di lei, e che l'omissione conseguente prenda l'aspetto di una esecuzione dell'atto medesimo. — È d'uopo pertanto tenere presente che in questo caso non vi è nessuna facoltà speciale e privilegiata dell'amministrazione, ancorchè ai sensi ed agli effetti della nostra legislazione sul contenzioso, cotale atto negativo debba considerarsi atto amministrativo e trattarsi come tale (n. 8, B e C).

In ogni modo, dato il privilegio dell'esecutorietà, cessa nel maggior numero dei casi la ragion d'essere delle cause da promuoversi dall'amministrazione, cui l'esecuzione in via amministrativa è presidio sufficiente: e si accreca invece l'occasione di cause promosse dai cittadini, dovendo questi rendersi affari non solo per ottenere dall'amministrazione la soddisfazione delle loro pretese e il riconoscimento dei loro diritti, ma anche per contestare le pretese che l'amministrazione vanta contro di loro od ottenere riparazione di quelle che essa abbia indebitamente fatto valere colla forza.

8. Per determinare specificatamente quali regole eccezionali si applichino alle tre specie di azioni suindicate allorchè l'amministrazione è convenuta, occorre interpretare nelle sue linee generali l'art. 4, dal quale,

sul contenzioso amministrativo e degli articoli 340 e 341 della legge sui lavori pubblici.

L'art. 7 della legge sul contenzioso amministrativo ammette l'amministrazione in caso di necessità a occupare la privata proprietà o in pendenza di giudizio a eseguire l'atto amministrativo di cui si controverte. Questo articolo non è molto chiaro: e forse procede da erronei concetti circa l'esecutorietà degli atti amministrativi e l'efficacia dell'azione giudiziaria prevalenti nel 1855. Comunque nella prima parte, rappresentando esso un pleonismo quando si tratti di espropriazione cui è provveduto cogli articoli 71 e 72 della legge relativa, può servire anche a far occupare le cose dei privati in esecuzione di contratti con essi passati. Nella seconda parte può servire a rendere esecutoria qualunque pretesa e perciò anche quelle di diritto privato almeno in pendenza di giudizio. — Su di che si consulti in vario senso: SAREDO nella Legge, 1884, II, 502, e RANELLETTI, Della dist. fra atti di impero e di gestione, 1904, pag. 10.

Non sembra nemmeno da escludersi che la soddisfazione di una pretesa di diritto privato possa presentarsi così urgente per motivi di pubblica sicurezza, edilizia, ecc., da giustificare un provvedimento coattivo del prefetto ai termini dell'art. 3 della legge com. e prov. o del sindaco ai termini dell'art. 151 della

in quanto esso innova al diritto (n. 1), l'azione del privato contro l'autorità amministrativa è disciplinata. Quest'articolo parla di "contestazioni cadenti sopra un diritto che si pretende lesa da un atto dell'autorità amministrativa"; dichiara che tale "atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sopra ricorso alle competenti autorità amministrative, interdicendone così la revoca o modifica all'autorità giudiziaria; stabilisce l'obbligo dell'amministrazione "di conformarsi al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso".

Bisogna pertanto definire:

A) che cosa s'intende per atto amministrativo lesivo di un diritto;

B) in che consiste la revoca o modificazione interdetta all'autorità giudiziaria;

C) che estensione e che sanzione abbia l'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato.

A. a. Un diritto, come si è visto, è lesa quando la prestazione cui mira non è soddisfatta, cioè vi è un fatto illecito o torto (n. 4, A, b).

Può dirsi meno propriamente lesa quando sia minacciata o resa incerta l'esistenza del rapporto giuridico su cui si fonda (n. 5, B, b). Si può attribuire alla nozione di lesione di diritto accolta in questo articolo il significato più ampio abbracciante i due concetti. Esso quindi si riferisce ai principii generali e comuni, di innovazione ai quali su questo punto non v'è traccia, e contempla e regola le varie situazioni contrarie al diritto che danno luogo ai tre tipi di azione sovra menzionati.

b. La lesione del diritto dei cittadini per parte dell'amministrazione o in altri termini il fatto illecito o torto di questa, presenta alcune caratteristiche che è bene mettere in luce.

a. In generale, fuori di alcuni casi che danno luogo ad azione dichiarativa, un fatto illecito procede dalla condotta della persona obbligata, direttamente o almeno indirettamente per effetto delle persone o cose che usa come mezzi di esplicazione della sua attività. La condotta di una persona presuppone un suo atto di volontà e ne è l'estrinsecazione. Nei rapporti

stessa legge. Il caso si è presentato più volte e troppo leggermente la giurisprudenza ha ravvisato una nullità nel relativo provvedimento. Vedasi: per un ordine del sindaco di occupare un fondo non consegnato in seguito a permuta e necessario per lavori di viabilità, cass. Roma, sez. unite, 15 luglio 1882 (Corte sup., 1882, 690); id. di non sopraelevare un edificio per motivi di edilizia oltre i limiti segnati in contratto di vendita passati fra l'attuale proprietario e il comune, app. Torino, 11 luglio 1890 (Giur. ital., 1890, II, 276). In questi casi è costruzione artificiosa dire che si eseguisce l'ordine ossia l'atto amministrativo di diritto pubblico e non il negozio giuridico di diritto privato: la pretesa che si fa valere è quella di diritto privato, quali che sieno i motivi per farla valere: l'ordine è una formalità estrinseca e procedurale per quanto essenziale. Ciò emerge dal tenore dell'art. 7.

Una regola generale per determinare i casi in cui le pretese sono o no esecutorie manca per ora: sembra però che le pretese di diritto pubblico lo sieno sempre e quelle di diritto privato invece non lo sieno se non per espressa disposizione.

(3) Riferito di consegnare una cosa venduta per asserita nullità di contratto; rifiuto di ammettere un privato a un concorso, a un impiego, in una scuola formulato espressamente e motivato (n. 8, A, b, z).

fra privati, in generale, l'atto volitivo dalla cui esecuzione risulta un diritto altrui, non appare d'ordinario distinto dal fatto materiale. Nei rapporti fra privati e pubblica amministrazione e non solo in quelli disciplinati dal diritto pubblico, ma anche in quelli regolati dal diritto privato, la volontà è distinta nella più parte dei casi dall'esecuzione, in generale perchè sono distinti gli organi deliberanti da quelli di esecuzione, in alcuni casi perchè la volontà dell'amministrazione essendo rivolta ad esigere coattivamente prestazioni dai cittadini, deve esser loro resa nota affinché possano ottemperarvi.

La dichiarazione preventiva di volontà può pertanto assumere un duplice contenuto. Può enunciare semplicemente l'intenzione di agire o omettendo una prestazione o disponendo di cose o di persone pertinenti all'amministrazione, senza volere espressamente o coattivamente imporre al privato una determinata linea di condotta (4); può invece contenere un ordine, cioè esigere dal privato un'azione od omissione con minaccia di agire coattivamente in caso di inosservanza (5).

(4) Così, per es.: deliberazione di un progetto d'opera pubblica demaniale peranco non eseguita; cass. Roma, sez. unite, 5 luglio 1897 (Giur. ital., 1897, I, 1, 717); 5 febbraio 1904 (ivi, 1904, I, 478); deliberazione di un progetto per un edificio non demaniale non ancora costruito; id., 30 gennaio 1892 (ivi, 1892, I, 1, 434); sospensione di pagamento dei debiti comunali deliberata d'urgenza dal commissario straordinario e distinta dal rifiuto dei singoli pagamenti; id., 30 marzo 1879 (Corte sup., 1879, 491); decreto sospendente il cambio dei biglietti di Stato distinto dai singoli rifiuti; id., 7 marzo 1895 (Giur. it., 1895, I, 1, 395); decreto modificante il modo di esazione (per ritenuta anzichè per ruoli) di alcuni cespiti d'imposta di ricchezza mobile con lesione di un contratto di esattoria, distinto dal fatto della omessa consegna dei ruoli; id., 13 settembre 1896 (ivi, 1896, I, 1, 891), ecc.

(5) Il caso è tra i più comuni. Valgono alcuni esempi: presa di possesso di beni ecclesiastici; cass. Roma, 29 maggio 1889 (Corte sup., 1889, 231); trasformazione di ente; id., luglio 1889 (ivi, 1889, 370); decreto d'espropriazione; id., 13 dicembre 1882 (ivi, 1882, 949); ordinanza del sindaco per ragioni di edilizia; id., 8 gennaio 1883 (Corte sup., 1883, 36); per ragioni di sicurezza; id., 29 marzo 1887 (ivi, 1887, 588); per ragioni di viabilità (riduzione in pristino); cons. di Stato, decreto su conflitto 3 luglio 1875 (Repertorio del PACIFICI-MAZZONI, 1865-75, voce Comp. giud. e amm., n. 577); cass. Roma, sez. unite, 4 aprile 25 aprile, 18 luglio 1881 (Corte suprema, 1881, 253, 279, 698); 22 gennaio 1890 (ivi, 1890, 21); 6 marzo 1892 (ivi, 1892, 434); 17 luglio 1894 (ivi, 1894, 267), ecc.

(5 bis) Come esempio di omissioni o fatti materiali dell'amministrazione assenti dall'attore come lesivi di un suo diritto senza che sia intervenuta una previa deliberazione formale o in ogni modo indipendentemente da indagini circa tale deliberazione, si possono citare: 1) omesso pagamento per rimborso dallo Stato ad una provincia di spese anticipate; cons. di Stato, decreto su conflitto 17 gennaio 1874 (Legge, 1874, II, 138); per rimborso di imposte; cass. Roma, 12 giugno 1878 (Corte sup., 1877, 584); di spese tra comuni relative al carcere mandamentale; id., sezioni unite, 22 febbraio 1894 (Giur. ital., 1894, I, 1, 357); 21 agosto 1901 (ivi, 1902, I, 1, 26); di stipendi arretrati, essendo incontravolta la permanenza nel posto e la qualità di impiegato; cass. Firenze, 30 aprile 1874 (ivi, 1874, I, 1, 883); cass. Roma, 16 dicembre 1885 (Corte sup., 1885, 870); 21 giugno 1886 (ivi, 1886, 632); 5 febbraio 1889 (ivi, 1889, 81); — 2) omessa costruzione di opere resa obbligatoria — da contratto: elezione di un muro su fondi privati per compenso di cessione di parte di essi ad uso strada; cass. Roma, sezioni unite, 16 marzo 1883 (Corte sup., 1883, 267); costruzione di

I due casi non presentano alcuna differenza dopo che alla dichiarazione di volontà sia susseguita l'esecuzione. Invece vi può esser differenza, prima dell'esecuzione stessa, in quanto l'interesse ad agire con azioni dichiarative può presentarsi in modo diverso (n. 11, B, a, ß).

Però se un formale atto amministrativo di regola preesiste alla materiale lesione, non sono infrequenti i casi in cui essa consiste in quello che, trascurando il processo volitivo interno dell'organo competente, può chiamarsi un semplice fatto materiale.

Non è raro il caso in cui l'obbligo dell'amministrazione consistendo nel fare, essa omette di fare senza alcuna spiegazione od alcun avviso: il che costituisce il caso così interessante nel sistema della giustizia amministrativa, del silenzio dell'amministrazione: come non è raro il caso che compia un'azione positiva senza una previa deliberazione (5 bis), o che, avendo previamente emessa una deliberazione, non vi si conformi nell'eseguirla (6).

una chiave promessa da un consorzio; id., id., 7 aprile 1900 (Giur. it., 1900, I, 1, 748); — dalla legge: ristabilimento di comunicazioni interrotte con la costruzione di una ferrovia (legge sui lavori pubblici, art. 229); appello Genova, 5 febbraio 1869 (Giur. ital., 1869, II, 71); cass. Roma, sez. unite, 17 dicembre 1896 (ivi, 1897, I, 1, 180); 29 marzo 1898 (ivi, 1898, I, 1, 422); 2 marzo 1901 (Legge, 1901, I, 723), ecc.; — 3) danni arrecati da opere pubbliche e omessa costruzione di opere per attenuarli o rimuoverli; cass. Roma, sezioni unite, 9 agosto 1877 (Corte sup., 1877-78, 44); 13 febbraio 1879 (ivi, 1879, 107); 16 maggio 1881 (ivi, 1881, 660); 21 marzo 1882 (ivi, 1882, 338); 14 aprile 1882 (Giur. ital., 1882, I, 3, 126); 10 maggio 1884 (Corte sup., 1885, 223); 17 gennaio 1898 (Giur. ital., 1898, I, 1, 221), ecc.; — 4) costruzione, modificazione o distruzione di edifici di pertinenza degli enti pubblici adibiti a pubblici servizi, offese al possesso dei confinanti e rifiuto di ripararli: riordinamento di un edificio scolastico; cassazione Roma, 29 marzo 1887 (Corte sup., 1887, 577); distruzione di un castello diroccato; id., 11 luglio 1887 (ivi, 1887, 425); — 5) fatti materiali compiuti con l'apparente intenzione di provvedere d'urgenza per motivi di ordine, igiene, edilizia, polizia stradale, senza le forme usuali, se non prescritte, in proposito: atterramento di cancelli o alberi o rimozione di depositi ostruenti il passaggio su via asserita pubblica; cass. Roma, sezioni unite, 21 marzo 1884 (Corte sup., 1884, 140); 8 luglio 1885 (ivi, 1885, 579); 16 dicembre 1885 (ivi, 1885, 554); 10 aprile 1900 (Giur. it., 1900, I, 1, 662); incanalamento di una fonte, id., 6 giugno 1898 (ivi, 1898, I, 1, 700); — 6) violazione della proprietà con restrizioni arbitrarie e rifiuto di rimuovere le restrizioni stesse: prolungato sequestro di carrozza per contravvenzione ai regolamenti stradali e rifiuto di restituzione; id., 9 gennaio 1887 (Corte sup., 1887, 223); prolungata chiusura di molino per ragioni fiscali dopo constatata l'inesistenza di contravvenzione e rifiuto di restituzione di chiavi e di dissuggellamento, id., 17 agosto 1878 (ivi, 1877-78, 705), ecc.

La differenza fra fatto materiale e atto amministrativo formale è particolarmente evidente quando l'atto formale dovrebbe esservi ed invece manca, come nel caso di occupazione temporanea di immobili senza previo decreto; cass. Roma, sez. unite, 15 marzo 1898 (Giur. ital., 1898, I, 1, 554).

Nei casi suindicati fu variamente deciso talora sul senso di equiparare il fatto all'atto amministrativo, talora di distinguere, talora di ammettere la esecuzione coattiva dell'ordine di revoca del fatto, specie in possessorio, talora no. Ciò non rileva agli effetti considerati ora nel testo.

(6) Per es.: 1) l'ordine formale del sindaco di fare o distruggere opere sopra una strada pubblica portato ad esecuzione

§. Un fatto illecito consiste nel fare o non fare secondoche il diritto ha rispettivamente un contenuto negativo o positivo. Ciò è indubitato quando si tratti di rapporti di diritto privato con l'amministrazione, identicamente a ciò che accade per i privati: e si verifica del pari per i rapporti di diritto pubblico, rispetto ai quali il contenuto negativo o positivo del diritto individuale dà luogo alla distinzione fra diritti di libertà e civili o politici (7).

La prestazione che il privato può esigere dall'amministrazione così nel campo dei rapporti giuridico-privati, secondo le cose dette di sopra, come in quello dei rapporti giuridico-pubblici, può essere tanto materiale e consistere in un fatto o nell'omissione di un fatto, come giuridica e consistere nella emissione di una dichiarazione o nell'astensione da essa. Corrispondentemente il fatto illecito consiste nella omissione o commissione del fatto materiale, o nella non emanazione od emanazione della dichiarazione di volontà.

Il caso che la prestazione abbia per oggetto una dichiarazione di volontà è particolarmente frequente nel diritto pubblico.

1) Esso si presenta per lo più sotto la forma di diritto del cittadino ad ottenere una dichiarazione di volontà. Il fatto che molti dei diritti dei cittadini assumono questo aspetto anziché l'aspetto di pretese dirette alle prestazioni materiali, che di regola ne susseguono, procede da diverse cause. Le due principali sono le seguenti: la opportunità di riconoscere all'amministrazione il privilegio di accertare essa stessa gli estremi di fatto per la nascita del nuovo rapporto giuridico, anziché lasciar che esso sorga per il verificarsi del fatto stesso *ope legis*; la sufficienza dell'emanazione dell'atto e quindi del diritto all'atto indipendentemente da un successivo diritto alle sue conseguenze utili, per soddisfare gli interessi del cittadino, essendogli poi assicurata con l'emanazione dell'atto la sua

anche su terreno privato; cass. Roma, sezioni unite, 11 luglio 1887 (*Giur. ital.*, 1887, I, 3, 181); 19 aprile 1888 (*Corte supr.*, 1888, 247); — 2) id. di spostare una derivazione d'acqua per motivi d'igiene ed eccesso dell'esecuzione; id., 14 giugno 1892 (*Giur. it.*, 1892, I, 1, 649); — 3) procedimento di espropriazione per pubblica utilità e occupazione di terreno non incluso nei piani; id., 31 agosto 1893 (*ivi*, 1893, I, 1, 994).

(7) JELLINEK, op. cit., pag. 99 e seg., 122 e seg.; DANTSCHER von KOLLESBERG, *Die politischen Rechte der Unterthanen*, fascicolo I, pag. 86 e seg., fascicolo II, pag. 76 e seg., fascicolo III, pag. 1 e seg., 42 e seg.; ROMANO, *I diritti pubblici subiettivi nel Trattato generale di diritto amministrativo* dell'ORLANDO, pag. 159 e seg., 171 e seg., 209 e seg.; CAMMEO, op. e vol. cit., pag. 113 e seg.

(8) JELLINEK, op. cit., pag. 116 e seg.; CAMMEO, op. e vol. cit., pag. 121.

(9) Per il rifiuto di un attestato di privativa; cass. Roma, sezioni unite, 9 gennaio 1904 (*Giur. ital.*, 1904, I, 1, 317).

(10) Per il rifiuto di autorizzazione ad edificare; cass. Roma, sez. unite, 13 giugno 1890 (*Corte supr.*, 1890, 392); 18 giugno 1891 (*ivi*, 1891, 217); cass. Napoli, 31 dicembre 1903 (*Giur. it.*, 1904, I, 1, 146); — di decreto richiamante in servizio o almeno collocante in disponibilità un impiegato allo scadere dell'aspettativa; cass. Roma, sezioni unite, 15 gennaio 1879 (*Corte supr.*, 1879, 170); 12 luglio 1880 (*ivi*, 1880, 743); — di emanazione per parte di un comune delle modalità per l'impianto di una condotta elettrica autorizzato dal prefetto; id., id., 4 dicembre

esecuzione, sia perchè gli organi di esecuzione distinti da quelli di deliberazione e ad essi subordinati vi obbediscono automaticamente, sia perchè difficilmente l'amministrazione contrasta il soddisfacimento delle pretese nascenti da un rapporto giuridico dopo averne riconosciuto l'esistenza (8). Si vuole talora suddividere questo caso secondoche l'atto amministrativo, cui si vanta diritto e la cui omissione si assume lesiva, contenga una ricognizione della esistenza di rapporti giuridici fra terzi o di fatti giuridicamente rilevanti (come, per esempio, atti di stato civile, iscrizioni di ipoteche, trascrizione di diritti immobiliari, registrazione di diritti di autore, rilascio di brevetti di invenzione, ecc.) (9) o invece costituzione di nuovi rapporti giuridici (autorizzazione ad edificare, decreti di richiamo di impiegato dall'aspettativa, emanazione delle condizioni per impiantare condutture elettriche da parte di un comune, nomina di impiegato in seguito a concorso) (10). Nel primo caso vi sarebbe un atto di ricognizione, nel secondo un negozio giuridico pubblico. Senonchè negli atti di ricognizione, ove, come nella specie, la ricognizione abbia per scopo di consentire che ciò che è riconosciuto valga contro il dichiarante, vi è uno spiccato carattere di negozio giuridico (11); laonde non credo, almeno agli effetti che qui interessano, che la differenza sia rilevante.

2) Meno frequente ma non ignoto è il caso in cui il cittadino ha diritto di esigere che un atto amministrativo avente carattere di negozio giuridico con terzi non sia posto in essere e in cui il fatto illecito consiste nella emanazione dell'atto (concessione lesiva di altra concessione, nomina di impiegato in luogo dell'avente diritto, ecc.) (12).

c. L'atto amministrativo di cui parla quest'articolo e di cui esso dispone l'irrevocabilità in sede giudiziaria, comprende tutti i modi di condotta illegittima sovra ricordati. Ed è perciò che, come più volte ho fatto nel corso di questo lavoro, esso va denominato "fatto ille-

1900 (*Legge*, 1901, I, 148); — di deliberazione di nomina di un impiegato vittorioso in un concorso; cass. Napoli, 8 febbraio 1901 (*Legge*, 1901, I, 633); — di ammissione ad un posto di studio; cass. Roma, sez. unite, 4 dicembre 1900 (*Giur. ital.*, 1900, I, 1, 500); — di restituzione di licenza d'esercizio di una industria sottoposta a vigilanza finanziaria; cass. Roma, 6 novembre 1883 (*Corte supr.*, 1883, 347); 24 luglio 1893 (*ivi*, 1893, 521), ecc.

Nella stessa guisa in diritto nostro mi sembra che vadano concepiti i diritti politici (elettorato, eleggibilità, ecc.). Essi presuppongono una capacità: e il loro finale contenuto è giuridico e consiste nel valore che la volontà individuale dell'investito ha come volontà dello Stato. Però, tra la capacità e l'esercizio si interpone un atto amministrativo, cioè la proclamazione o convalidazione, le quali sono negozio giuridico ricognitivo nel senso indicato nel testo. E in caso di perdita del diritto (decadenza) un analogo atto è richiesto a revocare il primo. Formalmente pertanto il diritto politico si esplica come diritto ad una dichiarazione di volontà ossia ad un atto amministrativo.

(11) REGELEBERGER, *Pand.*, pag. 627 e seg.

(12) Vedasi, per il primo caso, con riserva sulla esattezza della decisione nella specie: cass. Roma, sez. unite, 10 agosto 1892 (*Giur. ital.*, 1892, I, 1, 383); 11 agosto 1893 (*ivi*, 1893, I, 1, 976); e per il secondo: id., id., 7 gennaio 1900 (*ivi*, 1900, I, 1, 153), ecc.

cito, o "torto", usando la stessa espressione, che per un identico fenomeno si adopera nella parte sistematica del diritto privato e che appartiene alla teoria generale del diritto (13).

Niuna distinzione invero si contiene nell'articolo stesso: niuna risulta chiara dai lavori preparatorii: niuna di quelle tentate regge alla critica, come una sommaria indagine dimostra.

α. È stato sostenuto che l'art. 4 si riferisca ai soli provvedimenti e non ai fatti materiali (14). È stato rilevato che l'espressione "atto amministrativo", significa senza alcun dubbio "provvedimento", nell'art. 5 dove è detto che gli atti amministrativi non si applicano se non in quanto sieno conformi alle leggi. Si può anche osservare che l'atto amministrativo è considerato come suscettibile di revoca: ora la revoca è tecnicamente propria delle manifestazioni di volontà, non dei fatti. Ma qui si incorre in incertezza irrimediabile circa la nozione di "provvedimento". A rigor di termini nell'articolo 5 atto amministrativo significa atto da cui l'amministrazione o un terzo creda derivare un diritto, significa cioè negozio giuridico posto in essere dall'amministrazione, ivi compresi probabilmente gli ordini (14 bis). Bisognerebbe allora dare la stessa interpretazione alla stessa espressione nell'art. 4. Ma molte lesioni di diritti, come abbiamo visto (*supra* b, e), avvengono per il rifiuto di emanare un atto amministrativo con carattere di negozio giuridico. Con quest'interpretazione non si saprebbe come trattare questo caso: se cioè considerare il rifiuto che può consistere nel semplice silenzio, come un provvedimento o come un fatto. Il considerarlo come un fatto porterebbe a consentire che la sentenza potesse supplirvi, contro il voto evidente del legislatore, il quale ha voluto impedire questo genere di sostituzioni, come emerge dal divieto di revoca per i negozi giuridici e gli ordini già emanati. Viceversa non si potrebbe arrivare a considerare il rifiuto e il silenzio come provvedimento, se non per il riflesso che anch'esso presuppone una volontà sebbene negativa e che tale volontà non deve al pari di quella positiva esser revocata. Ma accolta questa premessa bisogna riconoscere che essa vale anche per quelli che per brevità si chiamano fatti, cioè per le azioni o le omissioni materiali illecite dell'amministrazione, le quali tutte presuppongono una volontà (*supra* lett. b, α). Ed allora in considerazione di questa volontà ogni fatto

(13) Sulla nozione di fatto illecito nella teoria generale del diritto vedasi l'eccellente monografia di A. Rocca qui citata (n. 2, nota 4), in *Riv. pen.*, vol. 50 (1904), pag. 16-22, e quanto all'applicabilità di questa nozione agli atti dello Stato pag. 24-28 e massime pag. 148 e seguenti.

(14) ORLANDO, *Contenzioso amministrativo in Digesto italiano*, n. 106.

(14 bis) I negozi giuridici posti in essere dall'amministrazione sono o quelli di diritto privato (contratti, adizione di eredità, ecc.) o le dichiarazioni di volontà dirette a costituire rapporti di diritto pubblico. Vi rientrano indubbiamente le autorizzazioni e le concessioni, cioè gli atti che conferiscono speciali diritti (e insieme eventualmente doveri) ai privati. È dubbio se vi rientrino gli ordini: cioè gli atti che impongono ai privati speciali obblighi e determinano perciò l'esistenza di speciali diritti dell'amministrazione. Il dubbio sorge da ciò che un ordine non crea discretionalmente facoltà nuove: ma, dovendo procedere da una norma autorizzatrice di legge, trasforma, previo

si muta in provvedimento: e la distinzione si distrugge da sé.

Inoltre tale interpretazione è contraddetta dalla costante giurisprudenza di oltre quarant'anni, in certo modo consacrata dall'art. 25 n. 6 della legge 2 giugno 1889, come a proposito di un'opinione analoga ho già osservato al n. 1.

β. Un'altra distinzione, la quale invece è prevalente nella giurisprudenza, è quella fra atti di impero e di gestione. In ordine ad essa l'art. 4 e le disposizioni circa la irrevocabilità degli atti in via giudiziaria si riferirebbero ai soli atti di impero. Per gli atti di gestione vigerebbe il diritto comune (15).

Questa distinzione suole invocarsi anche a base della questione circa i limiti della competenza della giurisdizione ordinaria in materie interessanti l'amministrazione, e di quella intorno alla responsabilità dell'amministrazione stessa (16). È d'uopo qui prescindere da ciò, pur rilevando che quanto si dirà in appresso può riferirsi in parte anche alle due questioni suddette e massime alla seconda.

Per molto tempo la distinzione ha avuto per base il concetto che lo Stato costituisca una duplice persona giuridica pubblica o privata, cui si riferirebbero rispettivamente gli atti di impero e di gestione. Ma questa distinzione è caduta sotto l'osservazione che le persone giuridiche si individuano dallo scopo: e che lo Stato non ha due scopi o complessi di scopi da potersi soddisfare esclusivamente con l'una o l'altra specie di atti. È irrilevante resuscitare la distinzione affermando l'unità della persona ma la duplicità della capacità. La capacità è il complesso dei diritti di una persona e può essere, come quei diritti, pubblica o privata: ma siccome è una mera abitudine a esercitare gli uni o gli altri, non può servire a distinguere, in concreto, se un atto risponde all'uno piuttosto che all'altro, è d'impero o di gestione. Si è invocata spesso l'idea dello scopo o motivo dell'atto: l'utile pubblico sarebbe lo scopo dell'atto d'impero, l'utile patrimoniale, quello degli atti di gestione. Ma lasciando anche da parte le difficoltà circa l'idea di utile patrimoniale, la distinzione non regge per la ragione che i motivi (al di fuori del diritto penale) non possono utilmente mai essere presi in considerazione dal diritto per la loro non accertabilità, per la loro eventuale pluralità in ogni azione, e soprattutto per la loro caratteristica di costi-

accertamento di fatti, una facoltà preesistente potenziale in una facoltà attuale. Senonchè, rilevato ciò, emerge che prima dell'ordine si tratta di mere facoltà e dopo di esso sorgono delle concrete pretese e perciò dei veri diritti: laonde gli ordini sono da equipararsi agli atti con cui un privato esercita una facoltà giuridica, creandosi dei diritti di fronte a terzi con una semplice sua dichiarazione (n. 5, B, a, α, 4). Il che riavvicina gli ordini ai negozi giuridici. L'analogia fra ordini e atti costituenti esercizio di facoltà fu già rilevata a proposito dell'espropriazione anche dai privatisti. Cfr. CHIOVENDA, op. cit., pag. 109; CAMMEO, op. e vol. cit., pag. 77-78.

(15) Vedasi RANELLETTI, *Per la distinzione fra atti di impero e di gestione*, estratto dal volume per le onoranze a V. SCALOIA, e per la dottrina e la giurisprudenza le note a pag. 2 e seguenti.

(16) Circa il riferimento della distinzione alla competenza vedasi n. 1, nota 1, e circa il riferimento alla responsabilità n. 13, note 7 e 8.

tuire una serie infinita (17). Se si rimonta le serie dei motivi si ritrova sempre che ci è o ci deve essere quello dell'utile pubblico, e la distinzione svanisce. Se non si rimonta, bisogna determinare dove ci si arresta. Si è proposto di adottare la nozione giuridica di *causa*, che sarebbe l'ultimo dei motivi, quello immediatamente prossimo all'azione (18). Ma questo motivo è in genere l'utilità immediata che l'agente crede di raggiungere col proprio atto; e non è mai l'utile pubblico che è un concetto più complesso, ancorché in parte con l'altro possa coincidere. Ed in ogni modo la nozione di *causa* può riferirsi ai negozi giuridici, non ai fatti illeciti dei quali precisamente si tratta nelle specie.

Nella sua forma più esatta e comprendente in modo cosciente lo scopo che incoscientemente si proponevano le teorie criticate sopra, la distinzione fra atti di impero e di gestione corrisponde alla distinzione fra rapporti giuridici pubblici e rapporti giuridici privati. Il criterio di distinzione è allora pre-giuridico e consiste nel fatto che il rapporto abbia o no un oggetto patrimoniale e si svolga o no sotto un regime di uguaglianza, libertà e concorrenza pari a quello sotto cui si svolgono normalmente i rapporti patrimoniali fra privati (19). Ma detto questo non ne viene che tale distinzione così giustamente concepita possa applicarsi alle specie in esame, una volta che si tratta di applicarla ai "fatti illeciti".

La impossibilità di applicare la distinzione si presenta sotto diversi punti di vista.

Innanzitutto dal punto di vista dei rapporti intercedenti fra l'amministrazione e il cittadino che si sente direttamente leso in un suo diritto. Perché la distinzione fra rapporto di diritto privato e rapporto di diritto pubblico potesse avere riferimento ai "fatti illeciti", dell'amministrazione, occorrerebbe che si potesse sempre constatare se un "fatto illecito", concerna fra le parti in causa, la infrazione di un rapporto giuridico dell'una o dell'altra specie. Ora ciò se è talora possibile, è spesso impossibile in via assoluta (il che basta a togliere valore ad una distinzione), sia che vogliansi distinguere i "fatti illeciti", *obbiettivamente* nei loro intrinseci effetti giuridici, sia che si vogliano distinguere *subiettivamente* secondo l'intenzione di chi li ha posti in essere.

Si consideri innanzi tutto il caso della distinzione fatta secondo criteri obbiettivi. Perché fosse possibile sempre bisognerebbe che accadesse per i "fatti illeciti", ciò che accade per i fatti leciti o negozi giuridici, rispetto ai quali la natura pubblica o privata è determinata dal carattere pubblico o privato del rapporto giuridico che essi creano, sciogliono e modificano. Senonché l'una cosa è possibile perché un "atto le-

(17) Vedansi per il diritto privato le geniali osservazioni dello SCIALOJA, *Teoria degli atti e negozi giuridici*, litografie per l'anno 1892-93, vol. II, pag. 108 e pag. 170-71.

(18) Sulla nozione di *causa* in generale vedasi SCIALOJA, op. cit., pag. 173; REGELSBERGER, *Fund.*, pag. 608.

(19) RANDELLETTI, op. cit., pag. 22. Nello stesso senso CAMMEO, op. cit., vol. I, n. 78, 79, 83.

(20) Naturalmente non si può attendere all'opinione del cittadino che subisce l'atto illecito: imperocché fuori del giudizio non ha occasione di esprimerne alcuna; e in giudizio per aver ragione deve assumere almeno implicitamente che

cito", in tanto è valido in quanto risponde ai precetti o del diritto pubblico o del privato e crea un rapporto rientrante nelle norme dell'uno o dell'altro: ed è impossibile l'altra, perché il "fatto illecito", in tanto è illecito in quanto non risponde alle norme del diritto pubblico né del privato; ché se alle norme di un solo di questi diritti rispondesse sarebbe lecito.

E valga il vero. Quando tra il privato e l'amministrazione corrono uno o più rapporti i quali sieno indiscutibilmente di diritto pubblico, si può accertare la natura di qualunque atto illecito, non potendo essa essere che pubblica. Ma qui non occorre mai invocare la distinzione. Occorre invece invocarla quando fra l'amministrazione e il cittadino corre un rapporto che è o si assume essere di diritto privato. Se questo rapporto potesse essere l'unico che intercedesse fra quelle due personalità, l'accertamento della natura del fatto illecito sarebbe altrettanto facile, quanto nella prima ipotesi. Senonché tra qualunque cittadino e l'amministrazione parallelamente a qualunque rapporto di diritto privato corre per lo meno un rapporto di diritto pubblico, quello generale di sudditanza costituzionale, donde derivano per lo Stato i diritti di supremazia e per l'individuo quelli di libertà. Un "fatto", della amministrazione per quanto si riferisca a un obbietto che rientra nel rapporto di diritto privato, per essere "illecito", deve non solo violare diritti che nascono dal rapporto stesso, ma anche non essere fondato su diritti di supremazia che abbiano radice nel rapporto generale di sudditanza e perciò infrangere un qualche diritto di libertà. Laonde il "fatto illecito", in sé si riferisce nello stesso tempo a un rapporto di diritto privato e a uno di diritto pubblico: né può pertanto esser classificato secondo la natura del rapporto.

Si consideri un caso della distinzione fatta subiettivamente secondo l'intenzione dell'amministrazione (20). Secondo questo criterio, il "fatto illecito", si direbbe di impero se l'amministrazione ha inteso con esso, sia pur erroneamente, di far valere un diritto nascente da un rapporto giuridico pubblico e di gestione se ha inteso con esso, sempre erroneamente, di far valere un diritto nascente da un rapporto giuridico-privato. Ma questa intenzione, la quale necessariamente deve essere riferita al momento in cui l'atto o fatto fu posto in essere senza attendere alle giustificazioni *ex post*, può esserci e risultare; può esserci e risultare *duplice o plurima*; può non esservi o almeno non risultare. Esiste e risulta in molti casi: in tutti quelli in cui la lesione procede da un *ordine*: o in cui anche non procedendo da un ordine sussegue ad una dichiarazione di volontà formale e motivata in diritto (*supra*, lett. b, α) (21). Esiste ma risulta *duplice* tutte le volte che un mede-

l'atto è illecito in sé tanto per diritto privato come per diritto pubblico.

(21) Per es.: dato un diritto contrattuale verso un comune di raccogliere le materie fecali e scaricarle in un determinato sito, la proibizione dello scarico per motivi di igiene mediante ordinanze del sindaco fa certo valere un diritto di supremazia in vista del rapporto di diritto pubblico; cass. Roma, sezioni unite, 15 ottobre 1887 (*Corte sup.*, 1887, 733); dato un diritto contrattuale verso lo Stato in virtù di un appalto, la proibizione prefettizia di usare mine pericolose per il vicinato fa valere un diritto pubblico; id., 13 giugno 1885 (*Foro ital.*, 1885,

simo fatto può compiersi per diritto privato e pubblico e sieno invocati espressamente entrambi i motivi (22). Può la natura del diritto che l'amministrazione intende far valere, non risultare, come quando essendovi una previa deliberazione non sia motivata, o quando questa previa deliberazione manchi e tutto si riduca a un mero fatto (23). Manca ogni intenzione quando la lesione del diritto proceda da un fatto o da un'omissione involontaria e non motivata (24).

In questi casi l'indagine circa il titolo giuridico che l'amministrazione abbia creduto di far valere è necessariamente fallace, dove è possibile. E dove è impossibile non può esser sostituita da altre ricerche intorno alla personalità privata o pubblica, donde l'atto proceda, o ai suoi motivi materiali, senza adottare un criterio del tutto diverso da quello della natura privata o pubblica del rapporto e sostanzialmente irrilevante dal punto di vista giuridico.

In secondo luogo la distinzione fra atti d'impero e di gestione è frequentemente impossibile dal punto di vista dei rapporti tra amministrazione e terzi che di necessità si accompagnano con il rapporto o i rapporti fra amministrazione e cittadino direttamente leso da atto illecito. Si è già visto che la lesione di un diritto può procedere da negozi giuridici posti in essere coi terzi (*supra* b, α). In tal caso può accadere (almeno secondo l'opinione prevalente nella giurisprudenza) che un atto amministrativo costituisca "fatto illecito", nei rapporti con un cittadino dal punto di vista del diritto privato e sotto questo aspetto apparire di gestione, e costituisca negozio giuridico di diritto pubblico rispetto a terzi. In tal caso per questa sua duplice efficacia esso non trova posto nella classificazione, dimostrando una volta di più l'insufficienza della distinzione.

L'esempio più frequente nella giurisprudenza si ha nel caso d'appalti di esazioni d'imposte dirette o di

I, 333); il rifiuto dell'amministrazione di adempiere un contratto previa dichiarazione di revoca da parte della stessa autorità amministrativa che lo ha concluso, o di annullamento da parte dell'autorità superiore, quando si impugni la esistenza degli obblighi contrattuali per difetto di forme tutelari cioè mancanza di consenso, fa valere un diritto privato: id., 16 aprile 1884 (*Corte sup.*, 1884, 701).

(22) Per es.: alienazione di un immobile per parte di un comune con patto di non sovraedificazione oltre i limiti dei regolamenti edilizi; ingiunzione di ridurre in pristino l'immobile sovraelevato in contravvenzione: app. Torino, 11 luglio 1890 (*Giur. ital.*, 1890, 2, 276).

(23) Per es.: contratto di permuta di un terreno fatto ad un comune per un'area destinata ad una strada: occupazione coattiva atteso il rifiuto di consegna del vicino: può procedere tanto dalla intenzione di far valere il diritto di proprietà privata, quanto dalle necessità d'ordine pubblico di costruire d'urgenza la strada: cassazione Roma, sezioni unite, 15 luglio 1882 (*Corte sup.*, 1882, 690); contratto di vendita, di un bosco comunale; proibizione di utilizzare il bosco imposto al compratore: può proceder tanto dall'idea di nullità del contratto come dal timore di tumulti popolari: id., 2 luglio 1889 (*Corte sup.*, 1889, 445); costruzione o riordinamento di edifici; può essere tanto esercizio di facoltà inerenti al diritto di proprietà, come inerenti al diritto di supremazia del demanio, secondo la destinazione ad uso demaniale o no data o che si intende dare all'edificio: app. Milano, 21 ottobre 1872 (*Legge*, 1873, II, 21); cass. Roma, sezioni unite, 29 marzo 1887 (*Corte*

dazi; essi nei riguardi dell'appaltante e dell'amministrazione sono reputati (erroneamente del resto) negozi giuridici inducenti rapporti di diritto privato. Ora la determinazione delle tariffe, delle cinte daziarie, l'osservanza delle tariffe stesse di fronte ai cittadini mediante la vigilanza alle porte. La contestazione di contravvenzione costituiscono obblighi dell'amministrazione verso l'appaltatore, la cui inosservanza mediante fatti od omissioni, fondate p. es. sopra una erronea interpretazione contrattuale, è, secondo la premessa, un atto illecito di diritto privato, e sarebbero atti di gestione. Viceversa i medesimi atti rispetto ai contribuenti riflettono indubbiamente rapporti di diritto pubblico e sarebbero atti d'impero (25).

In tutti i casi in cui la distinzione è impossibile si fa luogo di frequente ad una categoria intermedia di atti misti, nella quale, non potendo contemporaneamente applicarsi le norme di diritto privato e pubblico, la distinzione viene a naufragare.

Di questa distinzione impossibile in sé non vi è del resto traccia nella legge. Non vi è traccia nel testo giacché l'articolo 4 parla di "atti dell'autorità amministrativa", di "atti amministrativi". Ora, se riconoscendo queste espressioni con la nozione di *revoca* accolta nel capoverso dell'art. 4 non sarebbe irrazionale (sebbene ormai su di esso non possa discutersi, come è detto *sub a*) ritenere che esse si riferiscono alle sole illecite dichiarazioni di volontà costituenti ordini o negozi giuridici, una volta che è giuocoforza riconoscere ad esse tanto il significato di fatti quanto di dichiarazioni di volontà, non v'è alcuna parola del testo che distingua i fatti e le dichiarazioni di volontà illecite appartenenti al diritto pubblico ed al privato. Quale che sia il rapporto giuridico cui si riferiscono essi sono del pari atti e fatti dell'amministrazione, atti e fatti amministrativi. Non vi è traccia in altre disposizioni della legge del 1865 e specie nel-

*supra*, 1887, 577); app. Napoli, 3 febbraio 1892 (*Mon. giurid.*, 1892, 59).

(24) Per es.: abbandono di trincea aperta in un terreno pure abbandonato con conseguenza di esalazioni nocive per i vicini: cass. Roma, sezioni unite, 8 agosto 1893 (*Giur. ital.*, 1894, I, 1, 71); omessa custodia di oggetti sequestrati per preteso contrabbando: cass. Roma, 31 luglio 1878 (*Corte sup.*, 1877-78, 680); 17 febbraio 1889 (*Legge*, 1889, I, 436); di oggetti di carcerati: app. Lucca, 25 maggio 1888 (*Annali*, 1888, 3, 191); di corpi di reato, cass. Roma, sezioni unite, 11 dicembre 1908 (*Giur. ital.*, 1903, I, 1, 400); negligenza nello zavorramento di torpediniere e morte dei marinai: app. Genova, 23 gennaio 1898 (*ivi*, 1899, I, 1, 160); negligenza nel amministrare medicine a un soldato ammalato: cass. Roma, sezioni unite, 9 settembre 1902 (*ivi*, 1903, I, 1, 975); abbordo in mare: appello Bologna, 11 marzo 1891 (*Legge*, 1891, II, 276), ecc. ecc.

(25) Per es.: variazione del modo di riscossione dell'imposta di ricchezza mobile (per ritenuta anziché per ruolo) nel corso di un contratto di esattoria: cass. Roma, sez. un., 15 settembre 1896 (*Giur. ital.*, 1896, I, 1, 891) già citata; variazione di tariffa daziaria nel corso di un contratto d'appalto, id. id., 8 luglio 1889 (*Corte sup.*, 1889, 344); cass. Napoli, 6 dicembre 1897 (*Giur. ital.*, 1898, I, 1, 622); variazione di cinta daziaria nel corso di un contratto come sopra: cass. Roma, sezione un., 22 aprile 1890 (*Corte sup.*, 1890, 146); 19 marzo 1897 (*Giur. ital.*, 1897, I, 1, 1050); omessa vigilanza e omessa con testazione di contravvenzioni, id. id., 22 marzo 1894 (*Corte sup.*, 1894, 479); 20 giugno 1902 (*Giur. ital.*, 1902, I, 1, 851) ecc.

l'articolo 7. Erroneamente è stato detto che l'art. 4 si riferisca agli atti d'impero, perchè l'art. 7 si riferisce agli atti di gestione. Che l'art. 7 si occupi anche di rapporti giuridici privati per concedere *esecutorietà* ad alcune pretese dell'amministrazione, che avendo esclusiva base in quel diritto non sarebbero esecutorie è già stato rilevato di sopra (n. 7). Ciò non ha nulla a che fare coll'art. 4, il quale limita la competenza dell'autorità giudiziaria a conoscere degli atti amministrativi e soprattutto nel capoverso ne interdice ai giudici la modificazione, la revoca, non in quanto siano esecutori, ma in quanto provengono dall'amministrazione, e come suo privilegio *ratione personae*. Non ve n'è traccia nella storia nell'art. 4. Giustamente è stato osservato, che la legge del 1865 espressamente si riferisce alle sole materie che appartenevano al cessato contenzioso. Erroneamente se n'è dedotto che disponga per i soli rapporti giuridici di diritto pubblico, come se questi soli appartenessero per lo innanzi al contenzioso. Giacchè invece vi appartenevano rapporti giuridici privati nascenti da alcuni contratti nel contenzioso degli Stati sardi (26) e di quasi tutta la materia contrattuale nel contenzioso napoletano e piemontese (27). Non ve n'è traccia nella ragione d'essere della disposizione. Giacchè il privilegio *ratione personae* della non revocabilità della dichiarazione di volontà e non riparabilità in natura dei danni arrecati dai puri fatti dell'amministrazione, conceduto dall'articolo 4 all'amministrazione, ha uguale ragione di esistere nei rapporti di diritto pubblico ed in quelli di diritto privato: essendo anche questi costituiti per interesse pubblico, e potendo del pari l'adempimento specifico dei relativi obblighi pregiudicare questo interesse. Anzi questo privilegio è meno oneroso per il cittadino nel campo dei rapporti giuridico-privati, perchè in questi la riparazione pecuniaria, che la giurisprudenza surroga all'adempimento specifico, costituisce una reintegrazione di diritto ben più efficace che nel campo dei rapporti giuridico-pubblici.

L'unico motivo a sostegno della distinzione potrebbe essere la giurisprudenza: ed io alla giurisprudenza ultra-trentennale formatasi intorno alla legge del 1865 non sono alieno (come ho già detto) dal riconoscere valore di consuetudine interpretativa. Ma ciò a patto che sia una giurisprudenza cosciente e costante. Questi due caratteri invece non possono esserle riconosciuti per quanto riguarda la distinzione fra atti di gestione e di impero. Innanzi tutto perchè essa è intrinsecamente impossibile, poi perchè, come ho avvertito, le sono stati dati i fondamenti più diversi e in gran parte contraddittori, e finalmente perchè non ha ormai più il pregio della continuità giacchè le più recenti sentenze tendono a discostarsene (28).

Osservo in ogni modo che quanto io sto per dire è, in certa misura, indipendente dall'accettazione o meno di questa distinzione, giacchè ammesso per ipotesi che l'art. 4 si riferisca a soli atti, così detti, d'impero,

(26) CAMBIO, op. cit., vol. I, n. 202, I.

(27) SCHUPFER, I precedenti storici del dir. amm. italiano nel Trattato dell'ORLANDO, vol. I, pag. 1147-48, 1234-35.

(28) La distinzione è stata respinta agli effetti della appli-

rimarrebbe sempre il problema circa l'interpretazione dell'articolo e circa la natura dell'azione limitatamente ad essi.

B. L'atto amministrativo, di cui si è così definito il significato non può, per l'art. 4, essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative. Da questa formula si argomenta direttamente che non può essere revocato o modificato dalla autorità giudiziaria.

Come è stato rilevato più volte nel corso di questo lavoro l'espressione revoca in senso tecnico si adatta propriamente alle dichiarazioni di volontà costituenti negozi giuridici ed assume vari significati. Revoca di una dichiarazione di volontà significa emanazione di una successiva dichiarazione per effetto della quale non sorgono o cessano gli effetti giuridici della prima, e cioè non si costituisce o si scioglie il rapporto giuridico cui la prima mirava. La seconda dichiarazione di volontà può procedere dallo stesso subbietto che ha emesso la prima, o da un subbietto diverso che può essere o un organo giurisdizionale, o, nel campo del diritto amministrativo, un superiore gerarchico. Essa può procedere o da considerazioni di mera opportunità (revoca di un testamento), o da vizi originari o sopravvenuti che danno luogo all'annullamento, non alla nullità assoluta dell'atto revocato (revoca di donazione, revoca di atti fraudolenti, ecc.). In senso ristrettissimo revoca è la manifestazione di volontà dello stesso subbietto fatta per motivi di pura convenienza: in senso amplissimo, per tacere di alcune sfumature intermedie, sono revoca anche le manifestazioni di volontà di subbietti diversi dal primo e massime di organi giurisdizionali per motivi che danno luogo all'annullamento. In questo senso revoca si adopera quindi impropriamente per annullamento.

È fuori di dubbio che la parola *revoca* nell'articolo in discorso ha, rispetto agli atti amministrativi aventi carattere di negozi giuridici, quest'ultimo significato. L'interdizione ai tribunali di revocare gli atti per motivi di convenienza è già implicita nella essenza della funzione giurisdizionale: e in ogni modo risulta dalla limitata competenza dei tribunali ai soli casi in cui un cittadino può vantare un diritto (art. 2). Stabilita la competenza sui soli diritti, la revoca interdetta ai tribunali è quella sola cui alcuno abbia diritto, cioè quella che procede dall'annullabilità originaria o sopravvenuta del negozio giuridico attaccato.

Ma con ciò l'articolo dispone espressamente per quei casi in cui la lesione del diritto proceda dall'esistenza od emanazione di un negozio giuridico, ivi compresi per analogia anche gli ordini (v. in questo numero nota 14). Che deve dirsi per i casi in cui la lesione sorge o da un negozio giuridico per effetto della sua esecuzione, o per un semplice fatto indipendente da un negozio giuridico, o da una omissione sia di adempiere una prestazione materiale, sia di porre in essere un negozio giuridico?

cazione dell'art. 4: Cassaz. Roma, sezione un., 7 aprile 1900 (Giur. ital., 1900, I, 1, 748) e in MORTARA, op. e vol. cit., pag. 159 e 160.

Per la sua elezione agli effetti della competenza vedasi n. 1, nota 1 e agli effetti della responsabilità, n. 13, nota 3.

Bisogna por mente che anche queste situazioni illecite presuppongono un atto di volontà o dichiarata espressamente o manifestata a mezzo della concreta attuazione: e che la corrispondente situazione lecita presuppone a sua volta un atto di volontà, col quale o si rimuovono le conseguenze materiali riparabili di un fatto materiale illecito oppure si pone in essere il fatto materiale la cui omissione è illecita o si emette la dichiarazione di volontà che alcuno abbia diritto di esigere. Il secondo atto di volontà, ancorchè appaia diretto non a costituire ma ad eseguire rapporti giuridici, è considerato per estensione analogica come atto di revoca della prima manifestazione illecita, e lo emanarlo si reputa interdetto alla autorità giudiziaria.

La modificazione è una revoca parziale nel senso che l'atto amministrativo è in parte annullato o sostituito.

Però l'estensione da darsi a questi principi nella loro applicazione deve essere determinata non soltanto dalla lettera dell'art. 4, ma anche dal suo spirito. E questo, come è stato ricordato al n. 1 sulla base dei lavori preparatori, è informato all'idea che il rispetto alla divisione dei poteri esiga il divieto ai tribunali di sostituire la loro volontà a quella dell'amministratore per non restringere la libertà dell'amministrazione e non pregiudicare la soddisfazione integrale degli interessi che essa rappresenta. E questa interpretazione logica consente di limitare la rigorosa applicazione del precetto dell'art. 4 laddove né la libertà né gli interessi dell'amministrazione siano in pericolo.

Con questa restrizione l'interpretazione qui formulata dell'art. 4 è l'unica che venga ad attribuirgli un significato razionale, tutte le altre rivelandosi insostenibili (n. 1 e in questo numero A, c). Essa è anche l'unica che riassume in un concetto generale la giurisprudenza costante su questo argomento.

È da avvertire però che mentre credo che i suesposti

(29) Interessante è il rapporto tra il caso considerato nel testo in cui l'amministrazione è convenuta, e quello in cui essa sia attrice o essendo convenuta debba considerarsi come attrice in quanto sollevi una qualche eccezione. Impera, di regola, in proposito l'art. 5 della legge sul cont. amm.: « In questo come in ogni altro caso le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi od i regolamenti generali o locali in quanto siano conformi alle leggi ». Questo articolo, oltre ad altre ipotesi di cui è inutile intrattenersi qui, prevede il caso che la pubblica amministrazione per via di azione od anche di eccezione non potendo far valere una sua pretesa coattivamente (n. 7, nota 2) invochi in giudizio un atto amministrativo per trarne fondamento di qualche suo diritto, e cioè per ottenerne « applicazione », e il privato impugni l'esistenza del diritto stesso, contestando la legittimità dell'atto. In questi casi « atto amministrativo » va inteso in senso di negozio giuridico, ivi compresi gli ordini e le dichiarazioni unilaterali dirette a esercitare una facoltà giuridica e a creare un diritto (per esempio deliberazioni di stare in giudizio o di appellare, decreto di annullamento di deliberazioni, ecc.). I tribunali, se l'atto amministrativo è invocato per via di azione, rigettando la domanda, emettono una sentenza puramente dichiarativa (n. 5, nota 2), la cui efficacia consiste nell'escludere l'esistenza del diritto e nel rifiutare all'atto amministrativo illegale, rispetto al caso deciso, quegli effetti giuridici, che si tende di far valere a mezzo dell'autorità giudiziaria. Ciò non pregiudica né la libertà né gli interessi dell'amministrazione, giacchè essa rimane facoltizzata a far valer l'atto coattivamente (in quanto lo possa), senz'altro

principii siano indistintamente da applicarsi in tutte le controversie fra cittadini e Stato, attesa l'erroneità della distinzione fra atti d'impero e di gestione, la giurisprudenza ne limita l'applicazione alle sole controversie concernenti atti d'impero: per quelli attinenti ad atti di gestione essa applica invece le regole del diritto giudiziario comune (v. in questo numero le note 21-25) (29).

C. La revoca e modificazione degli atti amministrativi, la quale nei casi e con gli effetti suindicati è interdetta all'autorità giudiziaria, è riservata invece all'autorità amministrativa dietro ricorso degli interessati. Ma questa revoca e modificazione, ove sia la necessaria conseguenza della sentenza dei tribunali e corrisponda così ai casi in cui la revoca o modificazione di una dichiarazione di volontà avente carattere di negozio giuridico o una qualunque sostituzione della volontà del giudice a quella del soccombente sarebbe ammissibile per i principii di diritto vigenti nelle controversie tra privati, non è una facoltà dell'amministrazione cui essa possa sottrarsi sia pure mediante prestazione di equivalente e massime di una somma di denaro per danni, ma è un obbligo. E nel caso di domandata revoca o modificazione che si applica l'ultimo inciso dell'art. 4 e che, cioè, l'amministrazione deve conformarsi al giudicato dei tribunali nel caso deciso. Se questo è un obbligo vi corrisponde un diritto del cittadino (30) e deve esservi una sanzione. Indubbiamente non è un diritto cui corrisponda l'azione giudiziaria e la conseguente efficace sanzione. Nel sistema della legge del 1865 esso era un diritto con la imperfetta sanzione del ricorso all'amministrazione attiva: sanzione nulla, può dirsi, quando l'organo cui compete di modificare o revocare l'atto non aveva superiori gerarchici, giacchè essa si concretava in una semplice opposizione o reclamo alla stessa autorità: sanzione solo lievemente più efficace se vi

la efficacia puramente ideale della sentenza costituisca un materiale ostacolo. La volontà dell'amministrazione cioè non è in tal caso né revocata, né modificata dal giudice: rimane quale è, ed è soltanto non eseguita dal tribunale. Nel caso in cui l'atto amministrativo sia invocato per eccezione, il rigetto dell'eccezione ha di per sé la stessa conseguenza: considerato in rapporto all'azione del cittadino implica l'accoglimento di essa (in quei limiti che sono stabiliti nell'art. 4) e perciò una pronuncia che prescinde dall'atto amministrativo invocato. Cfr. in proposito MUCCI, *Ist. di dir. amm.* pag. 75; MORTARA, op. e vol. cit. pag. 230 e seg.; VACCHELLI op. cit. nel *Tratt.* citato vol. III, pag. 444.

(30) La nozione che la revoca o modificazione sia una facoltà e non di un obbligo, e che l'amministrazione sia liberata tutte le volte che ha prestato i danni, dei quali, di regola, le sentenze favorevoli al cittadino portano la condanna, è però assai diffusa. Vedasi: consiglio di Stato, parere, 6 giugno 1871 (*Legge*, 1871, II, 341); id., decr. su confl., 23 marzo 1875 (*Legge*, 1875, II, 171) nei motivi; cass. Roma, sez. un., 11 luglio 1898 (*Corte sup.*, 1898, 197); cons. di Stato, sez. IV, 5 gennaio 1904 (*Giur. ital.*, 1904, III, 93). La retta interpretazione si ha in app. Napoli, 22 luglio 1868 (*Giur. ital.*, 1868, II, 651); cassazione Torino, 2 dicembre 1870 (*Legge*, 1871, II, 233); cass. Roma, sez. un., 2 luglio 1889 (*Corte sup.*, 1889, 370); 1° dicembre 1903 (*Giur. ital.*, 1904, I, 1, 120).

Si confronti quanto si è detto per il diritto privato al n. 4, nota 8.

erano superiori, giacchè essa consisteva allora nel ricorso gerarchico.

Coll'art. 25 n. 6 della legge 2 giugno 1889 più volte menzionato fu istituito un ricorso " diretto ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei tribunali nel caso deciso ". L'obbligo di cui parla questa disposizione è precisamente quello stabilito dal capoverso dell'art. 4. Laonde quest'obbligo ha trovato sanzione in questo ricorso contenzioso. Ciò fornisce un criterio per determinare l'estensione della competenza della IV sezione nella subbietta materia. L'art. 4 ha tolto per le controversie amministrative alcune attribuzioni a quella che è la competenza dei tribunali ordinari nelle controversie fra privati; l'art. 25 n. 6 ha conferito queste attribuzioni alla IV sezione. La competenza della IV sezione dev'essere di tal fatta che, sommata con la competenza dei tribunali ordinari nelle questioni fra cittadini e Stato, deve dare per totale quel complesso di attribuzioni e di poteri che la giurisdizione ordinaria possiede nei vari tipi di azione, secondo i principii esposti nel capo precedente.

Quando l'art. 25 dice che la competenza della IV sezione in proposito è di merito, esso conferma questa tesi. Competenza di merito nella nostra legge significa più cose alquanto diverse: essa implica sempre competenza piena sul tipo di quella civile in primo grado e in appello in confronto della competenza di annullamento che è limitata sia nel potere del giudice circa l'accertamento e la valutazione dei fatti e circa il dispositivo delle decisioni che è di regola dichiarativo o negativamente costitutivo; talora importa anche competenza di equità ed opportunità invece che di stretto diritto. Perchè questo secondo significato si aggiunga al primo, bisogna che la materia si presti ad apprezzamenti equitativi e discrezionali: e quando non vi si presta, è giuoco forza restringersi al primo. Ora come non vi è competenza di equità od opportunità nelle attribuzioni di merito della IV sezione intorno ai contratti di prestito pubblico, alle operazioni elettorali e in alcuni altri casi, così non vi è in questo attuale: imperocchè l'obbligo di eseguire un giudicato non consente apprezzamenti di equità o convenienza, ma deduzioni rigorose di stretto diritto. È pertanto da escludersi che la competenza della IV sezione sia di merito nel senso che importa discrezionale e equitativo apprezzamento di scelta circa i mezzi per adempiere quell'obbligo (31), dovendo essa irrimediabilmente pronunciare la revoca o la modificazione degli atti amministrativi tutte le volte che esse siano la conseguenza del giudicato. Ma d'altro canto siccome la revoca, l'annulla-

(31) In questo senso, ma erroneamente, VITTA, *Giustizia amm.*, pag. 161-2.

(32) In proposito vedasi in vario senso: LEOPORNI *Dei ricorsi alla sezione giurisdizionale del consiglio di Stato per l'esecuzione ecc.* in *Arch. di dir. pubbl.*, 1891, pag. 107 e seg.; ORLANDO *Giust. amm.* nel *Trattato* citato, vol. III, pag. 843 e seg.; MORTARA, *op. e vol. cit.*, pag. 144 e seg.; FORTI in *Rivista pratica di giurisprudenza*, vol. II, n. 5.

Quando si ammetta la distinzione fra atti di impero e di gestione e la competenza dei tribunali a pronunciar la revoca di questi, è logico escludere dalla competenza della IV sezione i ricorsi che hanno per oggetto la revoca dei così detti atti di

mento, la sostituzione di una dichiarazione di volontà rientrano nelle attribuzioni dei tribunali ordinari nelle controversie tra privati specie nel corso delle azioni costitutive e ne sfuggono in quelle tra cittadini e amministrazione, così tali facoltà fanno parte della competenza della IV sezione, e questa propriamente è detta competenza di merito (cfr. n. 9 E, n. 10 D, n. 11 E) (32).

9. Si consideri ora l'applicazione di questi principii alle azioni di condanna contro la pubblica amministrazione.

A. Gli estremi per questo tipo d'azione si riscontrano allorchando una pretesa di un cittadino a una prestazione od omissione materiale sia rimasta insoddisfatta da parte della pubblica amministrazione (n. 4, A), così nel caso che il fatto o l'omissione non siano stati preceduti da un formale provvedimento come nel caso che tale provvedimento sia intervenuto e sia stato portato ad esecuzione (n. 8, note 4-6).

B. L'azione di condanna contiene il previo accertamento del rapporto giuridico donde deriva la pretesa da soddisfare (n. 4, B) e questo accertamento acquista efficacia di cosa giudicata (n. 4, E, a) (1).

A questo proposito nessuna innovazione è arrecata dalla legge sul contenzioso amministrativo. Ciò emerge dalla prima parte dell'art. 4 dove si afferma il principio della limitazione oggettiva della cosa giudicata e soprattutto dal capoverso dove la obbligatorietà del giudicato per l'amministrazione è proclamata.

C. Invece per quanto concerne la condanna e la sua sanzione coattiva, è da ricordare che la condanna implica un ordine da eseguirsi coattivamente e di conseguenza la surroga della volontà lecita del giudice alla volontà illecita del soccombente rivelatasi nella sua condotta antigiusdica (n. 4, C). Questa surroga in quanto sia da compiersi dal giudice nei riguardi della amministrazione, è revoca di atto amministrativo ai sensi ed agli effetti della legge sul contenzioso (n. 8, B) ed è quindi interdotta ai tribunali ordinari.

Perciò, ragionato in via deduttiva dai suesposti principii, quali emergono dalla interpretazione letterale dell'art. 4, senza attendere alla interpretazione logica, bisognerebbe concludere che le azioni di condanna non sono ammissibili contro la pubblica amministrazione. Un tale sistema, che ridurrebbe la competenza dei tribunali ordinari alle sole azioni dichiarative, non sarebbe inconcepibile né senza precedenti: di tal fatta essendo in gran parte le giurisdizioni amministrative di annullamento e con tutto il rigore possibile la giurisdizione del tribunale dell'Impero in Austria (2).

Ma la giurisprudenza costante non si è spinta fino a

gestione. Cons. di Stato, IV sez., 26 aprile 1895 (*Giur. italiani*, 1895, III, 193).

(1) Il caso in cui l'accertamento del rapporto giuridico per disposizioni particolari sia riservato alle giurisdizioni speciali esce pure dal nostro tema. In proposito MONTARA, *op. cit.*, vol. I, 3<sup>a</sup> ed., n. 200, 201.

Ove lo accertamento proceda dalla risultanza di un ricorso non contenzioso, cioè gerarchico o straordinario al re, esso avrà valore di prova per confessione. CAMMEO, *op. cit.*, vol. I, pag. 504.

(2) È in ultima analisi il sistema di interpretazione adottato dal GANNA nei due scritti citati al n. 2, nota 3.

queste ultime conseguenze: ed ha operato in proposito una distinzione.

Ha distinto l'adempimento specifico degli obblighi dell'amministrazione dall'adempimento per equivalente col pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento di danni. Ha escluso l'azione di condanna quanto alla prima forma di adempimento anche in tutti i casi in cui essa sarebbe possibile e coercibile secondo i principii generali del diritto (n. 4, C, a, x): ha ammesso l'azione di condanna quanto alla seconda forma, cioè ai danni, così nei casi nei quali, anche secondo i principii generali, soltanto essa sarebbe possibile (n. 4, C, a, x e b) come in luogo e vece della condanna allo adempimento specifico.

Non bisogna eredere però che fra la condanna allo adempimento specifico e quella pecuniaria nei danni siavi una differenza sostanziale: cioè che nel primo caso esista un atto amministrativo da revocare, nel secondo no. Innanzi tutto in quei casi (e sono numerosissimi) in cui l'obbligo dell'amministrazione consiste nel pagare (dare o restituire) una somma di denaro, la condanna nei danni non presenta alcuna sostanziale differenza rispetto alla condanna all'adempimento specifico nel senso che di regola la comprende e perfino spesso la sorpassa cumulando col pagamento del capitale quello degli interessi (3). In secondo luogo il giudizio, instaurato sia pur limitatamente a una prestazione pecuniaria anziché esteso all'adempimento specifico, implica che l'amministrazione si è rifiutata di soddisfare spontaneamente anche quella prestazione pecuniaria. Ora tale rifiuto non è meno un atto di volontà che il rifiuto di prestare l'adempimento specifico: e se è revoca d'atto amministrativo la condanna all'adempimento specifico, è revoca di atto amministrativo la condanna nei danni.

Neppure si può trovare nella legge alcuna traccia della possibilità di una condanna nei danni. È stato rilevato che la prima parte dell'art. 4 dica che " i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto in relazione al caso deciso "; e se ne è concluso che gli effetti dell'atto sono i danni (4). La espressione " effetto " è tale da riferirsi agli " effetti giuridici " dell'atto, non ai soli " materiali ". Tutto l'inciso poi null'altro dispone se non una limitazione della competenza dei tribunali a pronunciare nei soli limiti soggettivi e oggettivi della controversia secondo i principii di diritto comune intorno alla cosa giudicata: la quale dichiarazione limitativa apparve necessaria, come emerge dai lavori preparatori, per escludere ogni efficacia del giudicato al di fuori dell'oggetto e delle persone intervenute al giudizio in ordine a quegli atti amministrativi così frequenti che toccano più materie o più persone (5).

Nonpertanto la distinzione accolta dalla giurisprudenza sembra giustificata da un duplice ordine di ra-

(3) Vedasi, per es., cons. di Stato, decr. su confl., 17 gennaio 1874 (*Legge*, 1874, II, 138); cass. Roma, sez. un., 12 giugno 1878 (*Corte suprema*, 1877-78, 584); « La condanna del comune alla restituzione (di tassa indebitamente pagata) non sarebbe revocazione di ato amministrativo, ma come condanna pecuniaria corrisponderebbe a quella che negli altri casi più comuni è condanna al risarcimento dei danni »; id. id., 30 maggio 1879 (*ivi*, 1879, 484); id. id., 30 febbraio 1890 (*ivi*, 1890, 128).

gioni. Innanzi tutto e fondamentalmente dalla interpretazione logica (se non da quella letterale) dell'art. 4. È stato già ricordato (n. 8, B) che questa interpretazione implica doversi intendere ai tribunali la revoca di atti amministrativi in quanto questa revoca può pregiudicare la libertà e gli interessi dell'amministrazione. Ora si può concepire che la revoca di un atto di volontà che rifiuta l'adempimento specifico di un obbligo e la conseguente esecuzione coatta per ottenere tale adempimento possano ledere quella libertà e compromettere quegli interessi, tutte le volte almeno che con giudizio insindacabile dall'autorità giudiziaria una determinata condotta dell'amministrazione, sebbene contraria al diritto, sia la sola capace per ragioni di urgenza e necessità a salvaguardare il pubblico bene. Un tale pregiudizio invece non è da temersi per la revoca di un rifiuto di pagare una somma di denaro, imperocchè gli oneri pecuniari che l'amministrazione può incontrare per via di sentenze sono infinitamente piccoli in relazione alla grandezza delle sue risorse finanziarie.

In secondo luogo dal punto di vista della equità e convenienza (specie prima dell'istituzione del ricorso alla IV sezione di cui all'art. 25 n. 6 della legge organica) la ammissibilità di una condanna nei danni è apparso come l'unico mezzo efficace di dar sanzione effettiva alla pronuncia giudiziaria.

Sotto questi due punti di vista e attesa la costanza della giurisprudenza in proposito non credo che al sistema ormai tradizionale possa negarsi attualmente approvazione.

D. Le azioni di condanna contro la pubblica amministrazione possono pertanto avere solo per oggetto una somma di denaro ancorchè la prestazione specifica sia ancora possibile. Si riproduce qui il fenomeno che per tutte le azioni civili si verificava in diritto romano durante il periodo della procedura formulare (6), e che limitatamente alle azioni aventi per oggetto una prestazione di fare infungibile in ossequio alla libertà personale si verifica nel nostro diritto privato (n. 4, C, a, b) (7). In termini di diritto privato tutti gli obblighi specifici della pubblica amministrazione di fronte alla autorità giudiziaria (ma indipendentemente dall'efficacia del ricorso gerarchico di cui all'art. 3 della legge sul cont. amm., e 25 n. 6 della legge sul consiglio di Stato) sono considerate ope legis infungibili, eccettochè abbiano per oggetto una somma di denaro. O in termine di diritto pubblico tutti i diritti dei cittadini, rispetto alla garanzia giudiziaria, sono espropriabili contro indennità.

Conseguentemente non può pronunciarsi condanna:

a) all'adempimento specifico di un obbligo di dare cose che non sieno una somma di denaro, così quando il dare costituisca l'obbligo originario, come quando costituisca la conseguenza di un violato obbligo nega-

(4) Cfr. CLEMENTINI, *op. cit.*, vol. I, pag. 183 e 184.

(5) VACCHELLI, *op. cit.*, nel *Tratt. cit.*, vol. III, pag. 445; MORTARA, *op. e vol. cit.*, 3<sup>a</sup> ed., pag. 154.

(6) Il paragone è fatto dal PESCATORE, *Filosofia e dottrina giuridiche*, 1879, vol. II, pag. 468.

(7) H paragone è fatto dal CODACCI PISANELLI, *Scritti di dir. pubbl.*, pag. 234 e 235.

tivo (restituere), caso frequente attesa l'esecutorietà degli atti amministrativi (n. 4, C, a, α, 1, 2, 4) (8); b) all'adempimento specifico di un obbligo di fare fungibile proceda esso da un obbligo originario di fare o (caso più frequente) dalla violazione di un obbligo di non fare (9).

Corrispondentemente non è ammissibile contro la amministrazione nè l'esecuzione per rilascio d'immobili o per consegna di mobili (n. 4, E, b, β, 1) (10), nè quella mediante applicazione della forza per attuare occorrendo l'esecuzione a cura dell'attore delle obbligazioni di fare fungibili sulle cose del convenuto (n. 4, E, b, β, 3) (11).

Può invece pronunciarsi sempre una condanna in una somma di denaro a titolo di danni.

Quando l'adempimento specifico sia ancora possibile, sibbene l'autorità giudiziaria non possa pronunciare la relativa condanna e soprattutto non possa questa ricevere esecuzione, la condanna nei danni non libera l'amministrazione dall'obbligo della prestazione specifica, tale obbligo permanendo sotto diversa sanzione ai termini dell'art. 4 (n. 8, C). Praticamente pertanto ne risulta una condanna ad un obbligo alternativo a scelta del soccombente, e ciò è implicito, ancorchè

(8) Per es., rilascio di una chiesa e casa annessa a un ecclesiastico che reputa avervi diritto come amministratore di un ente: app. Napoli, 22 luglio 1868 (*Giur. ital.*, 1868, II, 651); consegna di mobili (carrozze) sequestrati per contravvenzione a un regolamento municipale e non restituiti dopo la dichiarazione di illegittimità del sequestro: cass. Roma, sez. un., 7 gennaio 1889 (*Corte supr.*, 1889, 223); rilascio di immobili tolti ad un ente morale in seguito a trasformazione e non restituiti dopo la dichiarata nullità della trasformazione stessa, *ivi*, 1889, 370; id. id., 2 luglio 1899; rilascio di immobili occupati per espropriazione per pubblica utilità e non restituiti nonostante la dichiarata illegittimità del procedimento di espropriazione: cass. Palermo, 16 gennaio 1890 (*Giur. ital.*, 1890, I, 1, 356).

La giurisprudenza non applicando l'art. 4 che agli atti di impero ammette la condanna a dare cose determinate quando si tratta di un così detto atto di gestione; così, per es., ravvisando arbitrariamente un atto di gestione nei seguenti casi: concessione in base ad un preteso contratto e omessa consegna dell'area: cass. Roma, sez. un., 8 marzo 1900 (*Corte supr.*, 1900, 24); sequestro di carrozza in contravvenzione a regolamento municipale e omessa restituzione per asserito non pagamento di diritti: cass. Firenze, 16 gennaio 1902 (*Giur. it.*, 1902, I, 1, 287).

(9) Per es.: obbligo di fare opere per rimediare ai danni delle costruzioni ferroviarie (sanzionato dall'art. 229 della legge sui lavori pubblici): cass. Roma, sez. un., 17 dicembre 1896 (*Giurisprudenza ital.*, 1896, I, 1, 180); 28 gen. e 29 marzo 1898 (*ivi*, 1898, I, 1, 396, 422); 2 marzo 1901 (*Legge*, 1901, I, 728) ecc.; obbligo di distruggere opere pubbliche fatte con lesione di diritti di cittadini e in riparazione dei diritti stessi: cassazione Roma, sez. un., 16 dicembre 1881 (*Corte supr.*, 1881, 1064); obbligo di costruire opere per riparare la lesione di diritti, computata colla costruzione di opere pubbliche sulle acque: cass. Roma, sez. un., 9 agosto 1877 (*ivi*, 1877, 78, 44); 13 settembre 1879 (*ivi*, 1879, 107); 21 marzo 1882 (*ivi*, 1882, 338); obbligo di ricostruire un muro indebitamente distrutto: id. id., 1° marzo 1886 (*Corte supr.*, 1886, 169); dissuggellamento e riapertura di mulino chiuso per contravvenzione alla legge sul macinato dopo la constatata inesistenza della contravvenzione: cass. Roma, sez. un., 17 agosto 1878 (*ivi*, 1878, 705) ecc.

Contra, trattandosi di un così detto atto di gestione: cassazione Roma, sez. un., 13 dicembre 1892 (*Giur. ital.*, 1892, I,

la sentenza non lo dica. Si presenta il problema se e con quale formula possa dirlo la sentenza. E trattandosi di una conseguenza che, detta o taciuta, si produce di diritto, io credo che, se la sentenza non può sotto pena di nullità contenere una formula di condanna all'adempimento specifico, suscettibile di esecuzione, può pronunciare la condanna alternativa mettendo in luce le facoltà di scelta dell'amministrazione; oppure può pronunciare una condanna nei danni sotto condizione del non inadempimento specifico, o quanto meno può dichiarare l'obbligo dell'adempimento specifico e condannare nei danni. La giurisprudenza non adotta mai queste formule e dalla meticolosità che pone a eliminare ogni cenno anche in via dichiarativa all'obbligo di revocare gli atti lesivi, evidentemente si può argomentare che le ritiene illegali (12). Non mi sembrano invece tali perchè rispondono alla realtà: e perchè, adottate o no, la coazione psicologica contro l'amministrazione perchè adempia all'obbligo specifico invece di pagare i danni, si verifica egualmente. Conseguentemente è ammissibile:

a) la coazione coatta indiretta così risultante, in quanto l'adempimento specifico sia possibile (n. 4, D, b e E, b, α) (13);

1, 18). Nondimeno fu esclusa la ammissibilità di condanna nell'adempimento specifico, pur trattandosi di un obbligo di un consorzio di costruire opera pubblica assunto per contratto e perciò concernente un così detto atto di gestione, con la sentenza di detta corte, 7 aprile 1900 (*ivi*, 1900, I, 1, 748).

Circa la questione, se sieno ammissibili azioni di condanna all'adempimento specifico di fronte ad atti inesistenti vedasi n. 11, nota 6.

(10) Come risulta dalle sentenze citate nella nota 8. Nello stesso senso MORTARA, op. e vol. cit., 3° ediz., pag. 225.

(11) Come risulta dalle sentenze citate dalla nota 9 e massime da quelle della cass. di Roma e sez. un., 17 agosto 1875 e 2 marzo 1901. Tutto ciò prescindendo dal considerare che l'autorizzazione a far opere su cose pubbliche col surrogare una concessione amministrativa implica emanazione non solo di una sentenza di condanna ma di una sentenza costitutiva.

(12) E questione se l'alternativa possa contenersi nella domanda giudiziale salva la facoltà del giudice di non attendere alla istanza per la condanna specifica e di non pronunciarla prudenza propende per ritenerla ammissibile: cass. Roma, sezione un., 4 luglio 1878 (*Giur. it.*, 1878, I, 1, 1056); 23 febbraio 1881 (*Corte supr.*, 1881, 266); 1° maggio 1885 (*ivi*, 1885, 401) e così pure, 5 maggio e 16 dicembre 1881 (*ivi*, 1881, 1065, 515) nei motivi. Del resto è opinione assorbita dall'altra più ampia che la competenza si regola dalla causa petendi e non dall'oggetto della domanda: cass. Roma, sez. un., 19 maggio 1882 (*Corte supr.*, 1882, 275); 18 settembre 1883 (*ivi*, 1883, 700); 1° maggio 1885, 23 luglio 1885 (*ivi*, 1885, 401, 636); 31 dicembre 1888 (*ivi*, 1888, 911); 7 aprile 1900 (*Giur. ital.*, 1900, I, 1, 748) ecc. ecc.

Un cenno della possibilità che l'alternativa sia formulata nella sentenza trovasi nei motivi della sentenza 4 luglio 1878 citata; nello stesso senso COSTANTINO, *Azione di danni*, n. 47, in *Digesto italiano*.

(13) In questo senso: cass. Torino, 1° settembre 1871 (*Legge*, 1871, II, 74); cass. Roma, sez. un., 15 luglio 1893 (*Corte supr.*, 1893, 197).

Qui si presenta un'altra analogia col sistema procedurale del diritto romano classico cioè col sistema formulare (cfr. la nota 7). È noto che in quel sistema in molti casi di adempimento ancora possibile (azioni restitutorie, azioni ad exhibendum, ecc.) erano consentite le *actiones arbitrarie*, nelle quali la condanna era espressamente subordinata al non adempimento in forma specifica (Savigny, *Sist.*, trad. cit., vol. I, § 221-23; BARON, *Pandekten*, pag. 164). Con una non sostanziale modificazione, la condanna appare qui pronunciata in forma alternativa.

(14) Sulla grave questione, vedasi MORTARA, op. cit., vol. I, 3° ed., pag. 200 e dottrina e giurisprudenza, *ivi*, in nota.

(15) Conforme in sostanza LEPORINI, op. cit., nell'*Archivio di dir. pubbl.*, 1891, pag. 107. A quest'ampiezza di attribuzioni sembra contrario il MORTARA, op. cit., vol. I, 3° ed., pag. 161. (16) MORTARA, l. c.

(17) Cfr., per una motivazione in questo senso, cons. di Stato, IV sez., 7 dicembre 1894 (*Giust. amm.*, 1894, I, 587). Nella specie l'alternativa era non già fra una pronuncia di condanna all'adempimento specifico e la condanna nei danni, ma fra una pronuncia costitutiva e la condanna nei danni.

Si noti però che se l'obbligo originario è di fare, ancorchè secondo i principi del diritto privato insuscettibile di condanna principale ed esclusiva all'adempimento specifico per essere incoercibile (obbligo di fare un opera infungibile, n. 4, C, α, β), la IV sezione, che può sostituire la volontà sua a quella degli

b) la esecuzione per espropriazione forzata di mobili od immobili non demaniali o destinati a pubblico servizio allo scopo di ottenere soddisfazione di crediti pecuniari, massime per danni (14).

E. Dal valore di giudicato che l'accertamento precedente alla condanna viene a ricevere nei riguardi dell'amministrazione per il disposto dell'art. 4 capoverso, risulta che nei casi nei quali l'adempimento specifico è ancora possibile, se la sentenza non può ordinare di dare o di fare, la relativa prestazione in natura non cessa di essere un obbligo della amministrazione, obbligo avente titolo nel giudicato (n. 8, C).

Per effetto del puro disposto dell'art. 4 quest'obbligo è senza sanzione se l'organo amministrativo non ha superiori. Se li ha, l'ordine di dare o di fare, o la autorizzazione a fare in luogo e vece dell'amministrazione, possono essere richiesti con ricorso gerarchico al superiore e debbono da questo essere impartiti.

Per effetto dell'art. 25 n. 6 della legge sul consiglio di Stato, l'ordine di dare o fare, e l'autorizzazione a fare possono esser richiesti ed ottenuti dalla IV sezione, la quale pertanto esplica, emanandoli, nè più nè meno che una attribuzione la quale per diritto comune apparterebbe all'autorità giudiziaria ordinaria e che il diritto singolare ha a questa sottratto (15).

Nel far ciò la IV sezione necessariamente deve interpretare la parte dichiarativa, e perciò, in generale, la parte motiva della sentenza, e deve emettere quegli ordini soltanto in quanto da essa logicamente decorrano (16). Pertanto ove una condanna nei danni invece di una condanna a dare o a fare sia il risultato non già della *norma procedurale* che vieta la condanna all'adempimento specifico, ma di una *norma di diritto materiale* che costituisce un obbligo alternativo a scelta dell'amministrazione di pagare i danni in luogo di dare o fare, naturalmente la IV sezione non può emettere condanna alcuna all'adempimento specifico (17).

Un altro còmpito appartiene ancora nella specie alla IV sezione. Allorchè la competenza di questa è eccitata ai termini dell'art. 25 n. 6, si deve sempre supporre che l'adempimento specifico sia possibile; ma anche di fronte a tale possibilità vi sono sempre conseguenze

irreparabili dell'atto illecito, quelle dipendenti dal ritardo, e ve ne possono essere altre (n. 4, C, b, β). La liquidazione dei danni in via giudiziaria di fronte all'amministrazione può comprendere e di solito comprende così i danni futuri costituenti l'equivalente del possibile adempimento specifico, come, nel caso che concorra responsabilità (n. 13, D), i danni passati e futuri per le conseguenze non riparabili in natura. Quando la IV sezione ordina l'adempimento specifico cessa il titolo del risarcimento dei danni corrispondenti per l'avvenire e deve operarsi una proporzionale riduzione nella somma dei danni. Questa riduzione deve farsi dalla IV sezione sulla scorta dei principii informativi della sentenza (18).

Gli altri effetti della cosa giudicata in ordine alle possibili azioni ed eccezioni fra le stesse parti sono regolati dal diritto comune.

10. A non diversa conclusione che per le azioni di condanna è d'uopo arrivare per le azioni costitutive.

4. Secondo i principii generali emergenti da quanto è stato detto al n. 6, A e B, si avrebbero gli estremi per un'azione costitutiva non solo in quei casi, nei quali, in vista di un preesistente rapporto giuridico privato tra cittadino ed amministrazione una tale azione sempre per diritto privato si verificherebbe, ma anche nei seguenti casi, nei quali, in vista di un rapporto giuridico pubblico, il cittadino abbia facoltà di esigere:

a) la emanazione o non emanazione di un atto amministrativo nei casi indicati ed esemplificati al n. 8, A, b, β, 1, 2. In questi casi ove il diritto del privato dovesse avere la sua completa esplicazione, esso dovrebbe poter conseguire, come nei corrispondenti casi di diritto privato, che la sentenza surroghi la volontà del giudice a quella dell'amministrazione o tolga efficacia alla volontà espressa nell'atto illecitamente emanato per porre in essere negozi giuridici con terzi. Una tale efficacia sarebbe costitutiva. La riprova che la completa esplicazione della tutela giurisdizionale dovrebbe anche in questo campo aver l'estensione sovraindicata si ha nel fatto, che a ciò provvedono nella parte negativa le giurisdizioni amministrative di annullamento; e anche nella parte positiva le giurisdizioni di merito;

organi deliberanti dell'amministrazione e impone l'attuazione agli organi esecutori ha facoltà di prescrivere che si faccia. Come cioè ogni distinzione fra opere fungibili ed infungibili di fronte alla competenza giudiziaria si oblitera data la ammissibilità della sola condanna nei danni, così anche si oblitera di fronte alla competenza della IV sezione, data la facoltà di questa di surrogare la volontà dell'amministrazione e la divisione degli organi amministrativi in deliberanti ed esecutivi.

(18) Se ed in quanto la sentenza di condanna nei danni non lasci adito all'adempimento specifico e non implichi che pagamento di una somma a carico di comuni, di provincie, o di enti equiparati, può domandarsi se in luogo e vece dell'esecuzione coatta possa adirsi la IV sezione per ottenere l'ordine alla Giunta provinciale amministrativa di allocare le somme in bilancio e spedire i mandati (Legge com. e prov., art. 196, 197, 245). Questa attribuzione a dir vero nulla ha di comune con le altre, che sono attribuite alla IV sezione in luogo dell'autorità giudiziaria: essa attiene alla esecuzione mentre le altre atengono alla condanna. Non sono alieno dall'ammettere che ciò competeva alla IV sezione. Ma non credo di dovermene occupare qui, giacchè materia del presente studio è l'azione e il procedimento di cognizione, non quello di esecuzione.

b) l'annullamento di atti amministrativi. L'annullamento di atti amministrativi, oltre a occorrere nel caso detto di sopra di atti costituenti rapporti giuridici con terzi, occorre in tutti gli atti amministrativi che, avendo carattere di negozi giuridici o di ordini, impongono obblighi al cittadino dai quali egli abbia interesse a liberarsi. Gli atti amministrativi, ancorché costituiscono negozi giuridici e salvo quanto si dirà in appresso per i contratti di diritto privato, sono dichiarazioni di volontà unilaterali dello Stato: e quando anche la loro attuazione presupponga la volontà di un privato sotto forma di istanza od accettazione, questa appare come un semplice requisito di fatto per la validità dell'atto e i suoi vizi si riflettono sull'atto stesso (1). La loro invalidità concerne pertanto la sola dichiarazione di volontà dell'amministrazione. Cotale invalidità, la quale può procedere da numerosi vizi di errore, dolo, illiceità di oggetto e violazione di legge, inosservanza di forme, dà luogo in casi eccezionali a nullità e normalmente ad annullabilità. Di regola, cioè, gli atti amministrativi, *rispetto al cittadino*, si presumono validi e conservano tale validità fino a che non sieno espressamente dichiarati tali o per riconoscimento della stessa amministrazione o per decisione giurisdizionale: e ciò per la presunzione di giustizia e di imparzialità che si accompagna alle manifestazioni della amministrazione e a guisa di suo privilegio. In casi eccezionali soltanto allorché per motivi di sostanza e di forma la volontà dell'amministrazione manca affatto, gli atti amministrativi sono da considerarsi *ipso iure* nulli o inesistenti che dir si voglia (2). Ciò premesso è evidente che l'azione per far valere la loro invalidità, fuori dei rari casi in cui la nullità essendo *ipso iure* può farsi valere esclusivamente in via dichiarativa, dovrebbe essere, ove voglia raggiungere il pieno effetto, un'azione di annullamento rivolta a sciogliere con la sentenza il vincolo giuridico formato mediante l'atto invalido, dovrebbe essere cioè un'azione costitutiva (n. 6, A, c).

B. La emanazione di una pronuncia costitutiva presuppone l'accertamento del diritto dell'attore ad otte-

(1) CAMBIO, op. e vol. cit., pag. 79 e seg.; cfr. cass. Roma, sez. un., 18 aprile 1903 (*Giur. ital.*, 1903, I, 1, 424).

(2) Si noti che ciò non contraddice a quanto ho avuto occasione di esporre nel *Comm.*, vol. I, pag. 451, nota 1. Ivi fu detto che quando è l'amministrazione stessa a invocare la invalidità, non c'è distinzione fra nullità *ipso iure* e annullabilità per via di azione. Qui contemplo il caso che la nullità sia invocata dal cittadino e ammetto la distinzione. La differenza dipende dal fatto che l'amministrazione può sempre annullare d'ufficio i suoi atti e che il decreto di annullamento è giuridicamente esecutorio ossia vale ed opera di per sé, senza necessità di una dichiarazione giudiziale, onde non occorre mai un'azione, mentre questa occorre al cittadino. Osservo questo perché il PASSURTI, *Ist. di diritto amm.*, pag. 218, nota 1, intende che io neghi ad ogni effetto la distinzione fra atti nulli ed annullabili.

(3) In ciò è costante la giurisprudenza almeno limitatamente ai casi detti atti di impero. Vedasi per i casi contemplati nel testo sotto la lett. a, le decisioni citate a n. 8, note 9 e 10.

Si noti che in ordine ai diritti politici di elettorato, amministrativo e politico, di eleggibilità amministrativa, di capacità all'ufficio di giurato, conciliatore o proboviro, l'azione giudiziaria è eccezionalmente costitutiva, nel senso che la sentenza surroga l'atto amministrativo di iscrizione delle liste, di proclama-

nere la variazione dello stato di diritto anteriore mediante il negozio giuridico a ciò necessario, come già è stato osservato (n. 6, C, a) e su di ciò si forma il giudicato (n. 6, D, a). Limitatamente a questo accertamento ed ai suoi effetti non vi sono disposizioni speciali e valgono i principii generali, come in ordine all'accertamento che è presupposto delle azioni di condanna si è già avuta occasione di dire (n. 9, A).

Senonché è nell'essenza delle azioni costitutive di esigere molto di più, cioè la emanazione di un negozio giuridico di contenuto positivo e negativo. Ma siccome da un lato la surroga di una dichiarazione di volontà dell'amministrazione per costituire con sentenza un negozio giuridico è revoca della volontà negativa dell'amministrazione, come è revoca ai sensi ed agli effetti dell'articolo 4 l'annullamento di un negozio giuridico emanato, ne consegue che le azioni costitutive non sono ammissibili dinanzi all'autorità giudiziaria (n. 8, B) (3).

Dal principio della inammissibilità delle azioni costitutive decorre:

a) che non sono ammissibili sentenze le quali producano gli effetti giuridici anche puramente immateriali (n. 6, D, c, a), che attengono alla emanazione o all'annullamento dell'atto amministrativo controverso. Quindi non si può con la sentenza che riconosce doversi un aspirante nominare impiegato attribuire a lui la capacità di volere per l'amministrazione, né con la sentenza che accerta la illegittima comprensione di una via privata nell'elenco delle strade comunali ridar la proprietà del terreno al cittadino che ne fu spogliato (4);

β) che conseguentemente neppure sono ammissibili sentenze, le quali ordinino con forza esecutiva l'adempimento specifico di quegli obblighi la cui nascita presuppone la costituzione del nuovo rapporto giuridico, come, per esempio, la restituzione del fondo espropriato in virtù di un decreto nullo (n. 6, D, c, a) (5).

C. Questi principii sono da applicarsi non solo alle azioni nascenti da rapporti giuridici pubblici, ma anche a quelle che scaturiscono da rapporti giuridici pri-

zione ecc., e produce l'effetto giuridico di investire l'attore dell'ufficio o di privarlo, occorrendo cioè di dare o togliere alle sue dichiarazioni di volontà la attitudine a valere come dichiarazioni di volontà dello Stato (Legge elett. polit., art. 40, 57; legge com. e prov., art. 51, 68, 88; legge sui giurati, art. 20, 21; legge sui concil., 16 giugno 1892, art. 3; legge sui probiviri 15 giugno 1892, art. 21).

Per la inammissibilità di azioni di annullamento nel loro aspetto costitutivo vedasi: per un provvedimento del sindaco portante riduzione in pristino di opere su suolo erroneamente asserito stradale: Cons. di Stato, decr. su confl., 11 marzo 1876 (*Legge*, 1876, II, 192); cass. Roma, sez. un., 18 aprile 1891 (*Corte supr.*, 1891, 91); comprendente erroneamente un terreno privato di un elenco stradale, id. id., 24 giugno 1899 (*ivi*, 1899, 89); di un decreto di espropriazione viziato nella forma, id. id., 4 febbraio 1885 (*ivi*, 1885, 61); cass. Palermo, 14 gennaio 1899 (*Giur. italiana*, 1899, I, 1, 356) ecc.

(4) In questo preciso senso, la sentenza della cass. di Roma, 24 giugno 1899 citata nella nota precedente.

(5) In questo senso espressamente la cass. Palermo, 14 gennaio 1899 citata. Ma del resto ciò deriva egualmente dal divieto di pronunciar condanna all'adempimento specifico.

vati (6). Del resto, rimanendo improponibili contro lo Stato tutte le azioni che hanno attinenza col diritto di famiglia, il campo già non ampio delle sentenze costitutive *iure civili* ne rimane singolarmente ristretto. Il caso in cui meno di rado potrebbero riscontrarsi gli estremi per l'azione sarebbe quello delle azioni d'annullamento di contratto. Neppure questo può avere una sensibile ampiezza. Infatti si deve tener conto innanzi tutto che non si tratta qui di azioni di nullità per difetto di forma o mancanza di approvazioni tutorie le quali a nostro avviso danno luogo a inesistenza per mancanza di volontà da parte della stessa amministrazione, e che se esse in parte, cioè per i difetti di approvazione tutoria, fossero di annullamento, sarebbero azioni intentabili soltanto dall'amministrazione e esorbitanti dal nostro tema. In secondo luogo si deve ricordare che la organizzazione e la missione dell'autorità pubblica contraente rendono sì può dire impossibile il verificarsi a favore del privato delle cause di annullamento procedenti da violenza, dolo o frode in danno dei creditori. Rimangono possibili, sebbene sieno rare in concreto, date le garantigie dell'attività amministrativa, le azioni di nullità per incapacità, errore o lesione del privato contraente e di risoluzione per inadempimento della pubblica amministrazione a termini dell'art. 1165 del codice civile. Ora in quanto l'azione di annullamento, procedente dalle prime categorie di motivi, investe la dichiarazione di volontà del privato e non quella dell'amministrazione, non se ne può escludere l'ammissibilità. Come conseguenza il contratto ne viene ad esser sciolto. Ciò dipende dalla bilateralità del negozio, il quale non può sussistere senza il consenso delle due parti: ma la dichiarazione di volontà dell'amministrazione non ne viene in alcun modo revocata, sebbene gli effetti che essa congiuntamente all'altra potrebbe raggiungere vengano ad essere eliminati. Del rimanente dall'annullamento del contratto in tali casi non sorgono conseguenze che possano offendere i principii fondamentali della legge sul contenzioso amministrativo. Infatti l'annullamento produce gli effetti giuridici ideali da far cessare gli obblighi del privato nascenti dal contratto e riacquistare i diritti che col contratto si erano alienati. Ma o questi obblighi sono già stati in tutto o in parte soddisfatti e il privato non può ottenere le prestazioni specifiche che lo restituirebbero *in integrum* per il divieto di esperire azioni di condanna a tale scopo: e tutto si limita ad una condanna nei danni. O non sono stati soddisfatti e l'amministrazione per interesse pubblico crede di doverne esigere la soddisfazione e ravvisa la esistenza dei requisiti per ottenere l'adempimento coattivo (n. 7), ed allora essa rimane in fatto libera di farlo, non potendo il suo decreto, che imponga l'adempimento coattivo, esser revocato salvi i danni. Se invece l'amministrazione non può o non vuole agire coatti-

(6) La giurisprudenza per essere concorde con le teorie prevalentemente propugnate dovrebbe, in questo secondo caso, applicare le norme di diritto comune. Ma non mi risulta la esistenza di decisioni in proposito fuor di quanto attiene alle azioni di annullamento.

Una applicazione interessante del principio, che le azioni costitutive non sono esercitabili contro l'amministrazione neppure per diritto privato, si ha nei riguardi dell'ipoteca giudiziale

vamente e adisce la via giudiziale, sarà respinta con eccezione, e per l'art. 5 della legge sul cont. amm. il contratto annullato non sarà applicato.

In ordine all'azione di risoluzione per inadempimento per effetto della clausola risolutiva tacita, la cosa è molto dubbia, massime per i contratti più comuni di appalto e fornitura. Può sostenersi che si applica nel risolvere il contratto la volontà dell'amministrazione emergente dalla tacita accettazione della condizione risolutiva e ammettere l'azione, come può sostenersi che, trattandosi di togliere efficacia alla volontà non meno dell'amministrazione che del privato, in quanto attiene alla attuazione del contratto, l'azione stessa sia, come azione costitutiva, improponibile. Ed io propendo per questa seconda opinione (7).

D. Quando dal negozio giuridico, che la sentenza, per via d'azione costitutiva, dovrebbe porre in essere e che non può sorgere dato il divieto speciale dell'art. 4, deriverrebbero pretese del cittadino a prestazioni materiali dell'amministrazione le quali rimangono insoddisfatte (come, per esempio, stipendi per la nomina di impiegato, restituzione di fondi occupati con decreto nullo), o se il difetto del negozio giuridico arreca altrimenti un danno patrimoniale (mancato esercizio di una fabbrica per difetto di licenza, mancata costituzione della proprietà industriale di fronte ai terzi per difetto di patente) è lecito agire per l'equivalente pecuniario. Come per le azioni di condanna, la sola libertà di lasciare inadempiti gli obblighi specifici appare essenziale all'amministrazione secondo lo spirito della legge, così per le azioni costitutive la libertà di non costituire il rapporto giuridico cui il cittadino aspira, risponde sufficientemente all'intento del legislatore.

Così la sentenza costitutiva viene ad essere sostituita da una sentenza di condanna pecuniaria. In questo senso è costante la giurisprudenza (8).

E. Questa sentenza di condanna arriva ad ordinare il risarcimento dei danni omettendo ogni pronuncia costitutiva che implichi l'emanazione dell'atto amministrativo o l'annullamento dell'atto amministrativo già emanato, ma deve di necessità contenere un previo accertamento della facoltà dell'attore di esigere tale emanazione o tale annullamento. Su questo accertamento, secondo le cose dette in questo numero alla lettera B, si forma, per il necessario giuoco dei principii generali, la cosa giudicata.

Ne nasce per l'art. 4 l'obbligo dell'amministrazione attiva d'emettere o di revocare l'atto, in quanto ciò sia ancora possibile giuridicamente e di fatto (n. 6, C, n. 8, C).

Come accade per le prestazioni materiali in dipendenza dell'azione di condanna suscettibili di adempimento specifico (n. 9, E), così nella specie la revoca e l'annullamento con tutti i loro effetti giuridici e le loro conseguenze materiali possono essere domandate alla amministrazione attiva o alla IV sezione.

che è un effetto costitutivo delle sentenze di condanna (n. 5, B, nota 6). Rettaente pertanto la ipotesi giudiziale fu detta inammissibile contro la pubblica amministrazione: MORTARA, op. e volume cit., 3<sup>a</sup> ed., pag. 324-5.

(7) Cfr. MORTARA, op. e vol. cit., 1<sup>a</sup> ed., pag. 368, e la giurisprudenza *ivi*.

(8) Vedasi la nota 3 e le sentenze *ivi* citate nonché gli ulteriori rinvii alle note 9 e 10 del n. 8.

Appartiene a questa pertanto, esplicando anche qui un'attribuzione che soltanto per effetto di una disposizione eccezionale è sottratta ai tribunali ordinari, emettere l'atto amministrativo (negozio giuridico), cui si abbia diritto o annullare l'atto malamente emesso e in ogni caso pronunciare l'ordine di adempiere in modo specifico gli obblighi che derivino dalla costituzione o dallo scioglimento del rapporto giuridico.

Anche qui appartiene alla IV sezione la interpretazione della sentenza (9) e la riduzione della somma dei danni in proporzione del consentito adempimento specifico.

11. Amplissimo invece è il campo di applicazione dell'azione dichiarativa.

A. È già stato rilevato nel corso di questo lavoro come la interpretazione letterale dell'art. 4 porterebbe ad ammettere che la sola azione dichiarativa fosse proponibile contro la pubblica amministrazione (n. 9, C). Ciò basta a dimostrare che se in ordine all'interpretazione logica di questo articolo l'azione di condanna, limitatamente ai danni viene ad essere consentita, tuttavia quella dichiarativa non solo è compatibile colle disposizioni eccezionali della legge sul contenzioso ma è anzi il tipo normale da esse previsto.

B. Invero si è visto come, secondo i principi generali in nessun modo innovati su questo punto, le più svariate situazioni giuridiche, pretese, diritti subiettivi, stabi, facoltà, capacità, sieno suscettibili di formare oggetto di azione dichiarativa (n. 5, B, a, c). Studiando i rapporti fra cittadino ed amministrazione si è avuta una riprova di ciò nella possibilità che le stesse situazioni giuridiche formino oggetto di quei preliminari giudizi di accertamento che sono il presupposto delle azioni di condanna pecuniaria così per omesse prestazioni materiali (n. 9, B) come per omesse o indebitamente emesse dichiarazioni di volontà (n. 10, B).

C. L'interesse del privato ad agire in via dichiarativa, in piena conformità coi principi di diritto comune, emerge dal precetto legislativo che l'amministrazione ha obbligo di revocare o modificare l'atto conformandosi sul caso deciso al giudicato dei tribunali (n. 8, C). E ciò sotto due punti di vista.

Se la sentenza da ottenere dal magistrato si voglia invocare dinanzi all'amministrazione attiva con ricorso grazioso ai puri termini dell'art. 4 della legge sul contenzioso, ricorre a fortiori l'applicazione del principio di diritto comune che la convenienza di servirsi di una sentenza presso di una autorità amministrativa come prova del proprio diritto è interesse per un'azione di accertamento (1). Dico che l'applicazione è da farsi a fortiori perchè ivi si tratta di invocar la sentenza come semplice prova, e qui di invocarla come giudicato cioè come presunzione *iuris et de iure*.

Se si suppone che la sentenza voglia invocarsi dinanzi alla IV sezione per ottenere una pronuncia di merito ai termini dell'art. 25 n. 6 della legge sul consiglio di Stato, ricorre l'altro principio di diritto comune che la convenienza di servirsi di una sentenza per una futura azione, la quale senz'essa non possa sor-

(9) In termini: cons. di Stato, IV sezione, 7 dicembre 1894 (Giust. amm., 1894, I, 587), già citata nel numero precedente a nota 17.

gere o possa esser nel suo esito compromessa, è un altro motivo per intentare azione dichiarativa (n. 5, D, a). D. Quanto alla efficacia della sentenza dichiarativa ciò che si è detto per l'interesse dimostra la piena applicabilità delle due più importanti forme della sua utilizzazione.

Si sa di già che la forza di giudicato nei riguardi di altre azioni dinanzi all'autorità giudiziaria e di eccezioni non soffre limitazione alcuna per effetto della legge speciale sul contenzioso (n. 9, B).

Non resta che quanto attiene alla produzione degli effetti giuridici immateriali, derivante dall'accertamento di un rapporto giuridico o dalla dichiarata sua inesistenza (n. 5, D, c). E qui credo che i principi della legge sul contenzioso apportino una limitazione. Infatti la produzione, sia pure come conseguenza di circostanze precedenti puramente accertate, di questi effetti immateriali (ritorno della proprietà, facoltà di portare un nome nobiliare, ecc.) contiene in sé un elemento di esecuzione, di contrasto diretto fra volontà del giudice e quella dell'amministratore, che non mi pare di regola compatibile con l'idea della libertà dell'amministrazione e con la irrevocabile esecuzione del suo primo atto, quali, a torto o ragione, sono volute dalla legge. Ma di ciò e di una necessaria eccezione, si dirà meglio parlando delle azioni di nullità.

E. La sentenza dichiarativa fa nascere per la pubblica amministrazione gli obblighi che derivano dal diritto dichiarato, consistano essi in prestazioni materiali o in emissione o revoca di atti amministrativi. La IV sezione è tenuta a procedere secondo la competenza sua quale è delineata ai nn. 9, E e 10, E.

F. Gli estremi per l'azione dichiarativa si trovano particolarmente in due gruppi di casi.

a. Essi ricorrono innanzitutto in un gruppo di casi in cui l'azione dichiarativa è l'unica forma di tutela giudiziaria, perchè non vi si possono riscontrare gli estremi di una sentenza di condanna, massime nei danni.

α. Il primo di questi casi, si ha, quando la lesione di un diritto sia minacciata dalla emanazione di un provvedimento privo di ogni carattere di negozio giuridico o di ordine, ed enunciante semplicemente l'intenzione dell'autorità, di comportarsi in un determinato modo senza che siavi stata peranco esecuzione. Il caso è assai frequente attesa la separazione fra la fase deliberativa e quella esecutiva degli atti dell'amministrazione (n. 8, A, b, c). Mancano, difettando l'esecuzione, gli estremi di una condanna: vi sono quelli per l'accertamento sotto diversi punti di vista. Secondo i principi generali, vi può essere azione di accertamento in quanto il provvedimento costituisce il vanto di un diritto, vanto che dà luogo a istanza di dichiarazione quando si espliciti in modo da produrre incertezza circa i diritti di colui contro il quale è diretto. In particolare l'essere il vanto contenuto in una deliberazione amministrativa aggrava la situazione giuridica dell'interessato per la solenne pubblicità ed autorità, di che tali deliberazioni sono dotate. Vale poi il generale motivo che la sentenza può utilizzarsi per far revocare la deliberazione (2).

(1) N. 5, B, b e D, b.

(2) MORTARA, opera cit., vol. II, pag. 603; appello Genova, 24 aprile 1900 (Temi gen., 1900, 244), riflettente un caso in cui un

A. Il secondo caso si verifica rispetto ai negozi giuridici (3) e ordini viziati di invalidità e del pari non portati ad esecuzione. E ciò in diversa maniera secondo che si tratti di negozi giuridici o ordini nulli cioè inesistenti od annullabili (n. 10, A, b).

In entrambi i casi il difetto di esecuzione rende improponibile l'azione di condanna. Invece l'esecutorietà dell'atto (4), la inesistenza di rimedi che la sospendano e le frequenti conseguenze irreparabili dell'esecuzione rendono particolarmente intenso ed urgente l'interesse ad agire in dichiarazione per ottenere e l'autorità morale giuridica del giudicato e colla sua produzione dinanzi l'amministrazione attiva o la IV sezione la revoca piena dell'atto.

Quando l'atto sia annullabile e non nullo *ipso iure* l'azione dichiarativa dell'annullabilità cioè del vizio di cui l'atto è infetto, e della conseguente civile turbativa del diritto del privato, tiene luogo dell'azione di annullamento, che, come azione costitutiva, è improponibile. Se ne differenzia in questo che l'azione di annullamento toglierebbe all'atto, in virtù di annullamento, gli effetti giuridici (p. es., restituirebbe la proprietà di un terreno nonnullamente espropriato, ecc.), mentre l'azione dichiarativa dell'annullabilità non produce questi effetti e ne riserva la produzione all'amministrazione attiva o alla IV sezione, quando dinanzi ad esse sia fatta valere la sentenza (5).

Quando l'atto sia nullo *ipso iure*, il che, come è stato già detto (n. 10, A, b), accade di rado e per vizi che implicano l'inesistenza della volontà amministrativa, l'azione secondo i principi generali (n. 5, nota 4, lettera b, 3), può essere soltanto dichiarativa. È notevole a mio avviso che nelle azioni di nullità le sentenze dichiarative, ancorchè l'amministrazione sia convenuta, sono produttive di quegli effetti giuridici ideali, che esse accertano, accertando la nullità. Quindi se vi fosse nullità assoluta (p. es., per difetto di decreto) di una procedura di espropriazione non portata a compimento, la sentenza dichiarando la lesione del diritto riconoscerebbe anche la pertinenza della proprietà del

credito vantato da un'amministrazione comunale e contestato dal preteso debitore era stato iscritto in bilancio. Cfr. per alcuni argomenti in contrario: Cass. Roma, sez. un., 4 settembre 1895 (Giur. ital., 1895, I, 1, 658).

(3) Ad eccezione dei contratti di diritto privato in ordine ai quali vedasi n. 10, C.

(4) Gli atti nulli *ipso iure* possono di fatto essere coattivamente eseguiti: BONSI, op. cit., pag. 109-111.

(5) Non risulta l'esistenza di giurisprudenza sicura che sia favorevole all'ammissibilità di azioni dichiarative per accertare l'annullabilità di atti amministrativi. Può consultarsi cass. Roma, sez. un., 23 gennaio 1900 (Giur. ital., 1900, I, 1, 560), la quale sarebbe favorevole se fosse certo (il che non emerge chiaramente dal testo pubblicato) che il provvedimento impugnato era un negozio giuridico e che non era stato eseguito.

È invece risolutamente contraria, per il pregiudizio che contro l'amministrazione possono proporsi soltanto azioni di danni, cass. Roma, sez. un., 7 giugno 1904 (Giur. ital., 1904, I, 1, 1091). Trattavasi di un ordine del sindaco non eseguito prescrivente la rimozione e modificazione di un monumento in un cimitero comunale.

(6) In questo senso gli atti inesistenti si sottraggono al disposto della legge sul contenzioso amministrativo. Rimangono impregiudicate le facoltà esecutive dell'amministrazione, con

fondo all'attore. E ciò perchè la dichiarazione di volontà dell'amministrazione è inesistente e non cade sotto le sanzioni dell'art. 4, il quale ha la sua ragione d'essere soltanto nel rispetto ad una effettiva dichiarazione di volontà dello Stato, ancorchè eventualmente viziata ed annullabile (6).

γ. Un altro caso notevole si ha quando la competenza dell'autorità giudiziaria sussiste sovra una parte soltanto di un rapporto fra cittadino ed amministrazione, essendo esso per il rimanente rimesso alle attribuzioni discrezionali dell'autorità amministrativa stessa. Accade di frequente nella nostra legislazione che una pretesa di un cittadino in fronte allo Stato sia subordinata a condizioni di fatto in parte semplici, minutamente e tassativamente determinate dalla legge, e perciò accertabili con un facile giudizio, in parte complesse, meno determinate e apprezzabili secondo dati tecnici o addirittura a discrezione. Ora (secondo una giurisprudenza costante che qui è inutile discutere) mentre sui fatti semplici è competente a conoscere la autorità giudiziaria, essa non può fare gli apprezzamenti complessi richiesti nei casi della cosiddetta discrezionalità tecnica e anche più della convenienza amministrativa o discrezionalità pura (7).

Nella terminologia della giurisprudenza nostra, la pretesa del cittadino a che siano osservate le norme concernenti requisiti di semplice fatto e che il suo interesse non sia offeso in base a motivi che contrastino con quelle norme, è un diritto di competenza giudiziaria: per il rimanente è un interesse da far valere dinanzi all'amministrazione attiva o in casi determinati dinanzi a giurisdizioni speciali. Per es., per l'ammissione al godimento di sussidi di beneficenza possono esser richiesti requisiti di età, parentela, domicilio, che si considerano di puro fatto e il cui accertamento è di competenza giudiziaria, e requisiti di moralità, povertà, merito intellettuale comparativo, che si considerano come implicanti un giudizio di discrezionalità tecnica (8): per il conferimento di attestati di privativa si esigono requisiti di puro fatto circa le novità della

questo però che l'atto di esecuzione in dipendenza di un atto inesistente è un atto amministrativo a sé e, in quanto richiegga un titolo, invalido ed annullabile: esso non è però nullo perchè rivela una volontà. Io credo pertanto che l'azione di nullità rispetto agli atti inesistenti produca gli effetti giuridici immateriali di cui la sentenza opera *ipso iure* l'esecuzione, ma non credo che possano invece farsi valere azioni di condanna per l'adempimento specifico degli obblighi conseguenti alla constatata nullità (restituzione, distruzione di opere, ecc.) e ciò per rispettare non l'atto inesistente ma l'esistente, ancorchè annullabile, atto o fatto di esecuzione.

La giurisprudenza ammette che sianvi atti amministrativi inesistenti sebbene erri e si contraddica nel riconoscerne gli effetti arrivando ad ammettere contro di essi azioni di condanna all'adempimento specifico, massime nella forma di azioni possessorie: cass. Roma (sez. unica), 8 luglio, 16 dicembre 1885 (Corte supr., 1885, 579, 907); 30 maggio 1887 (ivi, 1887, 316); 15 marzo 1898 (Giur. ital., 1898, I, 1, 554).

(7) Cfr. su questo argomento CAMMEO, *Comm. citato*, vol. I, pag. 128 e seg. e *Nota*, in *Giur. ital.*, 1902, III, 275.

(8) Cfr. cass. Firenze, 2 maggio 1867 (Legge, 1867, I, 495); app. Torino, 12 dicembre 1884 (Giur. rom., 1885, 529); appello Firenze, 7 dicembre 1888 (Foro ital., 1889, 79); cass. Roma, sez. un., 4 dicembre 1900 (Giur. ital., 1901, I, 1, 500) e 1° dicembre

invenzione, la forma della domanda, ecc., e requisiti reputati discrezionali di innocuità per l'ordine pubblico ed il buon costume ecc. (9); per il rimborso di spese relative a pubblici servizi la questione circa l'an *debeatur* dipende da fatti semplici e la questione del *quantum debeatur* dalla misura dell'interesse nell'opera, cioè da un elemento reputato di discrezionalità tecnica (10), ecc. È inammissibile dare a queste azioni limitate il contenuto di una sentenza di condanna, e massime di condanna nei danni, giacché, non potendosi giudicare dall'autorità giudiziaria se concorrono anche i requisiti discrezionali e se quindi, risolto a favore dell'attore il lato giuridico della questione, gli compete, in definitiva, la prestazione utile, cui egli aspira, non può dirsi che il rifiuto della prestazione fondato sui motivi sindacabili sia a lui o no dannoso. In questi casi sono perciò da emanarsi di necessità sentenze dichiarative: esse, sebbene definitive, sono, per la specialità del caso, da equipararsi in fatto alle sentenze interlocutorie che nella procedura comune risolvono definitivamente una questione pregiudiziale ordinando ulteriore istruttoria (n. 5, A). Esse vengono del resto a decidere o sulla capacità o su fatti giuridicamente rilevanti, cioè su oggetti che possono dar luogo ad azione dichiarativa (n. 5, B, a, α, 5, nonché β). L'interesse ad agire è quello generale, costituito dalla convenienza di invocare la sentenza dinanzi all'autorità amministrativa per gli ulteriori provvedimenti.

8. Un ultimo caso è quello in cui l'oggetto del diritto non ha valore patrimoniale, ed in cui pertanto una condanna nei danni è impossibile a meno di dare alle nozioni di danno morale (concetto di per sé discutibile) una eccessiva estensione. Il caso più frequente è quello in cui si disputa intorno al diritto ad occupare pubbliche funzioni o alla decadenza di chi ne sia investito. Laddove non esistano disposizioni speciali, come in materia elettorale, queste azioni non sono esercitabili nella forma completamente efficace di azioni costitutive (n. 10, B). Neppure, specie se trattasi di funzioni gratuite, vi è mezzo di dare all'azione un contenuto patrimoniale. Laonde è d'uopo restringerne l'efficacia alla mera dichiarazione del diritto. È ragionevolmente trattandosi di questioni intorno ad una capacità (n. 5, B, a, α, 5) (11). Altri casi eccezionali si possono rison-

1903 (ivi, 1904, I, 1, 121), dove si considera diritto civile di competenza giudiziaria il diritto all'ammissione a un concorso per borsa di studio, cioè la capacità a concorrere, e non il diritto all'ottenimento della borsa appunto perché deve intercedere il giudizio tecnico di merito intellettuale. La efficacia puramente dichiarativa della sentenza è rilevata nelle due ultime decisioni.

(9) Cfr. cass. Roma, sez. un., 7 gennaio 1904 (Gior. italiana, 1904, I, 1, 317), dove però essendo pacifico che gli ulteriori requisiti tecnici esistevano, la controversia poté essere esaminata nella sua integrità.

(10) Cass. Roma, sez. un., 10 febbraio 1887 (Corte suprema, 1887, 101); 5 dicembre 1893 (Gior. ital., 1894, I, 1, 12).

(11) Si ha esempio di ciò nel caso di amministratori di opere pie per i quali l'azione popolare concessa per far constare la nullità o decadenza della nomina degli amministratori della legge 17 luglio 1890, art. 82, risulta dalla lettera stessa dell'articolo puramente dichiarativa.

Per l'azione diretta a far valere il diritto di amministrare un'opera pia e per il suo carattere dichiarativo si possono

trare, così quello tipico del rifiuto di consegna di un'area nel cimitero comunale per la costruzione di un forno crematorio, nonostante l'obbligo assunto con regolare concessione. Essendo la costruzione di forni crematori interdetta fuori del cimitero comunale (Reg. di pol. mort., art. 59), in difetto di adempimento specifico non v'è risarcimento economico possibile, e l'azione non potendo mirare alla condanna (n. 9, C) deve assumere la forma dichiarativa (12).

L'interesse ad agire è quello superiormente indicato.

b. Ricorrono secondariamente gli estremi per una azione dichiarativa, nella maggior parte dei casi in cui vi sono anche quelli per un'azione di condanna. E ciò perché un interesse di condanna esiste accanto ad un interesse d'accertamento tutte le volte che la soddisfazione del diritto dell'attore può alternativamente ottenersi o con la liquidazione dei danni o col far valere la sentenza dichiarativa dinanzi all'autorità amministrativa o alla IV sezione per la revoca dell'atto.

Il parallelismo della azione di condanna e di quella di dichiarazione nella stessa specie, purché ne sussistano entrambi i rispettivi requisiti, è un principio di diritto comune (n. 5, B, b) che non solo non è disapplicato nella specie dell'art. 4, ma anzi è confermato dal fatto che l'azione dichiarativa è ammessa dalla chiara lettera dell'art. 4, e l'azione di condanna nei danni è il frutto di una faticosa interpretazione logica (n. 9, C).

Le due specie di azioni non coprono però precisamente lo stesso campo poiché non in tutti i casi in cui l'azione di condanna è ammissibile vi è un interesse all'accertamento, ma la loro sfera di applicazione comune è però amplissima come emerge dalle seguenti osservazioni.

α. L'azione dichiarativa coesiste coll'azione di condanna nei danni in tutti i casi (e sono numerosissimi) in cui la lesione del diritto è di tal fatta da poter consentire ancora l'adempimento specifico. Ciò si verifica nei casi di azioni di condanna nei danni sia per insoddisfatte prestazioni materiali ancora adempibili (n. 4, C, b, α e n. 9, D, E) sia per omessa emanazione od omesso annullamento di atti amministrativi aventi il carattere di negozi giuridici, purché sia ancora rilevante giuridicamente e materialmente la loro emanazione o la loro revoca (n. 6, C e n. 10, D, E). In tali casi

consultare, sebbene non siano espliciti, i decreti su conflitto del consiglio di Stato, 23 novembre 1870, 30 giugno 1871, 21 ottobre 1871, 6 novembre 1872, in MANTELLINI, *Confitti*, vol. I, pag. 89 e vol. II, pag. 68-73, nonché 3 luglio 1875 e 6 marzo 1876 (Legge, 1875, II, 325 e 1877, II, 54).

(12) Il caso è contemplato nella sentenza della cassaz. di Roma, sez. unite, 8 marzo 1900 (Corte suprema, 1900, 24). La corte però qualifica il rifiuto come atto di gestione considerando la cessione gratuita dell'area come un contratto di diritto privato: e conseguentemente pronuncia la condanna nell'adempimento specifico. Ammessi anche i principi informativi della giurisprudenza della corte circa la distinzione fra atti di impero e di gestione e la loro revocabilità, è inconcepibile ritenere di gestione, cioè di diritto privato, una cessione gratuita di un tratto di cimitero. Innanzi tutto è una cessione obbligatoria, perché tale è dichiarata dall'art. 59: in secondo luogo non è (né altro potrebbe essere *iure privato*, trattando di concessione gratuita) una donazione, perché non c'è l'*animus donandi*, ma l'animo di adempiere a un pubblico servizio, e finalmente l'oggetto come bene demaniale è *extra commercium*.

infatti l'insoddisfacimento delle pretese dà motivo ad un risarcimento in cui sono calcolati i danni futuri per la persistenza delle lesioni e genera un interesse ad agire per ottenere la relativa condanna. D'altro canto colla azione dell'autorità amministrativa attiva o della IV sezione può ottenersi l'adempimento specifico dell'obbligo dello Stato e quindi vi è interesse all'accertamento di quell'obbligo e del corrispondente diritto, affinché la sentenza dia il titolo per il ricorso gerarchico o contenzioso (13).

α. Quando l'adempimento specifico dell'obbligo dello Stato non sia più possibile e siavi un danno patrimonialmente valutabile, vi sono gli estremi procedurali per un'azione di condanna nei danni se ed in quanto dal punto di vista del diritto materiale lo Stato possa considerarsi soggetto a responsabilità (n. 13). Di regola non vi sono invece gli estremi per una azione dichiarativa, poiché la revoca dell'atto amministrativo, che, in seguito alla dichiarazione della lesione del diritto, potrebbe ottenersi dall'autorità amministrativa, non potrebbe, attesa la esaurita e irrimediabile esecuzione che l'atto ha ricevuto, portare normalmente alcun utile risultato (p. es., ordine del sindaco di distruggere materie alimentari reputate insalubri già eseguite, sebbene nullo per motivi di forma; progetto di opere pubbliche (bersaglio) già costruite, per effetto delle quali sieno venuti danni alle persone, ecc.). Tuttavia può accadere che accanto ad un interesse di carattere patrimoniale si trovi un interesse legittimo ma di carattere morale per il quale la revoca del provvedimento possa aver importanza (p. es., decreto di destituzione di impiegato, nullo per aver omesso l'audizione di discolpa, e azione proposta, quando non era più possibile per deficienza di requisiti (limiti di età, ecc.) la riammissione in servizio). Allora invece dell'azione di danni sempre proponibile potrà esperirsi un'azione dichiarativa per utilizzare poi la sentenza dinanzi all'amministrazione attiva e alla IV sezione.

α. Indubbiamente l'azione di condanna nei danni può soddisfare anche all'interesse d'accertamento, ponendo la sentenza di condanna essere usata per la sua forza di giudicato, come titolo ad ottenere la revoca dell'atto (n. 9, E, n. 10, E); pertanto nella massima parte dei casi non vi è ragione per restringere l'azione alla pura dichiarazione. Tuttavia come nella procedura di diritto comune tra privati la convenienza di preescludere l'azione dichiarativa o quella di condanna, anche se di questa vi sono gli estremi, si presenta talvolta (n. 5, B, b), così ed anche più spesso essa si presenta nel caso in discorso. Talora ciò accade per ragioni di moralità, cioè per non coinvolgere un interesse patrimoniale in una controversia. Tal'altra per pura convenienza defensionale per l'impossibilità o difficoltà della

(13) Questo concetto si trova accolto in via generale nelle sentenze della cass. Torino, 3 febbraio 1871 (Legge, 1871, II, 64) e della cass. Roma, sez. un., 1° maggio 1885 (Corte sup., 1885, 401). È applicato nei casi seguenti, allo scopo di ottenere la revoca del provvedimento: azione contro un ordine di riduzione in pristino su terreno indebitamente qualificato stradale, dichiarativa della privata proprietà, cass. Torino, 2 dicembre 1870 (Legge, 1871, II, 283); azione contro un decreto di soppressione di ente morale con successiva destinazione del patrimonio ad altro ente, dichiarativa della esistenza, natura e non

prova dei danni. Più spesso finalmente vi è motivo per limitare l'azione allo scopo dichiarativo nelle questioni che l'azione di condanna contro l'amministrazione solleva intorno alla ammissibilità di danni per atti d'impero invece che di gestione, o intorno al modo di giudicare la competenza o dall'oggetto della domanda o dalla *causa petendi*. Non è già che tali questioni sieno gravi e non possano risolversi facilmente: chè anzi o sono infondate o sono irrilevanti. Ma dappoiché la giurisprudenza vi dà peso può essere utile scansarle coll'eliminare ogni domanda di danni.

CAPO III.

L'azione di condanna nei danni contro l'amministrazione e casi della sua proponibilità indipendentemente da ogni responsabilità dello Stato.

- 12. Azioni di condanna indipendente da ogni responsabilità e azioni di danni per responsabilità nel diritto privato. — A. Il fatto illecito che dà luogo ad un'azione di condanna. — Rapporto di causa ad effetto col fatto del convenuto. — B. Azioni di condanna all'adempimento specifico. — Fatto illecito obiettivo. — Irrilevanza di ogni indagine subiettiva. — Irrilevanza della volontarietà del fatto. — Irrilevanza della imputabilità per dolo o colpa. — C. Azioni di danni in luogo dell'adempimento specifico divenuto in tutto o in parte impossibile. — Fatto illecito qualificato. a) Fatto illecito subiettivamente per dolo o colpa. b) Fatto illecito obiettivo e incolpevole assunto come fonte di responsabilità per altri motivi in virtù di espressa norma giuridica. — D. Azioni dei danni per responsabilità. — Differenza delle azioni per arricchimento e delle azioni di condanna per un credito di indennità nascente da un fatto illecito.
- 13. Azioni di condanna pecuniaria contro l'amministrazione indipendenti da responsabilità o fondate su di essa. — A. Persistenza della distinzione fra azioni miranti allo adempimento specifico e azioni miranti ai danni per un adempimento divenuto impossibile, ancorché sia convenuta l'amministrazione e la condanna non possa essere che pecuniaria. — B. Carattere del fatto illecito dell'amministrazione. — Impossibilità di riferire i fatti illeciti ai soli funzionari per la semplice circostanza della loro illegittimità. — C. Azioni per ottenere l'equivalente pecuniario dell'adempimento specifico possibile. Fatto illecito obiettivo dell'amministrazione. — D. Azioni di danni contro l'amministrazione fondata sulla responsabilità. — Gravi questioni e varie teorie. — Rapporto fra la categoria di azioni indipendenti da responsabilità e le azioni in responsabilità, secondo le varie teorie. a) Secondo la teoria della irresponsabilità. b) Secondo la teoria della responsabilità per colpa e le varie sue forme. c) Secondo la teoria della responsabilità obiettiva e le varie sue forme.

12. Determinato così il campo di applicazione dei due unici tipi di azione concessi contro la pubblica

trasformabilità dell'ente e del diritto di proprietà sui beni: cassaz. Roma, sez. un., 2 luglio 1889 (Corte suprema, 1889, 370); azione contro un provvedimento di riparto di spesa per acque pubbliche, dichiarativa dell'inesistenza di un diritto a rimborso: app. Venezia, 3 agosto 1898 (Temi ven., 1898, 444, con una importante nota dell'avv. MANZATO); azione contro una deliberazione comunale portante rifiuto di pensione ad un impiegato, dichiarativa del diritto, ma non implicante liquidazione: app. Roma, 6 giugno 1903 (Gior. ital., 1903, I, 2, 479). Vedasi anche la nota 3 al n. 2 e la dottrina citata *ivi*.

autorità, cioè dell'azione dichiarativa e di quella di condanna nei danni, resta a determinare se quest'ultima faccia valere di necessità una responsabilità dell'amministrazione (n. 2). A tal uopo serviranno opportunamente molti dei concetti svolti nel precedente capitolo.

Per seguire il solito metodo di procedere dal certo o almeno dal relativamente certo all'incerto, bisogna anche qui muovere da alcune osservazioni intorno al diritto privato.

A. Si è osservato già che l'azione di condanna suppone un fatto illecito o torto consistente nell'insoddisfazione (attuale o presumibile) di una pretesa ad una prestazione materiale (n. 4, A, B). Indubbiamente deve occorrere in questo fatto illecito un carattere costante. Perché sia determinata la persona del convenuto e eventuale soccombente, bisogna che tra la lamentata non soddisfazione e lui concorra un rapporto materiale di causa ad effetto. Sarebbe però erroneo credere che la causalità materiale debba essere diretta nel senso che debba sempre procedere, come da causa immediata, da un fatto della persona del convenuto; può essere del tutto indiretta, come, p. es., procedere dal fatto di persona da lui dipendente, da animali o da cose, o anche dal caso fortuito cui il convenuto abbia dato precedentemente causa col fatto proprio, o delle cui conseguenze vantaggiose, senza neppur avervi dato causa, venga a profittare (1).

Ma accanto a questo carattere costante il fatto illecito presenta invece caratteri diversi, secondo che essendo di tal natura da consentire, sebbene tardivamente, soddisfazione della pretesa attrice, conduce alla condanna nell'adempimento specifico coercibile (n. 4, C, a, α), oppure, rendendo tale soddisfazione impossibile od incoercibile, conduce alla condanna nei danni (n. 4, C, a, β e b).

B. Se la soddisfazione è ancora possibile, perchè il fatto illecito conduca alla condanna all'adempimento specifico basta che sia *obiettivamente* illecito, che costituisca cioè un *torto obiettivo*. Basta in altre parole che esso implichi la violazione di una norma giuridica e che trovi la sua causa diretta o indiretta nella persona del convenuto.

Quando una norma giuridica manifesta la volontà dello Stato che date alcune circostanze la situazione di fatto corrisponda ad una situazione da essa norma configurata, ciò non implica soltanto che lo Stato si impone alla volontà individuale recalcitrante, ma, in virtù della sanzione che deve accompagnare il diritto, importa addirittura che lo Stato tende a realizzare nel modo concreto direttamente a mezzo dei suoi organi appositi (che nelle controversie di diritto privato sono i tribunali in sede di esecuzione a istanza degli inte-

(1) Gli esempi relativi alle ipotesi suindicate di causalità indiretta sono troppo comuni, meno che per l'ultimo caso, perchè sia necessario esporli: anzi può darsi che la causalità materiale si accompagni in una causalità morale o imputabilità. Dell'ultima ipotesi si ha un esempio nell'art. 456 del codice civile. Il distacco di una parte notevole e riconoscibile di un fondo per forza istantanea di fiume (forza maggiore) e il suo trasporto verso un fondo inferiore o all'opposta riva, autorizza il proprietario della parte staccata a reclamarne la proprietà. Un tale reclamo è un'azione in rivendicazione contro il proprie-

ressati) la sua sovrana volontà. Tutte le volte cioè che questa realizzazione può compiersi indipendentemente dalla volontà e dall'azione dell'obbligato colla volontà o coll'azione di persone a lui estranee (aventi diritto, loro incaricati, uscieri, ecc.), come è precisamente nei casi in cui è possibile l'adempimento specifico (n. 4, C, a, α), la norma è accompagnata da una sanzione coattiva diretta (n. 4, E, b, β).

Una tale sanzione essendo puro adempimento della norma entra naturalmente in giuoco per il semplice fatto della violazione, senza che si richieggano maggiori requisiti, ulteriori norme ed ulteriori sanzioni; una qualunque maggiore esigenza sottrarrebbe un certo numero di casi alla forza imperativa della norma e verrebbe a limitarne il campo d'applicazione (2).

Passando a considerare la cosa dal punto di vista non più della realizzazione del diritto obiettivo ma dalla soddisfazione del diritto subiettivo, si vede che questo perderebbe il suo oggetto, quando potendolo conseguire materialmente, fosse costretto a rinunciarvi per il semplice fatto che la avvenuta lesione non è accompagnata da qualifiche subiettive di volontarietà, di colpa, ecc., o non riceve in una nuova norma una nuova sanzione (3).

La ricerca intorno alla causa del torto oltre i limiti necessari a determinare la persona del convenuto, cioè oltre i limiti della causalità materiale, è irrilevante. In ispecie è irrilevante il determinare se la causa stia nella volontà cosciente o invece in un atto riflesso del convenuto, e soprattutto se stia, o no, in una volontà imputabile. Infatti la norma, in quanto è suscettibile di coazione diretta, opera non già influenzando sulla volontà dell'obbligato, ma sulle cose, cioè indipendentemente da tale volontà: sicchè non ha bisogno di occuparsene. D'altro canto, dappoichè la prestazione è ancor possibile, ove l'adempimento non si impoesse coattivamente, l'obbligato sarebbe arricchito della cosa detenuta, della prestazione omessa, ecc., ed una perdita esattamente corrispondente graverebbe sull'avente diritto: ci sarebbe un arricchimento indebito. Questo arricchimento si verifica ugualmente qualunque sia la causa del fatto illecito, la sua volontarietà, la sua imputabilità, epperò deve dare luogo ugualmente all'intervento riparatore dell'autorità giudiziaria.

Il principio non solo è dimostrabile in modo deduttivo, ma pur non essendo formulato espressamente in nessun testo di legge, riceve una riprova induttiva in numerose disposizioni espresse e in quotidiane applicazioni.

La nessuna influenza della *volontarietà* del fatto illecito sulla proponibilità dell'azione di condanna per l'adempimento specifico si rivela nella circostanza che essa è esperibile contro le persone non sane di mente le

tario del fondo vicino od opposto, il quale però non ha né causata né è concorso a causare la situazione illegittima, ma soltanto ne profitta e omette o la prestazione necessaria per la restituzione o meglio la *pazienza* nei riguardi della riacquazione del fondo da parte del reclamante. Lo stesso accadrebbe se il vento trasportasse dalla stanza del vicino nella nostra attraverso la strada e la finestra aperta un biglietto di banca, ecc.

(2) THON, Op. cit., pag. 40-50, 77, 78, 90 e seg.

(3) In questo senso WENDT, *Fund.*, pag. 189 e 190.

quali sono incapaci di volontà. Il sano di mente che abbia assunto per contratto un'obbligazione da adempersi a termine fisso, p. es., un mutuo da restituirsì entro un anno, se perde la ragione prima della scadenza del termine e conseguentemente non adempie l'obbligazione, compie così un fatto illecito, ma non compie certo un fatto illecito volontario e tanto meno imputabile. Tuttavia egli può esser citato e condannato alla restituzione. Lo stesso dicasi se l'obbligazione nascendo *ex re* (4), o come si dice *ex lege*, sia sorta quando l'alienazione mentale era già cominciata; se il pazzo siasi impossessato di una cosa altrui, ecc. Né può in proposito reputarsi che vi sia nel fatto illecito la volontarietà o la imputabilità del tutore o per omessa custodia o per non aver provveduto al tempestivo adempimento della obbligazione, alla restituzione degli oggetti sottratti: la qual volontarietà e imputabilità si rifletterebbe sul patrimonio dell'alienato. Imperocchè è molto dubbio se la responsabilità del tutore o curatore, anche quando ci sono, rimonti al pupillo (5): ma in ogni modo nel nostro diritto può mancare la tutela o curatela (6) sebbene sussista un vizio di mente atto ad escludere la volontarietà e imputabilità di un fatto illecito (7), e sebbene per la non venuta meno capacità processuale del materiale autore del fatto non cessi la possibilità di intentare contro di lui azione per ottenere l'adempimento spe-

(4) L. 46, D. de obl. et act., XLIV, 7: *Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur.*

(5) La respinge precisamente in tesi di colpa contrattuale per il diritto italiano il CHIRONI, *Colpa contrattuale*, 1897, pag. 403, e in generale il THON, op. cit., pag. 101-102.

(6) La mancanza può essere illegittima se procede da negligenza di chi ha veste per provocare la dichiarazione di interdizione od inabilitazione: può essere legittima se il vizio di mente non presenta i caratteri di permanenza e gravità necessari per giustificare quei due provvedimenti, il che accade spesso in alcune psicopatie parziali e non incompatibili del tutto colla vita sociale dalle quali possono procedere dei fatti illeciti.

(7) Il difetto di interdizione od inabilitazione non toglie che il vizio di mente possa invocarsi al fine di escludere la imputabilità degli atti illeciti. Ciò è pacifico nella dottrina e nella giurisprudenza: CHIRONI, *Colpa extra-contrattuale*, volume I, pag. 337 e in nota 2.

(8) Che l'alienato non interdetto od inabilitato abbia capacità processuale attiva o passiva è sostenuto dal MORTARA, op. cit., vol. II, pag. 671-672. Vi è chi afferma invece che il vizio di mente determini la incapacità processuale quando sia completo e notorio (MATTIROLI, *Trattato*, n. 50, vol. II, pag. 14, in nota) e che in tal caso debbasi nominare un curatore speciale ai termini dell'art. 136 codice proc. civ. Anche ammesso ciò, rimane sempre possibile il caso di vizio di mente non rispondente agli estremi suindicati e tale da non giustificare la nomina di un curatore speciale. Una cleptomane per isteria frequentemente, nonostante tale psicopatia, non si trova altrimenti in condizioni che la rendono incompatibile coll'ordinaria vita sociale e non le consentono la intelligenza e volontà sufficienti per la cura dei propri affari. Essa pertanto non è in condizione tale da rendere conveniente o legittima un'interdizione o inabilitazione o curatela temporanea, massime in quanto la psicopatia appaia transitoria e non resulti patente. Tuttavia se la psicopatia la esime, ove sottragga un oggetto, da responsabilità penale e civile non la dispensa dall'obbligo di restituirlo e l'azione relativa va dispiegata in personale suo contraddittorio.

(9) JERRING, op. cit., pag. 5, 7, 8, 29.

cifico dell'obbligo, quando sia possibile, cioè per tutti gli effetti giuridici che sono indipendenti da volontarietà o colpa (8).

La nessuna influenza della *imputabilità* del fatto illecito per dolo o colpa sulle azioni per l'adempimento specifico è dimostrata da esempi comunissimi. La rivendicazione si propone contro il possessore di buona fede sebbene questi nel sistema della nostra legge non si consideri in modo alcuno imputabile (9). Lo stesso dicasi per le altre azioni reali e massime per quelle confessorie e negatorie, le quali per lungo tempo nel diritto romano nemmeno avrebbero potuto comprendere una qualunque domanda eccedente la riparazione del torto obiettivo e abbracciante i danni a titolo di colpa (10). Le azioni personali si possono intentare contro un convenuto che non sia in colpa, semprechè si tratti di un'obbligazione di dare o fare in cui la prestazione sia tuttora possibile; prescindendo dal caso classico (11) di azione intentata contro l'erede del debitore per una prestazione a termine da lui ignorata, ed il cui termine scada dopo la morte, caso cui l'articolo 1123 codice civile porta qualche innovazione, può sempre darsi un errore scusabile intorno all'esistenza o modalità dell'obbligazione che esclude la colpa e che non pertanto renda necessaria ed autorizzi l'azione per l'adempimento (12).

Più generalmente parlando è pacificamente ammesso

(10) JERRING, op. cit., pag. 8, 29, note 46 e 57. Per fenomeni uguali in diritto inglese rispetto all'*action of trespass* (TOLLOCK, *The law of torts*, 1901, pag. 13 e 14).

(11) JERRING, op. cit., pag. 8, nota 6.

(12) Per esempio, ignoranza del mandante di un'obbligazione a termine assunta dal mandatario quando questi sia perito in un naufragio, ecc.

È stato sostenuto, nei limiti dei diritti d'obbligazione, che in questi casi vi è sempre *colpa*, giacchè la buona fede, ossia l'errore esclude il *dolo*, ma non la negligenza, e vi è in ogni modo negligenza nell'ignorare il fatto proprio. GIRONI, op. cit., vol. II, pag. 200 e seg. È stato replicato, e giustamente, che la buona fede può essere non scusabile, cioè imputabile, e scusabile, cioè non imputabile, come l'errore che la determina (Sul criterio di colpa come elemento distintivo fra errore scusabile e non scusabile. SCIALOJA, *Trattato degli atti e negozi giuridici. Corso per il 1892-1893*, pag. 449 e seg.).

Se il diritto nostro, come vedremo, assume come criterio dell'assenza di colpa il comportamento dell'uomo medio, del buon padre di famiglia; se è colpa il difetto di volontà procedente da un difetto di conoscenza circa le conseguenze dei propri atti od omissioni, in quanto tali conseguenze sarebbero note a quel tipo astratto d'uomo, ogni colpa presuppone un errore; ma viceversa, ogni errore non è colpa, bensì è colpa quel solo errore che l'uomo medio non commetterebbe: e non è colpa l'errore in cui anch'egli cadrebbe. Perciò il negare a questa categoria d'errore la virtù di escludere la colpa è rinunciare o contraddire al criterio fondamentale del nostro diritto. In questo senso vanno interpretate tutte le disposizioni della nostra legge, anche quelle la cui lettera si presterebbe a un'interpretazione diversa, come l'art. 1225 del codice civile. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, pag. 559-560; FERRARI, *Obbligazioni in Enc. giuridica*, pag. 589 e seg.; e in *Mon. dei Trib.*, 1891, pag. 123; COVIELLO, *Caso fortuito*, pag. 17 e seg.; BARASSI, *Sulla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, pag. 131 e seg.

Se anche per avventura, col POLACCO, *Obbligazioni*, 1899, pag. 210, e con parte della letteratura francese, si dovesse ritenere che l'art. 1225 cod. civ. è così concepito da ammettere

che l'azione se implica necessariamente una violazione di un diritto, cioè un fatto illecito, e se nel suo oggetto e nella condanna finale è influenzata dalla imputabilità di esso, dalla colpa, non richiede necessariamente questo estremo, quando sia rivolta a ottenere non il risarcimento di danni per una prestazione divenuta impossibile, ma la prestazione originaria (n. 4, A, b, nota 4) (13).

Se però l'esistenza di un torto obbiettivo, avente per effetto la sola possibilità di condanna all'adempimento specifico, è pacifica nel senso che nessuno la contrasta, non può dirsi però che essa sia sempre coesistente e soprattutto chiaramente formulata; spesso è questa una nozione soltanto implicita (14). In secondo luogo se è pacifica la conclusione, non ne sono pacifiche tutte le premesse. Soprattutto vi è chi sostiene che il fatto illecito obbiettivo e non imputabile, non può dirsi né un fatto umano né un fatto antigiusuridico perché l'uomo nel diritto è considerato come un essere capace di volere e esercente la sua volontà: laonde il fatto illecito non imputabile, esulando dal campo della volontà, sarebbe un caso fortuito allo stesso titolo che il danno alle cose nostre arrecato dalle forze naturali o dalle fiere (15). Senonché è stato osservato che fatto umano illecito, ancorché non imputabile, e caso fortuito procedente da forze naturali o da fiere sono, dal punto di vista giuridico, due fenomeni molto diversi. Contro il caso fortuito è lecito reagire con la forza per ripararne le conseguenze, mentre contro il fatto umano, ancorché non imputabile, al di là dei ristretti limiti di una negativa legittima difesa, non si può provvedere con l'uso della forza del privato contro il privato, essendo vietato nelle società civili di farsi ragione da sé contro gli altri uomini. Laonde si comprende una volta di più che contro questo tipo speciale di lesioni bisogna accordare un'azione giudiziaria del tutto indipendente da ogni requisito subbiettivo, la quale azione surrogati l'uso della privata violenza (16).

Si è cercato di ricondurre la nozione del fatto illecito obbiettivo a quello del fatto lecito subbiettivo facendo intervenire il concetto di colpa. La colpa si verificherebbe in seguito alla sentenza che dichiarando il diritto sopprime ogni possibilità di errore

una responsabilità per l'errore derivante da fatto proprio ancorché non colposo, bisognerebbe ravvisare in ciò una disposizione testuale ed eccezionale, inducente una responsabilità senza colpa, e soprattutto una disposizione eccezionale, limitata al fatto illecito compiuto in violazione di un'obbligazione preesistente, limitata cioè alla colpa contrattuale, e non applicabile alla violazione di altri doveri giuridici generali, cioè alla colpa extra-contrattuale.

(13) In questo senso, oltre gli autori citati: SAVIGNY, *Sistema del diritto romano*, trad. SCIALOJA, vol. V, pag. 205; *Traité des obligations*, Parigi 1873, vol. II, pag. 461-462. (Per alcune giuste osservazioni sulle idee del SAVIGNY in proposito, vedasi FERRINI, *Delitti*, in *Dig. ital.*, n. 9 e 22). Molto chiaramente e esattamente si esprime il WENDT, *Pandekten*, 1888, pag. 189-190.

(14) Oltre gli autori citati e massime lo JHERING che ha per il primo posto in luce la teoria, e il THON che l'ha svolta con particolare diligenza, essa è richiamata nei seguenti autori: BARON, *Pandekten*, 1893, pag. 137; DERNBURG, *Pandekten*, 3ª ediz., vol. I, pag. 198; REGELSBERGER, *Pandekten*, 1893, pag. 645; SCIALOJA, op. cit., litografie, 1892, 1893, pag. 613; CHIRONI, *Colpa contrattuale*, 1897, pag. 3, nota 2, e pag. 660,

scusabile circa la illegittimità dell'atto (17). Senonché pur non potendosi contestare che questo è l'effetto della sentenza e eventualmente della citazione, rispetto alle persone capaci di colpa è da avvertire la irrilevanza di questa osservazione, perché in quanto a loro suppone già un fatto illecito anteriore alla citazione, verificatosi, cioè, quando colpa non c'era, e in quanto alle persone incapaci di colpa si può pronunciare condanna all'adempimento specifico suscettibile di esecuzione coatta, ancorché non siavi possibilità di costituirle in colpa (18).

C. Se la soddisfazione in forma specifica della pretesa attrice non è più possibile e deve esser surrogata dalla prestazione dei danni, il fatto legittimo deve essere di tale natura da giustificare che la diminuzione di patrimonio faccia carico al convenuto anziché all'attore. Non basta che esso implichi la violazione di una norma giuridica e che trovi la sua causa materiale nella persona del convenuto: occorre per lo meno che esista una norma giuridica secondaria, la quale stabilisca l'obbligo del convenuto di prestare i danni invece dell'oggetto originario.

Se quando l'adempimento specifico è possibile, dal carattere imperativo della norma violata si desume logicamente l'applicabilità della sanzione diretta per ristabilire lo stato di fatto in conformità dello stato di diritto, quando l'adempimento specifico è impossibile si rende anche impossibile la sanzione diretta. L'adempimento per equivalente mediante risarcimento dei danni è una sanzione indiretta del primitivo obbligo e richiede a sua volta una coazione immediata: di qui la necessità d'una seconda norma, la quale entri in vigore per la violazione della prima e che in proposito disponga. Se quando l'adempimento specifico è possibile, nessuna perdita essendosi verificata per la società nel suo complesso, la convenienza d'impedire un arricchimento illecito impone naturalmente di ritogliere all'obbligato le utilità che detiene per conferirle allo avente diritto, quando l'adempimento specifico è divenuto impossibile, socialmente si è verificata la perdita di quella utilità economica che era rappresentata dalla prestazione, e occorre determinare, secondo un criterio nuovo, quale patrimonio, quello dell'obbligato origi-

nota 1; CHIRONI e ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, pag. 511-512. Citazioni ulteriori trovansi in THON, op. cit., pag. 71 e seg.

La questione se al fatto illecito umano non imputabile si convenga la qualifica di *illecito*: o se sia da usare un'espressione diversa perché illecità implica volontarietà e imputabilità, è una pura questione di parole, quando i concetti suesposti che distinguono il fatto illecito imputabile, quello non imputabile e il caso fortuito indipendente dal fatto dell'uomo sono tenuti fermi.

(15) In questo senso: MERKEL, *Kriminalistischen Abhandlungen*, pag. 46 e seg., citato in JHERING, op. cit., pag. 6, nota 2 e *Juristische Encyclopädie*, 1900, pag. 260. Così anche BINDING, *Die Normen und ihre Ueberrichtung*, 1890, vol. I, pag. 243 e seguenti.

(16) JHERING, loc. cit., e THON, op. cit., pag. 90 e seg.

(17) BINDING, op. cit. nella prima edizione, § 38, riportato anche nella seconda come esempio di una dimostrazione appariscente ma errata: FERRINI, *Delitti*, in *Dig. ital.*, n. 22.

(18) THON, op. cit., pag. 90 e seg.; BINDING, op. cit., 2ª edizione, loco citato.

nario o quello dell'avente diritto, debba sopportarla. Ed anche sotto questo punto occorre una nuova norma.

Una nuova norma generale che determini la persona, su cui deve cadere questo diverso onere, secondo il criterio della causalità materiale non esiste nel nostro diritto, ancorché da alcuni, autorevolmente, sia propugnata come ottima (19).

A tutto rigore, nel nostro diritto privato positivo, tenuto conto delle testuali disposizioni e del movimento dottrinale e giurisprudenziale, sembra che si possa arrivare alle conclusioni seguenti:

a. Esiste, come regola, una norma generale, secondo la quale, il fatto illecito, per dar luogo all'obbligo di risarcire i danni invece della originaria prestazione divenuta impossibile, deve essere imputabile.

Ciò implica che esso dev'essere volontario e perciò procedere da una persona capace di volere; essendo reputati incapaci gli infanti e i mentecatti. Deve inoltre procedere da una volontà viziata per dolo o colpa.

È dolo la volontà determinata dalla coscienza di compiere un atto illecito e dannoso (20).

La colpa è un concetto negativo; rispetto al dolo è caratterizzata dalla mancanza di coscienza dell'illeceità e dannosità dell'azione; rispetto a ciò che esula dal campo dell'imputabilità, è caratterizzata dalla non conformità della condotta dell'agente a quella di un tipo medio e astratto di uomo, il buon padre di famiglia (21). Di qui la nozione che la colpa è difetto di volontà per difetto di conoscenza, commisurate alla volontà e alla conoscenza dell'uomo normale: difetto di volontà perché il comportamento dell'uomo normale suppone il volere e, mancando quello, manca questo: difetto di conoscenza perché la mancanza di volontà è determinata dalla assenza di quelle rappresentazioni circa le conseguenze dei propri atti od omissioni, conseguenze che costituiscono i motivi della volontà. La quale conoscenza è difettosa talora per

(19) VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, passim, massime a pag. 40; BINDING, op. cit., vol. I, pag. 459 e seg. e più ampie citazioni in pag. 434, nota 3, e pag. 470, nota 18.

(20) È questione se alla nozione di dolo occorra, oltre la conoscenza della ingiuria, anche la pravità del motivo. Per la negativa: REGELSBERGER, op. cit., pag. 648 e nota 1; per la affermativa: SCIALOJA, *Trattato dei fatti e negozi giuridici*, litografie per il 1892-1893, pag. 415 e seg., e *Teoria generale delle obbligazioni*, litografie per il 1901-1902, pag. 494. La questione è poco attesa nella dottrina nei riguardi del nostro diritto positivo: qualche cenno in CHIRONI, *Colpa contr.*, pag. 8, nota 1.

(21) In proposito: FADDA, *Il buon padre di famiglia nella teoria della colpa*, in *Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche*, Napoli 1901.

(22) SCIALOJA, op. cit., pag. 623, e *Teoria delle obbligazioni*, pag. 512; FILOMUSI-GUELFI, *Enciclopedia giurid.*, 4ª edizione, pag. 334; MERKEL, *Jurist. Enc.*, § 264; JHERING, *Der Zweck im Recht*, 1886, vol. II, pag. 66; REGELSBERGER, op. cit., pag. 648, nota 2.

L'unità della colpa contrattuale, cioè incorsa per violazione di un obbligo giuridico nascente da un'obbligazione, e colpa extra-contrattuale, cioè incorsa per violazione di obblighi giuridici generali, *erga omnes* è il corollario di quanto si dice nel testo. Su di ciò CHIRONI, *Colpa contrattuale*, pag. 11 e seguenti.

(23) Per il caso in cui nelle obbligazioni si risponda, secondo alcuni, del fatto proprio non imputabile, cioè per fatti volontari, ma non colposi, vedasi la nota 12.

immediata ignoranza di cotali conseguenze, tal'altra per ignoranza di fatti anteriori all'azione (22).

b. Esistono poi norme riflettenti casi particolari nei quali la causalità materiale o la semplice volontarietà sono assunte come presupposto dell'obbligo di risarcire i danni, in luogo e vece di una prestazione specifica divenuta impossibile. Non vi è perfetto accordo intorno ai casi in cui ciò accade: ma si possono ricordare, come meno discussi, l'obbligo di risarcimento del committente per fatto illecito del commesso in cui non vi è colpa nel primo sebbene debba concorrere nell'altro (cod. civ., art. 1247 e 1153; legge sui II. pp., art. 290); per danneggiamenti cagionati da animali o dalla caduta di edifici (art. 1154-55); secondo alcuni per la perdita di cose laddove, per contratto, sia dovuta la custodia; per la mora del creditore, ecc. (23). Questi casi sembrano potersi però ridurre ad unità sotto il concetto di equità che si debbono sopportare i danni degli atti di cui si gode il profitto, e tale nozione, se non viene a costituire un principio generale capace di assorbire l'altro dell'obbligo di rispondere per colpa, si presenta però come un principio sussidiario a quello e suscettibile di estensione analogica (24).

Nel caso in cui l'obbligo di risarcire i danni poggia sopra la imputabilità, il fatto illecito deve essere pertanto tale non soltanto obbiettivamente ma anche subbiettivamente. In questo caso si parla propriamente di *responsabilità* essendo questa espressione sinonimo d'imputabilità. Nel secondo caso, il fatto illecito rimane tale obbiettivamente: ma è in modo particolare qualificato dall'esistenza di una norma che vi attribuisce la speciale efficacia di produrre l'obbligo del risarcimento. Qui l'espressione "responsabilità", è impropria, ma suole adoperarsi ugualmente, almeno colla qualifica di *obbiettiva* o di *incolpevole*, sia per la identità degli effetti, sia soprattutto per la ragione storica che i casi, cui l'espressione è riferita, furono in

(24) Il principio fondamentale fu espresso dall'UNGER, *Handeln auf eigene Gefahr*, di cui la prima edizione (1891) è inserita negli *Jahrbücher* di JHERING, vol. XXX, e la seconda (1893) ampliata fu pubblicata a parte. Conosco direttamente la prima edizione, la seconda attraverso il riassunto fattone da FERRINI nelle sue *Obbligazioni*, in *Enc. giur.*, pag. 773 e seguenti.

Questa monografia contiene anche l'analisi di disposizioni legislative italiane. La nozione dell'UNGER che la responsabilità proceda dallo agire a proprio rischio è lievemente diversa da quella indicata nel testo. Essa è in massima parte seguita dal GABBA, *Questioni di dir. civ.*, 1905, pag. 239 e seg., nel quale scritto è notevole il tentativo di estensione analogica del principio all'obbligo di risarcire i danni arrecati con le proprie cose.

Il criterio dell'incommodi che segue il profitto accennato nel testo è seguito dal COVIZZOLO, *La responsabilità senza colpa* e dal BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio*, entrambi estratti dalla *Rivista ital. per le scienze giuridiche*, 1898, e parzialmente dal FERRINI, *Delitti*, in *Dig. ital.*, nn. 147 e 158. Per lo svolgimento di queste teorie nella dottrina straniera, vedasi MERKEL, *Jurist. Enc.*, § 679 e seg., e citazioni, *ivi*.

Alla formulazione dei concetti esposti nel testo, oltre la lettura degli scritti sovra citati, ha contribuito la consultazione del GEORGI, *Obbl.*, vol. II, pag. 3 e seg., e vol. V, pag. 195 e seg., e del CHIRONI, *Colpa contrattuale*, 1892, e *Colpa extra-contrattuale*, vol. I (1901) e vol. II (1887).

passato ricondotto sotto la nozione di colpa coll'artificiosa finzione di una colpa presunta *in iuris et de iure*.

D. Le azioni dispiagate per ottenere la condanna nei danni, in seguito a un fatto illecito di tal natura, sono le azioni che possono chiamarsi di *responsabilità*.

Esse si distinguono pertanto dalle altre azioni che del pari possono condurre ad una condanna pecuniaria ma con fondamento o contenuto del tutto diverso e principalmente:

a. Dall'azione per arricchimento indebito che per avventura sia consentita per ottenere il pagamento di una somma di denaro di cui si sia accresciuto il patrimonio del convenuto in seguito alla sopravvenuta ed incolpevole impossibilità di adempiere ad un obbligo in forma specifica, azione però la cui ammissibilità in diritto nostro è fortemente contestata (25). In questo caso, il fatto illecito che autorizza ad agire è tale soltanto obiettivamente: ma il motivo dell'azione è l'arricchimento, non la colpa o la connessione fra comodo e rischio: e la somma che forma oggetto dell'azione è commisurata sul profitto goduto dal convenuto e non dal danno sopportato dall'attore.

b. Dall'azione per ottenere una indegnità in caso di collisione di diritti. In questo caso, due interessi che normalmente ricevono dalla legge pari riconoscimento e uguale tutela, vengono in contrasto in modo che a soddisfazione di sociali esigenze è necessario assicurare all'uno pieno svolgimento e sacrificare l'altro, convertendolo in un diritto ad una somma di denaro. Così, per es., nei casi di comunione di muro (codice civile, art. 556); di apertura di sorgente con danno del fondo vicino (art. 578), di servitù di passo necessario (art. 594), di servitù legale d'acquedotto (art. 599), di avaria comune per getto (codice di commercio, art. 663, n. 1, 2, 5). Generalmente, come nel caso di responsabilità obbiettiva, la ragione di equità che presiede a questo istituto è la massima che il danno segue il profitto. Senonchè qui tale principio si applica a un atto lecito anzichè a un fatto illecito, e determina la conseguenza pecuniaria di un vero negozio giuridico. E di ciò si ha riprova nella norma che il diritto soccombente non può pretendere la soddisfazione nella circostanza specifica, quando anche questa permanga possibile, mentre lo potrebbe se, invece d'esser lecitamente sacrificato, fosse illecitamente leso. Si aggiunga che può esservi anche una differenza nella misura della prestazione pecuniaria la quale, per il fatto illecito, necessariamente corrisponde alla diminuzione del patrimonio del leso, e, nel caso attuale, può restringersi al valore della cosa (codice civile, art. 556) o diminuire per motivi di equità (codice di commercio, art. 643, 647 e seg.) (26).

Occorre appena rilevare che mentre la distinzione fra azioni di condanna, dichiarative e costitutive di

che nei capitoli precedenti, è di diritto procedurale, ancorchè poggi su basi di diritto materiale, questa distinzione fra azioni di condanna all'adempimento specifico indipendenti da responsabilità e azione di condanna nei danni sulla base di una responsabilità non ha nel campo giuridico privato nessun fondamento procedurale ed è tutta di diritto materiale. È cioè lo stesso tipo di azione che si fa valere in entrambi i casi: la domanda e la condanna vengono soltanto ad essere modificate a seconda del contenuto del diritto leso e della natura del torto. Non pertanto la distinzione occorre, è fondata sui criteri esposti, e serve ai fini del presente studio nei riguardi dell'azione del cittadino contro l'amministrazione.

13. Rispetto a questa azione le cose non si presentano dal punto di vista del diritto materiale in modo diverso da quello sopra descritto; ricevono una modificazione soltanto dal punto di vista del diritto procedurale.

A. La modificazione procedurale sta nel fatto che la condanna contro lo stato non può essere se non pecuniaria (1). La modificazione sarebbe di diritto materiale se con ciò si fosse inteso di abolire l'obbligo della amministrazione di soddisfare le pretese dei cittadini in forma specifica quando sia possibile: se cioè si fosse adottata la finzione giuridica della impossibilità dell'adempimento specifico di ogni obbligo dello Stato; di fronte a una tal norma la distinzione fondamentale su cui riposa la separazione fra azioni non fondate sulla responsabilità e azioni di responsabilità sarebbe venuta a mancare, e per tutte le azioni contro lo Stato si sarebbe dovuto sollevare e risolvere una questione di responsabilità. Ma l'obbligo della amministrazione di prestare l'adempimento specifico dei doveri giuridici che le incombono è conservato fin dove è possibile (n. 8, C), e poichè la sanzione diretta ne è interdetta all'autorità giudiziaria ed è conferita ad altri organi (n. 9, E), la norma ha un puro carattere di ripartizione e limitazione di competenza e perciò un carattere procedurale.

Ne la sola ammissibilità di una condanna pecuniaria impedisce di distinguere sia nella domanda sia nella sentenza quanto attiene allo adempimento specifico possibile da quanto attiene allo adempimento impossibile. I danni relativi all'adempimento specifico possibile sono quelli stimati dalla data della sentenza: essi possono prestarsi alternativamente coll'adempimento specifico e costituiscono una coazione indiretta perchè questo sia soddisfatto (n. 9, D, E). I danni che corrispondono all'adempimento impossibile sono quelli già verificatisi dal giorno in cui l'obbligo doveva adempirsi ed il fatto illecito è intervenuto, o da soli, se l'adempimento è ancor possibile e cioè *in re* è stata sol-

venduto la cosa depositata è tenuto fino a concorrenza del prezzo, senza che d'altro canto egli sia tenuto per colpa lieve. Così pure in caso di specificazione quando non concorra colpa (cod. civ. art. 463 e seg. in relazione all'art. 475).

(26) In quanto sopra, oltre GABBA, op. cit., pag. 254-255; UNGER, op. cit., 1<sup>a</sup> ediz., n. 1-3; MERKEL, *Jurist. Enc.*, § 696, e più ampie citazioni, *ivi*, e massime R. MERKEL, *Die Kollision rechtsmässiger Interessen*, 1895, *passim*, e pag. 49 e seg., 144 e seguenti.

(1) N. 8, B e n. 9, C.

tanto *mora*, o insieme ai futuri ed inevitabili se vi è un inadempimento assoluto: e qui la somma liquidata a titolo dei danni surroga, senza alcuna possibilità di alternativa, l'originario oggetto della prestazione. In sostanza, data la surrelevata analogia (n. 9, nota 7) tra il sistema del nostro diritto per le azioni contro lo Stato e la procedura formulare romana, come sotto lo impero di tal procedura si è potuta venire affermando la distinzione fra fatto illecito obbiettivo, fonte di azione reale o contrattuale indipendente da responsabilità, e fatto illecito subbiettivo fonte d'azione fondata sulla responsabilità (2), così una distinzione uguale è perfettamente compatibile coll'azione di condanna pecuniaria stabilita dall'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo (n. 9, nota 13).

Anzi è necessario osservare che la lettera di questo articolo si riferisce in modo espresso *soltanto* all'evento di una pronuncia relativa ad un adempimento specifico tuttora possibile. Infatti quest'articolo prevede nel capoverso il solo caso che siavi interesse a domandare la revoca di un atto amministrativo lesivo d'un diritto, escludendo su ciò la competenza giudiziaria e riservando quella amministrativa. Ora un tale interesse non può esistere di regola per gli atti amministrativi illegittimi i cui effetti sieno irreparabili: ma per quelli soli i cui effetti sieno continuativi e riparabili, che cioè ancora consentano l'adempimento specifico dell'obbligo infranto dall'amministrazione (n. 11, F, b, a). L'azione aperta nei casi di adempimento assolutamente impossibile per i soli danni è una creazione posteriore, ancorchè razionale, fatta dalla giurisprudenza sulla scorta di un'interpretazione logica, ma la stessa diversa origine di questi due tipi di dimostrazione è una nuova prova della compatibilità della loro distinzione con il sistema speciale del contenzioso amministrativo.

B. Dal punto di vista del diritto materiale e sotto la osservanza delle anzidette regole procedurali, nulla vi è nella struttura dei rapporti fra cittadini e amministrazione, che impedisca di distinguere il caso in cui, data l'attuale possibilità dell'adempimento specifico di un obbligo dell'amministrazione, il semplice fatto obbiettivamente illecito di questa autorizzi l'esperimento di un'azione di condanna per conseguire i danni corrispondenti all'inadempimento dalla data della sentenza, dal caso in cui non essendo l'obbligo originario più suscettibile di adempimento specifico, la semplice obbiettiva illecità non basti e si presenti il problema se, in quali limiti e in base a quali requisiti, questa illecità possa divenire fonte di responsabilità dell'amministrazione e dar luogo a una condanna a tutti i danni dalla data della violazione.

Un punto va preliminarmente chiarito. Il fatto illecito dell'amministrazione è, materialmente parlando, fatto illecito di una persona fisica: giacchè per opinione prevalente lo Stato, in quanto nella divisione dei poteri opera come amministrazione, è una persona giuridica che, di necessità, vuole ed agisce per mezzo

(2) JHERING, *La faute*, ecc., pag. 9 e seg.

(3) Non possono, per esempio, riferirsi di regola all'ente i fatti dolosi: O. MATYR, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, pag. 362, dove si contengono osservazioni per il diritto fran-

di organi o rappresentanti. Naturalmente non tutti i fatti illeciti dei rappresentanti possono essere riferiti alla persona giuridica, ma quei soli che sono compiuti coll'intenzione di produrre effetti nella sfera d'azione dell'ente (3). Costatata però quest'intenzione sarebbe errato l'esitare a riferire direttamente il fatto alla persona giuridica per la semplice circostanza della sua illecità. Ogni personalità sia fisica sia giuridica deve essere soggetto non solo di diritti ma anche di doveri: altrimenti cesserebbe di essere un'entità in rapporto con altra entità sotto la tutela e lo impero del diritto obbiettivo e diverrebbe una mera potestà, una pura forza. Dovere giuridico importa, in caso di inadempimento, coazione da esercitarsi contro il suo soggetto. Il non riferire direttamente alla persona giuridica il fatto illecito del suo rappresentante significa rifiutare contro di essa la coazione, negare perciò l'esistenza dei suoi doveri e in conclusione contraddire alla nozione di personalità.

Ammesso il necessario riferimento nei limiti suindicati del fatto illecito dei suoi rappresentanti alla persona giuridica, è poi entro certi limiti indifferente il trovare la spiegazione pregiuridica di questo riferimento. Si può tuttavia osservare di volo che essa probabilmente si trova nel principio che l'incomeo segue il profitto, che cioè come la persona giuridica si avvantaggia della attività lecita dei suoi organi, così deve sopportare le conseguenze della loro attività illecita. Così ragionando, non si fa già l'applicazione immediata agli enti pubblici della disposizione del codice civile sulla responsabilità dei committenti per i commessi (n. 12, C, b), il che condurrebbe a riferire all'ente i soli atti illeciti *iure privato*, bensì si invoca un principio generale di cui quella testuale disposizione non è che una deduzione particolare.

Su questo ragionamento si possono però sollevare dei dubbi impugnando o la premessa della personalità giuridica dello Stato-amministrazione o la qualità di rappresentanti di alcuni funzionari (4). È certo però che la necessità del riferimento diretto all'amministrazione dei fatti illeciti dei funzionari è consacrata testualmente dal nostro diritto positivo, il che toglie ogni efficacia alle critiche astratte. Invero non soltanto l'articolo 2 della legge sul contenzioso amministrativo consacra l'esistenza di doveri propri dell'esecutivo riconoscendo di fronte ad esso l'esistenza di diritti privati e pubblici dei cittadini, ma l'articolo 4 considera come atti suoi propri e non come atti personali dei funzionari gli atti illegittimi (n. 8, A). Inoltre l'articolo medesimo in correlazione coll'art. 11 consente contro l'amministrazione direttamente l'azione e perciò quel tanto di coazione giudiziaria che i principii speciali ammettono in materia.

Queste considerazioni valgono da sole, mi sembra, a giustificare il principio che i fatti illeciti dell'amministrazione sono propri di essa senza distinzione alcuna fra illecità obbiettiva o subbiettiva, di diritto privato o pubblico, o fra conseguenze attinenti ad un adempi-

cese, analogo al nostro; ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, pag. 54-55; GARMEO, op. cit., vol. I, pag. 209-210.

(4) Così recentemente il PRESUTTI, *Ist. di dir. amm.*, pag. 114 e seguenti.

mento tuttora possibile o ad un adempimento non più conseguibile.

C. Ma si ammetta anche per ipotesi che possa esservi qualche dubbio in proposito circa la possibilità di riferire alla persona giuridica il fatto illecito del suo rappresentante quando la illiceità debba aver carattere subiettivo e debba essere considerata in relazione a una volontà prava o difettosa che la persona giuridica si reputi per avventura incapace di avere; si ammetta anche per ipotesi la irresponsabilità dell'amministrazione a questo titolo. Un dubbio simile non ha però ragion d'essere rispetto alla illiceità obbiettiva la cui conseguenza sono semplicemente l'azione per l'adempimento specifico dell'obbligo o, nella specie, lo stretto suo equivalente pecuniario dalla data della sentenza.

Questa illiceità ed i suoi effetti sono indipendenti da ogni considerazione di volontarietà e imputabilità: come pertanto essi possono farsi valere contro gli incapaci fisicamente (n. 12, B) così possono farsi valere contro gli enti morali ancorché, per ipotesi, giuridicamente incapaci di volontà contraria al diritto.

L'azione per conseguire l'adempimento ancora possibile di un obbligo (o il suo equivalente pecuniario) riposa su tre concetti: l'efficacia imperativa del diritto obbiettivo; la naturale esplicazione del diritto subiettivo; la iniquità di un arricchimento indebito dell'obligato. Questi tre concetti rimangono invariati rispetto alla pubblica amministrazione, perchè su di essa nello stato costituzionale impera la legge, contro di essa per espresa disposizione esistono diritti subiettivi, e a favore di essa si verificherebbe un arricchimento se l'adempimento possibile di un obbligo (che per dar luogo ad azione di condanna pecuniaria deve reputarsi estimabile in danaro) rimanesse incoercibile anche per equivalente.

Accertata e determinata così l'esistenza di una categoria di azioni di condanna che, poggiando sulla obbiettività di un fatto illecito e restringendo la estensione della condanna ai soli danni corrispondenti ad un adempimento ancora possibile, non ha che fare con questioni di responsabilità dello Stato, è evidente come un tale concetto sia fecondo di pratiche applicazioni. Infatti una grandissima parte delle lesioni di diritto compiute dallo Stato hanno effetto permanente e riparabile, cioè consentono un adempimento specifico ancorché tardivo: tali sono soprattutto quelle che si riferiscono all'obbligo di dare somme di danaro, o di fare opere per eliminare i danni di lavori pubblici, ai sequestri di cose mobili, alla chiusura di fabbriche, ecc., ecc. Spesso in questi casi non ha importanza quel tanto di effetti irreparabili che si verificano per il ritardo: agire per lo adempimento specifico cioè per

(5) La esistenza d'una simile categoria di azioni non ha esplicito ed in ogni modo frequente riconoscimento nella giurisprudenza. Oltre il caso citato al n. 2 nota 5 si possono consultare le sentenze che decidono sovra la restituzione di imposte e massime quelle che, escludendo ogni colpa dell'amministrazione, pronunciano la condanna al solo importo delle tasse indebitamente riscosse senza condanna agli interessi i quali vengano a decorrere dalla sentenza: cass. Roma, 5 settembre 1893 (*Giurispr. ital.*, 1893, I, 1, 1206); 5 febbraio 1894 (*ivi*, 1894, I, 1, 290). In tutti questi casi si parla di azione per restituzione di indebito: la espressione è errata perchè il paga-

mento del contribuente, quando anche c'è, cioè quando l'imposta non è riscossa colla procedura di esazione, è coatto e non viziato da errore. Si tratta di un fatto illecito dello Stato, che si considera non colposo, per la giustificazione che si trova nei responsi delle commissioni speciali per le tasse. La condanna escludente i danni (interessi) e limitantesi allo adempimento specifico (restituzione di somma) risponde ai concetti esposti nel testo.

Queste sono le azioni che per effetto delle speciali disposizioni di procedura assumono il carattere di azioni di danno senza essere azioni di responsabilità.

D. Se e fino a che punto esistano anche azioni in responsabilità contro l'amministrazione, miranti all'integrale risarcimento di danni per l'inadempimento assoluto e irreparabile di un obbligo, è questione che non è il caso di risolvere *ex professo* nel corso di questo studio. I cenni dati incidentalmente e quelli che occorrerà dare nelle poche cose che restano da dire, fanno intendere quali siano, a mio avviso, i criteri direttivi per la soluzione del problema. Ma alla mia tesi occorre la dimostrazione negativa che non tutte le azioni di danni contro l'amministrazione sono azioni in responsabilità e la dimostrazione positiva dei caratteri di queste speciali azioni. L'altro aspetto della questione, quello dei caratteri delle azioni in responsabilità, è perciò irrilevante. Soltanto per completare l'indagine è d'uopo, considerando le azioni in responsabilità quali vanno concepite secondo le varie teorie esistenti circa le responsabilità dello Stato, esaminare indipendentemente da ogni critica in quali rapporti si trovino con le azioni di danni non fondate sulla responsabilità.

a. Data la teoria della irresponsabilità assoluta dello Stato (6), il principio che esistono azioni indipendenti da responsabilità assume una particolare importanza. Infatti è l'unico che concilia la idea della irresponsabilità coll'esistenza di azioni contro la pubblica amministrazione, consacrata espressamente dalla legge: il che però non è mai stato posto in luce dai fautori dell'irresponsabilità. Del resto questa teoria, la quale poggia sovra argomenti escludenti l'esistenza di diritti contro l'amministrazione e perciò contraddetti da testuali disposizioni di legge, non ha più seguito, massime in giurisprudenza.

b. La teoria prevalente circa la responsabilità dello Stato assume come criterio quello del diritto privato cioè normalmente quello della subbiettività o imputabilità del fatto illecito, ed eccezionalmente, nei casi tassativi in quel diritto stabilito, il criterio obbiettivo. L'amministrazione risponde del funzionario come un committente del suo commesso, o per colpa *in eligendo et in vigilando* presunta *iuris et de iure*, o *ex lege*, o per effetto di rappresentanza, o per il prin-

cipio dell'incomodo che segue il profitto, secondo le varie spiegazioni prevalenti su questo punto in diritto privato: ma il fatto del funzionario deve essere, salvo le tassative eccezioni, rispetto a lui imputabile e colposo.

Questa teoria a sua volta si suddivide in due tendenze: l'una reputa che la disposizione che fa rimontare al committente la responsabilità del fatto del commesso è una presunzione di diritto o nasce da una obbligazione *ex lege*, e perciò ammette la responsabilità dello Stato per i soli rapporti disciplinati dal diritto privato (atti di gestione) cui si possa direttamente applicare l'art. 1247 e 1153 del cod. civile, e la esclude per i rapporti di diritto pubblico (atti di impero) (7). L'altra considera che l'attribuzione alla persona giuridica del fatto del suo agente deriva da un principio generale di rappresentanza o dalla nozione dei danni che seguono i profitti, epperò ammette senza distinzione la responsabilità per ogni fatto, sia esso illecito *iure privato* o *iure publico*, purché colposo (8).

Bisogna, in proposito, guardarsi da un equivoco per cui potrebbe sembrare che il fatto illecito assuma sempre un carattere subiettivo e pertanto non possa dar luogo a due tipi d'azioni diverse: l'azione per lo adempimento specifico o suo equivalente, e l'azione in responsabilità. Potrebbe a prima vista apparire logico il seguente ragionamento. Il fatto illecito dell'amministrazione contro cui si contende, deve essere un atto amministrativo illegittimo: la non osservanza della legge è sempre una colpa, perchè l'errore di diritto è sempre inescusabile: perciò in ogni fatto illecito della amministrazione è insita la essenza della colpa e l'azione relativa o è azione in responsabilità (ammessa o contro gli atti di gestione o in ogni caso secondo le diverse tendenze) o non è azione esperibile.

(7) BONASI, *Della responsabilità civile e penale dei ministri*, 1874, pag. 449 e seg.; GIORGI, *Obbl.*, vol. V, pag. 682 e seg. e *Teoria delle persone giuridiche*, vol. III, 1891, pag. 129 e seg. Per la dottrina straniera vedasi CHIRONI, *Colpa contrattuale*, pag. 501, nota 1 e massime LÖNING, *Die Haftung des Staats für die rechtswidrige Handlungen seiner Beamten*, 1878.

Nello stesso ordine d'idee di non ravvisare la qualità di commessi a tutti i funzionari dello Stato ma di distinguere commessi da organi e far rimontare la responsabilità nel primo caso indipendentemente dalla distinzione di gestione e impero è il GARBA, *Quest. di dir. civ.*, 1885, pag. 130 e seg. L'ORLANDO, *Princ. di dir. amm.*, 1891, pag. 367 distingue invece le funzioni giuridiche necessarie e funzioni sociali ammettendo la responsabilità per queste ultime soltanto. La giurisprudenza costante, fino a qualche anno fa, era nel senso della teoria distinguente la gestione dall'impero: e se ne possono vedere le citazioni in GIORGI, I, c., e in MORTARA, op. cit., vol. I, 3ª ediz., pag. 240 e seguenti.

(8) MSUCCI, *Ist. di dir. amm.*, pag. 320 e seg.; CHIRONI, op. cit., pag. 515 e seg., e *Colpa extra-contrattuale*, pag. 513 e seg.; MORTARA, I, c.; ROCCO, op. cit., in *Riv. pen. cit.*, pagina 143-162. La giurisprudenza più recente è in misura prevalente se non unanime in questo senso: cass. Roma, 23 febbraio 1897 (*Giur. ital.*, 1897, I, 1, 322), 27 marzo 1898 (*Temi ven.*, 1899, 65); cass. Firenze, 25 novembre 1898 (*Legge*, 1898, I, 340); app. Genova, 23 dicembre 1898 (*Giur. ital.*, 1899, I, 1, 166 in nota); app. Macerata, 5 ottobre 1899 (*ivi*, 1900, I, 2, 23); cass. Firenze, 16 gennaio 1902 (*ivi*, 1902, I, 1, 237); cass. Torino, 19 dicembre 1902 (*ivi*, 1903, I, 1, 196), eccezione fatta per i danni dati in seguito a opere pubbliche in ordine

Il vizio di un simile sortite si appalesa evidente a priori con una semplice osservazione: è pacifico che la responsabilità suppone l'*iniuria* e la colpa: se la colpa fosse già insita nella *iniuria* non vi sarebbe ragione di esigere questo doppio requisito (9). Indubbiamente la questione della colpa e massime della sua prova si presenta in modo diverso secondochè il fatto illecito consiste nel fare od omettere ciò che è espressamente proibito o comandato: oppure nel far male un fatto di per se lecito (10): nel primo caso si può presumere la colpa (*culpa in re ipsa*), nel secondo occorrerà farne la prova a chi la invoca: nel primo caso la omissione di diligenza consiste per lo più nell'aver male preveduto le conseguenze del fatto per erronea valutazione dei suoi antecedenti legali: nel secondo la omissione di diligenza consiste nell'aver esattamente valutato gli antecedenti ed erroneamente le circostanze concomitanti o susseguenti (n. 12, C): nel primo caso se si tratta di colpa dell'amministrazione potrà giudicarsi per lo più l'autorità giudiziaria, perchè si tratta di interpretare la legge e valutare i fatti spesso semplici, che ne sono i presupposti: nel secondo, caso notevolissima, spesso la valutazione della colpa sarà interdetta all'autorità giudiziaria perchè il determinare se è stato bene o male amministrato facendo un atto da per se lecito implica un giudizio su fatti complessi cioè di discrezionalità tecnica, escluso, secondo la giurisprudenza, dalla competenza giudiziaria (11).

Ma quando anche la illiceità dell'atto amministrativo consista nel fare cosa proibita o non fare cosa comandata e la violazione del diritto obbiettivo risulti così evidente, non per questo cessa dal distinguersi la colpa dall'*iniuria*, ammessi i principii che costituiscono il presupposto della teoria. In questo caso, innanzi tutto, sarebbe completamente sbagliato supporre sempre

ai quali segue invece la teoria della responsabilità direttiva o senza colpa. V. *infra* la nota 11.

(9) In proposito: CHIRONI, *Colpa contr.*, pag. 2 e seg., e *Colpa extra-contr.*, vol. I, pag. 100.

(10) La distinzione fra *nonfeasance* (omissione di atti obbligatori), *malfeasance* (commissione di atti vietati) e *misfeasance* (cattiva esecuzione di atti leciti) è fatta in modo particolarmente accurato nel diritto inglese: STEPHEN, *Commentaries on the laws of England*, XIII ed., 1899, vol. III, pag. 396. Presso di noi è embrionalmente contenuta in alcune distinzioni circa la prova della colpa (*culpa in re ipsa* o colpa da provarsi dall'attore) massime per riguardo della colpa extra-contrattuale. Vedasi CHIRONI, *Colpa contr.*, pag. 711 e seg., e *Colpa extra-contr.*, vol. II, pag. 422 e seg.; GIORGI, *Obbl.*, vol. II, pag. 44 e seg., vol. V, pag. 224 e seg.

(11) Nel valutare la colpa dell'amministrazione occorre surrogare al criterio del buon padre di famiglia quello del buon amministratore: di qui la conseguenza che spesso devono farsi apprezzamenti di discrezionalità tecnica (su questo concetto in generale vedansi le citazioni al n. 11, nota 7). Quindi si verifica spesso l'incompetenza giudiziaria.

La dichiarazione di incompetenza giudiziaria a fare valutazione di discrezionalità tecnica in tema di colpa, è molto chiaramente formulata nei motivi delle seguenti decisioni: cass. Roma, sez. un., 12 settembre 1895 (*Giur. ital.*, 1895, I, 1, 265); 9 marzo 1899 (*ivi*, 1899, I, 1, 556); 13 giugno e 25 giugno 1900 (*Legge*, II, 1, 400); 28 febbraio 1903 (*Giur. ital.*, 1903, I, 1, 269), le quali in tema di danni arrecati da opere pubbliche ricorrono alla teoria obbiettiva della responsabilità per causalità materiale.

(6) MANZELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, vol. I, pag. 19 e seg.; SAREDO, in *Legge*, 1882, II, 494.

l'esistenza di un errore di diritto: imperocché il più delle volte si tratta di una falsa applicazione della legge per erronea valutazione delle circostanze di fatto cioè di un errore di fatto: e l'errore di fatto dà luogo a colpa o la esclude secondochè è o non è scusabile (12). Se anche il fatto illecito procede da un errore di diritto (13) cioè da un errore sull'esistenza, contenuto o significato di una norma giuridica, non può asserirsi che in diritto nostro agli effetti civili esso dia sempre luogo a colpa, essendosi in materia rallentato il rigore che, non senza molte riserve, suole attribuirsi al diritto romano e potendosi distinguere un errore di diritto non scusabile e uno scusabile (14) epperò colposo o incolpevole (15).

Ciò premesso è evidente che il campo di applicazione delle azioni non fondate sulla responsabilità è in relazione a questa teoria molto ampio. Se le azioni in responsabilità si ammettono per i soli rapporti giuridico-privati, l'azione per l'equivalente pecuniario dell'adempimento specifico rimane la sola ancora possibile nel campo dei rapporti giuridico-pubblici (16), e nel campo del diritto privato ha la stessa estensione che nella ordinaria procedura fra privati.

Se l'azione in responsabilità si ammette senza distinzione, l'azione per l'equivalente pecuniario dell'adempimento specifico ancora possibile di obblighi così pubblici come privati, ha sempre campo di sperimentarsi quando non concorra coll'*iniuria* l'altro estremo della colpa, secondo le cose anzidette e i principii di diritto comune.

c. Recentemente si è fatta strada nella dottrina ed anche in parte nella giurisprudenza una teoria di responsabilità dello Stato del tutto obiettiva, cioè indipendente da colpa. E anch'essa ha assunto due forme.

Secondo una di queste forme la responsabilità obiettiva per fatto illecito sarebbe ricondotta come sottospecie in un'ampia categoria comprendente anche l'obbligo di indennità per fatto lecito implicante colli-

sione di diritti; obbligo di indennità, che, già noto al diritto privato (n. 12, D. 6), riceve una particolare estensione nel diritto pubblico per i numerosi sacrifici che la collettività è nel suo interesse costretta ad imporre agli individui (espropriazione, servizio pubblico, requisizioni, ecc.) (17). In entrambi i casi l'obbligo della indennità precede dal fatto dell'avverarsi di un sacrificio pecuniario *speciale* ossia disuguale a quello degli altri cittadini, imposto ad un cittadino, ed incombe allo Stato in ordine al principio che il rischio segue il profitto, in modo pertanto essenzialmente indipendente non solo dalla colpa ma anche dalla illegittimità del fatto. Ma se spesso la specialità del sacrificio emerge *ex re* pur essendo il sacrificio legittimo, altre volte la specialità del sacrificio procede dalla sua illegalità. Di qui la suddivisione fra obbligo di indennità per atto lecito od illecito. Tenuto conto però che ogni cittadino il quale subisce un sacrificio come individuo se ne avvantaggia come membro della collettività, ed elimina ogni idea di penalità dall'obbligo di risarcire, la somma allocata non ha bisogno di corrispondere alla totalità dei danni, ma può costituire compenso sufficiente se sia commisurata secondo il valore commerciale della cosa ritolta, del servizio imposto, ammessa per equità anche la compensazione coi vantaggi conseguiti (18). Questa teoria ha nel diritto nostro la base in alcune disposizioni testuali: però non ne è stata fatta ancora la completa analisi e dimostrazione positiva (19).

Di fronte a una tale teoria, che impropriamente si chiama di responsabilità, le azioni per ottenere la condanna nei danni all'equivalente pecuniario dello adempimento specifico ancora possibile non perderebbero del tutto la loro ragione d'essere. Infatti se la indennità è da commisurarsi non alla totalità dei danni, ma alla *aequatio rei* o simili, è evidente che ove l'adempimento specifico sia ancora possibile e si tratti di fatto illegittimo (20), l'azione non può essere

disciplinata da regole speciali che esulano dall'odierna trattazione.

(16) Salvo cioè l'esperimento di azioni dichiarative (n. 11, F).

(17) Per quest'obbligo di indennità nascente da fatti leciti dell'amministrazione la più completa costruzione giuridica in diritto nostro si ha nella notevole monografia dell'ORLANDO, *Saggio di una nuova teoria sul fondamento della responsabilità civile a proposito della responsabilità diretta dello Stato in Arch. di dir. pubbl.*, vol. III, pag. 356 e seg. In essa si rimonta alla "teoria dell'Unica dell'agire a proprio rischio (num. 12, nota 24). Cf. GIONCA, *Diritto delle pers. giur.*, vol. III, pag. 213 e seguenti.

(18) OTTO MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, pag. 357 e seg.; CAMMEO, *Comm.*, ecc., vol. I, pag. 207 e seg. Cf. la giurisprudenza sui danni dati da opere pubbliche citata di sopra alla nota 11, nonché sulla limitazione delle indennità: cass. Roma, sez. un., 20 marzo 1894 (*Giur. ital.*, 1894, I, 1, 1068); app. Venezia, 3 febbraio 1894 (*ivi*, 1894, I, 2, 120); cass. Roma, sez. un., 30 novembre 1899 (*ivi*, 1900, I, 1, 59); cass. Torino, 27 gennaio 1903 (*ivi*, 1903, I, 266).

(19) La costruzione che ne ho tentata nel citato *Commentario* è astratta e il riferimento al diritto nostro vi è posto per via di mera esemplificazione.

(20) Trattandosi di fatto legittimo non può agirsi per l'adempimento, ancorchè materialmente possibile per la *contradictio in adiecto* già rilevata al num. prec., D. 6.

diretta che ad esso, non essendovi motivo, data la teoria, per accordare compensi maggiori per la mora e simili transitoria conseguenze irreparabili.

L'altra forma della responsabilità obiettiva sarebbe quella per la quale ogni fatto illecito dei funzionari purchè riferibile all'amministrazione e perciò rispetto ad essa volontario, darebbe luogo a un pieno risarcimento dei danni per la semplice circostanza della sua illegittimità. Questa teoria sembra essere quella del ROMANO (21): dico sembra, perchè la brevità dei suoi cenni, imposta dalla natura dei due suoi scritti in cui ne tratta, non gli ha consentito un completo svolgimento e la indicazione delle eventuali limitazioni. È certo che data questa teoria l'esistenza di azioni esclusivamente miranti alla condanna pecuniaria equivale all'adempimento specifico, rimarrebbe sempre assorbita nella categoria più ampia di azioni in responsabilità obiettiva. Senonchè non sembra sicuro che questa responsabilità così ampia viga per l'amministrazione nostra senza eccezioni. Giacchè il ROMANO vi dà per base l'articolo 4 della legge sul cont. amm., il quale, a suo avviso, data la necessaria condanna pecuniaria cui conduce, non avrebbe altrimenti alcun significato (22). Ora tutto lo svolgimento di questo lavoro tende precisamente a dimostrare che l'art. 4 può aver riferimento a un'azione dichiarativa, e in ogni modo, nei riguardi di un'azione, per ottenere una condanna pecuniaria, può essere interpretato in guisa da distinguere una intera categoria di azioni del tutto indipendente da ogni responsabilità obiettiva o subbietiva. Laonde verrebbe meno il precipuo fondamento della teoria del ROMANO.

F. CAMMEO.

(Proprietà letteraria).

## BIBLIOGRAFIA GIURIDICA

Giuseppe La Cava, *Costruzioni sul suolo pubblico*. Milano, Società Editrice Libreria, 1903.

È un'ampia trattazione di importanti questioni in materia di costruzioni sul suolo pubblico. L'A. dopo di aver rilevato quale importanza abbia raggiunto oggi l'argomento, esamina anzitutto quelle fra le costruzioni che presentano il maggiore interesse, le rotaie delle linee tranviarie e le reti ferroviarie. Le prime non costituiscono un'unica entità giuridica colle strade su cui vengono costruite, le seconde invece hanno un corpo stradale proprio ed esclusivo.

È questione dibattitissima nella dottrina e nella giurisprudenza sia patria che straniera quella sulla natura del diritto spettante al concessionario della linea; l'A. fa un sintetico accenno alle varie e molteplici opinioni e sostiene con copia di argomentazioni che alle società concessionarie spetti un diritto di natura superficiliaria, garantito da azioni possessorie e suscettibile d'ipoteca.

Anche di natura superficiliaria è il diritto spettante ai privati sulle costruzioni da essi eseguite nelle piazze, nei giardini pubblici e nei cimiteri.

Riguardo al diritto di tenere i banchi in chiesa, l'A. distingue

(21) Op. cit., pag. 53 e seg. già citato al n. 2, nota 11, nonché in *Responsabilità dello Stato e riparazione alle vittime di errori giudiziari*, estratto dalla *Legge*, anno 1903, n. 14.

il caso in cui questi siano fissi sul suolo, o possano portarsi da un luogo all'altro; nel primo caso il diritto del concessionario è sempre quello di proprietà superficiliaria.

È con queste molte altre eleganti questioni trovano ampia trattazione nella dotta monografia del LA CAVA, la quale è un notevole saggio della sua cultura.

Cesare Gasca, *Trattato della compra-vendita*. Roma, Società Editrice Laziale, 1905.

In due grossi volumi di oltre mille pagine ciascuno, l'A. tratta della compra-vendita da un punto di vista essenzialmente pratico con particolare riguardo al movimento giurisprudenziale patrio ed alle molte, anche minute questioni che nella vita forense sono in qualche modo connesse all'istituto da lui principalmente studiato.

Basta dare una letta ai copiosi indici analitici che precedono i volumi per convincersi della molta accuratezza usata così nell'espone come nell'ordinare la complessa e vasta materia.

Certo uno dei meriti principali dell'autore è quello di una forma piana e facilmente accessibile anche a chi non sia profondamente versato nella terminologia e tecnica giuridica: la frequente esemplificazione e il continuo ricorso ai casi pratici, pressochè integralmente riassunti, ne costituiscono, direi quasi, un manuale forense, più che utile, necessario, a magistrati ed avvocati che nell'urgenza d'una decisione o d'un parere non possano far ricerche speciali nella dottrina e nella giurisprudenza.

Si può dire che ogni fattispecie vi è in qualche modo accennata, e le più comuni di esse vi sono così chiarite, che pure chi non sa di legge riesce a farsene una giusta idea ed a rintracciare, od almeno intuire, la ragione della soluzione che vi è data.

Anche le questioni di maggiore attualità e più discusse sono ricordate e risolte, se non con grande apparato di autori né critica di teorie, con buon senso pratico e bene spesso con giusto intuito giuridico, tenendo conto non solo delle norme del codice civile, ma ancora di quelle degli altri codici e leggi *extravagantes*, antiche e recenti anzi recentissime, come, ad esempio, di quelle relative al commercio d'oggetti d'arte (vol. I, n. 313-315, pag. 410-424).

Non già con ciò che tutte le opinioni espresse mi sembrano senz'altro accoglibili e che io ritenga adottabile o preferibile il metodo di trattazione seguito dal GASCA. Segue convinto di un indirizzo ben diverso, per quanto riconosca l'alta funzione sociale di chi sa colla chiarezza d'esposizione rendere accetta ai più, e, direi quasi, popolare, la scienza del diritto civile, ritengo non si possano trascurare le teoriche e dottrine di quei civilisti che speculando e penetrando gli istituti giuridici vi infondono novella vita e forza d'interpretazione e di adattamento al progresso e progressivo ambiente sociale.

Comprendo che è inutile cercare, anzi conviene rifuggire, da una facile mostra di erudizione farraginosa ed incomposta e studiare invece di dare ai nostri studi ed alle nostre ricerche un'impronta personale che riveli un'originale elucubrazione od una nuova interpretazione o ricostruzione dell'istituto studiato. Ma mi sembra si debba in una monografia di diritto civile tener conto di tutte le principali dottrine e dei più chiari autori che, pur senza intendimenti empirici, illustrano l'argomento studiato. Anche se ciò non servisse immediatamente al fine pratico dell'opera, cosa di cui pure dubito, servirebbe pur sempre a far conoscere l'immane lavoro della scienza odierna, e a far sparire il vietato pregiudizio che tra teoria e pratica vi sia dissidio od antinomia irriducibile.

(22) « Se essa (teoria della responsabilità obiettiva) non si accogliesse, l'azione dinanzi ai magistrati, che pure è sempre consentita per gli atti amministrativi, resterebbe priva di effetto ». Aut. e op. cit., pag. 54.