

ALDO M. SANDULLI

# SCRITTI GIURIDICI

III. DIRITTO AMMINISTRATIVO

1990



ALDO M. SANDULLI

# SCRITTI GIURIDICI

III. DIRITTO AMMINISTRATIVO

JOVENE EDITORE 1990

*Proprietà letteraria riservata*

© Copyright Casa editrice Jovene 1990 - Napoli

*Stampato in Italia*

*Printed in Italy*

---

Grafitalia - Cercola (Napoli)

## PIANO DELL'OPERA

### I DIRITTO COSTITUZIONALE

1. Fonti del diritto.
2. Organi costituzionali e di rilievo costituzionale.
3. Corte costituzionale e giustizia costituzionale.
4. Libertà d'informazione.

### II DIRITTO COSTITUZIONALE

5. Tematiche istituzionali.
6. Varie.

### III DIRITTO AMMINISTRATIVO

1. Atti amministrativi:
2. Obbligazioni e responsabilità della p.A.

### IV DIRITTO AMMINISTRATIVO

3. Beni.
4. Opere pubbliche.
5. Questioni di diritto tributario.
6. Varie.

### V DIRITTO AMMINISTRATIVO

7. Giustizia amministrativa:
  - a) problemi di giurisdizione;
  - b) ricorsi amministrativi e giudizi amministrativi

### VI DIRITTO URBANISTICO

1. Problemi generali
2. Strumenti urbanistici
3. Licenze e concessioni edilizie
4. Bellezze naturali e cose d'interesse artistico e storico
5. Espropriazione per p. u.
6. Varie



PRESENTAZIONE AGLI SCRITTI GIURIDICI  
DI A. M. SANDULLI

DAL 1940 AL 1984

La raccolta degli scritti minori di Aldo M. Sandulli, amorevolmente curata dalla consorte, Signora Susa e dai figli, offre al lettore una visione completa del pensiero dell'Autore attraverso le tappe più significative della sua evoluzione.

Nell'arco di quasi un cinquantennio Egli percorre itinerari di grande interesse che racchiudono, pur nella loro diversità, motivi di singolare continuità e di logica coerenza.

La raccolta si apre con gli scritti di diritto costituzionale a cui sono dedicati i primi due volumi.

Mette conto sottolineare che gli interessi costituzionalistici emergono ben presto nella riflessione di Sandulli; ne sono testimonianza i saggi dedicati alla "Legge. Forza di legge. Valore di legge" (1957), quello sul Presidente della Repubblica (1950) e soprattutto "Governo e Amministrazione" (1972) che rappresenta uno dei punti di massima saldatura tra diritto amministrativo e diritto costituzionale.

In questa ultima opera, infatti, che concerne la effettività ed i limiti della responsabilità ministeriale, viene affrontato il problema dell'imparzialità dell'amministrazione e viene, altresì, evidenziata l'esigenza che la pubblica amministrazione sia interamente subordinata all'imperio del diritto. In particolare il Sandulli propone che l'imparzialità sia assicurata con il trasferimento di molte competenze ministeriali ad organi collegiali rappresentativi di centri di interessi qualificati e di classi di esperti oppure ad organi burocratici con a capo funzionari direttamente responsabili o in posizione indipendente.

Il principio di imparzialità viene riproposto da Sandulli con grande sensibilità fino all'ultimo (si vedano i saggi contenuti nel volume II e dedicati alle tematiche istituzionali) come uno dei criteri fondamentali a cui deve ispirarsi la riforma della pubblica amministrazione in uno Stato di diritto. Così si tracciano le linee lungo le quali

devono muoversi le nuove istituzioni e si afferma principalmente che il rinnovamento non può riguardare solo l'amministrazione statale ed il suo vertice, il Governo, ma deve altresì coinvolgere tutte le istituzioni sociali, civili e politiche. Lungo questa strada si incontrano anzitutto i diritti dei cittadini. E quindi i temi della trasparenza, della rappresentatività, del consenso a cui è dedicata in particolare la prima parte del volume II.

Naturalmente il grande impegno di Aldo M. Sandulli per il diritto costituzionale si intensifica grazie alla sua attività di Giudice e di Presidente della Corte costituzionale di cui è illustre componente negli anni dal 1957 al 1969. Né va sottaciuto il suo impegno politico a favore delle istituzioni democratiche di cui, tuttavia, non mancava di denunciare lacune ed insufficienze. Una denuncia che lo porta ad impegnarsi per le riforme istituzionali di cui è lucido ed instancabile propugnatore.

Significativo in questo senso è l'ultimo intervento, quale V. Presidente della Commissione bicamerale per le riforme presieduta dall'on. Bozzi e dedicato ai problemi della società civile e principalmente al degrado della pubblica Amministrazione.

«Alla vigilia degli anni duemila, egli osserva, in un mondo che non ha più confini..., in una società nella quale il potere estende sempre più diffusamente la rete delle sue maglie ed è in condizione di insinuarsi in modo penetrante nella vita dei cittadini, il consenso rappresenta un'esigenza imperiosa per chiunque pretende di decidere per gli altri... Il fatto che partiti e sindacati possano operare senza verifiche e senza rendere conto alla società, conduce fatalmente alla perdita del consenso... e approfondiscono fatalmente il distacco tra società e potere».

L'ultima "ipotesi di lavoro", come Egli la chiama, riguarda il "Governo direttoriale" (1984), raccolta nel volume secondo dove si riafferma la necessità del "governo col consenso" attraverso un lucido e realistico riesame del rapporto tra cittadini e Stato.

Consenso, rappresentatività, diritti del cittadino: temi su cui Egli si appassiona con giovanile fervore, sempre presenti nella sua riflessione e riproposti, sia pure con diverse formulazioni, lungo il percorso di una vita che lo vede alto custode e illuminato sostenitore dello Stato di diritto.

FRANCESCO SAJA

*Presidente della Corte costituzionale*

*La presente raccolta riunisce gli scritti non monografici di Aldo M. Sandulli. Si è a tal fine proceduto ad una divisione sistematica dei contributi secondo la materia trattata (diritto costituzionale: Vol. I e II; diritto amministrativo: Vol. III, IV e V; diritto urbanistico: Vol. VI) e all'interno della stessa, per grandi temi. Nell'ambito di quest'ultima suddivisione, è stato osservato il criterio cronologico.*

*In molti casi, l'inserimento degli scritti nelle diverse sezioni è stato reso problematico per un verso dal carattere pluridisciplinare di alcuni di essi e per l'altro verso dal contenuto estremamente specifico di altri (soprattutto tra quelli di diritto amministrativo).*

*Ad alcuni temi — trattati dall'A. in un maggior numero di scritti — si è preferito dedicare autonome sezioni (quali ad esempio la Corte costituzionale, la libertà d'informazione, la responsabilità della p.A.).*

*Nell'ambito del VI volume sono stati inseriti, secondo lo stesso criterio, tutti gli scritti relativi alla materia urbanistica, ivi compresi quelli inerenti a profili di diritto costituzionale fatta peraltro eccezione per i contributi relativi al regime costituzionale della proprietà e del paesaggio in generale.*

*Per garantire la massima fedeltà agli originali, è stato prescelto il sistema della 'fotoriproduzione' dai testi relativi, privilegiando, nel caso di pluralità di fonti di pubblicazione, quella tipograficamente più chiara. In quest'ultimo caso si sono peraltro comunque indicate tutte le fonti di pubblicazione.*

*Per le note a sentenza, al fine di favorire la migliore comprensione del testo, sono state altresì riportate le massime della decisione alle quali lo scritto si riferisce.*

*Hanno curato la raccolta la moglie Susa ed i figli Nicola, Maria Alessandra e Andrea unitamente al Prof. Salvatore Bellomia.*



Nato a Napoli il 22 novembre 1915 ed ivi laureatosi in Giurisprudenza nel 1937, fu professore incaricato di diritto amministrativo nell'Università di Urbino dal 1939 al 1942, anno in cui, dopo aver conseguito la libera docenza (aprile) vinse (nel mese di ottobre) la cattedra di diritto amministrativo, classificandosi, con votazione unanime, primo della terna. Fu titolare delle cattedre di diritto amministrativo a Trieste (1942-1949) e di dottrina dello Stato a Napoli (1949-1957): un'intensa attività accademica nella quale fu inserito un lungo periodo di servizio alle armi: combattente dal 1940 al 1943 e poi prigioniero in Russia dal 1943 al 1946. Nel 1952 pubblicò, con i tipi della Jovene, la Iª edizione del Manuale di diritto amministrativo, che resta la sua opera fondamentale. Dal 1954 al 1957 fu Giudice dell'Alta Corte per la Regione Siciliana e nel 1957 fu nominato Giudice della Corte costituzionale, della quale fu eletto Presidente nel gennaio 1968. Alla scadenza del mandato, nel 1969, fu chiamato alla cattedra di diritto costituzionale della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma. Medaglia d'argento al valor militare e medaglia d'oro della pubblica istruzione, è stato Presidente della RAI, membro dell'Accademia dei Lincei e del Consiglio nazionale universitario, nonché Presidente del Comitato per le scienze giuridiche: del Consiglio Nazionale delle Ricerche.

Nel giugno 1983 fu eletto Senatore della Repubblica.

Fu fondatore di due importanti riviste giuridiche: la "Rivista giuridica dell'edilizia" e "Diritto e Società", riviste che ha diretto fino al momento della sua scomparsa, così come contribuì attivamente fino all'ultimo alla direzione della "Giurisprudenza italiana" e della "Enciclopedia giuridica". Fu assiduo collaboratore di molti giornali, primi fra tutti, il "Corriere della Sera" e "Il Tempo".

A fianco dell'attività scientifica ed universitaria, svolse con rigore e scrupolo esemplari una prestigiosa professione forense.

#### OPERE MONOGRAFICHE

*Manuale di diritto amministrativo*, Iª ed. Napoli 1952 - XVª ed. Napoli 1989.

*Il procedimento amministrativo*, Milano 1940.

*Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli 1964.

*Il giudizio sulle leggi*, Milano 1967.

*L'attività normativa della pubblica Amministrazione*, Napoli 1970.



## INDICE SOMMARIO

<i>Piano dell'opera</i> .....	pag.	III
<i>Presentazione</i> (FRANCESCO SAJA) .....	»	VII
<i>Nota</i> .....	»	IX
<i>Biografia dell'Autore</i> .....	»	XI
<i>1. Atti amministrativi</i>		
Considerazioni sul concetto di invalidità degli atti giuridici .....	»	3
Spunti di diritto amministrativo in materia di diserzione militare .....	»	15
Atto politico ed eccesso di potere .....	»	25
Interferenze tra incompetenza ed eccesso di potere .....	»	35
Un provvedimento amministrativo ultrasecolare in materia di usi civici .....	»	45
Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi .....	»	55
In tema di provvedimenti ministeriali su delibera del Consiglio dei Ministri .....	»	93
I limiti di esistenza dell'atto amministrativo .....	»	101
In tema di investitura illegittima dell'autorità e di incompetenza .....	»	141
Sulla ammissibilità di requisizione a opera di comuni .....	»	145
Spunti in materia di revocabilità di atti preparatori .....	»	153
Sull'autorità competente a dichiarare l'inefficacia delle requisizioni disposte dagli organi della repubblica sociale preesistenti alla instaurazione del governo illegittimo .....	»	169

Sull'autorità competente a conoscere della legittimità dei provvedimenti di ablazione dei comitati nazionali di liberazione	pag. 177
In tema di forma degli atti amministrativi e di competenza a giudicare degli atti posti in essere in forma diversa da quella prescritta	» 181
Spunti sul regime dei contratti di diritto privato della pubblica Amministrazione	» 189
Appunti sull'atto amministrativo collettivo nel quadro dell'aspetto quantitativo degli atti giuridici	» 201
Abilitazioni. Autorizzazioni. Licenze	» 233
Considerazioni sul servizio di distribuzione automatica di carburanti	» 247
Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi	» 251
Precisazioni in tema di mancanza di potere ed inesistenza dell'atto amministrativo	» 273
Documento (Diritto Amministrativo)	» 285
Note sul potere amministrativo di coazione	» 303
Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della pubblica Amministrazione	» 347
Procedimento amministrativo	» 359
La problematica dei controlli	» 377
Sul regime attuale del silenzio-inadempimento della pubblica Amministrazione	» 387

## 2. *Obbligazioni e responsabilità della pubblica Amministrazione*

Fatti dannosi della repubblica sociale e responsabilità dello Stato italiano	» 417
Responsabilità aquiliana dello Stato per fatti compiuti dalla repubblica sociale italiana nell'esercizio dell'ordinaria amministrazione	» 435
Responsabilità aquiliana degli enti pubblici per atti compiuti sotto il governo della repubblica sociale italiana	» 441

Danni di guerra per atti di repressione antipatriottica della repubblica sociale .....	pag. 445
Spunti in tema di indennizzo per atti legittimi della pubblica Amministrazione .....	» 457
Questioni in tema di risarcimento di danni di guerra .....	» 467
Sulla responsabilità della pubblica Amministrazione in regime di occupazione militare .....	» 475
Obblighi dello Stato e obblighi dell'assicuratore in materia di danni di guerra .....	» 485
Sulla competenza a giudicare del mancato riconoscimento da parte dei comuni delle obbligazioni contratte sotto il regime repubblicano fascista .....	» 511
Questioni in tema di responsabilità della pubblica Amministrazione per reati colposi dei propri agenti .....	» 523
In tema di responsabilità per tosatura di donna presunta fascista .....	» 529
In tema di trasferimento allo Stato italiano di obblighi patrimoniali della repubblica sociale italiana .....	» 533
In tema di vigili del fuoco e di responsabilità dell'Amministrazione statale per incidenti in servizio .....	» 539
In tema di responsabilità dello Stato italiano per fatti dannosi ai propri dipendenti al servizio delle truppe alleate .....	» 547
In tema della responsabilità dell'Amministrazione per omessa partecipazione ai candidati della loro ammissione a concorso .....	» 553
La posizione dei creditori pecuniari dello Stato .....	» 557
Osservazioni in tema di rifiuto di pareri sugli onorari da parte di ordini professionali .....	» 581
Brevi osservazioni in tema di pretese private all'esercizio delle funzioni pubbliche .....	» 587
Lesione di interessi legittimi e obbligazione risarcitoria della pubblica Amministrazione .....	» 591
Sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi .....	» 613
La responsabilità per lesione di interessi legittimi .....	» 621



## 1. ATTI AMMINISTRATIVI



## Considerazioni sul concetto di invalidità degli atti giuridici

Publicato in

*Stato e Diritto*

Roma, 1941, pp. 403-412



1. E' pacifico nella dottrina il principio che quello dell'invalidità è un concetto caratteristico, che si addice esclusivamente agli atti giuridici (1). Foggiato appunto in relazione a questi, e in relazione a essi impiegato fin dai giuristi romani, giustamente tale concetto, dopo la formulazione, dovuta alla dogmatica moderna, della più ampia categoria dei *fatti giuridici*, e dopo l'inquadramento in seno a questa della specie *atti giuridici*, non è stato esteso a tutti quelli tra i *fatti giuridici*, i quali non potessero venir qualificati come *atti*, e cioè ai così detti *meri fatti giuridici* o *fatti giuridici in senso stretto* (2).

Indubbiamente l'applicabilità a una sola, e non all'altra, di una nozione tanto fondamentale, acquisita ormai da millenni alla dogmatica giuridica, vale a esprimere, al meno in uno dei suoi aspetti, in modo particolarmente evidente, il netto distacco che esiste tra la categoria degli atti e quella dei meri fatti giuridici. Non pare a dubitare che qui ci si trovi a contatto di una delle più caratteristiche espressioni della distinzione tra esse. Comunque è molto evidente che il lato che qui viene in rilievo attiene al momento essenziale di tale distinzione.

Le presenti brevi note si propongono di scendere a esaminare — sia pure sommariamente —, in seno al quadro della teoria generale dei fatti giuridici, il vero significato e la ragion d'essere del concetto d'invalidità, e sopra tutto la

---

(1) Cfr., per tutti, COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, 4. ed., Milano, 1929, p. 328; BETTI, *Diritto romano*, Padova, I, 1935, p. 321; CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, II, 1938, p. 488; e più diffusamente CODACCI-PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, p. 14 sgg.

(2) Sulla distinzione tra atto e fatto giuridico, v. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, p. 127 sg., e ivi richiami. Sia qui avvertito una volta per sempre — sopra tutto in relazione agli spunti che verranno svolti *infra*, sub n. 5 — che i così detti atti illeciti (al meno sotto il loro aspetto di illecito) vanno compresi nella categoria dei meri fatti, e non in quella degli atti giuridici. In fatti, il diritto, nel collegare a essi certe conseguenze giuridiche, non fa alcun conto dell'orientamento della volontà dell'agente a loro riguardo.

giustificazione della sua applicabilità alla sola categoria degli atti.

Si tratta di una indagine in una direzione, nella quale mancano precedenti (3): forse anche perchè, essendo, in tutti i suoi aspetti, la teoria degli atti giuridici già profondamente elaborata allorchè per la prima volta ci si dedicò alla costruzione di una teoria generale dei fatti giuridici, non è stato avvertito il bisogno di risalire a giustificare anche alla stregua di tale teoria generale un aspetto che è sempre stato riconosciuto come proprio e caratteristico della categoria degli atti giuridici.

Occorre per altro riconoscere che le osservazioni, che potranno venir formulate, non possono avere se non un valore meramente teorico. Tuttavia esse non sarebbero egualmente vane, qualora dovessero soltanto riuscire a gettare un raggio di chiarificazione in ordine a qualche aspetto della distinzione tra atti e meri fatti giuridici, rimasto fin ora in ombra, e a illuminare qualche aspetto peculiare — o forse addirittura anomalo —, che, in seno alla teoria generale dei fatti giuridici, presenta la parte relativa agli atti giuridici.

## 2. Avviciniamoci al problema.

Chi sia addentro all'osservazione obbiettiva del fenomeno giuridico conosce come la mancata corrispondenza di un mero fatto giuridico a certi dati modelli o schemi, fissati dal diritto, faccia sì che l'ordinamento qualifichi giuridicamente quel fatto in modo diverso da quello in cui lo avrebbe qualificato qualora avesse effettivamente corrisposto a tali schemi, e a esso colleghi il trattamento e le conseguenze proprie del fatto realmente venuto in vita. Sul terreno dei meri fatti, cioè, può dirsi che ciascun fatto assuma una qualifica giuridica differente a seconda del modo nel quale si sia realizzato.

Non proprio così può dirsi che accada invece sul terreno degli atti giuridici. Chi consideri il fenomeno non potrà a meno di riconoscere come la mancata corrispondenza di un atto agli schemi, ai quali, nel porlo in essere, l'agente si volle ispirare, lungi dal farlo considerare come un atto di-

(3) V. tuttavia gli svolgimenti del CODACCI-PISANELLI, *L'annullamento*, cit. p. 14 sg.

verso, non vale — naturalmente entro certi limiti e sotto certi aspetti (4) —, se non a farlo considerare come invalido. L'ordinamento considera cioè tale atto come quel medesimo che l'agente aveva avuto di mira: con l'unica particolarità, però, che, a causa del suo vizio — vale a dire, a causa della sua non perfetta rispondenza agli schemi fissato dal diritto —, lo qualifica come invalido (5).

Chi esamini da un punto di vista obiettivo, con sguardo d'insieme, l'intero quadro generale dei fatti giuridici — comprensivo degli atti e dei meri fatti —, non potrà non restare colpito da una anomalia di tal genere.

Come è noto, l'ordinamento del diritto, nel suo regolamento sovrano, eleva uno o più fatti giuridici, nella loro particolare essenza — specialmente individuata dall'essersi essi realizzati nel concorso di certe determinate circostanze di tempo, di luogo e di concomitanza —, a momento decisivo, determinante, per il nascere di un certo effetto giuridico. Tutte le volte che, per una qualsiasi ragione, sia mancata la presenza del fatto o di uno dei fatti previsti dall'ordinamento, o il concorso di una delle circostanze ritenute dall'ordinamento necessarie, non può quindi considerarsi realizzata quella specifica fattispecie, alla quale il diritto intese collegato l'effetto giuridico previsto per l'ipotesi particolare. Nessuno potrà, in fatti, dubitare che, in un'ipotesi di tal genere, si venga a contatto di una fattispecie diversa: più o meno diversa, ma a ogni modo diversa (6).

Ora, di fronte a un sistema di tal genere, non può non colpire seriamente il fenomeno, indubbiamente anomalo,

(4) E' noto come, oltre certi limiti, la deviazione dell'atto giuridico dagli schemi previsti dal sistema positivo faccia sì che esso non possa venir considerato esistente, o al meno che non possa venir considerato esistente come atto di quel determinato tipo, che caratterizza gli atti che si siano attenuti allo schema al quale esso avrebbe dovuto ispirarsi. Su di che, v. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., p. 314 sgg.; *In materia di limiti della giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, nella « Riv. di dir. proc. civ. », 1941, II, p. 43 sgg.; *Osservazioni sulla sindacabilità giurisdizionale dei provvedimenti sottratti a ogni gravame emessi da autorità incompetente*, nel « Foro it. », 1941, III, c. 137 sgg.; e, in tali lavori, ulteriori richiami.

(5) Sulla disparità, qui prospettata, del profilo sotto cui dal sistema giuridico vengono considerati i meri fatti e gli atti giuridici, cfr., in un certo senso, con raffronto limitato agli atti leciti e a quelli illeciti, CARNELUTTI, *Sistema*, cit., II, p. 486 sgg.

(6) Sul fenomeno, in generale, cfr. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., p. 2 sgg., 41 sgg..

che una certa fattispecie — un dato atto giuridico — venga ad assumere, di fronte al diritto, la medesima qualifica, tanto nella ipotesi che si sia realizzata in modo conforme agli schemi (e cioè validamente), quanto nell'ipotesi che si sia realizzata in modo dagli schemi difforme.

L'anomalia può trovare la sua adeguata spiegazione soltanto quando, in seno alla teoria generale dei fatti giuridici, si riesca a inquadrare al suo debito posto — individuato dalla funzione che a essa da millenni la dottrina si è abituata a riconoscere — la categoria degli atti.

3. Gli atti giuridici — come è noto — sono quei fatti posti in essere dall'uomo volontariamente, e per la cui qualificazione giuridica il diritto fa assurgere la volontarietà a elemento di essenziale rilievo. Essi assumono, in seno alla categoria dei fatti giuridici, particolare importanza, perchè l'ordinamento li fa oggetto di specifica considerazione e di trattamento proprio, sia per ciò che riguarda il modo del loro venire in essere, sia per ciò che riguarda il sorgere dei loro effetti.

Il diritto è un sistema rivolto alla coordinazione sociale (7). Suo scopo essenziale è quello di dare una disciplina vitale ai rapporti tra gli uomini, e per ciò di coordinare armonicamente, in vista della soddisfazione dei loro bisogni, i voleri di essi. E quindi è ben logico che l'azione dell'uomo, espressione immediata del suo volere, venga, nelle sue manifestazioni, fatta oggetto di particolare considerazione da parte del diritto. Ed è ben logico che questo, mentre, da una parte, si preoccupa in sommo grado di impedire, con ogni mezzo a sua disposizione, a coloro che sono soggetti al suo ordinamento, la realizzazione di quei fini che esso stesso ha bollati del marchio dell'illiceità, curi dall'altra di garantire loro la possibilità e i mezzi di realizzare quei fini, il cui conseguimento, nell'ambiente sociale, esso considera lecito (8).

Ora, la circostanza stessa che la volontà dell'uomo venga, in seno alla categoria degli atti giuridici, assunta a ele-

(7) Cfr. THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Weimar, 1878, p. 3 segg.

(8) Sulla classica distinzione tra *rechtliches Dürfen* e *rechtliches Können*, v. G. JELLINEK, *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, 1892, p. 44 segg.

mento di qualificazione, e cioè a elemento di rilevanza decisiva per ciò che riguarda l'essenza del fatto, e la conseguente ripercussione di tale circostanza sul nascimento degli effetti, determinano sul nostro terreno — in stretta coerenza con l'essenza fundamentalmente antropocentrica dell'intelletto umano — una caratteristica variazione di visuale nella considerazione della realtà del fenomeno, quale esso nella sua obbiettiva essenza (quella dalla quale siamo partiti, e in funzione della quale vengono svolte le attuali considerazioni) si presenta.

4. Occorre qui prender le mosse dal rilievo che l'ordinamento del diritto, nel determinare quale sia la sfera entro la quale ciascun soggetto possa liberamente tendere alla soddisfazione dei propri intenti, specifica, di massima, esso stesso — o, al meno, li presume e li sottintende — i mezzi che gli interessati debbano o possano impiegare pel conseguimento dei propri fini (9). Tali mezzi sono appunto costituiti dalle singole specie di atti giuridici (10).

Gli atti, in seno all'ampia categoria dei fatti giuridici, presentano, come insita nella loro natura, la caratteristica peculiare di far risentire sul sorgere dell'effetto, in modo profondamente rilevante — e non importa se più o meno immediatamente da caso a caso (11) — i riflessi del volere di chi li pone in essere. E, data la loro essenza e la loro funzione, è ben naturale che, più spesso e più espressamente che sotto il loro aspetto di fatti giuridici o di sottospecie di questi — e, anzi, prima che sotto tale aspetto (si ricordi che la teoria dell'atto è molto più antica di quella del fatto giuridico) — siano stati considerati sotto l'aspetto di mezzi po-

(9) Cfr. THON, *Rechtsnorm*, cit., p. 12, il quale configura il negozio giuridico appunto come un mezzo rivolto alla produzione di certe conseguenze giuridiche.

(10) « La massima parte degli atti giuridici — osserva il CESARINI-SFORZA, *Lezioni di teoria generale del diritto*, I, 2. ed., Padova, 1930, p. 63 — si modella sulle formole predisposte dalla legislazione dello Stato, formole che sembrano esaurire tutte le possibilità di creazione giuridica ». E il fenomeno appare accentuato nel diritto amministrativo, dove vigono i principi della nominatività e della tipicità degli atti dell'autorità. Cfr. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, I, 2. ed., 1939, p. 278; M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, p. 267, 276; LUCIFREDI, *Spunti costruttivi per una teoria del contenuto degli atti amministrativi*, negli *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, II, 1940, p. 85. Presso quest'ultimo, v. anche, in nota 1 a p. 85 sg., ampi richiami bibliografici.

(11) Appunto in ciò trova la sua base la distinzione tra atti negoziali e meri atti. Su di essa, v. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., nota 17 a p. 209 sgg.

sti dall'ordinamento a disposizione dei soggetti, in ordine al conseguimento dei loro scopi. Essi cioè, anzi che sotto l'angolo visuale della loro obbiettiva essenza di fatti rilevanti per il diritto, sono stati più facilmente, e prima, presi in considerazione *sub specie* del loro impiego, del loro valore e della loro razionale utilizzazione in vista dei fini in ordine ai quali era possibile avvalersene.

5. Da ciò la conseguenza che, quando si è poi trattato di determinare la relazione esistente tra i singoli fatti realizzatisi nella realtà obbiettiva e i singoli effetti venuti in essere nel mondo del diritto, nello studio di tale relazione, sul terreno degli atti giuridici leciti, il pratico e lo stesso teorico sono stati portati a porsi, per ciò che riguarda il punto che, in relazione allo scopo di questi brevi appunti, preme fissare, in atteggiamento particolare.

In tutti quei casi, in cui dei fatti fossero stati posti in essere dall'uomo al fine di certi risultati riconosciuti e protetti dal diritto, quando tali fatti non rispondessero alle esigenze giuridiche in vista di tali risultati disposte dall'ordinamento, sia il pratico che il teorico, trascinati dalla *formamentis* che in relazione a essi erano venuti ad assumere, anzi che volgersi immediatamente anche stavolta a determinare obbiettivamente quale fosse la fattispecie realmente venuta in essere, e quali effetti specifici venissero ora a collegarsi a essa — e cioè quale fosse anche qui la relazione tra la fattispecie realmente realizzatasi e l'effetto giuridico realmente venuto in essere —, si sono piuttosto limitati a considerare il fenomeno unicamente al fine di cercare di determinare se esso fosse o meno idoneo al conseguimento del risultato che si era avuto di mira (12). Quindi, fissati gli schemi dei fatti volontari necessari al conseguimento di certi specifici risultati, tutte le volte che dei fatti aventi lo stesso intento non si fossero realizzati nell'essenza, nei modi e nelle circostanze determinati dall'ordinamento in vista di tali risultati — e cioè tutte le volte che si fossero realizzati in modo di-

(12) Cade opportuno qui ricordare quel passo dove il THON, *Rechtsnorm*, cit., p. 351, osserva che « non si potrà mai venire a capo della distinzione tra delitto e negozio giuridico, fin quando si cerchi di determinare il primo dal punto di vista dell'ordinamento, e il secondo dal punto di vista dell'agente », ponendo poi in luce come occorra piuttosto considerare entrambi dal punto di vista dell'ordinamento (p. 356).

verso, vale a dire come fatti ormai giuridicamente differenti da quelli voluti dallo schema legislativo —, anzi che prendere il fenomeno in considerazione nella sua obbiettiva e concreta realtà di fattispecie diversa, onde considerare gli effetti a essa ora propri — come si suol fare in relazione a tutti gli altri casi (basti pensare semplicemente all'ipotesi di una qualsiasi azione illecita) —, i giuristi pratici e teorici, e lo stesso legislatore, si sono sentiti portati a inquadrare ancora la fattispecie in questione in seno agli schemi propri di quella fattispecie, dalla quale propriamente l'ordinamento fa discendere gli effetti che essa tendeva a conseguire.

Il codice penale considera, a es., come fattispecie diverse, per farne nascere degli effetti tra loro profondamente differenti, lo stesso fatto dell'omicidio, a seconda che sia stato commesso volontariamente (art. 575), preterintenzionalmente (art. 584), o colposamente (art. 589), e tratta in modo profondamente diverso l'omicidio volontario commesso in persona dello stesso soggetto passivo, a seconda che venga posto in essere con premeditazione o non (art. 575 e 577, n. 3; 577, n. 1 e 576, n. 1), e lo stesso omicidio volontario, semplice e premeditato, a seconda che sia commesso in persona di un *quidam* qualsiasi (art. 575; 577, n. 3) o in persona dell'ascendente o del discendente (art. 577, n. 1; 576, n. 2), e a seconda che sia o non concorsa la circostanza dell'errore (art. 47). La fattispecie di un negozio giuridico, non rispondente, p. es., a causa di errore, di violenza o di dolo, agli schemi fissati dal legislatore per la sua completa corrispondenza alle esigenze giuridiche richieste per la sua perfetta e inderogabile idoneità al raggiungimento degli scopi con essa avuti di mira, non suole invece venir affatto considerata, sia nella sua essenza, sia nel suo nome, sia nei suoi effetti, come una fattispecie differente da quella del medesimo negozio immune da vizi, se non nella sua suscettibilità di venire invalidata da chi vi abbia interesse. In relazione a essa si dice per ciò che si è a contatto proprio di quel negozio che si è avuto di mira: e ci si limita a far rilevare che si tratta stavolta di un negozio, il quale, causa la sua viziosità, è suscettibile di venir caducato della sua forza operativa. Di guisa che, invece che sulla sua vera essenza attuale, sull'entità delle conseguenze giuridiche, che a essa, nella sua concreta

obbiettiva realtà presente, devono ora collegarsi, e sul carattere di tale collegamento (come appunto avviene nell'ipotesi, dianzi prospettata, di un'azione illecita), l'accentuazione si lascia qui piuttosto cadere sulla circostanza della giuridica inidoneità della fattispecie alla legittima produzione di quegli effetti, che avrebbe dovuto generare qualora si fosse uniformata agli schemi per essa fissati dal legislatore. E così, invece che considerare la fattispecie venuta in essere come una fattispecie diversa da quella che avrebbe dovuto realizzarsi, si è stati portati a considerarla piuttosto proprio come quella medesima fattispecie; e ci si è semplicemente limitati a qualificarla come viziata, e per ciò giuridicamente non idonea al perseguimento dei fini cui tendeva.

6. Risulta insito nello sviluppo logico delle considerazioni fin qui svolte — e si giunge così alla conclusione — come un fenomeno del genere di quello che qui viene in questione possa presentarsi unicamente nel campo degli atti giuridici.

E' solo su questo terreno, in fatti, che possono venire in considerazione dei fatti, nei quali la volontà dell'uomo assurge, nei confronti dell'effetto giuridico, a un qualche più o meno intenso rilievo, lasciando comunque sentire su di esso una più o meno diretta ripercussione. Nel campo dei meri fatti giuridici — è questa la caratteristica peculiare della loro essenza — la volontà non assurge invece per il diritto ad alcun rilievo. E quindi risulta facilmente spiegabile come solo sul terreno degli atti possa sorgere un problema della idoneità o meno di certi fatti giuridici al conseguimento degli effetti, che, col porli in essere, si erano avuti di mira.

Appunto e solo per ciò, unicamente in relazione agli atti, e non anche in relazione ai meri fatti, si può dunque porre un problema di invalidità. Come è noto, sotto il concetto di validità si vuole precisamente intendere l'idoneità di una azione al conseguimento dei fini cui si dirigeva (13). E, come si è visto, soltanto gli atti — e non i meri fatti — sono giuridicamente suscettibili di avere dei fini propri — sia

(13) Cfr. COVIELLO, *Manuale*, cit., p. 331; BETTI, *Diritto romano*, cit., I, pagina 321; CARNELUTTI, *Sistema*, cit., II, p. 488.

pure obbiettivi (14) —, come tali riconosciuti e considerati dal diritto.

7. Giunti alla conclusione, si impone ora una essenziale precisazione.

Presso i meri atti, a differenza che presso gli atti negoziali, il diritto non attribuisce, veramente, alcuna rilevanza, nei confronti dell'effetto giuridico, allo specifico contenuto della volontà dell'agente, e quindi al fine specifico da lui propostosi. Ciò non toglie tuttavia che anche presso di essi — trattandosi di atti i quali, per determinazione giuridica, devono venir posti in essere volontariamente, e dato che la volontà umana agisce sempre sotto l'impulso del fine — debba per necessità logica riconoscersi la finalistica tendenza dell'agente al conseguimento di un certo risultato, il quale viene necessariamente considerato dall'ordinamento.

Stavolta certo non può venire in alcun rilievo lo specifico contenuto della volontà dell'agente: poichè a questo, qui, a differenza che presso gli atti negoziali, il diritto non attribuisce alcun valore. Ma non potrà, a ogni modo, escludersi il rilievo che qui assume il tendere dell'agente alla realizzazione del fine generico proprio della categoria di atti che nell'ipotesi singola viene in considerazione. Dovendo l'atto esser posto in essere, per necessità giuridica, volontariamente, è naturale che per ciò l'agente dovrà necessariamente, quanto meno — altrimenti dovrebbe addirittura negarsi ogni differenza tra gli atti non negoziali e i meri fatti giuridici —, tendere con la sua emissione espressamente al conseguimento del risultato generico proprio della categoria cui l'atto appartiene (15).

E' proprio questa dunque la meta, che qui l'ordinamento intende non venga raggiunta dall'atto difforme dalle regole da esso fissate. Ed è per ciò appunto che un problema della invalidità si pone, non solo nei confronti degli atti negoziali

(14) Ciò avviene per i meri atti. V. n. seg.

(15) E' appunto in tal senso che va interpretata la formula secondo la quale, mentre gli atti negoziali sono caratterizzati dal valore che il diritto in essi riconosce al contenuto della volontà, nei meri atti il diritto esige il solo carattere della volontarietà.

— come potrebbe erroneamente volersi ricavare dalla circostanza che solo presso questi l'ordinamento attribuisce rilievo al fine e al volere specifico dell'agente —, ma nei confronti dell'intera categoria degli atti giuridici (16).

---

(16) A questo proposito, si vedano anche le acute considerazioni — per certo verso analoghe — del BONDA, *La nozione di « causa giuridica » della manifestazione di volontà in diritto amministrativo*, Torino, 1933, p. 64 sg., relative all'ammissibilità di concepire una causa anche per gli atti non negoziali.

## Spunti di diritto amministrativo in materia di diserzione militare\*

Pubblicato in

*Il Foro Italiano*

Bologna, 1942, II, col. 171-176

\* *Nota* a Tribunale Supremo militare di guerra 13 gennaio 1942, *ibid.*, col. 171;  
le massime sono riportate alla pagina seguente

TRIBUNALE SUPREMO MILITARE DI GUERRA: 13 GENNAIO 1942; PRES. VILLA SANTA, EST. BITETTI, P. M. TRAINA (CONCL. CONF.); RIC. ALDOVIERI (AVV.TI MANASSERO, FERRERO).

*Agli effetti del reato di allontanamento illecito e di diserzione, ipotizzati dagli artt. 147 e 148 cod. pen. mil. di pace, sussistono i reati stessi quando il militare abbia dolosamente ottenuto un'autorizzazione illecita di allontanarsi dal corpo.*

*Con la formula «senza autorizzazione» il legislatore ha inteso riferirsi all'autorizzazione legale e non alle concessioni sostanzialmente illecite ed ottenute con la consapevolezza dell'illiceità.*

L'impostazione, che l'orientamento giurisprudenziale del Tribunale militare supremo — di cui la decisione che si annota costituisce la più recente espressione (1) — dà alla questione in esame, involge un notevole problema di diritto amministrativo. Senza per ciò uscire dall'ambito degli studi più familiari a chi scrive, le modeste osservazioni che seguono vogliono essere appunto tenute entro i limiti del lato amministrativistico della questione. Tale lato, del resto, è forse, in argomento, proprio il più decisivo: a ogni modo, esso è certo quello, senza una corretta impostazione del quale non sarebbe facile pervenire alla soluzione esatta della delicata questione.

Come è noto, il reato di diserzione si concreta allorchè un militare rimanga *arbitrariamente* lontano dal proprio corpo per un certo periodo di tempo, espressamente previsto dalla legge nelle singole fattispecie da essa ipotizzate (2). Elemento decisivo per la sussistenza del reato è dunque l'arbitrarietà dell'assenza. L'ipotesi criminosa non può venire per ciò formulata, tutte le volte che l'assenza sia *legale* — per es., in caso di trasferimento, di ricovero in ospedale, di viaggio per servizio, di licenza, di congedo —, vale a dire, tutte le volte che essa trovi il suo fondamento in un *legittimo titolo* — p. es., rispettivamente: ruolino di trasferimento, biglietto di entrata in ospedale, foglio di viaggio, foglio di licenza, foglio di congedo —.

Naturalmente, però, la sussistenza di un titolo legittimo è condizione essenziale e imprescindibile perchè l'ipotesi criminosa non ricorra nei casi ora enunciati. Il reato non potrebbe, in fatti, venir negato, non solo quando un qualsiasi titolo materialmente mancasse, ma anche qualora, negli stessi casi cui si è fatto cenno, pur sussistendo materialmente, esso fosse a considerare giuridicamente inesistente come tale. Così, p. es., certamente non costituirebbero titolo legittimo, un foglio di viaggio o un foglio di licenza falsificati da un militare, il quale fosse in possesso di uno degli appositi stampati, timbrato, compilato e firmato abusivamente.

---

(1) V., a es., nello stesso senso, Trib. mil. supr., 11 dicembre 1937, nel *Massimario delle sentenze del Trib. Supr. Mil.*, 1930-40, Roma, 1941, pag. 54.

(2) Art. 148 cod. pen. mil. di pace, art. 144 segg. cod. pen. mil. di guerra.

Tuttavia, probabilmente, anche qui una adeguata discriminazione potrebbe riuscire tutt'altro che inopportuna. Pare, in fatti, indiscutibile che, ai fini del riconoscimento degli estremi del reato di diserzione, non possa venir senz'altro equiparata all'ipotesi di chi abbia falsificato una licenza, o si trovi scientemente in possesso di una licenza falsa, l'ipotesi di chi, sapendo di dover ottenere una licenza, e, magari avendo a tal fine interessato qualcuno più vicino agli organi competenti a rilasciarla — vuoi direttamente allo scopo di ottenere la licenza, vuoi allo scopo più limitato di ottenerla di durata maggiore —, sia venuto, senza esserne consapevole, a trovarsi in possesso di una licenza falsa.

Qui gioca una distinzione non ancora approfondita, e neanche considerata dalla dottrina amministrativistica, ma che ben meriterebbe l'attenzione degli studiosi: ed è quella tra l'atto, la cui inesistenza come atto amministrativo sia ben nota al terzo, e l'atto, che, pur inesistente come tale, abbia però per il terzo tutta l'apparenza dell'atto amministrativo (3). Si tratta di una distinzione, la cui applicazione è suscettibile di notevole rilievo sul terreno sul quale le presenti considerazioni vengono svolte. Ma, pur proponendomi di tornare su essa in altra occasione, non ritengo sia questa la sede più opportuna per approfondirla nel suo fondamento e nei suoi svolgimenti: tanto più che l'ipotesi delineata, e in riferimento alla quale la distinzione potrebbe qui avere rilievo, non è poi quella cui immediatamente si rivolge l'attenzione di questi brevi spunti.

Veniamo ora al caso, cui direttamente le presenti osservazioni si riferiscono. Può esser considerato disertore colui il quale fruisca di una licenza per motivi di salute ottenuta mediante corruzione? O, più specificamente, può, in un caso del genere, parlarsi di una assenza *arbitraria* del militare dal proprio corpo? (4).

(3) Sull'opportunità di prendere in considerazione la figura dell'atto amministrativo apparente, già altra volta ho avuto occasione di richiamare l'attenzione. V. SANDULLI, *In materia di limiti della giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, nella *Riv. di dir. proc. civ.*, 1941, II, nota 1 a pag. 52.

(4) La questione, come è ovvio, può sorgere soltanto in relazione a quella categoria di licenze, le quali, fuori di ogni criterio di discrezionalità, vengono concesse esclusivamente sulla base di un accertamento, non importa se tecnico o non (il caso tipico è quello delle licenze per motivi di salute), nonchè in relazione a quella categoria di licenze, la cui concessione, pur essendo, sotto certi aspetti, discrezionale, è necessariamente vincolata sotto altri aspetti (tale è, a es., il caso delle licenze agricole, la cui concessione è rimessa alla valutazione discrezionale del comandante del corpo, ma è limitata ai soli agricoltori). E, naturalmente, per queste ultime, essa può sorgere unicamente per quanto riguarda l'aspetto in relazione al quale all'autorità militare manca ogni discrezionalità. Mentre nelle ipotesi prospettate, appunto per i limiti posti dalle disposizioni normative, potrebbe ricorrere, in fatti, in caso di corruzione, la fattispecie prevista dall'art. 319 cod. pen. (corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio), non altrettanto potrebbe ripetersi nelle ipotesi in cui la corruzione dell'autorità

Il quesito, come è evidente, investe direttamente il problema della qualificazione giuridica dell'atto amministrativo posto in essere dal funzionario corrotto. Qualora, in fatti, si ritenga che in tal caso un atto amministrativo non debba considerarsi venuto in essere — vale a dire che ci si trovi di fronte a un caso di *inesistenza* dell'atto amministrativo —, si dovrà necessariamente concludere per l'arbitrarietà dell'assenza, e per la sussistenza del reato di diserzione. Qualora invece, adottando la seconda soluzione che il dilemma offre, si ritenga che il provvedimento del funzionario corrotto vada qualificato come atto amministrativo *invalido* — e appunto per ciò esistente come atto amministrativo, e assistito fino alla sua invalidazione dalla presunzione di validità caratteristica della categoria (5) —, si dovrà invece necessariamente concludere per la impossibilità di qualificare arbitraria l'assenza, e quindi per la insussistenza della fattispecie della diserzione.

A me sembra che questa seconda soluzione — la quale porta a escludere nell'ipotesi in questione il concorso di reati — sia quella che meriti accoglimento. Non pare, in fatti, rispondere ai principi l'opinione, secondo cui non dovrebbe, nè potrebbe, pel solo fatto della corruzione, venir riferito all'amministrazione l'atto posto in essere dal funzionario corrotto (6).

Come già in altre occasioni ho avuto modo di avvertire, il problema dei limiti, oltre i quali l'azione del funzionario non possa venir imputata all'ente per il quale agisce, è indubbiamente dei più delicati che lo studio del diritto amministrativo presenti (7). Pur senza volerlo qui affrontare nella sua complessità, mi pare tuttavia di poter affermare che non sia il suo lato che qui si presenta all'esame quello il quale debba suscitare le maggiori perplessità.

Non può mettersi in dubbio che la linea di confine, oltre la quale non appare conciliabile col sistema dell'organizzazione e

militare avvenisse in ordine a una licenza in relazione alla cui concessione l'autorità potesse agire discrezionalmente (p. es., licenza breve, licenza speciale): qui si potrebbe incorrere unicamente nella fattispecie prevista dall'art. 318 cod. pen. (corruzione per un atto d'ufficio). Solo nelle prime ipotesi potrebbe cioè venire in questione un caso in cui l'autorità abbia ecceduto dai limiti posti dal diritto alla sfera della propria azione: e quindi — ad accedere al punto di vista accolto dalla decisione annotata — solo in esse potrebbe venir formulata l'ipotesi della *inesistenza* della licenza, e quindi dell'*arbitrarietà* dell'assenza del militare cui essa sia intestata.

(5) Su questi concetti, v., anche per altre indicazioni, SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, pag. 318.

(6) Se bene sulla base del principio, da lui formulato, secondo cui, nel caso degli atti formali, «una volontà rivestita di determinate forme, è sempre considerata atto dello Stato», il DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Padova, II, 1936, pag. 19, rileva come «la sentenza che fosse emanata in seguito a corruzione del giudice, per quanto determinata da un interesse privato, sarebbe sempre atto dello Stato e produrrebbe tutti i suoi effetti».

(7) Cfr. SANDULLI, *In materia di limiti*, cit., pag. 44 segg., *Osservazioni sulla sindacabilità giurisdizionale dei provvedimenti sottratti a ogni gravame emessi da autorità incompetente*, nel *Foro it.*, 1941, III, 137 segg.

dei fini dell'azione pubblica considerare come espressione di quest'ultima l'operato illegale dei funzionari, tenda a lasciar fuori i casi in cui l'azione dei funzionari preposti agli uffici si sia concretata in un illecito. Giustamente l'orientamento dottrinale tende a considerare come estraneo all'azione dell'amministrazione, e a riferire unicamente al funzionario l'operato di questo, allorchè esso, senza rispettare i limiti giuridici dell'azione pubblica, i quali istituzionalmente si tengono al di qua dell'illecito, abbia, nell'esecuzione della propria azione, da essi ecceduto, risolvendosi appunto in un illecito. Nè qui è il caso di indugiarsi a considerare la linea di demarcazione, al di là della quale, in questa materia, l'azione del funzionario non possa più venire imputata all'amministrazione (8).

Quanto qui importa porre in evidenza, è invece che nella ipotesi ora enunciata, in tanto si pone una questione di riferibilità all'amministrazione dell'azione del suo funzionario, in quanto, oltre quel certo limite cui si è accennato, essa viene a esorbitare dalla funzione propria dell'ente. Oltre quel limite, la azione del funzionario non ha più, non che la sostanza, neppur l'apparenza dell'esecuzione di una delle funzioni che all'ente sono proprie.

Il caso appare invece completamente diverso nell'ipotesi cui direttamente si riferiscono le presenti brevi note. Qui non siamo, come prima, di fronte al caso del funzionario il quale abbia esorbitato dai limiti delle proprie attribuzioni: ma di fronte al caso del funzionario il quale abbia esercitato le proprie attribuzioni unicamente in vista dei suoi interessi egoistici. Si potrebbe, in un certo senso, osservare che qui l'ipotesi è l'inversa della precedente. E si potrebbe, con una certa approssimazione, dire che, mentre il illecito è all'esterno — in quanto il funzionario tende a investire dell'azione illecita l'ente per cui agisce —, qui il illecito rimane, per contro, soltanto un momento interno — in quanto esso, nella stessa intenzione del funzionario, colora l'azione di lui in un momento anteriore a quello in cui questa si concreta nell'atto amministrativo — (9).

(8) Nella dottrina italiana i migliori contributi a questo scabroso punto sono stati recati dal DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, pag. 17 segg., *Teoria giuridica*, cit., II, pag. 18 segg. Ma l'argomento può dirsi tutt'altro che definitivamente disodato. Per ulteriori indicazioni, cfr. per quanto riguarda la dottrina più antica, CODACCI-PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, nota 25 a pag. 222; per quanto riguarda la dottrina più recente, ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, nota 46 a pag. 163. *Adde* ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione* Milano, 1939, I, pag. 154 segg.

(9) Come si vede, dunque, l'affermazione del DE VALLES, *Teoria giuridica*, cit., II, pag. 22 — del resto assai comune —, secondo cui la esistenza di un atto amministrativo sarebbe a negare ogni volta che l'operato del funzionario venga a risolversi in un reato, va accettata con una notevole limitazione. Basti pensare che altrimenti si dovrebbe negare esistenza persino all'atto amministrativo, il quale fosse stato posto in essere dal funzionario incorso nel reato di cui all'art. 318 cod. pen., vale a dire dal funzionario il quale avesse ricevuto o si fosse lasciato promettere una retribuzione per compiere un atto che era suo dovere porre in essere. Questa considerazione mi pare dotata di forza decisiva in favore della tesi sostenuta nel testo.

È così che viene a precisarsi quale sia la natura del difetto da cui è inficiato l'atto amministrativo posto in essere dal funzionario corrotto. Si tratta, in fatti, di un atto, il quale ha sia la sostanza, che l'apparenza dell'atto amministrativo. Se lo si guarda dall'esterno — che è poi il lato che occorre considerare al fine di vedere se un atto amministrativo esista o non come tale (10) —, esso è perfetto. Il suo difetto è soltanto all'interno: ed è costituito dal fatto che esso non è stato voluto in funzione dello scopo pubblico specifico alla sua categoria, ma è stato voluto soltanto in funzione dell'interesse egoistico del funzionario, che ne fu l'autore, il quale, con la sua emanazione, mirò unicamente a ottenere per sé un illecito guadagno (11). Non si tratta cioè di un atto inesistente come atto amministrativo. Si tratta invece soltanto di un caso tipico e molto grave di atto amministrativo inficiato da sviamento di potere. Il suo difetto consiste, in fatti, nell'essere stato voluto per un fine diverso, non solo dal fine pubblico specifico, ma anche dal fine pubblico generico (12).

(10) Lo scrittore che più di recente ha fermato la propria attenzione sui limiti della riferibilità all'amministrazione dell'operato dei propri funzionari (e, anche se, come ripeto, l'argomento mi pare ancora meritevole di attenzione — lo ha fatto con notevole equilibrio) ripetutamente insiste sul concetto che, per determinare se l'attività dei pubblici funzionari debba venir o meno imputata all'amministrazione, occorre indagare soltanto se « formalmente » essa sia « diretta al raggiungimento dello scopo dell'ente » (ALESSI, *La responsabilità*, cit., pagg. 157, 161 e *passim*).

(11) Secondo il punto di vista adottato da alcuni scrittori, ciò dovrebbe essere più che sufficiente a far sì che l'azione non vada riferita all'amministrazione. Tale è, a es., l'opinione del LESSONA, *Sulla responsabilità degli enti pubblici per gli atti illeciti dei loro organi*, nella *Riv. di dir. pubbl.*, 1933, I, pag. 451, il quale scrive che « l'atto della persona fisica è atto dell'ente solo se trovi la sua radice nella causa e (per ciò stesso) nella natura della preposizione [del funzionario all'ufficio], e così quando (se si tratti di atti amministrativi) questi tendano a realizzare, nei limiti del diritto, le finalità dell'ente: altrimenti l'atto è della persona, non potendo considerarsi come atto dell'ente quello che contraddice la ragione per cui la persona fisica è stata posta nella organizzazione dell'ente stesso ». Ma contro tale punto di vista, eccessivamente restrittivo, è stato facile obiettare che, condotto alle sue ultime conseguenze, esso porterebbe fatalmente a concludere che « in ogni caso la illegalità sarebbe del funzionario e non dell'ente » (CALAMANDREI, *ivi*, pag. 456). Esso porterebbe cioè, in estrema analisi, a negare la stessa ammissibilità di un atto amministrativo illegittimo. Osserva l'ALESSI, *La responsabilità*, cit., pag. 166 segg., che la effettiva direzione della determinazione volitiva al conseguimento di uno scopo pubblico non è necessaria « per la semplice riferibilità alla pubblica amministrazione del danno derivato da una determinazione volitiva di un organo della stessa, diretta in fatto ad una finalità di natura privata, sempreché la determinazione volitiva in questione risulti, in base alla apparenza formale, diretta ad uno scopo di natura pubblica: in fatti, « una volta che risulti dall'apparenza formale che il funzionario ha fatto uso delle facoltà concessegli e rientranti nell'ufficio di cui egli è titolare, per uno scopo di natura pubblica, si deve pur sempre ritenere che sia la pubblica amministrazione che abbia agito, anche se l'atto in effetti sia diretto invece al conseguimento di uno scopo di natura privata anziché, come doveva, allo scopo pubblico apparente ».

(12) Sulla natura del vizio di sviamento di potere, si veda l'acuto studio del ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, nella *Raccolta di scritti giuridici in onore di Giovanni Vacchelli*, Milano, 1938. Per ulteriori indi-

Non viene dunque in questione un atto amministrativo illecito. L'atto amministrativo qui sarà invalido quanto si vuole: ma della sua liceità e della sua esistenza è difficile dubitare. Quanto c'è di illecito è invece, nel caso specifico, soltanto il comportamento del funzionario (13).

Eccoci allora in possesso del bandolo della mataasa.

Come è noto, l'invalidità dell'atto amministrativo è di una sola specie: quella che va sotto il nome di annullabilità. Fino al momento della sua caducazione, per la quale è necessaria una apposita pronuncia autoritativa, l'atto amministrativo invalido esplica la sua specifica azione, assistito anzi dalla presunzione di validità che è caratteristica della categoria. Naturalmente, dato il carattere originario del suo difetto, allorchè esso verrà posto nel nulla, la sua caducazione avrà necessariamente efficacia *ex tunc*. Ma ciò nulla toglie alla circostanza che, fino al momento della sua caducazione, esso abbia legittimamente esplicato la propria forza operativa. Che anzi, la retroattività dell'annullamento non potrà valere, se non entro i limiti che consente il principio *factum infectum fieri nequit* (14).

Ciò implica che, fino al momento in cui una pronuncia autoritativa non abbia, con la propria forza costitutiva, sanzionato l'invalidità del provvedimento (15), l'assenza del militare in possesso di una licenza concessa a seguito di corruzione non potrà non esser ritenuta giustificata da un titolo legittimo, e non potrà quindi esser considerata arbitraria. Nell'ipotesi in questione, dunque, impropriamente si configurerebbe un reato di diserzione.

---

cazioni, mi permetto di rinviare a SANDULLI, *Il procedimento*, cit., nota a pag. 322 segg. Che lo sviamento di potere si risolve nella inesistenza dell'atto amministrativo che ne è inficiato, non è stato, a quanto mi risulta, mai autorevolmente sostenuto.

(13) Sulla possibilità che il caso del reato commesso dall'agente nell'esplicazione di una pubblica funzione non venga a escludere l'esistenza dell'atto amministrativo da lui posto in essere, cfr., per quanto ad altro proposito, e in termini che non possono trovarmi completamente consentite, TESAURO, *L'atto riferibile allo Stato*, negli *Annali dell'Università di Perugia*, 1927, pag. 100 segg. dell'estratto. Sulla possibilità in genere che uno stesso fatto dell'uomo venga considerato dal diritto sotto differenti profili, e sulle conseguenze che ne discendono, cfr., anche per ulteriori indicazioni proprio in riferimento al caso dei pubblici funzionari, SANDULLI, *Il procedimento*, cit., nota 16 a pag. 46.

(14) Su questi concetti, cfr. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., pag. 317 segg., e ivi ulteriori richiami in nota. Sui limiti della retroattività dell'annullamento, v. particolarmente ROMANELLI, *L'annullamento*, cit., pag. 355 segg.

(15) Tanto più evidente apparirà che l'atto di licenza sia inficiato di invalidità e non di inesistenza, in quei casi in cui, essendo competente al rilascio un'autorità diversa da quella competente a compiere il preventivo accertamento, la corruzione sia stata esercitata esclusivamente su quest'ultima. Il caso tipico lo si riscontra in materia di licenze per motivi di salute, le quali per solito, e sopra tutto nei casi di maggiore entità, vengono rilasciate dal direttore di un ospedale militare a seguito di un giudizio medico-legale formulato da un organo collegiale. Anche a voler accettare per giusto il punto di vista, secondo cui l'atto posto in essere dal funzionario corrotto debba venir conside-

Potrebbe tuttavia, a questo punto, proporsi l'obiezione che la forza retroattiva dell'annullamento, facendo cadere *ex tunc* la licenza, implicherebbe appunto *ex tunc* l'arbitrarietà dell'assenza. Se non che, è a prima vista evidente che ragionando in tal modo si verrebbe a urtare contro uno dei limiti insormontabili, che alla retroattività dell'annullamento pone il principio *factum infectum fieri nequit*. In fatti, non potrà certo essere la forza retroattiva dell'annullamento a trasformare retroattivamente in arbitrario l'atteggiamento di un individuo, che fino al momento dell'intervenuto annullamento era da considerare legale (16).

A questo punto, con la dimostrazione dell'assunto della ipossistenza del reato di diserzione nel caso di assenza di un militare in possesso di una licenza ottenuta mediante corruzione, il compito propostoci è da considerare esaurito.

A conforto della tesi proflata, e quasi a riprova della sua esattezza, mi pare possa essere però formulata ancora una considerazione, tutt'altro che priva di rilievo. È da osservare, in fatti, che, qualora una tesi del genere di quella adottata dal Tribunale militare supremo dovesse prender piede, essa porterebbe, nelle sue possibili applicazioni, troppo lontano.

Si pensi, a es., ai reati che il codice penale comune configura allorchè punisce l'esercizio di determinate attività senza la prescritta autorizzazione (p. es., art. 653, 662, 663, 695, 699, 705), l'esercizio abusivo di una professione (art. 348), l'usurpazione di pubbliche funzioni (art. 347). E si considerino le ipotesi in cui, rispettivamente, l'autorizzazione, l'abilitazione o la nomina all'ufficio siano state illegalmente poste in essere a seguito di corruzione. A seguire rigorosamente nei suoi svolgimenti l'orientamento giurisprudenziale cui ci si riferisce, dovrebbe qui vedersi concorrere, accanto al reato di corruzione, rispettivamente quello di abusivo esercizio dell'attività o della professione, o quello di usurpazione di pubbliche funzioni. Anzi, ragionando sugli stessi presupposti, si potrebbe forse addirittura giungere a veder concorrere, nell'ipotesi di assoluzione dell'imputato per corruzione del giudice, il reato di . . . evasione, previsto dall'art. 385 cod. penale.

rato inesistente come atto amministrativo, qui dovrebbe ugualmente riconoscersi che la licenza difetti unicamente nella sua validità. In fatti, come è noto, la deficienza di un necessario elemento preparatorio — quale, nei confronti della licenza per motivi di salute, sarebbe il preventivo accertamento sanitario della temporanea idoneità fisica del soggetto — non può generare se non l'invalidità dell'atto in funzione del quale l'elemento stesso si pone come preparatorio (cfr. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., pag. 320).

(16) La tesi apparirà tanto più giustificata, quando, anzi che al caso di una licenza invalida perchè posta in essere da un funzionario corrotto — dove può sempre indurre in equivoco la circostanza della illiceità della corruzione —, ci si riferisca al caso di una licenza invalida, a es., per incompetenza (per essere stata, poniamo, firmata dal comandante del reparto, o che dal comandante del corpo), o per violazione di legge (per essere stata, poniamo, trattandosi di licenza agricola, concessa per errore a un militare non agricoltore).

Ciò pare veramente eccessivo: non fosse altro che per la considerazione — implicita negli svolgimenti più sopra condotti —, che chi ha cercato di ottenere per una via traversa quel consenso dell'autorità che per la via diritta non sarebbe riuscito a ottenere, evidentemente non ha voluto agire contro il consenso dell'autorità stessa e cioè contro l'ordine instaurato dal sistema nel richiedere tale consenso. Se egli va punito dunque, va punito soltanto per aver seguito quella via traversa: e non anche per aver agito senza quel consenso, che bene o male ha ottenuto, e che non ha osato tenere in non cale.

Occorre, del resto, por mente che si risolverebbe in una grave ingiustizia, certo non voluta dall'ordinamento, quella di punire costui — imputandogli il concorso di reati — più gravemente di quanto non si faccia nei confronti di chi abbia senz'altro agito facendo a meno del necessario consenso della autorità.

Anche questa, dunque, pare una considerazione, la quale dovrebbe lasciar seriamente meditare chi ritenga fondato il punto di vista accolto dalla decisione che si è commentata.

## Atto politico ed eccesso di potere\*

Publicato in

*Giurisprudenza completa della  
Corte Suprema di Cassazione. Sezioni Civili*  
Roma, 1946, pp. 517-525

\* *Nota* a Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 dicembre 1946, n. 351, *ibid.*, p. 514;  
le massime sono riportate alla pagina seguente

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE IV: 20 DICEMBRE 1946 N. 351; PRES. ROCCO, EST. D'AVINO; MONTECCHI PALAZZI ED ALTRI C. MINISTERO AFFARI ESTERI.

*Non è necessario escludere, ma può ravvisarsi anzi senza difficoltà, l'ispirazione politica della norma che estende al personale diplomatico e consolare la facoltà di cui all'art. 6 del T.U. n. 70 del 1985, senza che tuttavia ne derivi, come logica e giuridica conseguenza, il carattere di atti politici dei decreti impugnati.*

*Una volta ammessa la piena autonomia e la distinta individualità giuridica, nei diversi procedimenti amministrativi cui può dar luogo un medesimo fatto, non ne deriva necessariamente un rapporto concorsuale, che consenta all'amministrazione la facoltà di esperirli simultaneamente, o di troncane il corso dell'uno per iniziarne un altro.*

**Atto politico ed eccesso di potere.** — Le decisioni, dalle quali i presenti fugaci spunti prendono le mosse, sono una nuova manifestazione di quella elevata sensibilità giuridica di cui tante volte il Consiglio di Stato, nella sua mirabile giurisprudenza, ha dato prova. Di fronte all'acutezza delle argomentazioni, con cui l'alto consesso, in specie delicatissime, ha ammesso il giudice a penetrare l'inviolabile sfera dell'azione di governo attraverso la porta misteriosa del sindacato sull'eccesso di potere, il giurista non può che chinare il capo pensoso.

1. - Non è questa la sede più adatta per un riesame della teoria dell'atto politico, sulla quale, nonostante il pregevole contributo a essa di recente dedicato da uno dei più acuti cultori del diritto amministrativo (1), fu l'impressione che la parola definitiva non possa ritenersi tuttora pronunciata (2). E' tuttavia indispensabile, al fine di fissare le premesse dogmatiche dalle quali sarà necessario muovere in vista dell'atteggiamento da assumere nei confronti dei casi cui le presenti osservazioni fanno riferimento, prender posizione — sia pur senza alcuna pretesa di definitività — su notevoli questioni attinenti a tale teoria.

2. - A me non pare poter accedere all'insegnamento (3) — cui non sono mancate per altro apprezzabili adesioni (4) —, secondo il quale l'atto politico non sarebbe che un puro e semplice atto amministrativo (5) — sia pur dotato di peculiari caratteristiche. Una tale concezione, tra gli altri suoi inconvenienti, presuppone necessariamente che, senza preoccuparsi della sua sorte, si ponga da parte, nella delimitazione della categoria, un notevole numero di quegli atti, che comunemente sogliono venir considerati in essa rientranti: e cioè tutti quelli, i quali, per non esser posti in essere da organi del potere esecutivo, a nessun costo sono suscettibili di inquadramento nella specie degli atti amministrativi (6). Il procedimento non pare quindi corretto.

Al fine di poter considerare definitivamente eliminata la categoria degli atti di governo come categoria a sè stante, occorrerebbe, in fatti, prima di ogni altra cosa, aver dimostrato la sussumibilità, in seno alle tre funzioni dello Stato tradizionalmente riconosciute, di tutti gli atti in essa rientranti. Cosa che a me pare impossibile. Come, del resto, è veramente difficile dimostrare la mancanza di unità nella fun-

---

(1) GUICCIARDI, *L'atto politico*, *Archivio di diritto pubblico*, 37, 295 s., al quale rinvio per ampie indicazioni sulla dottrina precedente.

(2) Nella dottrina più recente — oltre RANELLETTI-AMORTH, *Atti del governo*, NDIGIt I 1109 s.; CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, *Studi urbinati*, 39, 67 s. — v. le note di IACCARINO, *Osservazioni in tema di atto politico*, *Diritto e giurisprudenza*, 46 149; ANDRIOLI, *Sul pagamento dei debiti scaduti delle amministrazioni dello Stato*, FI 47 I 70 s.

(3) GUICCIARDI, *L'atto politico*, 293.

(4) Cfr., p. es., ANDRIOLI, *Sul pagamento*, 71.

(5) In tale senso, v., p. es., già Cass. 27.1.27, RDPub 27 II 107.

(6) V., in fatti, GUICCIARDI, *L'atto politico*, 294 s., il quale anzi esclude dalla categoria degli atti politici anche molti atti dello stesso potere esecutivo comunemente in essa compresi. Sull'attività di governo degli organi legislativi, v., p. es., JELLINER, *L'Etat moderne et son droit*, Sirey, Paris, 1913 II 331; CRISAFULLI, *Per una teoria*, 84 s., il quale definisce come « convenzionale » la limitazione degli atti di governo a quelli posti in essere dal potere esecutivo.

zione e nei mezzi dell'azione di governo, quali che siano gli organi attraverso i quali essa si svolge, e gli obiettivi verso cui di volta in volta essa muova (7).

3. - Tra le attività degli organi costituzionali dello Stato, alcune — e precisamente quelle attinenti alla suprema direzione della cosa pubblica, sia per quanto riguarda i problemi delle relazioni con gli altri Stati, sia per quanto attiene ai problemi interni — si rivelano, in fatti, insuscettibili di essere assunte in seno a quelle che sogliono essere considerate tradizionalmente come le tre funzioni dello Stato — legislazione, giurisdizione, amministrazione (8). Si pensi, per fare degli esempi tra i più vistosi, alla nomina o alla revoca di un ministro, al voto di fiducia, allo scioglimento delle assemblee rappresentative, alla dichiarazione di guerra, alla stipulazione di un trattato.

Si tratta indubbiamente di atti, alla cui formazione partecipano gli organi preminenti dello Stato: quegli organi costituzionali, ai quali di massima è commessa la funzione legislativa e la funzione amministrativa: e cioè, generalmente, negli Stati democratici moderni, il corpo legislativo, il capo dello Stato e il governo (9). Ma questo non significa affatto che tali atti assumano necessariamente la qualifica di atti legislativi o di atti amministrativi (10). Anzi, non solo dal punto di vista sostanziale, ma spesso anche dal punto di vista formale, quegli atti non rispondono alle caratteristiche proprie dell'una o dell'altra categoria (11). E proprio in virtù

(7) Chi si irrigidisce sulla tripartizione degli atti dello Stato nelle tre categorie tradizionali di atti legislativi, amministrativi e giurisdizionali, è costretto ad ammettere l'esistenza di atti, i quali non sono suscettibili di essere inquadrati in nessuna di tali categorie (così, p. es., GUICCIARDI, *L'atto politico*, 295 s.; CRISAFULLI, *Per una teoria*, nota 36 a p. 85), o a far ricorso alla categoria degli atti di prerogativa (così ORIGONE, *Prerogative regie*, NDigt X 200).

(8) Cfr. particolarmente MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, A.R.E., Roma, 1931, 9 s. V. inoltre LESSONA, *La potestà di governo nello Stato fascista*, RDPub 34 I 32 s.; ROHRSSSEN, *L'atto di potere politico e la sua insindacabilità in sede giudiziaria*, lvi, 36 I 557 s.; AMORRÈ, *Corso di diritto costituzionale comparato*, Giuffrè, Milano, 1947, 54. Altra è la posizione di quegli scrittori, i quali, pur vedendo nell'attività di governo una funzione superiore — quella della direzione suprema dello Stato — la configurano tuttavia come parte della funzione esecutiva. Così, p. es., ZANONATI, *Corso di diritto amministrativo*<sup>4</sup>, Milano, 1945 I 5; MIELZ, *Principi di diritto amministrativo*, Tornar, Pisa, 1945 I 33 s. (per ulteriori indicazioni, GUICCIARDI, *L'atto politico*, nota 1 a p. 276, nota 1 a p. 279). Altri, pur riconoscendo una funzione particolare all'attività di governo, ritiene che il criterio per la qualificazione di questa è eterogeneo rispetto a quello posto a base della tripartizione tradizionale delle funzioni statali: e quindi esclude che l'attività di governo possa essere configurata come espressione di una particolare funzione dello Stato, « poichè gli atti in cui si manifesta concretamente il governo sono, anche formalmente, svariatisimi, e gli organi che li emanano possono essere diversi » (CRISAFULLI, *Per una teoria*, 85).

(9) È significativo far cenno come nel progetto della nuova costituzione italiana gli atti di importanza politica preminente attribuiti alle assemblee rappresentative vengano da queste adottati — a differenza degli atti inerenti alla funzione legislativa — in seduta comune, attraverso quell'organo composto che è l'Assemblea nazionale. Questa per ciò appunto viene ad assumere la posizione di organo tipico della funzione politica.

(10) A tal proposito sono significative le esclusioni operate dal GUICCIARDI, *L'atto politico*, 295 s., dalla categoria degli atti amministrativi, e quelle operate dal CRISAFULLI, *Per una teoria*, nota 36 a p. 85, dalla categoria degli atti legislativi, di molti atti, i quali, pur essendo emanazione rispettivamente di organi del potere esecutivo e di organi del potere legislativo, non possono tuttavia essere considerati atti amministrativi o atti legislativi.

(11) Per fare un esempio di immediata evidenza, il voto di fiducia, concesso in regime parlamentare al governo dalle Camere legislative, non può essere considerato atto legislativo, nè dal punto di vista sostanziale — in quanto non si risolve in una norma giuridica —, nè dal punto di vista formale — in quanto, se è vero che promana da organi appartenenti al potere legislativo, non è men vero che non viene posto in essere con la partecipazione di tutti gli organi, i quali prendono parte all'instaurazione di una legge formale (si pensi soltanto alla mancanza della promulgazione). Nè può essere attribuito alla funzione giurisdizionale o a quella ammini-

dei loro peculiari caratteri — in virtù della posizione di preminenza, che, in relazione alla loro elevata funzione, fa assurgere gli organi che la esercitano alla considerazione di organi supremi dello Stato (organi di governo) (12) —, essi hanno in comune la caratteristica essenziale di essere, per il più largo respiro di cui hanno istituzionalmente bisogno, sottratti a ogni sindacato giurisdizionale (13).

strativa —. E altrettanto dicasi, per fare un altro esempio, per l'intera procedura di formazione del governo, alla quale prendono parte — in forma ben diversa da quella destinata alla formazione delle leggi — il capo dello Stato e le assemblee legislative — senza che quindi possa per altro esser questione di atti formalmente amministrativi o giurisdizionali.

E' appunto dall'esistenza di casi di tale evidenza che risulta chiaramente provato l'errore di chi intenda irrigidirsi nel negare che dagli organi dello Stato emanino atti, che dal punto di vista formale non possano essere riconosciuti né legislativi, né amministrativi, né giurisdizionali (v. *supra*, note 7 e 10).

Il problema degli atti di governo si pone dunque anche per quanto riguarda l'aspetto formale (*contra* espressamente, RANELLETTI-AMORINI, *Atti del governo*, 1110). Occorre tener presente che la forma tipica degli atti, attraverso cui si estrinsecano le funzioni dello Stato, è in stretta relazione con gli organi e le procedure, attraverso cui i singoli atti vengono in essere. Ora, se, come si è detto, la funzione di governo viene negli ordinamenti moderni distribuita tra organi del legislativo e organi dell'esecutivo, è logico che essa si estrinsecherà dal punto di vista formale in modo non omogeneo, e che di massima assumerà forme non diverse da quelle degli atti attraverso cui si realizzano le funzioni tipiche di tali organi. Ma ciò non significa affatto che negli atti della funzione del governo, anche se estrinsecati nella forma degli atti tipici propri degli organi cui la funzione è attribuita, non si debbano vedere che degli atti formalmente legislativi o formalmente amministrativi. Si potrà dire soltanto che ricorrono forme comuni a più funzioni, e che l'atto di governo — appunto perchè rientrante nella competenza di organi di natura diversa — dal punto di vista formale sarà vario a seconda delle caratteristiche degli organi legittimati a porlo in essere. Dunque, piuttosto che ritenere che l'atto di governo, dal punto di vista formale, è, di volta in volta, atto legislativo o atto amministrativo, è più corretto ritenere che dal punto di vista formale, anzi che risolversi in una sola forma tipica, l'atto di governo si estrinseca di volta in volta nella forma che è propria dell'autorità da cui proviene. La quale, quindi, appunto perchè forma comune a diverse funzioni, non potrà esser considerata come esclusiva di una funzione — sia pure di quella tipica. E, allorchè verrà impiegata nell'esercizio della funzione di governo, non potrà esser considerata che come forma dell'attività di governo. Così, a es., il decreto del capo dello Stato, controfirmato dal presidente del consiglio, con cui viene nominato o revocato un ministro, per quanto dal punto di vista formale non differisca in nulla da un atto amministrativo, non può esser considerato come atto formalmente amministrativo, in quanto viene posto in essere nella forma che è propria della funzione sostanzialmente esercitata, la quale non è quella amministrativa, ma quella di governo.

La questione, per altro, non ha rilievo in ordine a quanto più importa, e cioè alla essenza dell'atto, in relazione alla quale ciò che conta è la funzione, e sopra tutto il valore giuridico,

(12) Cfr. particolarmente MORTATI, *L'ordinamento*, 20. *Contra*, CRISAFULLI, *Per una teoria*, 87 s.

(13) Questa a me pare la base sulla quale va giustificata la esclusione di ogni sindacato giurisdizionale sull'atto politico il quale, per la sua stessa essenza, muove in una sfera — quella del potere politico — dove non può esser questione di diritti soggettivi (cfr., per tutti, ZANOBINI, *Corso*, 1937 II 154: v. però 5. ed., 1946, 96; BOSSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1941, 122). Mi sembrano quindi da respingere sia quelle opinioni, che ammettono sull'atto politico il sindacato dell'autorità giudiziaria ordinaria (v. indicazioni in GUICCIARDI, *L'atto politico*, nota 1 a p. 495), sia quelle, che tale sindacato negano sull'erroneo presupposto (v. *infra* n. 5) che l'atto politico sia *legibus solutus* (così ROHRSSSEN, *L'atto di potere politico*, 366, 372 s.). Il principio contenuto nell'art. 31 del TU sul Consiglio di Stato — il quale esclude il sindacato del giudice amministrativo sull'atto politico — non è una norma derogatrice a un principio generale di senso diverso: ma è semplicemente espressione del principio della insindacabilità giurisdizionale dell'atto politico (cfr. ROHRSSSEN, *op. cit.*, 369): è applicazione di specie di un principio generale (sul problema in genere, v. M. S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, Jus 42, 44). La espressa formulazione

4. - Quali poi in concreto tali atti siano, e quale sia il loro vero elemento individuatore, è, particolarmente nelle zone di confine, e particolarmente nel campo di azione del potere esecutivo (dato che tanto la funzione politica, quanto la funzione amministrativa, si risolvono entrambe normalmente nell'esplicazione di attività concrete in relazione a casi singoli), cosa assai difficile a stabilire, e alla quale si sono affannosamente dedicate, in sforzi, non sempre felici, dottrina e giurisprudenza (14). Nè qui è il caso di dilungarsi in riesami, o di tentare nuove formulazioni.

Mi sembra tuttavia idonea ad abbracciare tutti i casi legittimi di esser compresi nella categoria, la formula che riserbi la qualifica di atti di governo a quelli immediatamente essenziali al mantenimento del reggimento politico. E mi sembra degna di seguito l'opinione, largamente accolta in dottrina e in giurisprudenza, secondo cui, nell'indagine circa la presenza o meno del carattere politico in un atto, sia da tenere in essenziale considerazione la causa, e cioè la natura dell'interesse immediatamente perseguito (15).

5. - L'aver configurato la funzione di governo come preminente tra le funzioni dello Stato non significa però — per quanto questa sia opinione abbastanza seguita (16) — averla considerata *legibus soluta* (17). Ai pari delle altre funzioni, l'attività di governo ha le sue leggi: e a queste deve uniformarsi. Nè rileva che si tratti di leggi, le quali — come gran parte di quelle che si muovono sul campo del diritto costituzionale — non prevedano alcuna sanzione giuridica, e non consentano altro sindacato che quello politico (18). Ciò è inerente alla natura e ai caratteri della funzione.

di tale norma soltanto in relazione all'impugnabilità dinanzi al giudice amministrativo, da taluni considerata superflua (ROEHRSSEN, *op. cit.*, 567 s.), può essere stata giustificata sia dalla opportunità di evitare una inesatta estensione, agli atti di governo posti in essere dall'esecutivo, del generale sindacato di legittimità sugli atti dell'esecutivo sancito nell'art. 26 dello stesso TU, sia dall'opportunità di delineare quella categoria degli atti dell'esecutivo, che, per essere di governo, sono da considerare sottratti a tale sindacato. L'acuto tentativo del GUICCIARDI, *op. cit.*, 292 s., di giustificare la necessità della formulazione espressa della norma contenuta nell'art. 31 sulla base del carattere sostanzialmente e formalmente amministrativo dell'atto politico, non mi pare riuscito. Del resto la sua stessa tesi, in quale, al fine di conciliare il contenuto dell'art. 26 con quello dell'art. 31, fonda sul presupposto che l'atto politico sia per principio sempre legittimo (p. 509 s.), implica *in re ipsa* — come lo stesso GUICCIARDI non manca di avvertire (p. 549) — la superfluità dell'art. 31, il quale verrebbe in fondo a risolversi nell'affermazione della non impugnabilità di atti insuscettibili di essere illegittimi. Inoltre, quando, sulla base dei presupposti fissati dal GUICCIARDI, si ammette, come egli fa (p. 511), la superfluità di norme che tendano a escludere il sindacato di legittimità sugli atti di governo da parte della Corte dei Conti, e da parte del capo dello Stato, ne deriva l'insostenibilità del mancato riconoscimento della medesima superfluità in relazione al sindacato giurisdizionale.

(14) Per una dettagliata indicazione degli atti che più spesso sono stati abbracciati nella categoria, v. RANELLETTI-AMORTH, *Atti del governo*, 1109; GUICCIARDI, *L'atto politico*, 288 s., e presso di lui indicazioni.

(15) Tale dottrina, la quale ha presso di noi trovato per la prima volta degna formulazione a opera del RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Piero, Napoli, 1912 I 341 s., è oggi dominante. Cfr., per tutti, MORTATI, *L'ordinamento*, 11; ROEHRSSEN, *L'atto di potere politico*, 557; RANELLETTI-AMORTH, *Atti del governo*, 1110. Per la giurisprudenza, v. *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-40 - Relazione del presidente*, Roma, 1942, II 623 ss. Non mi sembrano esaurienti i rilievi mossi contro tale orientamento dal GUICCIARDI, 279 s. Sulla essenziale importanza che la causa riveste per la individuazione del potere, v. MIELE, *Principii*, 155 s.

(16) Cocco, *L'atto di potere politico negli odierni atteggiamenti della dottrina e della giurisprudenza*, RDPub 27 I 282 s.; ROEHRSSEN, *L'atto di potere politico*, 564. Per altre indicazioni, v. GUICCIARDI, *L'atto politico*, nota 2 a p. 284.

(17) Cfr. particolarmente MORTATI, *L'ordinamento*, 20.

(18) V. in materia l'acuta analisi del GUICCIARDI, *L'atto politico*, 106 s. V. inoltre MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano 1940, 118 s.

6. In ordine al problema della sindacabilità giurisdizionale hanno tuttavia grande interesse ulteriori considerazioni, inerenti alla teoria generale dell'atto giuridico.

E' noto come in tanto un atto possa considerarsi appartenente a una data categoria, in quanto sia stato posto in essere nell'esercizio del potere a essa proprio (19). Per ciò non potrà naturalmente esser questione di atto di governo, se non in quei casi, nei quali tale essenziale presupposto sussista. E' logico, in fatti, che non possa parlarsi di atto politico lì dove un potere politico manchi, o dove manchi la possibilità del suo esercizio, o dove comunque sotto il nome di potere politico si eserciti un potere di natura diversa (20): alla stessa maniera come non può parlarsi di atto giurisdizionale dove manchi un potere giudiziario, o dove manchi la possibilità del suo esercizio, o dove in effetti un suo esercizio non vi sia. Ed è quindi logico che, dove si riconosca che un atto politico non ricorra per mancanza dell'effettivo potere corrispondente, non possano venir invocate le garanzie proprie della categoria — tra cui essenziale quella della insindacabilità giurisdizionale.

La determinazione dei limiti su questo terreno è però notevolmente difficile. E lo è, in quanto non possono venir considerati maturi gli studi circa la individuazione degli elementi, che, in relazione alla emanazione di un atto giuridico, devono essere considerati influenti sul potere, sul suo esercizio, sul modo del suo uso. E' chiaro, in fatti, che, una volta ben delineata tale individuazione, e discriminati gli elementi attinenti alla titolarità del potere e alla possibilità del suo esercizio da quelli attinenti soltanto al modo del suo uso, si sarà definitivamente in grado di stabilire da quale punto in poi possa parlarsi della esistenza o della mancanza di un potere di provvedere in relazione a un determinato oggetto, nonchè del ricorrere o meno dell'esercizio del potere stesso.

7. - Posto in tali termini il problema — il quale, come ripeto, è di ordine generale, e quindi comune a tutti gli atti giuridici —, al fine di stabilire se ci si trovi o non al cospetto di un atto politico, occorrerà prima di tutto riscontrare di volta in volta se l'atto in questione sia stato o non posto in essere nella effettiva presenza e nella esplicazione del potere corrispondente (21).

Ciò che rileva, dunque, per poter stabilire se ci si trovi a contatto di un atto politico, come tale sottratto al sindacato giurisdizionale, non è — come, facendo un passo a mio avviso troppo lungo, è stato affermato (22) — se l'atto sia stato o non posto in essere nel concorso di tutte le condizioni volute dalla legge — se cioè ricorrano tutti i requisiti di legittimità del provvedimento; ma piuttosto soltanto se sia stato posto in essere nel concorso di tutte le condizioni essenziali a che l'autorità, la quale abbia provveduto, potesse riconoscersi effettivamente investita del potere, e se effettivamente sia stato posto in essere nell'esercizio di quel potere, vale a dire nel perseguire un interesse politico.

Non è in questa sede che intendo fare una approfondita indagine in tale direzione, al fine di individuare quali, sotto questo profilo, siano esattamente le conse-

(19) Per quanto il problema della identificazione dell'atto giuridico si può dire si trovi ancora nella fase della prima delibazione, non mancano tuttavia in giurisprudenza e in dottrina spunti che aprano la strada al suo approfondimento. In argomento, v. da ultimo Cons. Stato, IV s., 10.7.46, FI 47 III 60, nonchè, anche per richiami, SANUOLI, *In tema di promulgazione e pubblicazione di decreti del capo dello Stato*, Ivi, V. Inoltre *Il Consiglio di Stato, Relazione del presidente*, 1936-40 II 602 s.

(20) In tale direzione la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha sempre operato con sagacia e profonda penetrazione. Si vedano, tra le decisioni più recenti, Cons. Stato V, 22.1.46, FI 46 III 75; IV, 11.4.45, in questa *Rivista* XVIII, 403; 27.10.42, FAmM 43 I 1, 19; 13.10.42, GI 43 III 161. Per la giurisprudenza anteriore, v. *Il Consiglio di Stato, Relazione*, cit., II, 622 s.

(21) Cfr. i chiari svolgimenti del GUICCIARDI, *L'atto politico*, 308 s.

(22) GUICCIARDI, *L'atto politico*, 521, 355.

guenze derivanti dalla presenza presso l'atto del potere esecutivo, affermato emesso nell'esercizio del potere politico, di ciascuna delle tre caratteristiche figure, che nel campo degli atti amministrativi si risolvono nei tre vizi di legittimità propri della categoria. Una sommaria dell'elaborazione dell'argomento potrà tuttavia giovare.

8. - In relazione alla incompetenza mi pare si debba senz'altro convenire che non possa affermarsi di essere in presenza di un atto politico tutte le volte che l'autorità decidente non abbia alcuna competenza in materia politica (23). E' chiaro, in fatti, che, se la competenza — relazione immediata tra autorità agente e oggetto del provvedimento — attinge alla titolarità del potere, non possa parlarsi del potere ove la competenza manchi.

Invece più attenta considerazione meritano quelle ipotesi, in cui, pur essendo titolare di un potere politico, l'autorità sia sfornita della competenza specifica in ordine al particolare provvedimento di cui si tratti (24). In casi del genere, in fatti, sembrerebbe che, — abbia o non abbia la materia carattere politico — se la forma d'incompetenza sia di quel grado più grave, da far considerare un atto come inesistente (25), naturalmente non sia a parlare della sussistenza dell'atto in questione; mentre negli altri casi l'essenza politica dell'atto — qualora, a ogni modo, il contenuto abbia carattere politico — non dovrebbe risultare scossa dalla presenza del vizio (26).

9. - In relazione a quei vizi, che sogliono esser compresi sotto la categoria della violazione di legge, mi pare di poter affermare la necessità di una essenziale distinzione.

Tra essi, in fatti, ne esistono indubbiamente alcuni, i quali incidono sulla sussistenza del potere, e senza dei quali non può quindi riconoscersi la potestà effettiva di porre in essere il provvedimento. Tali, certamente, tutti quelli dipendenti dalla mancanza dei presupposti non afferenti immediatamente alla competenza, e inerenti piuttosto alla situazione storico-ambientale dalla legge richiesta in relazione al provvedimento (p. es., la presenza della circostanza dell'urgenza, o comunque di situazioni particolarmente gravi) (27). E, ove questi manchino, non essendo riconoscibile il potere effettivo di porre in essere il provvedimento in questione, l'atto venuto in essere non potrà essere considerato atto politico.

Per altro, non si può dire invece che abbiano alcuna attinenza con la sussistenza del potere di provvedere i vizi di forma, o quelli relativi alla parte non dispositiva del contenuto (preambolo, motivazione, ecc.), o quelli determinati dalla deficienza di elementi preparatori. Per cui, se è vera la premessa che gli atti politici non possono venir considerati *legibus soluti*, non saprei vedere ostacoli alla

(23) Su questo punto la dottrina è concorde. Cfr. per tutti GUICCIARDI, *L'atto politico*, 512 s.

(24) Si' pensi, ad es., all'ipotesi, in cui il provvedimento della espulsione dello straniero dal territorio dello Stato, previsto dall'art. 150 comma 2, TUI di PS, anzi che dal ministro dell'Interno, venisse preso da un prefetto.

(25) Tali i casi concreti di cui a nota 23. Come è noto il problema delle conseguenze derivanti all'atto dai diversi gradi che l'incompetenza può assumere, è tutt'altro che di facile soluzione. Su di che, v. SANDULLI, *Osservazioni sui limiti della sindacabilità giurisdizionale dei provvedimenti sottratti ad ogni gravame emessi da autorità incompetente*, FI 41 III 137, e ivi richiami bibliografici.

(26) In tal senso mi pare vada mitigata la tesi assolutistica del GUICCIARDI, *L'atto politico*, 513 s., il quale esclude che un atto viziato da incompetenza possa mai essere atto politico.

(27) Lo studio relativo al rilievo, che, in ordine al potere di porre in essere un certo atto, rivestono i diversi elementi che hanno su esso influenza, non è stato ancora affrontato in modo diretto. Per sommarî spunti in relazione alla funzione, della situazione storico-ambientale nei confronti dell'atto che in seno a essa deve venire in essere, v. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano 1940, 49 s.

ammissibilità in tali casi di atti politici, i quali, per quanto insindacabili da parte del giudice, siano tuttavia viziati nella legittimità (28).

10. - In fine, pure in relazione al vizio di eccesso di potere — categoria, che particolarmente interessa in ordine ai problemi suscitati dalle decisioni che si annotano — a me pare che occorra procedere a una distinzione.

Tutte le volte che si possa stabilire che il vizio di eccesso di potere trovi la sua base nell'intento della realizzazione di uno scopo giuridico, il quale sarebbe proprio di un diverso potere — e cioè nell'intento di perseguire un interesse diverso da quello in funzione del quale all'autorità venne conferito il potere politico —, non può per ciò appunto parlarsi di un atto politico (29). Come è visto, la causa — e cioè l'obbiettivo politico — è essenziale elemento individuatore del potere politico, e quindi dell'atto politico. Non può quindi riconoscersi la presenza di un atto del genere tutte le volte che l'obbiettivo del provvedimento sia da cercare nella realizzazione di un interesse pubblico di natura diversa da quello politico.

In tutti gli altri casi di presunto eccesso di potere — quelli cioè in cui la deviazione del procedimento logico (nella quale, il vizio suole esser risolto nei più recenti orientamenti dottrinali) (30) non possa essere assunta come indizio dell'intento di avvalersi del potere politico come paravento per l'esercizio di un potere diverso (e casi del genere sono ben frequenti sul terreno degli atti amministrativi) (31) —, non si può invece negare la natura politica dell'atto. Ma sarebbe per altro un errore il pensare in tali casi a un atto politico viziato di eccesso di potere. Perché, o il vizio è di quelli tipici ed esclusivi degli atti amministrativi discrezionali (p. es., la manifesta ingiustizia): e allora non è suscettibile di venir invocato fuori della sfera degli atti amministrativi, tra i quali — come è stato più sopra posto in risalto — l'atto di governo non può farsi rientrare (l'apprezzamento dell'interesse pubblico da parte dell'autorità politica non è suscettibile di alcuna valutazione giuridica). O è di quelli,

(28) *Contra*, GUICCIARDI, *L'atto politico*, 520 s., il quale lega che quando comunque ricorrano delle norme legislative, cui l'autorità debba necessariamente attecnersi nel provvedere, possa esser questione di atto politico.

Per la necessità che l'atto politico, per poter essere applicato dal giudice, rispetti le forme prescritte, v. Trib. Napoli, 6.9.45, *Diritto e giurisprudenza*, 46, 148; 10.6.46, FI 47 I 68 (nello stesso senso JACCARINO, *Osservazioni*, 152; sulla questione, v. pure ANDRIOLI, *Sul pagamento*, 71). E' da notare però che nelle fattispecie in questione, il problema andava impostato diversamente. Si verteva, in fatti, in materia, la quale, per essere riservata al legislativo, non poteva per ciò stesso essere oggetto dell'esercizio di altro potere (v. *supra*, n. 8); e non poteva quindi esser considerata materia di potere politico (né — come è noto — può valere a trasformare in politica l'essenza di una funzione la circostanza della valutazione dell'elemento politico, che sia stata alla base del suo esercizio; una valutazione del genere è, in fatti, comune nell'azione dei pubblici poteri: cfr. MORTATI, *La costituzione*, 108; CADACCI-PISANELLI, *L'incertezza come sanzione di norme non giuridiche*, Giuffrè, Milano 1940, 148). Che poi l'esecutivo, e precisamente alcuni organi ben individuati, abbiano, nel rispetto di certe forme e di certe procedure, la potestà di porre in essere atti dotati dello stesso valore formale degli atti del legislativo, significa che essi, quando di tale potestà si avvalgano, agiscono nell'esercizio di potere legislativo (cfr. RANELLETTI, *Corso di istituzioni di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano 1947 I 2, 72). E, appunto perché si tratta di potestà eccezionale, può essere esercitata soltanto dagli organi cui espressamente è stata attribuita, ed entro i limiti e nelle forme di legge. Per modo che, in tutti gli altri casi — e così appunto nel caso in questione —, o si è fuori della potestà, o si sarà fatto cattivo uso di essa.

(29) Per una recente applicazione nello stesso senso, fuori della materia degli atti politici, cfr. Cons. di Stato, IV, 10.7.46, cit.

(30) Cfr. particolarmente ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, in *Scritti giuridici in onore di GIOVANNI VACCHELLI, Vita e pensiero*, Milano 1937, 458 s.; ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano 1939, 185 s.; AMORUO, *Il diritto dell'atto amministrativo*, Giuffrè, Milano 1939, 105 s.

(31) V. gli esempi recenti da M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano 1939, 188 s. V. anche ROMANELLI, *L'annullamento*, 185.

che fuori del campo del diritto amministrativo vogliono venir configurati diversamente (si pensi, a es., all'omissione dell'esame di un fatto decisivo — caso che dall'art. 360 CPC, n. 5, viene assunto a possibile motivo di ricorso per cassazione): e allora, per la stessa ragione, appunto perchè il vizio di eccesso di potere, è esclusivo del diritto amministrativo, non può di esso parlarsi in relazione all'atto politico, che amministrativo non è: ma potrà, se mai, parlarsi soltanto genericamente di illegittimità (32).

11. - Gli svolgimenti fin qui condotti mi paiono sufficienti a giustificare il mio atteggiamento di favore verso la soluzione adottata dalle decisioni, cui le presenti note si riferiscono, le quali hanno fatto corretta applicazione dei principi alla specie. Il loro approfondito esame dell'intento avuto di mira dall'autorità governativa, al fine di individuare il reale obbiettivo di questa nei casi concreti, era, infatti, indispensabile allo scopo di determinare se nella specie potesse riscontrarsi l'effettivo esercizio di un potere politico, o non piuttosto, dietro lo schermo del potere politico, l'esercizio di una comune attività amministrativa, che si volesse sottrarre al rigore delle disposizioni espressamente per essa previste. E, una volta accertato l'intento di perseguire l'obbiettivo proprio di un potere diverso, era naturale la conseguenza della negazione della natura politica dei provvedimenti.

(32) Del resto, come già è stato autorevolmente avvertito, lo stesso vizio di eccesso di potere degli atti amministrativi, senza bisogno di ricorrere a quella particolare figura, che per esso dottrina e giurisprudenza hanno foggiate, avrebbe potuto e dovuto essere assunto in seno alla categoria generale della illegittimità. Cfr. ROVELLI, *Lo sviamento*, 450 s. È degno di rilievo che la dottrina francese inquadra nella categoria della violazione di legge alcuni dei più tipici vizi, che secondo la concezione corrente presso di noi andrebbero accolti nella categoria dell'eccesso di potere: così, p. es., la non adeguatezza del provvedimento; l'adozione di un provvedimento sul presupposto di fatti inesistenti (cfr. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris<sup>11</sup> 1927, 429).

## Interferenze tra incompetenza ed eccesso di potere\*

Publicato in

*Giurisprudenza Italiana*

Torino, 1947, III, col. 193-198

\* *Nota* a Consiglio di Stato, Sez. IV, 3 luglio 1946, *ibid.*, col. 193;  
la massima è riportata alla pagina seguente

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE IV: 3 LUGLIO 1946; PRES. ROCCO, REL. COLUCCI;  
REISOLI MATTHIEU C. MINISTERO DELLA GUERRA.

*Il vizio di incompetenza di un atto amministrativo va riferito al potere attribuito alla pubblica amministrazione e va individuato attraverso il contenuto e i limiti di tale potere, prescindendo dal fine per cui questo è conferito e dall'uso che se ne è fatto, che possono dar luogo solo a vizi di eccesso di potere.*

1. L'art. 2 del D. L. L. 11 ottobre 1944, n. 257, il quale, come si legge in epigrafe, contiene norme per l'acceleramento del giudizio di epurazione e per il collocamento a riposo dei dipendenti civili e militari dello Stato appartenenti ai primi quattro gradi della classificazione del personale statale, attribuiti per un limitato periodo di tempo (sessanta giorni) al presidente del consiglio dei ministri, sentito il ministro della guerra, in deroga alle disposizioni della legge 9 maggio 1940, n. 369 sullo stato degli ufficiali, il potere di escludere dal servizio, collocandoli nella posizione di stato a essi spettante a norma delle disposizioni in vigore, gli ufficiali dell'esercito dal grado di generale di divisione in su. Il presidente del consiglio si avvale di tale disposizione nei confronti del generale di divisione Reissol Matthieu — il quale non era un epurando — al fine dichiarato della contrazione dei quadri.

Contro i provvedimenti di cui all'art. 2 del citato decreto legislativo, l'art. 6 ammette il ricorso al consiglio di Stato soltanto per incompetenza. E con la decisione che si commenta il consiglio di Stato, escluso che nell'ipotesi del citato provvedimento ricorresse un caso di incompetenza, ha pronunciato l'inammissibilità del ricorso.

La pronuncia è tanto più da segnalare, in quanto interviene su un campo — quello della esclusione e della limitazione dei gravami contro i provvedimenti amministrativi —, sul quale la giurisprudenza, per naturale simpatia, si è sempre ispirata a criteri di particolare larghezza nel riconoscere la possibilità del sindacato, e nel considerare per riflesso circoscritta la sfera dell'azione amministrativa sottratta al ricorso <sup>1)</sup>.

La decisione, fondandosi su un consolidato orientamento — nel seguire il quale ha anzi gradito rifarsi al suo originario rigore <sup>2)</sup> —, ha preso le mosse dalla distinzione tra *potere* e

---

<sup>1)</sup> Cfr., tra le decisioni più recenti, Consiglio di Stato, IV Sezione, 23 gennaio 1946, in *Foro ital.*, 1946, III, 72; V Sezione, 26 marzo 1946, *ivi*, 127; 18 settembre 1946, *ivi*, 1947, III, 25; 5 novembre 1946, *ivi*; e segnatamente IV Sezione, 15 maggio 1946, in *Giur. ital.*, 1947, III, 33.

<sup>2)</sup> Nella giurisprudenza più recente non ricorre troppo frequentemente l'identificazione della deficienza del potere con l'incompetenza, consueta alla più antica formula contenuta nella decisione della IV Sezione, 27 gennaio 1928, in *Foro amm.*,

uso del potere <sup>3)</sup>. E, dal tradizionale inquadramento in seno alla seconda categoria di tutti i difetti che si sogliono abbracciare sotto il nome di eccesso di potere <sup>4)</sup>, ha, nella fattispecie in esame — nella quale era riscontrabile un impiego del potere per un fine diverso da quello per il quale era stato conferito —, ricavato la conseguenza che, non essendo questione della sussistenza o meno del potere, ma semplicemente del suo uso, non potesse parlarsi di incompetenza, ma dovesse parlarsi di eccesso di potere, e dovesse di conseguenza escludersi la possibilità di ogni sindacato giurisdizionale.

2. A me pare tuttavia che proprio la premessa sia meritevole di revisione. Non ritengo, in fatti, esatto affermare che tutti i vizi dell'atto amministrativo che sogliono esser compresi sotto il titolo dell'eccesso di potere attengano all'uso del potere. Perché alcuni di essi — e anzi appunto quelli ai quali maggiormente si è rivolta l'attenzione della dottrina, che nel suo orientamento dominante ha preferito designare l'eccesso di potere come un vizio della causa dell'atto amministrativo <sup>5)</sup> — incidono proprio sulla consistenza del potere, o non soltanto sul suo uso.

Non ostante i preziosi contributi che ad esso sono stati dedicati dalla nostra dottrina <sup>6)</sup>, lo studio dell'eccesso di potere merita di essere ulteriormente approfondito. Quando ciò verrà fatto — non è questa in vero la sede per affrontare sì delicato argomento — si avrà modo di constatare in modo definitivo come sotto la ormai tradizionale figura, che, sopra tutto per merito della raffinata sensibilità giuridica del Consiglio di Stato, la nostra scienza ha con tale nome raffigurato, si sono comprese

1928, I, 1, 105, la quale aprì la via al controllo giurisdizionale sugli atti amministrativi dichiarati dalla legge insindacabili. Cfr., per es., la decisione della IV Sezione, 28 luglio 1943, in *Foro ital.*, 1946, III, 16.

<sup>3)</sup> Cfr. le decisioni citate nella *Relazione* del Presidente sul Consiglio di Stato nel biennio 1929-30 (139 seg.), nel quinquennio 1931-35 (II, 725), e nel quinquennio 1936-40 (II, 613 segg.), e segnatamente le decisioni della IV Sezione, 26 agosto 1936, in *Foro ital.*, 1936, III, 241; 22 ottobre 1940, *ivi*, 1941, III, 133.

<sup>4)</sup> Cfr. espressamente, per es., la decisione della IV Sezione, 26 agosto 1936, *cit. sub nota* prec., nonché la recentissima decisione della IV Sezione, 21 marzo 1947, tuttora inedita.

<sup>5)</sup> V. Indicazioni in ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 178 seg. In giurisprudenza, vedi nello stesso senso, da ultimo, la decisione della IV Sezione, 21 marzo 1947, *cit. sub nota* precedente.

<sup>6)</sup> Per la bibliografia in argomento, vedi ROMANELLI, *L'annullamento*, *cit.*, 167 segg.

delle differenti categorie di vizi <sup>7)</sup>. In seno a queste preme qui segnalare una decisiva specificazione tra i casi, in cui il difetto dell'atto amministrativo impegni addirittura la *funzione* che l'ordinamento lo chiamò a esplicare, e quelli in cui il difetto riguardi soltanto l'*iter logico* percorso dall'agente nel giungere alla formulazione dell'atto.

In quest'ultima categoria rientrano tutte le ipotesi, in cui il vizio, pur senza toccare l'essenza funzionale dell'atto, incide tuttavia sfavorevolmente, a causa di una deviazione nel corso del procedimento logico dai canoni cui avrebbe dovuto attenersi, sulla determinazione concretamente adottata — e cioè quei casi in cui l'atto sia viziato nei motivi senza che il vizio ricari però sulla causa, quei casi in cui l'ipotesi ispiratrice dell'azione non coincida con la realtà, quei casi in cui, in relazione a situazioni analoghe, si sia operato in modo diverso, ecc.

Nell'altra categoria rientrano, per contro, tutte le ipotesi, in cui la deviazione investa in modo immediato o diretto la causa dell'atto, vale a dire la funzione per l'esplicazione della quale l'ordinamento riconobbe a quel determinato agente di cui si tratti il potere giuridico del quale sia questione <sup>8)</sup> — e cioè le ipotesi in cui si può correttamente parlare di un vizio della causa dell'atto.

Ora, in relazione a quelle per prima indicate, dove effettivamente riconoscersi che il vizio non investe il potere in sé e per sé, ma tocca soltanto l'uso del potere. Esso, in fatti, non incide nè sui termini del potere (il soggetto e l'oggetto), nè sugli elementi che individuano la consistenza del potere (il contenuto e la causa) <sup>9)</sup>, nè su quelli che lo condizionano nell'ambiente

7) Cfr. espressamente RANELLETTI, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7<sup>a</sup> ediz., Milano, 1945, 70 segg.; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, 4<sup>a</sup> ediz., Milano, 1945, 281 segg.

8) Sulla attinenza della causa al potere, vedi le lucide osservazioni del MIELE, *Principii di diritto amministrativo*, I, Pisa, 1945, 155 segg., al quale rinvio anche per la definizione della causa. Per la nozione di questa, vedi di recente, in modo particolarmente soddisfacente, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, 112 segg., e presso di lui, a p. 111 segg., ricche indicazioni di letteratura. Contro la concessione obbiettiva della causa — oggi assolutamente dominante — ha di recente spezzato una lancia il CARUSI, *La causa dei negozi giuridici e l'autonomia della volontà nel diritto privato italiano*, Napoli, 1947, 95 segg.

9) La distinzione tra questi due elementi appare alquanto confusa nella decisione annotata, particolarmente in quel punto dove si legge che « il contenuto è lo stesso ufficio cui (l'atto) deve adempiere, è la sua stessa intrinseca funzione, l'oggetto diretto ed immediato per cui è stato istituito ed attribuito, e che costituisce la sua ragion d'essere ».

esterno (le circostanze storico-ambientali)<sup>10)</sup>. Ma riguarda soltanto il modo, in cui il potere — individuato nella sua titolarità e nella sua consistenza — sia stato esercitato.

In relazione alle ipotesi cui si è fatto cenno da ultimo, invece, essendo la causa — e cioè la funzione in ordine alla quale il potere venne attribuito all'agente — un elemento di specificazione dell'essenza del potere<sup>11)</sup> — in quanto ogni potere risulta preordinato a determinate finalità<sup>12)</sup> —, occorre a sua volta convenire che il vizio investe il potere nella sua stessa essenza.

In tali ipotesi dunque il vizio — e cioè la deviazione dell'atto dall'esplicazione della sua funzione — si risolverà, col venir meno di uno degli elementi individuatori della essenza del potere, in una deficienza di questo. Nell'atto posto in essere per una causa diversa da quella per cui il potere di emanarlo venne conferito all'agente — e cioè nell'esplicazione di una funzione diversa —, data l'essenzialità della causa al potere, quest'ultimo manca, nè più, nè meno che come manca nell'atto che abbia un agente, un oggetto o un contenuto diversi da quelli assegnatigli dall'ordinamento<sup>13)</sup>.

3. Escluso dunque — in contrasto con l'orientamento corrente<sup>14)</sup> — che la deviazione dell'atto amministrativo dalla sua funzione inerisca all'uso del potere, e posto in evidenza che essa investe invece la consistenza stessa del potere, interessa ancora specificare se un difetto di tal genere importi in ogni caso quel vizio che tradizionalmente si suole designare col nome di eccesso di potere, o se talvolta esso non possa dar luogo a un vizio di natura diversa.

<sup>10)</sup> Questi sono, in fatti, i fattori operanti in relazione alla titolarità e alla consistenza del potere. Vedi SANDULLI, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1947, I, fasc. 3.

<sup>11)</sup> Cfr. SANDULLI, *Per la delimitazione*, cit., e ivi indicazioni.

<sup>12)</sup> Cfr. MIELE, *Principii*, cit., I, 156 seg.

<sup>13)</sup> Cfr. le due decisioni del Consiglio di Stato, IV Sezione, 21 giugno 1946, n. 194 e 20 dicembre 1946, n. 351, da me annotate nella *Giur. Cass. civ.*, 1946, II, 2, 508 sgg., nelle quali è stata negata la qualifica di atti del potere politico a dei provvedimenti coi quali la pubblica amministrazione si era avvalsa di una norma, che le attribuiva particolari poteri nell'esercizio della funzione politica, per provvedere invece all'esercizio della funzione disciplinare. — È inoltre da tener presente che la giurisprudenza, in quei casi in cui riscontra l'esplicazione di una funzione diversa da quella dichiarata, è rigorosa nell'esigere il rispetto delle norme proprie della funzione effettivamente esercitata, considerando non sufficiente il rispetto delle norme proprie della funzione dichiarata (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, IV Sezione, 10 luglio 1946, in *Foro ital.*, 1947, III, 60).

<sup>14)</sup> Vedi, da ultimo, IV Sezione, 21 marzo 1947, cit. *sub nota* 4.

Le difficoltà della distribuzione dei diversi difetti dell'atto amministrativo nelle tre tipiche figure — incompetenza, eccesso di potere, violazione di legge —, in cui il nostro legislatore li ha voluti ripartiti, hanno trovato opportuna eco nella decisione annotata, la quale si è trovata alle prese con uno dei più delicati — per quanto meno considerati — dei suoi aspetti. Era stato, in fatti, invocato dalla acuta difesa del ricorrente il vizio di incompetenza, in relazione al quale non poche perplessità tengono tuttora dottrina e giurisprudenza.

In proposito, — in conformità coi principii che ho cercato di dimostrare in altro studio, dedicato appunto al vizio di incompetenza degli atti amministrativi <sup>15)</sup> — a me pare occorra ragionare nel modo seguente.

L'incompetenza è quel particolare caso di illegittimità, che ricorre allorchè un organo amministrativo abbia invaso la sfera delle attribuzioni di un altro organo della pubblica amministrazione: essa cioè ricorre tutte le volte che da un organo amministrativo sia stato esercitato un potere proprio di un altro organo amministrativo. Si tratta dunque di un caso di deficienza di potere, qualificato dall'invasione della sfera di un potere altrui.

Ora, siccome la deficienza di potere — sia o non sia qualificata nel modo or ora detto — importa sempre una illegittimità dell'azione esplicata, ne discende che ogni caso di incompetenza non avrebbe rappresentato meno un vizio di legittimità dell'atto amministrativo, qualora il legislatore, anzi che procedere a una tricotomia, avesse configurato soltanto due specie di vizi dell'atto amministrativo: la violazione di legge o l'eccesso di potere.

Ciò implica che il vizio di incompetenza, una volta formulato dal legislatore, viene, in fondo, a limitare la sfera, che, qualora non fosse stato formulato, sarebbe stata propria degli altri due vizi. Esso viene a ridurla di quel tanto di casi di deficienza di potere, che vanno inquadrati nella categoria che porta il suo nome.

Resta ora però da stabilire se l'incompetenza incida, riducendola, su tutta la sfera dei vizi di legittimità, o soltanto su una delle due partizioni di essa che si sogliono designare col nome di violazione di legge o di eccesso di potere.

A questa seconda soluzione porterebbe l'accedere all'opinione, sulla base della quale tutti i casi, che si sogliono comprendere nella categoria dell'eccesso di potere, sarebbero inerenti all'uso, e non alla consistenza del potere. Da tale premessa discenderebbe, in fatti, come immediata conseguenza, che i casi di deficienza di potere sarebbero da ricercare — una volta che si precinda dalla sfera dell'incompetenza — soltanto nella sfera della violazione di legge.

<sup>15)</sup> SANDULLI, *Per la delimitazione*, cit.

Tuttavia, una volta precisato, come ho cercato di fare nel numero precedente, che quei particolari casi di eccesso di potere, i quali consistono in un vizio della causa dell'atto, importano anch'essi una vera e propria deficienza di potere, viene a cadere ogni ostacolo contro la possibilità di configurare dei casi di incompetenza, i quali interferiscano con la sfera del vizio di eccesso di potere.

Se, in vero, generalmente la distribuzione delle attribuzioni tra le varie autorità viene fatta sulla base dell'oggetto e del contenuto dell'azione, non rari sono tuttavia i casi, in cui essa viene fatta, a parità di oggetto e di contenuto, proprio sulla base della funzione dell'atto. Basti pensare — oltre che al campo del rapporto di pubblico impiego, sul quale attualmente ci si muove, particolarmente per ciò che riguarda le diverse cause di licenziamento — ai vistosi esempi di cui è ricca la materia delle requisizioni, la quale viene di massima ripartita tra autorità diverse, proprio in considerazione delle diverse finalità da cui la requisizione può essere ispirata (si confrontino, per es., gli art. 33 sgg. del R. D. 18 agosto 1940, n. 1741 sulle requisizioni di guerra, con l'art. 7 della legge sul contenzioso amministrativo, e con l'art. 353 del T. U. delle leggi sanitarie)<sup>14</sup>).

Alla stessa maniera, dunque, che, nell'ipotesi di una autorità amministrativa la quale abbia posto in essere un atto il cui contenuto non rientri nei suoi poteri, si sarà in presenza di un vizio di incompetenza o di violazione di legge, a seconda che un atto di quel contenuto rientri o meno nella sfera di attribuzioni di un'altra autorità — nell'ipotesi di un'autorità, la quale abbia posto in essere un atto per realizzare una finalità, la quale in linea generale, o in relazione all'ipotesi specifica, sia estranea ai suoi poteri, si sarà in presenza di un vizio di incompetenza o di eccesso di potere, a seconda che la funzione, che attraverso l'atto si intese esplicare, sia o non riservata ad altra autorità.

In questa seconda ipotesi, in vero, ci si trova proprio di fronte a una manifestazione di quella invasione della sfera dell'altrui potere, che è propria e caratteristica dell'incompetenza.

4. Di tal fatta era appunto il caso nella fattispecie che dette luogo alla decisione che si commenta. Il presidente del consiglio dei ministri aveva, in base all'art. 2 del D. L. L. 11 ottobre 1944, n. 257, il potere di escludere dei generali dell'esercito dal servizio soltanto in via del tutto eccezionale, o nell'esercizio della funzione epurativa attribuitagli per un ben limitato periodo di tempo. L'essersi egli avvalso della norma, che gli

<sup>14</sup>) In argomento, vedi il recente accurato studio del VITTA, *Requisizioni di immobili fuori dei casi di guerra*, in *Giur. ital.*, 1947, III, 49 segg., nonché LUCIFREDI, *Le prestazioni obbligatorie in natura dei privati alla pubblica amministrazione. Le prestazioni di cose*, Padova, 1935, 330 segg.

accordava tale potere, per provvedere nell'esplicazione di funzione da lui stesso riconosciuta estranea alla epurazione, e, appunto in quanto tale, pertinente ad altra autorità, e precisamente al capo dello Stato (art. 36 segg. della legge 9 maggio 1940, n. 369, sullo stato degli ufficiali)<sup>17)</sup>, implicava per ciò incompetenza, e non semplice eccesso di potere.

Non mi pare quindi di poter consentire con la soluzione accolta dalla decisione annotata.

In relazione alla quale vorrei fare ancora, prima di chiudere, un'ultima considerazione. Ed è che probabilmente non è del tutto esatta l'affermazione, in essa contenuta, che una norma, la quale consenta il ricorso per il solo vizio di incompetenza, in fondo non conceda una possibilità di sindacato « maggiore per ampiezza e profondità » di una norma, la quale neghi ogni sindacato sull'atto, essendo il sindacato da considerare, tanto nell'uno, quanto nell'altro caso, limitato all'accertamento della sussistenza della competenza.

A parte i rilievi che possono esser fatti contro l'identificazione del concetto di deficienza del potere con quello di incompetenza — nella quale incorre la decisione annotata<sup>18)</sup> —, è da osservare, in fatti, che l'ammissione del ricorso per il vizio di incompetenza è sempre qualcosa di più che l'esclusione di ogni possibilità di ricorso.

È noto, in fatti, che, in vista della determinazione dei limiti delle sindacabilità di un atto dichiarato insindacabile dalla legge, ciò che è decisivo è la identificazione dell'atto. Il problema di tale identificazione, poi, di volta in volta, può essere circoscritto all'indagine più o meno penetrante di uno o più fattori, a seconda che l'insindacabilità venga limitata a una ristretta serie di atti specificamente o addirittura singolarmente individuati, o venga estesa a una più ampia categoria<sup>19)</sup>.

Ora, in questa seconda ipotesi, a me pare possa darsi anche la possibilità che un non grave difetto di incompetenza non sia sufficiente a far considerare l'atto venuto in essere come diverso rispetto a quello sottratto al sindacato, e quindi a renderlo sindacabile<sup>20)</sup>. Mentre invece, quando la legge espressamente ammetta il ricorso per il vizio di incompetenza, anche i casi meno gravi di incompetenza saranno sempre esposti al sindacato.

<sup>17)</sup> Vedi ora, per quanto riguarda la materia della contrazione dei quadri, l'art. 1 del R. D. L. 14 maggio 1946, n. 384, nonché il D. C. P. S. 15 novembre 1946, n. 377.

<sup>18)</sup> Cfr. SANDULLI, *Per la delimitazione*, cit.

<sup>19)</sup> Cfr. partic. le decisioni del Cons. di Stato, IV Sezione, 9 maggio 1936, in *Foro amm.*, 1936, I, 1, 260, o 26 agosto 1936, in *Foro ital.*, 1936, III, 241.

<sup>20)</sup> Cfr. SANDULLI, *Osservazioni sulla sindacabilità giurisdizionale dei provvedimenti sottratti a ogni gravame emessi da autorità incompetente*, in *Foro ital.*, 1941, III, 193 segg.



## Un provvedimento amministrativo ultrasecolare in materia di usi civici\*

Pubblicato in

*Il Foro Italiano*

Bologna, 1947, III, col. 30-35

\* *Nota* a Consiglio di Stato, Sez. V, 27 agosto 1946, *ibid.*, col. 30;  
le massime sono riportate alla pagina seguente

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE V: 27 AGOSTO 1946; PRES. SAVINI NICCI P., EST. SEVERI; COMUNE DI NICASTRO (AVV.TI TALLARICO, D'ALESSIO) C. MINISTERO AGRICOLTURA E FORESTE (AVV. DELLO STATO CARAVITA) E NICOTERA (AVV.TI SELVAGGI, TUMEDEI).

*Quando nel corso di un procedimento amministrativo sopravvenga una modificazione legislativa che, senza incidere sulla natura del procedimento, si riferisca soltanto alle modalità di taluni atti, la nuova legge si applica soltanto agli atti non ancora compiuti.*

*Una procedura di ripartizione di demanio comunale, iniziata sotto il Regno delle due Sicilie e mancante solamente dell'approvazione sovrana, può ben ritenersi perfezionata con l'approvazione sovrana, prevista dall'art. 13 della legge 16 giugno 1927 n. 1766, che s'applica per analogia alla specie.*

1. — La fattispecie è delle più singolari. Un procedimento amministrativo, rimasto sospeso per più di centoventiquattro anni, viene ripreso e portato a compimento, non ostante che in tale lasso di tempo, non solo, si fossero naturalmente succedute norme di legge, le quali più volte avevano mutato la procedura della materia, ma fossero addirittura intervenute radicali trasformazioni nel sistema dell'organizzazione politica, con la successione di un nuovo ordinamento a quello sotto il quale il procedimento aveva avuto inizio.

2. — Il caso suscita una complessa problematica.

In ordine logico, la prima questione, che si pone, è inerente ai limiti della rilevanza giuridica, che, nel caso di una successione tra Stati, conserva l'ordinamento dello Stato estinto.

Secondo la dottrina più diffusa e più accettabile, lo Stato italiano unitario, ufficialmente proclamato con la legge 17 marzo 1861, è risultato dalla annessione al Regno di Sardegna dei rimanenti Stati italiani (1). Ora, una volta accettata l'opinione che l'annessione implica per sé stessa l'accoglimento — nei limiti del suo precedente vigore, e nei limiti della compatibilità (2) — dell'ordinamento giuridico dell'entità annessa, da parte dell'ordinamento dell'ente annettente (3), non può venir recata in dubbio l'assunzione — naturalmente entro i predetti limiti — delle norme del Regno delle due Sicilie da parte dello Stato italiano (4), e la

(1) Cfr., per tutti, ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1946, 193 segg.

(2) La caratteristica della compatibilità ha essenziale rilievo. Esistono, infatti, certamente delle norme dell'ordinamento annesso, le quali vengono automaticamente a cadere per il solo fatto dell'annessione. Così avviene, per necessità di cose, almeno per le norme relative all'ordinamento costituzionale, e per quelle non conciliabili con l'ordine pubblico dello Stato successore. Si va invece troppo oltre quando si giunge a sostenere senz'altro l'estensione anche indipendentemente dalla pubblicazione, delle norme di diritto pubblico dello Stato successore ai territori annessi (cfr., ad es. Cassaz. Firenze 20 giugno 1868, nella *Giur. toscana*, 1868, 80; Cassaz. Torino 30 settembre 1875, nella *Legge*, 1876, I, 92).

(3) In tal senso, ROMANO, *Di una particolare forma di successione di Stati (a proposito dell'annessione di Fiume)*, nella *Riv. di dir. internaz.*, 1925, 298 segg., e ivi indicazioni circa le altre opinioni sostenute in dottrina.

(4) Cfr. SAREDO, *Trattato delle leggi*, Firenze, I, 1871, 199. Il decreto del Re di Sardegna 7 ottobre 1859, n. 3627, successivamente applicato nelle varie annessioni territoriali che si susseguirono tra il 1859 e il 1860, all'art. 11 disponeva: « nulla è innovato alle antiche legislazioni vigenti nelle rispettive provincie ».

validità di tali norme fino a quando non sia intervenuta, da parte di quest'ultima, una manifestazione di volontà contraria (5).

La questione della determinazione della incompatibilità tra le norme dei due ordinamenti non è però sempre di facile soluzione. E ciò vale particolarmente sottolineare — ai fini del caso in esame — in relazione alla mutata organizzazione giuridica statale. Così, venuto meno il Regno delle due Sicilie, e con esso il suo monarca — organo naturalmente incompatibile con l'ordinamento dello Stato italiano — in relazione a ciascuno dei provvedimenti di sua competenza sorge la necessità di determinare, di volta in volta, se esso fosse di quelli tipicamente e istituzionalmente connessi col sistema giuridico venuto meno, e facesse capo al sovrano del Regno delle due Sicilie proprio e solo in quanto tale — e quindi in modo incompatibile col venir meno dell'organo dotato di quel titolo — (come sarebbe il caso per gli atti di prerogativa regia) (6), o pure di quelli puramente e semplicemente connessi alla sua qualità di capo dello Stato, come tali non incompatibili col trasferimento di quella qualità nell'organo analogo dello Stato annettente (come sarebbe di massima il caso per la generalità degli atti amministrativi). In mancanza di espressa volontà contraria del nuovo legislatore, in fatti, per gli atti, per cui — malgrado il venir meno dell'organo — non esista alcun fattore di incompatibilità, sono da considerare presuntivamente competenti i corrispondenti organi dello Stato successore (7). Per gli altri, invece, soltanto l'intervento di una norma espressamente rivolta a tal fine può far sorgere negli organi dello Stato successore una legittimazione.

Ora, nel caso della approvazione sovrana dei provvedimenti dell'autorità competente in materia di ripartizione di beni demaniali già gravati di usi civici, ci si trova di fronte a un atto, il quale anche sotto il Regno delle due Sicilie aveva indubbia natura amministrativa. A escluderne la natura di atto di regia prerogativa, mi valgono decisive le garanzie giuridiche risultanti, oltre che dalle regole procedurali che accompagnavano, secondo il diritto napoletano, quelle ripartizioni, sopra tutto dal ricorso alla Gran Corte dei Conti, dato contro di esse (art. 10 della legge organica della Gran Corte dei Conti 29 marzo 1817) (8).

(5) V., infatti, presso ZANOBINI, *La pubblicazione delle leggi nel diritto italiano*, Torino, 1917, 308 segg., copiosi esempi di norme legislative con le quali di volta in volta venne estesa alle provincie annesse la vecchia legislazione piemontese.

(6) Scrive il ROMANO, *Di una particolare figura*, cit., 301, che, in caso di successione di Stati, « non si trasferiscono quei diritti o doveri, coi detti personalissimi, che per la loro natura implicano un necessario riferimento a un determinato soggetto — lo Stato annesso — e non sono quindi passibili di trasferimento a un soggetto diverso ».

(7) La Corte di Lucca, con sentenza 28 giugno 1861, riconobbe valida una legge promulgata e pubblicata dal governo italiano, dopo essere stata formata dal governo toscano provvisorio. Cfr. SAREDO, *op. cit.*, I, 189.

(8) E' noto che la sottrazione a ogni controllo giurisdizionale è caratteristica degli atti di regia prerogativa. Cfr., per tutti, ORIGONA, *Provvedimenti regi sottratti ai controlli giurisdizionali*, Roma, 1935, 70.

Quindi la competenza all'approvazione era, con la caduta del Regno delle due Sicilie, anche in mancanza di espresse norme in materia, da considerare trasferita al sovrano d'Italia.

3. — Se in tal modo resta sgombrato il terreno da un notevole ostacolo, non risultano però superate tutte le difficoltà che la fattispecie presentava. Tali difficoltà sorgevano sopra tutto dalla circostanza che nel caso specifico, essendo sopravvenuti vari mutamenti nella legislazione relativa alla procedura delle ripartizioni dei beni demaniali soggetti a usi civici, si trattava di determinare se e quale valore conservassero gli atti della procedura già iniziata, e se e in qual modo fosse ammissibile una sutura della vecchia con la nuova procedura.

Un primo rilievo da fare in proposito è che, per potere, di fronte a un mutamento della legislazione, dare per ammissibile una sutura tra gli elementi della procedura venuti in essere sotto la legge abrogata e in conformità di essa, e quelli previsti dalla legge nuova, occorre innanzi tutto — come è stato acutamente avvertito dalla decisione annotata — stabilire se la seconda possa venir considerata come una continuazione omogenea della prima (9). Non basta cioè che essa sia sottentrata nella materia già soggetta alla prima, e cioè si trovi con la prima in una relazione di identità funzionale. Nè, d'altro canto, è indispensabile che consti di atti, i quali, sia pur con modificazioni nei loro caratteri formali e sostanziali o nella successione cronologica, siano i medesimi di cui si componeva la prima: e cioè non è indispensabile che essa si trovi con la prima in una relazione di identità strutturale. Tuttavia è per lo meno necessario — mi pare — che le eventuali modifiche strutturali siano tali, che nei loro confronti possa effettivamente parlarsi soltanto di modifiche e non di trasformazioni, e cioè che nella nuova procedura possa effettivamente riconoscersi, se pur rinnovata, quella stessa che prima era in vigore, e non un'altra. E' essenziale cioè che essa continui, non solo nella funzione, ma anche, entro certi limiti, nella struttura, — e quindi omogeneamente — la prima.

Qui, in una fugace delibazione dell'argomento — il quale mi pare a ogni modo meritevole di più approfondito esame — non è il caso di indugiarsi in casistiche. Tuttavia sembra che non si possa ammettere di trovarsi di fronte alla medesima procedura per lo meno tutte le volte, in cui la nuova legge preveda l'aggiunta di nuovi elementi in seno al nucleo propriamente costitutivo dell'effetto giuridico (10), o la sostituzione dei vecchi elementi con altri di natura diversa. L'ultima situazione ricorre in particolare nell'ipotesi di sostituzione di uno o più elementi del

(9) Con minore proprietà, ma con chiara intuizione, la decisione annotata dice che è necessario che tra i due provvedimenti si riscontri « un sostanziale parallelismo ».

(10) Su questo concetto, v. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 179 segg.

nucleo costitutivo con altri posti in essere nell'esercizio di una diversa funzione: e più precisamente, non solo tutte le volte che si tratti di atti posti in essere nell'esercizio di una funzione sovrana diversa da quella esercitata mediante l'atto sostituito (p. es., atto giurisdizionale, o atto di regia prerogativa, invece che atto amministrativo); ma anche tutte le altre volte che si tratti di atti posti in essere nell'esercizio di una diversa competenza specifica (p. es., atto dell'intendente di finanza, anzi che atto del prefetto). Essa non ricorre invece, a mio avviso, quelle volte in cui la competenza, al fine di snellire l'esercizio delle pubbliche funzioni, sia stata da un organo ordinario trasferita a un organo straordinario appositamente costituito, e dotato di massima delle medesime attribuzioni, di cui il primo disponeva in materia.

Ora, è ben noto che la legislazione dello Stato italiano in materia di usi civici è stata essenzialmente ispirata da quella dello Stato napoletano (11). In particolare, la procedura per la liquidazione degli usi civici delle vecchie provincie napoletane venne lasciata sostanzialmente immutata dalla legislazione del periodo dell'unificazione del Regno (art. 16, 1° comma, della legge 20 marzo 1865, all. E) (12), salvo la facoltà del Governo di affidare a speciali commissari ripartitori le funzioni proprie dei prefetti (art. 16, cit., 2° comma). E con il regio decreto-legge 22 maggio 1924 n. 751, convertito nella legge 16 giugno 1927 n. 1766, tali funzioni vennero trasferite ai commissari regionali per gli usi civici.

Alla stregua dei criteri esposti, pare dunque legittimo parlare della procedura di liquidazione degli usi civici secondo il sistema borbonico previsto dall'art. 186 della legge sull'amministrazione civile 12 dicembre 1816, e secondo il sistema vigente, come della medesima procedura. E pare quindi ammissibile — dato il carattere di continuazione omogenea che tra essi si stabilirebbe — ammettere una sutura tra elementi appartenenti alla prima ed elementi appartenenti alla seconda serie procedurale.

4. — Una volta accolte tali premesse, per quanto riguarda i casi in cui le modificazioni sono di natura tale, per cui non se ne possa considerar mutata l'essenza stessa della procedura, e così nel caso in esame, non rimane che far capo ai principi generali applicabili ai casi, in cui, durante il progredire di una fattispecie a formazione successiva, sopravvenga una legge innovatrice della serie e dei suoi elementi.

(11) Cfr. CURIS, *Gli usi civici*, Roma, 1928, 20.

(12) Le attribuzioni degli intendenti (i quali le derivavano da un decreto del 27 dicembre 1811), già trasferite a commissari demaniali con decreto 1° gennaio 1891, erano state restituite ai prefetti — sostenuti agli intendenti a capo delle provincie — col decreto 10 marzo 1863.

Come in sede più adatta con maggiore ampiezza. ho avuto modo di illustrare (13), al fine di determinare la rilevanza che una innovazione del genere è in grado di avere in relazione alla fattispecie, e quindi agli effetti a essa collegati, occorre aver riguardo al punto di sviluppo raggiunto dalla serie al momento del sopravvenire della norma innovatrice. Sarebbe inesatto, in fatti, ritenere — come, sulle orme di quanto comunemente si fa, mostra di ritenere il Consiglio di Stato — che, quale che sia lo stadio raggiunto dalla procedura, la soluzione abbia a essere identica.

Qui non resta dunque che richiamarsi ai principi a suo luogo fissati, per ricordare come il sopravvenire di norme innovatrici, relative alla fase preparatoria e alla fase costitutiva del procedimento, non sia in grado di esercitare alcuna influenza in ordine a quei-procedimenti, i quali abbiano ormai già portato al compimento del nucleo costitutivo dell'effetto giuridico. Tale era, in fatti, all'atto dell'intervento delle modifiche legislative introdotte nella procedura della liquidazione degli usi civici dal legislatore del Regno d'Italia, lo stadio raggiunto dal procedimento che ci interessa, col provvedimento dell'Intendente di Calabria. La natura dell'approvazione, in fatti, come è noto, è quella di un semplice elemento di efficacia (14). E quindi la fase costitutiva dell'effetto giuridico era da considerare nell'ipotesi specifica già perfezionata con l'atto dell'Intendente, e prima dell'intervento della approvazione sovrana.

Dunque può concludersi che, essendo col provvedimento intestativo acquisito al patrimonio giuridico degli interessati — per quanto in stato di pendenza — il fatto della ripartizione, regolarmente venuto in essere secondo le regole procedurali della epoca del suo compimento — e quindi in piena rispondenza del principio *tempus regit factum* (15) — esso non poteva rimanere esposto alle successive modificazioni del regime procedurale predisposto al suo compimento.

---

(13) V. SANDULLI, *op. cit.*, 406 segg., al cui svolgimenti rinvio a chiarimento degli sviluppi che seguono.

(14) V., anche per richiami bibliografici, SANDULLI, *op. cit.*, 274 segg. E' vero che non mancano casi, in cui col *nomen juris* di approvazione si designano degli atti di natura diversa (per qualche esempio, v. *op. cit.*, nota 8 a pag. 171). Tuttavia non pare che tale ipotesi ricorra nel caso in esame.

(15) La circostanza dello stato di pendenza, derivante dalla mancanza di un elemento d'efficacia della fattispecie, non vale a far sì che un diritto debba esser considerato non ancora nato e non ancora acquisito al patrimonio giuridico del suo titolare. Cfr., anche per richiami dottrinali, SANDULLI, *op. cit.*, 308 segg.

Per quanto riguarda l'approvazione sovrana, è invece appunto inerente al principio generale *tempus regit factum* che essa risponda alla disciplina legislativa dell'epoca del suo venire in essere (16).

5. — Non mi pare tuttavia che in tal modo tutti i problemi, cui poteva dar luogo la fattispecie, che si presentava all'esame del Consiglio di Stato, siano esauriti. Rimane, in fatti, da chiedersi se la circostanza che una procedura sia rimasta pendente per sì lungo lasso di tempo, senza esser portata a compimento, non sia per sua natura tale da inficiare la stessa vitalità di essa.

Probabilmente la materia, a un attento esame, può dar luogo a una complessa casistica. Tuttavia non mancano casi, sui quali è possibile pronunciarsi senz'altro con una notevole sicurezza. Così, per esempio, è ovvio che la procedura rimarrebbe naturalmente caduca per lo meno tutte le volte, in cui ne fosse per una qualsiasi ragione venuto, durante il tempo trascorso, a mancare l'oggetto, o in cui si fossero venuti a modificare i presupposti, con esplicito riferimento ai quali essa fosse stata preordinata.

Qui non è però la sede più propizia per approfondire l'analisi in questa direzione. L'analisi andrebbe condotta, in fatti, su un piano di teoria generale, e involgerebbe problemi di non comune ampiezza, e tutt'altro che esaurientemente dissodati, quali il principio dell'economia dei mezzi giuridici, il principio della sicurezza dei rapporti, e forse anche la teoria della presupposizione. Dunque non è il caso di soffermarsi qui su di essa.

Tuttavia la circostanza della formulazione della ammissibilità di una caducazione delle norme giuridiche per desuetudine (17), e la esistenza dell'istituto universale della prescrizione, aprono già per sé sole la mente a prospettarsi la presenza di un più vasto e generale principio, relativo all'influenza negativa del tempo su tutte le situazioni create dal diritto e rimaste lungamente senza esercizio. È logico che tale principio operi in modo diverso nei diversi campi del diritto. Ed è logico che la durata del mancato impiego suscettibile di influire sull'uno o sull'altro fenomeno giuridico varii dall'un caso all'altro. Comunque l'esistenza di un tale principio è un fatto.

Ora, anche da questa generalissima formulazione — la quale non ha alcuna pretesa di definitività — mi pare possa esser ricavata qualche conseguenza in ordine al caso in esame.

(16) L'applicabilità dell'art. 13, 2° comma, della legge sugli usi civili del 1927, non era dunque, nel caso in esame, questione di interpretazione analogica, come ha ritenuto la decisione annotata: ma discendeva direttamente dai principi.

(17) Cfr., per tutti, FORTI, *Diritto amministrativo*, 2° ed., Napoli, I, 1931, 93 seg.

Decorsi oltre centoventi anni dall'emissione di un provvedimento rimasto ineseguito per non essersi compiuta la procedura necessaria a che esso potesse acquistare esecutorietà, non sarebbe stata, quanto meno, necessaria, da parte dell'autorità attualmente competente, e cioè da parte del commissario liquidatore degli usi civici, una rivalutazione della situazione presa a base del provvedimento? In circostanze del genere ciò discende, oltre tutto, dal principio generale della necessità che la pubblica Amministrazione agisca sempre ispirata dalla più fedele rispondenza della sua azione agli obiettivi da realizzare (e tale rispondenza va sempre valutata alla stregua delle circostanze di tempo e di luogo). La omissione di tale rivalutazione, dopo centoventiquattro anni, è suscettibile quindi di esser presa nel nostro caso in considerazione ai fini di un giudizio circa la legittimità dell'azione amministrativa.

Nè si dica che, ricorrendo nel caso specifico una approvazione, e cioè un controllo di merito, una rivalutazione delle circostanze in fondo non mancò. Altra è, in fatti, la funzione dell'amministrazione attiva, la quale è quella competente a provvedere, e, se del caso, a modificare o revocare; altra la funzione dell'amministrazione di controllo.

La cosa, del resto non rimane senza rilevanti ripercussioni sul piano delle garanzie giurisdizionali concesse al cittadino. Perchè, mentre, una volta ammessa la necessità di una rivalutazione da parte dell'amministrazione attiva, risolvendosi la sua omissione nella violazione di una norma giuridica, essa si riflette in una illegittimità dell'atto di approvazione (18), da far valere quindi anche innanzi al giudice di pura legittimità; quando invece non la si ritenga necessaria, non risultando l'atto di approvazione in alcun modo viziato dalla sua omissione, al giudice di legittimità sarà a tal proposito interdetto ogni intervento.

---

(18) V. SANDULLI, *op. cit.*, 345.



Per la delimitazione del vizio di  
incompetenza degli atti amministrativi

Pubblicato in

*Rassegna di Diritto Pubblico*  
Napoli, 1948, III, pp. 25-44 e 101-115



## I.

SOMMARIO: Introduzione. — I. Potere e titolarità del potere: 1. L'atto giuridico come estrinsecazione di un potere. I vari fattori rilevanti in ordine a un atto giuridico, considerati in relazione al potere: a) fattori che operano sulla consistenza e sulla titolarità del potere; b) fattori che operano sulla possibilità di esercizio del potere; c) fattori che operano sull'uso del potere. — 2. Come soltanto le prime due categorie incidano realmente sul potere. Loro discriminazione funzionale. — 3. Difficoltà della discriminazione completa sul campo dei presupposti estrinseci; — 4. analisi discriminatrice: A) sul terreno degli atti giuridici: gli atti preparatori incidono sulla possibilità di esercizio del potere; — 5. B) sul terreno dei meri fatti giuridici: a) fatti i quali condizionano la consistenza e la titolarità del potere; — 6. b) fatti i quali condizionano la possibilità di esercizio del potere.

Esistono in ogni campo del diritto delle nozioni, le quali sembrano acquisite in modo sicuro e definitivo alla scienza. E pure il brusco contatto della pratica, o una più penetrante indagine teorica, compiuta alla stregua di mezzi tecnici più perfezionati, viene spesso a colpire la radicata convizione della loro solidità, e a rivelare quale sia la loro fragilità.

Un esempio assai vistoso, in quanto comune a ogni ramo del diritto, è quello della nozione di capacità, in relazione alla quale la critica più recente ha posto in rilievo quanto fosse poco attendibile l'insegnamento tradizionale, che considerava la qualifica di capace come una qualifica assoluta (1). Ma, come ripeto, casi del genere ricorrono in ogni campo della scienza giuridica.

È noto come venisse comunemente considerato saldo il concetto del

---

(1) Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni di diritto civile*, I, 2ª ed., Napoli, 1945, p. 8 sg.; MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, I, Pisa, 1945, p. 52 sgg.; BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Milano, 1946, p. 10. Contra, diffusamente, FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 105 sgg., energico assertore dell'opinione tuttora dominante (tra i più recenti, v. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, p. 142).

vizio di incompetenza degli atti amministrativi. Tanto saldo, che da esso appunto la dottrina — dopo averlo di massima definito come il vizio inerente al fatto che l'autorità nel provvedere abbia esorbitato dalla sfera della propria competenza, e cioè dalla sfera delle attribuzioni ad essa demandate (2) — era solita, per esclusione, prender le mosse, allorchè si trattava di definire i due altri vizi di legittimità caratteristici dell'esercizio della funzione amministrativa: l'eccesso di potere e la violazione di legge (3). Tuttavia la pratica, con le sue imperiose necessità, ha posto di recente giurisprudenza e dottrina in un serio imbarazzo, di fronte a casi, i quali hanno dimostrato insoddisfacenti le formulazioni tradizionalmente accettate.

Il problema di un rigoroso approfondimento della nozione del vizio di incompetenza e della sua precisa individuazione, rispetto agli altri vizi di legittimità degli atti amministrativi, non ha presentato, in vero, di massima, grande interesse (4). Nella normalità dei casi, in fatti, il sindacato amministrativo e il sindacato giurisdizionale sull'atto amministrativo vengono offerti indiscriminatamente per tutti i vizi di legittimità (5). È

---

(2) Per la definizione del concetto di competenza, comune alla dottrina processualistica (v., p. es., CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 1, Napoli, 1934, p. 119; MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, Napoli, 1931, p. 207), cfr. per tutti, DE VALLES, *Competenza e ufficio*, « Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranelletti », I, Padova, 1931, p. 328; CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1911, p. 921; RANELLETTI, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7. ed., Milano, 1945, p. 63. Per i vari modi di intendere il concetto nella dottrina germanica, v., anche per indicazioni bibliografiche, WOLFF, *Organschaft und juristische Person*, II, *Theorie der Vertretung*, Berlin, 1934, p. 236 sg.

L'incompetenza viene di massima definita come il vizio dell'atto amministrativo, in cui l'autorità abbia ecceduto i limiti della competenza. Cfr., per tutti, CAMMEO, *op. cit.*, p. 1325; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, 4. ed., Milano, 1945, p. 277. Nella dottrina straniera l'incompetenza assai di frequente viene definita come il vizio proprio del caso, in cui un funzionario abbia posto in essere un atto non compreso nelle proprie attribuzioni. Così, p. es., espressamente, WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Paris, 1936, p. 141. V. inoltre, per tutti, BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 12. ed., Paris 1930, p. 1124; KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlin, 1910, p. 167.

(3) Cfr., p. es., FORTI, *Diritto amministrativo*, II, ristampa della 2. ed., Napoli, 1937, p. 183 sg.; BORSI, *La giustizia amministrativa*, 7. ed., Padova, 1941, p. 41 sgg. Un quadro assai efficace di tale modo di procedere è stato fatto dallo IACCARINO, *Limiti al sindacato per incompetenza degli atti amministrativi*, « Foro it. », 1946, III, c. 128.

(4) Si legge nella recente decisione del Cons. di Stato, IV Sez., 3 luglio 1946, « Foro it. », 1947, III, c. 91, che « non esiste fra i tre vizi degli atti amministrativi una netta e rigorosa delimitazione, rispondente ad una effettiva, organica diversità di natura, ma permangono interposizioni ed aderenze, che sono quasi le tracce delle comune origine (la quale è, in fondo, una indistinta, generica violazione della norma) ».

(5) Art. 26 t. u. 26 giugno 1924, n. 1054, sul Consiglio di Stato.

dunque spiegabile se la dottrina abbia poco avvertito la necessità di raffinare i mezzi tecnici a propria disposizione in vista di una tale discriminazione.

Disposizioni legislative, le quali per la materia soggetta alla loro disciplina sono state di frequente applicazione (6), hanno però negli ultimi tempi posto assai spesso i giudici di fronte alla necessità urgente e stringente di precisare esattamente la discriminazione (7). Il problema ad essa relativo assurge, in fatti, a decisiva importanza in quei casi, in cui particolari norme espressamente ammettano o espressamente escludano il ricorso proprio in rapporto a quello specifico vizio che va sotto il nome di incompetenza (8). Ciò spiega quindi se anche la dottrina si sia sentita finalmente spinta a richiamare energicamente l'attenzione su questo ter-

---

(6) Mi riferisco particolarmente alla legislazione epurativa. V., p. es., l'art. 10 del r. d. l. 28 dicembre 1943, n. 28 B, sulla defascistizzazione delle amministrazioni dello Stato, degli enti locali e parastatali, degli enti comunque sottoposti a vigilanza o tutela da parte dello Stato e delle aziende private esercenti servizi pubblici o di interesse nazionale; l'art. 24 del d. l. l. 27 luglio 1944, n. 159, sulle sanzioni contro il fascismo, la cui applicazione è stata talvolta estesa anche a provvedimenti non compresi tra quelli contemplati da tale decreto (v., p. es., l'art. 8 del d. l. l. 4 agosto 1945, n. 472); l'art. 6 del d. l. l. 11 ottobre 1944, n. 257, sull'acceleramento del giudizio di epurazione e il collocamento a riposo dei dipendenti civili e militari dello Stato appartenenti ai primi quattro gradi della classificazione del personale statale.

(7) V., p. es., le decisioni del Cons. di Stato, V sez., 26 marzo 1946, « Foro it. », 1946, III, c. 127; IV sez., 15 maggio 1946, « Giur. it. », 1947, III, c. 33; 3 luglio 1946, cit. sub nota 4; 20 agosto 1946 n. 271 e 272, « Giur. Cass. civ. », 1946, II, 2, p. 569; 21 marzo 1947, « Foro it. », 1947, III, tutte in materia di epurazione. V. anche V sez., 14 febbraio 1947, « Foro it. », 1947, III, c. 57.

(8) Oltre i casi citati sub nota 6, il ricorso è ammesso soltanto per incompetenza ed eccesso di potere (nel senso di incompetenza assoluta), p. es., contro le decisioni concernenti controversie doganali o questioni sulla leva militare (art. 26, 2° comma. t. u. sul Cons. di Stato); contro l'esonerazione dei professori universitari e di altri dipendenti del ministero della pubblica istruzione (r. d. 28 gennaio 1923, n. 143); contro la sistemazione degli insegnanti medi (art. 1 del r. d. 16 giugno 1923, n. 1413); contro la sistemazione degli insegnanti degli istituti nautici (art. 43 del r. d. 21 ottobre 1923, n. 2557). È assai difficile riscontrare, per contro, dei casi in cui il ricorso venga espressamente escluso per il vizio di incompetenza. L'art. 206 del r. d. 5 febbraio 1928, n. 577 è, in fatti, un caso del tutto sporadico, e si riferisce a un atto — l'approvazione dei libri di testo per le scuole elementari da parte del ministro della pubblica istruzione —, che — come giustamente è stato avvertito (Borst, *La giustizia*, cit., p. 222) — difficilmente si potrebbe concepire viziato per incompetenza.

Hanno minore rilievo, ai fini delle presenti note, quei casi in cui il ricorso sia ammesso soltanto per incompetenza e violazione di legge, a esclusione dell'eccesso di potere. Si pensi, a es., all'art. 1 del r. d. 26 gennaio 1926, n. 199, e all'art. 132 del t. u. 5 febbraio 1928, n. 577, relativi alla dispensa dei maestri elementari nell'interesse del servizio, nonché all'art. 5 del r. d. l. 25 maggio 1946, n. 425, relativo ai provvedimenti del commissario per gli alloggi istituito col d. l. l. 28 dicembre 1944, n. 415.

reno ritenuto prima definitivamente dissodato, e rimasto per ciò poco coltivato (9).

La dottrina tuttavia, se ha avvertito il problema, non si è per ora lasciata gran che tentare da esso (10). E la giurisprudenza amministrativa, mossa dal nobile intento di mitigare, attraverso il prezioso strumento della sua giustizia pretoria, i rigori di un sistema legislativo tutt'altro che encomiabile (11), si è talvolta magnanimamente lasciata andare a forzare con alquanto larghezza quell'unico varco, che attraverso il sindacato sulla competenza il rigoroso legislatore aveva lasciato aperto al suo sindacato: di guisa che, cercando di realizzare per tal modo quella

(9) Cfr. IACCARINO, *Limiti*, cit., c. 128; M. S. GIANNINI, *Decisioni e deliberazioni amministrative*, « Foro amm. », 1946, I, 1, c. 155; GUICCIARDI, *Sulla natura delle commissioni di epurazione e sull'impugnabilità delle loro pronunce*, « Giur. it. », 1947, III, c. 43 sgg. Contro i difetti di metodo riscontrabili su questo terreno, sopra tutto nella dottrina straniera, si vedano le acute osservazioni dell'ANDERSEN, *Ungültige Verwaltungsakte, mit besonderer Berücksichtigung der Ungültigkeitsgründe*, 1924, tr. dal danese dal PAPPENHEIM, Mannheim, 1927, p. 70 sgg.

(10) V. tuttavia la pregevole nota dello IACCARINO, *Im tema di sindacato per incompetenza*, « Foro it. », 1947, III, c. 92 sgg., pubblicata quando questo studio era ormai pronto per la stampa.

(11) Per quanto non sia del tutto rispondente alla realtà il punto di vista formulato nella decisione del Cons. di Stato, IV sez., 3 luglio 1946, cit. sub nota 4, secondo cui la norma, la quale ammetta il ricorso soltanto per incompetenza, in fondo non diversificherebbe da quella che interdica sull'atto ogni sindacato repressivo (cfr. SANDULLI, *Interferenze tra incompetenza ed eccesso di potere*, « Giur. it. », 1947, III), è tuttavia da avvertire che la sottrazione del sindacato per violazione di legge ed eccesso di potere rappresenta già per sé sola una gravissima limitazione all'opera della giustizia amministrativa.

È doveroso riconoscere a merito del nostro legislatore la moderazione con cui, anche nel ventennio fascista, ha fatto ricorso a eccezioni tendenti a sottrarre, per tutti o per alcuni soltanto dei loro vizi, provvedimenti dell'esecutivo al sindacato giurisdizionale; a vanto della nostra dottrina l'asprezza con cui ha sempre riprovato tale ricorso (v., da ultimo, GUICCIARDI, *Sulla natura*, cit., c. 43 sgg., nonché indicazioni ivi, sub nota 14); e a onore di quella incomparabile magistratura, che è il nostro Consiglio di Stato, l'applicazione sempre rigorosamente restrittiva che di quelle eccezioni è stata data (cfr., da ultimo, IV sez., 23 gennaio 1946, « Foro it. », 1946, III, c. 72; V sez., 18 settembre 1946, ivi, 1947, III, c. 25; 5 novembre 1946, ibidem; e, in modo particolarmente energico, IV sez., 15 maggio 1946, cit. sub. nota 7). Ma per ciò appunto appare in più stridente contrasto con lo spirito, che dovrebbe permeare la restaurata democrazia, quella evidente trasgressione del principio di legalità — base essenziale di ogni democrazia degna di tale nome —, che si continua a praticare allorchè, attraverso disposizioni eccezionali — e per di più in relazione a casi di frequente applicazione — si sottraggono al riesame giurisdizionale provvedimenti della pubblica amministrazione (si pensi, a es., al d. l. l. 19 ottobre 1944, n. 279, per l'assegnazione ai contadini di terre incolte). Ben viene quindi la norma formulata nell'art. 103 del progetto di costituzione, la quale dispone che la tutela giurisdizionale dei diritti; e degli interessi verso gli atti della pubblica amministrazione non può essere soppressa o limitata per determinate categorie di atti.

giustizia, che altrimenti sarebbe rimasta senza tutela, è venuta a snaturare notevolmente il concetto del vizio di incompetenza (12).

La delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi è dunque un problema oggi più che mai aperto. E la difficoltà consiste nello stabilire in qual modo i diversi difetti, inerenti ai vari profili sotto cui l'atto amministrativo va considerato, siano da ripartire in seno alle tre categorie di vizi, in cui il legislatore li ha voluti suddivisi.

## I.

1. — L'atto amministrativo, come ogni atto giuridico, consiste nella estrinsecazione di un potere (13). In senso tecnico, potere giuridico è, in fatti, la possibilità di produrre delle modificazioni nel mondo del diritto (14): vale a dire la possibilità di operare efficacemente nei confronti di situazioni giuridiche soggettive. E l'atto giuridico è il mezzo attraverso il quale il potere opera (15).

Ora, i maggiori equivoci sono sorti sul nostro terreno proprio da una inadeguata analisi della rilevanza dei vari fattori operanti in relazione al potere, e dei vari aspetti di tale rilevanza. È mancata una sufficiente discriminazione delle ripercussioni dei diversi difetti inerenti ai vari fattori rilevanti in ordine alla estrinsecazione del potere, e quindi in ordine all'atto, nel quale tale estrinsecazione si risolve (16). E ciò ha

(12) Intendo qui segnalare particolarmente la decisione 15 maggio 1946, cit. sub nota 7, la quale ha configurato come vizio di incompetenza della decisione di una commissione di epurazione la circostanza che di essa facesse parte un membro, nei confronti del quale non era stata presa in considerazione l'istanza di ricusazione. Contro tale orientamento — il quale può contare tuttavia in dottrina sull'autorità di scrittori come il KORMANN, *System*, cit., p. 167 sgg., e partic. 169, e il FORTI, *Diritto amministrativo*, cit., II, p. 142 sg., 184 — v. le penetranti critiche del GUICCIARDI, *Sulla natura*, cit., c. 44 sg.. In argomento, v. anche infra, nota 67.

(13) Cfr. espressamente, sulle orme dell'insegnamento migliore (v., p. es., THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, 1878, tr. dal tedesco da A. LEVI, Padova, 1939, p. 338). GARBAGNATI, *Diritto subiettivo e potere giuridico*, « Jus », 1942, nota 3 a p. 229.

(14) Cfr. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo*, cit., p. 226 sg., al quale rinvio anche per il concetto di modificazione giuridica. V., nello stesso senso, G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, « Riv. dir. comm. », 1944, I, p. 115 sgg.; *Principi*, cit., I, p. 149 sg. Sul concetto di potere, v., anche per ampie applicazioni critiche della dottrina, le penetranti pagine di G. PUGLIESE, *Actio e diritto soggettivo*, Padova, 1939, p. 19 sgg.; Adde SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1944, p. 9 sg.

(15) Ciò è implicito nella definizione tradizionale del negozio giuridico, comunemente concepito come una manifestazione di volontà rivolta a costituire, modificare o sciogliere un rapporto giuridico. Vedila riportata da N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, I, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 1924, p. 317.

(16) Se è vero che l'atto giuridico è sempre la estrinsecazione di un potere, e che

portato facilmente a identificare il concetto di deficienza del potere con quello di incompetenza (17). È chiaro dunque con quanta prudenza occorra procedere su questo terreno (18).

I fattori rilevanti in ordine a un atto giuridico sono (19): i termini tra i quali il potere opera (soggetto e oggetto); i veri e propri elementi costitutivi dell'atto — e più precisamente i vari aspetti sotto i quali si

---

quindi l'esistenza del potere in questione rappresenta sempre il suo primo ed essenziale presupposto, mi pare fuori luogo il distinguere — come autorevolmente è stato proposto (G. MIELE, *Principi*, cit. I, p. 150) —, nella sfera di quei fattori che operano sul potere, tra requisiti propri del potere e requisiti propri dell'atto. Tutti i presupposti attinenti a tale sfera operano, in fatti, sull'atto solo attraverso il potere (in quanto il primo requisito dell'atto è proprio il potere). Gli altri invece — quelli attinenti all'uso del potere, come la forma e l'iter logico — non condizionano il potere, proprio perchè attengono a una sfera che presuppone già superato il problema dell'esistenza del potere.

Noterò qui come, tra i fattori che operano sul potere, vadano in senso lato compresi anche quelli, i quali condizionano, non tanto la titolarità del potere, quanto la possibilità del suo esercizio (in argomento, v. più diffusamente avanti nel testo) — fattori, in relazione ai quali si è talvolta discusso in dottrina se agiscano sull'atto o sul soggetto dell'atto (in quest'ultimo senso, per quanto riguarda l'autorizzazione, cfr. D. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, « Arch. giur. », 1903, p. 53; BUECKNER, *Der privatrechtsgehaltende Staatsakt*, Leipzig, 1930, p. 25; ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova, 1934, nota 4 a p. 118).

(17) Tale posizione ha origini assai remote. Il ROMAGNOLI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo*, Milano, 1837, p. 139 (riferendosi a sua volta all'autorità del MERLIN, *Répertoire*, voce *Compétence*), scrive che « nell'affermare o negare la competenza la mente fa un paragone, nel quale da una parte consulta la disposizione della legge che stabilì i doveri e i poteri del magistrato e dall'altra esamina la conformità o difformità degli atti del magistrato o del funzionario col disposto della legge medesima. Se li trova o li figura conformi, pronuncia esistere la competenza; quando li trova o li figura difformi, pronuncia esistere la incompetenza. La competenza, pertanto, presa come qualità astratta, altro non sarà che la conformità della podestà e del di lei esercizio appartenenti ad un dato funzionario o funzionario pubblici con le leggi costituenti la podestà medesima ». « La competenza, considerata come potere, sarà la facoltà di esercitare un'autorità conferita a norma delle leggi attribuite all'autorità medesima. L'incompetenza sarà la difformità o la contrarietà di questa podestà o dei di lei atti con le leggi suddette » (p. 140). V. anche, p. es., MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 4. ed., Torino, 1898, p. 77.

Tra le manifestazioni più recenti ed esplicite di tale orientamento, v., in dottrina, p. es., IACCARINO, *Limiti*, cit., c. 127, e, più espressamente, *In tema*, cit., c. 92 sgg., in giurisprudenza. Cons. di Stato, IV sez., 23 gennaio 1946, cit. sub nota 11; 3 luglio 1946, cit. sub nota 4; 21 marzo 1947, cit. sub nota 7. V. inoltre particolarmente gli scrittori stranieri cit. sub nota 2.

(18) Sul quale lascia perplessi e insoddisfatti, per quanto ricco di felici intuizioni, anche il recentissimo tentativo di approfondimento della materia da parte dello IACCARINO, *In tema*, cit., partic. c. 93 sgg.

(19) Mi ispiro, di massima, alla sistematica del SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni*, cit. I, p. 87, 90, che mi pare la migliore.

presenta l'azione in cui il potere si estrinseca (20) — (contenuto (21), causa, forma); l'iter logico seguito per giungere alla formulazione dell'atto (presupposti psicologici) (22); le circostanze nel concorso delle quali il potere può operare (presupposti storico-ambientali) (23).

(20) Il CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 2. ed., Roma, 1946, p. 223, nel riferirsi — sia pur con diversa terminologia — al contenuto, alla forma e alla causa dell'atto, li qualifica rispettivamente come il momento fisico, il momento psicologico e il momento economico di esso.

(21) Il concetto del contenuto, il quale è costituito dal dispositivo dell'atto (cfr., per tutti, RANELLETTI, *Teoria*, cit., p. 98), va tenuto nettamente distinto — come non sempre è stato avvertito (v., p. es., ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, p. 161) — da quello dell'oggetto, che invece è costituito dal termine passivo dell'atto, vale a dire dal termine sul quale l'azione di cui si tratta viene a esplicarsi. Un decisivo contributo all'isolamento del concetto di contenuto dell'atto è stato dato dal LUCIFREDI, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milano, 1941, p. 13 sgg., e partic. 30 sgg., al quale, oltre che al ROMANELLI, rinvio per ampie indicazioni di letteratura.

(22) Questo fattore assurge a particolare importanza sul campo del diritto amministrativo, sul quale la sua analisi è di decisivo rilievo sotto il profilo dell'eccesso di potere.

Noterò a questo proposito come il tema dell'eccesso di potere — nome sotto il quale si sogliono comprendere delle figure ben varie di vizi dell'atto amministrativo — appaia abissognevole di essere ulteriormente approfondito. Sembra, in fatti, essenziale — e alcuni perspicui spunti giurisprudenziali (Cons. di Stato, IV sez., 21 giugno 1946, « Giur. Cass. civ. », 1946, II, 2, p. 508; 20-12-1946, ivi, p. 514) mi hanno già offerto l'occasione di richiamare l'attenzione su questo punto (*Atto politico ed eccesso di potere*, ivi, p. 524; nonché *Interferenze tra incompetenza ed eccesso di potere*, cit.) — una netta distinzione tra i difetti che si sogliono comprendere nella categoria. Da un lato vanno tenuti quei casi, in cui il vizio attiene alla causa dell'atto — in quanto questo sia stato posto in essere nell'adempimento di una funzione diversa da quella per cui il potere venne conferito dall'ordinamento (sulla nozione di causa v., da ultimo, perspicuamente, G. MIELE, *Principi*, cit., I, p. 155 sgg.; per la letteratura privatistica in argomento, v. indicazioni presso BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 111 sg.; per quella pubblicistica, v. G. MIELE, *op. cit.*, I, p. 145); e dall'altro quelli, in cui esso attiene semplicemente all'iter logico seguito dall'agente nel giungere alla formulazione dell'atto (p. es., casi di motivazione contraddittoria, di non rispondenza coi fatti, ecc.). L'elemento della causa — elemento essenziale, il quale esprime la funzione dell'atto giuridico (cfr., per tutti, SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni*, cit., I, p. 85 sg.; BETTI, *op. cit.*, p. 112 sgg.; v. tuttavia, in senso contrario, il recente tentativo del CARUSI, *La causa dei negozi giuridici e l'autonomia della volontà nel diritto privato italiano*, Napoli, 1947, p. 95 sgg.) —, incide, in fatti, direttamente sul potere (cfr. G. MIELE, *loc. cit.*; SANDULLI, *Interferenze*, cit.; v. anche PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 3. ed., I, Messina, 1931, p. 157; contra, espressamente, Cons. di Stato, IV sez., 3 luglio 1946, cit. sub nota 4, nonché IACCARINO, *In tema*, cit., c. 93) — in quanto ciascun potere viene sempre conferito in funzione di determinati obiettivi. L'iter logico attiene invece semplicemente all'uso del potere.

(23) Su tale categoria, v. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, p. 71. Non accedo dunque al concetto troppo lato di circostanza dato dal CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., p. 222, 292, e assai vicino a quello dei *Wirksamkeitserfordernisse* dato dall'OERTMANN, *Die Rechtsbedingung*, Leipzig-Erlangen, 1924, p. 66 sg., sopra tutto perchè altrove ho avuto modo di insistere sulla distinzione funzionale che separa il concetto di presupposto da quello di condizione (*op. cit.*, p. 124 sg.).

La funzione di tali fattori in relazione al potere è ben varia.

Se il potere rappresenta una forza giuridica (24), esso presuppone due termini: uno attivo — l'ente che possa esercitarla, e cioè l'ente al quale tale forza si appartenga —, e uno passivo — l'oggetto in ordine al quale essa possa venir esercitata —. È chiaro però come questi termini, i quali sono essenziali per la individuazione del potere, siano per altro degli elementi estranei alla sua entità (25). L'entità del potere viene invece definita nel determinare in che cosa esso consista, vale a dire in che cosa si risolva la sua potenzialità. Tuttavia l'estrinsecazione della forza, in cui il potere consiste, viene spesso condizionata da ulteriori fattori. E inoltre il modo del suo uso risulta spesso sottoposto dall'ordinamento a una disciplina particolare. Di qui l'interesse, in relazione a esso, ancora di nuovi fattori, oltre quelli inerenti ai suoi termini e al suo contenuto.

In ordine alla puntuale specificazione di un potere in tutti i suoi aspetti, occorre dunque chiedersi innanzi tutto *chi* possa e *su che cosa*; quindi *che cosa* egli possa, e *perchè* (*in funzione di quale obiettivo*); inoltre *in quali circostanze*; e, in fine, *come* egli possa.

La risposta alle prime due domande individua i *termini* del potere. Ma essa risulta insoddisfacente e priva di sostanza, fin quando non venga data risposta alle domande immediatamente successive, attraverso la precisazione del *contenuto* e della *causa* del potere. Per altro è ovvio che, a sua volta, una determinazione dell'essenza del potere sarebbe inconcepibile indipendentemente dalla individuazione dei termini tra cui il potere opera: il soggetto al quale esso si appartiene e l'oggetto sul quale esso può esercitarsi. È chiara quindi l'indissolubilità delle questioni relative al soggetto e all'oggetto, da una parte, e al contenuto e alla causa del potere dall'altra. È vano per ciò parlare dell'uno senza la specificazione degli altri. Soltanto dalla soluzione unitaria delle quattro questioni può dunque risultare individuata l'essenza del potere, e cioè l'entità della forza giuridica propria di un determinato ente (26).

In ordine a tale individuazione talvolta risultano però decisivi — come verrà meglio illustrato in seguito — ancora ulteriori fattori, i quali, funzionando da *presupposti estrinseci* proprio in relazione all'attribu-

(24) Cfr. THON, *Norma giuridica*, cit., p. 338; GARBAGNATI, *Diritto subiettivo*, cit., p. 226; G. MIELE, *Principi*, cit., I, p. 58. Il CARNELUTTI *Teoria generale*, cit., p. 137, definisce il potere come una « possibilità di agire, ossia di espandere l'esistenza mediante l'azione ».

(25) Cfr., in riferimento però all'atto, SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni*, cit., I, p. 87. Si tenga tuttavia presente quanto è stato osservato sub nota 16.

(26) La indissolubilità della quale si discorre nel testo, per quanto non formulata espressamente, appare chiaramente avvertita dallo IACCARINO, *Limiti*, cit., c. 128.

zione del potere, condizionano essi stessi l'appartenenza di quel certo potere di cui si tratti (27).

Per ciò la serie dei fattori, ai quali si collega la determinazione della consistenza del potere, è ben ampia; e tra essi esiste un vincolo di indissolubilità: nel senso che la consistenza del potere, e (considerato il problema dal punto di vista del soggetto) la sua appartenenza, non può venir determinata, se non attraverso la specificazione di tutti tali fattori.

La risposta alla domanda *in quali circostanze effettivamente si possa individua* poi i fattori, cui l'ordinamento subordina l'*effettività* del potere — vale a dire quelli che ne condizionano l'estrinsecazione. Essi sono quei *presupposti estrinseci*, cui l'ordinamento eventualmente subordina la possibilità dell'*esercizio* del potere. E non sono quindi da confondere con quelli, già considerati, che operano in relazione alla consistenza del potere della cui titolarità si tratti (28).

La risposta alla domanda *come si possa individua*, in fine, i fattori operanti sull'*uso* del potere, e cioè sul *modo di impiego* di esso (29), vuoi dal punto di vista formale — inteso questo nel senso lato del complesso degli elementi esteriori che devono accompagnare l'atto (30) —, vuoi dal punto di vista sostanziale — inteso con riferimento alla sfera dei fattori logici operanti sull'azione. Essi attengono alla *forma* e all'*iter logico* dell'azione (31) — momenti, i quali, entrambi, nè si riflet-

(27) Cfr. le decisioni del Cons. di Stato, IV sez., 9 maggio 1936, n. 267; 26 agosto 1936, n. 433, richiamate nella *Relazione del presidente sul Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-40*, II, Roma, 1942, p. 613 sg.

(28) Sulla distinzione tra titolarità ed esercizio, v., anche per indicazioni bibliografiche, FALZEA, *Il soggetto*, cit., p. 127 sg., con riferimento però soltanto ai diritti e agli obblighi; G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, « Riv. dir. comm. », 1942, I, p. 99 sg., con riferimento a ogni specie di attività.

(29) Per la formulazione della distinzione tra consistenza e uso del potere, v. partic. la decisione del Cons. di Stato, IV sez., 26 agosto 1936, n. 433, cit. sub nota 27. Tra le decisioni più recenti, v., in modo assai efficace, IV sez., 28 luglio 1943, « Foro it. », 1946, III, c. 15, e, da ultimo, 3 luglio 1946, cit. sub nota 4.

(30) Vi rientrano dunque anche quei componenti, i quali, come il preambolo, la motivazione, ecc., pur senza appartenere alla sfera del contenuto dell'atto in senso tecnico, sono tuttavia del pari estranei al concetto tecnico di forma (cfr. LUCIFREDI, *L'atto amministrativo*, cit., p. 17 sgg.); come pure vi rientrano non poche circostanze di tempo, di luogo, di ambiente, le quali non sono comprese tra quelle, che, come si vedrà (infra, n. 5), operano sulla consistenza o sulla possibilità di esercizio del potere: si pensi, a es., all'art. 147 c. p. c., in base al quale le notificazioni degli atti giudiziari possono essere eseguite soltanto nelle ore diurne; all'art. 106 c. p. c., in base al quale il matrimonio civile va celebrato nella casa comunale; all'art. 58 del regolamento comunale e provinciale, approvato con r. d. 12 febbraio 1911, n. 297, in base al quale le decisioni della giunta municipale concernenti persone vanno prese a scrutinio segreto.

(31) L'iter logico rispecchia l'aspetto psicologico soggettivo (motivi, ecc.), che porta

tono sulla consistenza del potere, nè condizionano la possibilità del suo esercizio: ma, una volta che il potere venga esercitato, afferiscono alla disciplina dell'azione in cui l'esercizio di esso si risolve.

2. — È chiaro che quei fattori, ai quali da ultimo ci si è riferiti, come quelli che attengono soltanto al modo dell'uso del potere, non possono venir considerati operanti in relazione al potere in sè e per sè. Essi non condizionano il potere, ma regolano nel suo uso l'azione, attraverso la quale il potere si estrinseca.

Per tal modo la sfera di quei fattori, che possono venir considerati come operanti sul potere che dà luogo all'atto, viene a risultare notevolmente circoscritta. Tuttavia anche così essa rimane una sfera ben ampia. Per cui l'abbracciare indiscriminatamente in una sola categoria tutti i difetti, che si risolvano in una deficienza del potere, significherebbe coprire di un velo di fitta nebbia, confondendo ogni contorno, casi di natura ben varia, e ai quali il diritto vuole spesso collegate conseguenze diverse.

È indubbiamente vero, in fatti, che può parlarsi della effettiva presenza di un potere soltanto là, dove ricorra la concreta possibilità di operare in relazione a quello specifico obbietto di cui si tratti: dunque soltanto dove l'esercizio del potere sia libero (32). Di qui la conseguenza che, fin quando comunque non siano realizzate tutte le condizioni — tanto quelle consistenti in elementi positivi, quanto quelle consistenti nella rimozione di elementi ostativi — volute dalla legge perchè l'esercizio ne sia possibile, quale che possa essere il grado di sviluppo raggiunto dall'iter a tal fine preordinato, non potrà parlarsi della effettiva presenza del potere (33). Anzi — e questa considerazione è di essenziale rilievo —, fin quando manchi la possibilità di esercitarlo effettivamente, non è sufficiente, perchè possa parlarsi della esistenza di un potere, la circostanza che esso possa esser considerato concretamente attribuito a un certo titolare, e che possa quindi considerarsi definito nella sua consistenza.

Tuttavia l'aver riconosciuto — come necessariamente si doveva —

---

alla formulazione dell'atto. Ecco perchè — come già si è osservato sub nota 22 — il problema a esso relativo va tenuto nettamente distinto da quello relativo alla causa dell'atto, che invece attiene all'aspetto obbiettivo, funzionale dell'azione.

(32) Cfr. espressamente GARBAGNATI, *Diritto subjettivo*, cit., « Jus », 1941, p. 572, o presso di lui indicazioni in senso contrario. Ma v. già, in relazione alla funzione giuridica dell'autorizzazione, ESPOSITO, *La validità*, cit., p. 116; SANDULLI, *Il procedimento*, cit., in nota a p. 67 sg., nonchè, in relazione ad altre figure giuridiche, per quanto in termini che non mi trovano concorde, RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 70.

(33) Cfr. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., in nota a p. 67 sg.

a tutti i fattori comunque rilevanti in ordine alla possibilità della estrinsecazione di un potere, il carattere di momenti determinanti in relazione alla effettiva sussistenza del potere, non deve indurre nell'equivoco che essi operino in relazione al potere tutti allo stesso modo, e che la deficienza dell'uno o dell'altro si risolva in un unico difetto, e cioè dia luogo a identiche conseguenze giuridiche.

Una prima essenziale discriminazione è quella tra fattori, che definiscono la consistenza del potere — e cioè (considerato il problema nel suo aspetto soggettivo) l'assegnazione di un dato potere a un certo titolare —, e fattori che operano soltanto sulla possibilità dell'esercizio del potere.

Sia la presenza degli uni, che quella degli altri, è, in fatti, decisiva perchè il potere di operare sussista: il potere manca, non solo quando, attraverso la specificazione del contenuto, della causa e dei termini tra cui deve operare, non ne sia stata determinata la consistenza, ma anche quando, pur essendo intervenuta una concreta attribuzione di esso, non sia dato esercitarlo: un potere, il quale non potesse estrinsecarsi, sarebbe, in vero, un non potere, e cioè una *contradictio in adjecto* (34).

Tuttavia una discriminazione tra i fattori, i quali attengono alla consistenza del potere, e i fattori, i quali si limitano a condizionare l'esercizio di esso, è decisiva. E in ordine all'obbiettivo delle presenti note è di essenziale importanza: in quanto soltanto attraverso essa si è in grado di pervenire, compiendo un notevole passo avanti in vista del risultato propostoci, all'isolamento dei fattori che soli possono venir considerati operanti in relazione alla titolarità del potere.

La funzione dei fattori, dai quali resta individuata la consistenza del potere, è, come è ovvio, preliminare e preminente. Dalla determinazione della consistenza del potere risulta, in fatti, specificato il quantum di forza giuridica venga dall'ordinamento attribuito ad un determinato agente — risulta cioè specificata la forza operativa, della quale quell'agente possa esser considerato titolare (35).

---

(34) GARBAGNATI, *Diritto subiettivo*, cit., 1941, p. 572, parla allo stesso proposito di « potere... impotente ».

(35) Sul concetto di titolarità, v. ampiamente FALZEA, *Il soggetto*, cit., passim, e partic. p. 125 sgg., col quale non mi pare però di poter concordare nel distinguere la titolarità da quella, che egli designa col nome di legittimazione ad agire (p. 184 sgg.), e che altro non è, se non la titolarità di un potere.

Non escluderei che il concetto di titolarità qui accolto possa risultare di applicazione più lata — in quanto riferentesi ai singoli specifici e dettagliati poteri che di volta in volta vengono in esame — di quello di legittimazione frequentemente accolto. Di questo ultimo — molto discusso in sede di teoria generale, tanto da venir spesso autorevolmente respinto (v., p. es., SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni*, cit., I., p. 87) —, per quanto — a

La funzione dei fattori, che operano in relazione alla possibilità dell'esercizio del potere, presuppone invece già superato il problema della appartenenza del potere; e si esaurisce nella individuazione degli ostacoli, che devono esser superati, perchè il potere — ormai specificato nella sua consistenza — diventi effettivo. Ciò importa di riflesso — e così la necessità e il valore della distinzione restano confermati — che, se tutte le volte che un agente non sia qualificato, in ordine a una data azione, per non essere titolare del relativo potere, può nei suoi confronti correttamente parlarsi di mancanza del potere, sarebbe per altro inesatto voler inquadrare in quel medesimo vizio, che è proprio dell'assenza presso un agente della titolarità del potere, un qualsivoglia difetto, dal quale comunque discenda la deficienza del potere. La mancanza di titolarità del potere non è, in fatti, che uno dei fenomeni che possono dar luogo alla deficienza del potere: e si pone quindi rispetto a questa come parte rispetto al tutto.

3. — Al fine di pervenire all'effettivo isolamento dei fattori che reagiscono sulla titolarità del potere, rispetto a quelli che operano semplicemente sulla possibilità del suo esercizio, occorre naturalmente prender le mosse dalla discriminazione a suo tempo fatta. La consistenza del potere — che è poi lo stesso problema della titolarità visto dal lato obiettivo — risulta determinata, come si è visto, nell'individuare, non solo chi possa operare, ma anche che cosa, perchè e su che cosa egli possa. La possibilità dell'esercizio di un potere già specificato nella sua consistenza è connessa invece alla domanda in quali circostanze il potere possa dal suo titolare essere esercitato.

Ciò posto, difficoltà di discriminazione non possono affacciarsi nè

---

seguito dei perspicui contributi del CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, p. 130 sgg.; *Legittimazione a contrarre*, « Riv. dir. comm. », 1935, I, p. 502 sgg., e del BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, 2ª ed., Padova, 1942, p. 109 — esso abbia trovato largo seguito nella dottrina, è tuttora assai varia la formulazione, sopra tutto per quanto riguarda la sua discriminazione dal concetto di capacità, e conseguentemente per quanto riguarda la determinazione della sua estensione. Cfr., p. es., in senso vario, e spesso contraddittorio, CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 174 sgg.; BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 141 sg.; CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936, p. 27 sgg., 76 sgg.; PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, I, Milano, 1943, p. 132 sgg., 145 sgg.; BARBERO, *Sistema istituzionale*, cit., I, p. 119; G. MIELE, *Principi*, cit., I, p. 151 sgg. L'incertezza e l'imprecisione che regnano in materia (è sintomatico che anche chi accetta il concetto di legittimazione non vada talvolta esente dal confonderlo con quello di capacità: così, a es., COSATTINI, *Il riconoscimento del figlio naturale*, Padova, 1942, p. 105 e 116) spiegano dunque, oltre gli energici rifiuti, le perplessità talvolta prospettate nei confronti della categoria (cfr., p. es., MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1946, p. 49 sgg.).

in relazione al soggetto, nè in relazione all'oggetto, nè in relazione al contenuto e alla causa del potere.

Difficoltà sorgono invece in relazione alla categoria delle circostanze.

Come più sopra è stato avvertito, l'attribuzione di un dato potere viene talvolta subordinata dall'ordinamento al concorso di certi presupposti estrinseci. E, siccome, in quei casi in cui l'ordinamento non ritiene sufficiente alla possibilità di esercizio di un potere la semplice titolarità di esso, subordina tale possibilità appunto al concorso di certi presupposti estrinseci, ne discende la difficoltà di discriminare quei presupposti, i quali operano sulla titolarità del potere, da quelli; i quali operano invece soltanto sulla possibilità di esercizio del potere (36).

Potranno esser considerati come presupposti specifici della titolarità del potere unicamente quei fatti, estranei ai termini del potere — soggetto e oggetto —, nel concorso dei quali soltanto l'ordinamento riconosca tra tali termini (quali già essi risultano dai loro elementi di qualificazione), quella particolare proporzione, che legittimi a parlare di tale titolarità. Si tratta di presupposti, che attengono all'inquadramento storico-ambientale proprio della situazione che li presuppone, e ai quali per ciò appunto ho riferito l'attributo di *estrinseci* (37).

---

(36) Secondo una definizione data in altra sede, e che mi pare ancora appropriata, per presupposti bisogna intendere quei fatti, i quali, in relazione ad altri fatti a essi successivi, esplicano la funzione di contribuire a determinarne la qualificazione giuridica (v. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., p. 46 sgg.) — nel senso che è soltanto sulla loro base che i fatti successivi si atteggiavano dal punto di vista del diritto in un certo modo piuttosto che in un altro. — Ora, naturalmente, si hanno presupposti in relazione a ogni categoria di fatti giuridici — siano essi *eventi* (*Ereignisse*), siano *situazioni* (*Zustände*). Ed è facilmente spiegabile come, in relazione a un potere, possano aversi tanto dei presupposti propri di quella particolare situazione, che è rappresentata dalla titolarità del potere, quanto dei presupposti propri di quell'altra particolare situazione, che è rappresentata dalla possibilità della effettiva estrinsecazione del potere.

(37) Preme, in fatti, sottolineare — forse ad abundantiam, ma non fuori luogo — come sarebbe inesatto assumere tra i presupposti propri della titolarità del potere quei fatti, i quali, per la loro particolare funzione, si atteggiavano piuttosto come presupposti *intrinseci* determinanti la stessa qualificazione giuridica dei termini tra cui il potere opera, e cioè i presupposti che valgono alla qualificazione (all'idoneità) del soggetto e dell'oggetto, in ordine a quel potere specifico di cui si tratti. Si pensi, ad es., all'atto di delega o di concessione, il quale qualifichi un certo agente a provvedere sulla materia delegata, o per la quale la concessione sia stata accordata; all'atto che attribuisca a un certo bene la demanialità, e con ciò lo qualifichi a esser preso a oggetto dei provvedimenti propri dei beni demaniali; all'atto di nomina a un pubblico impiego, il quale qualifichi un certo individuo a esser preso a oggetto di provvedimenti disciplinari, ecc. Tali presupposti, una volta che i termini, cui essi immediatamente si riferiscono — il soggetto e l'oggetto del potere —, vengono in considerazione nella qualificazione che da essi ricevono, hanno, in fatti, già esaurito la loro funzione. Se essi vengono ancora in rilievo, ciò accade per ciò, se mai, soltanto in sede di verifica del reale concorso degli elementi destinati a qua-

4. — Cerchiamo ora di procedere, sul piano sul quale ci siamo portati, a una concreta analisi discriminatrice di tali presupposti da quelli che invece condizionano soltanto la possibilità di esercizio del potere.

I presupposti che qui vengono in considerazione possono essere dei fatti o degli atti giuridici.

Degli atti però, — una volta esclusi dalla categoria, per definizione, quelli i quali operano sulla titolarità del potere unicamente attraverso la qualificazione che danno ai termini stessi del potere (p. es., delega, nomina a un impiego) — rimangono soltanto quelli che rivestono carattere preparatorio in relazione all'atto attraverso cui si estrinseca il potere che viene in considerazione (38). Ora, appunto per tale loro carattere — cioè per la loro specifica preordinazione a una singola estrinsecazione del potere (39) —, quei presupposti, i quali attengono alla categoria degli atti preparatori, vanno inconfondibilmente inquadrati tra i presupposti relativi all'esercizio del potere (40), e non tra quelli relativi alla titolarità di esso.

Si pensi, ad es., al parere obbligatorio del Consiglio di Stato, che

---

ificare in quel certo modo richiesto dall'ordinamento il soggetto e l'oggetto. In ordine alla situazione giuridica di titolarità del potere, la loro rilevanza è, dunque, sì, decisiva: tuttavia essa è soltanto riflessa, in quanto viene in considerazione non già per sé stessa, ma soltanto attraverso la qualifica — e cioè l'individuazione dell'essenza — del soggetto e dell'oggetto. Essa viene in considerazione solo in occasione della valutazione di questi due termini, i quali dovranno presentarsi, in relazione ai singoli rapporti, rivestiti di una certa specificazione e non di altre.

Quando dunque si abbia immediatamente riguardo a quella situazione giuridica soggettiva che si qualifica come titolarità del potere, sulla base delle precisazioni svolte, è chiaro che non potranno venire in considerazione in qualità di presupposti propri di essa quei fatti, i quali siano stati invece presupposti di qualificazione dei termini — soggetto e oggetto —, cui quella situazione direttamente si riporta. Né potranno venire in considerazione quei fatti, i quali a loro volta si atteggiino come presupposti di quelli, i quali soltanto potranno esser considerati come veri e propri presupposti della titolarità del potere.

(38) Per il concetto e la definizione degli atti preparatori, v. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., p. 55 sgg. V. anche FRANCHINI, *Fasi del procedimento amministrativo e termine d'impugnativa*, « Foro amm. », 1942, IV, p. 9 sg. dell'estratto.

(39) Proprio a ragione di ciò, in relazione agli atti in questione si è discusso in dottrina se essi operassero sull'atto o sul soggetto. Su di che, v. indicazioni supra, sub nota 16.

(40) La loro funzione viene, in fatti, sulle orme di un concetto fissato in relazione all'autorizzazione dal RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, « Giur. it. », 1894, IV, c. 21 comunemente configurata come la rimozione di un limite all'esercizio di un potere. Cfr., per tutti, FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, 2, Milano, 1915, p. 757; LUCIFREDI, *Inammissibilità di un esercizio « ex post » della funzione consultiva*, « Raccolta di scritti giuridici in onore di Giovanni Vaccelli », Milano, 1938, p. 310; GASPARRI, *Studi sugli atti giuridici complessi*, Pisa, 1939, p. 47 sg.

l'art. 6 del t. u. com. e prov. 3 marzo 1934, n. 383 richiede perchè il governo possa esercitare il potere di annullamento degli atti amministrativi illegittimi; alla proposta della commissione di disciplina che l'art. 56, 4° comma del r. d. 30 dicembre 1923, n. 2960, sullo stato giuridico degli impiegati civili dell'amministrazione dello Stato, richiede perchè il ministro competente possa infliggere le punizioni disciplinari a lui riservate dalla norma stessa; all'esposizione delle proprie ragioni da parte dell'impiegato sottoposto a procedimento disciplinare, cui l'art. 60 del medesimo decreto subordina l'esercizio del potere di punizione; agli accertamenti tecnici e sanitari, cui l'art. 221 del t. u. delle leggi sanitarie 27 luglio 1934, n. 1265 condiziona il conferimento da parte del sindaco dell'autorizzazione ad alloggiare in abitazioni di nuova costruzione; ecc.

Di tali atti nessuno opera direttamente sulla essenza stessa del potere. Essi condizionano soltanto la possibilità del suo esercizio. Nè mi pare facile riscontrare delle categorie di atti, i quali possano esser congruati come presupposti estrinseci propri della titolarità del potere.

5. — Non è rara invece l'ipotesi di meri fatti giuridici, i quali esplicino tale funzione.

Un caso, nel quale ci si trova di fronte a tale ipotesi, mi pare sia quello, in cui l'ordinamento, nell'attribuire a un dato soggetto un certo potere, lo limiti tuttavia nel tempo.

Si pensi, ad es., ai poteri dei commissari governativi per gli alloggi, di cui al d. l. l. 28 dicembre 1944, n. 415, attribuiti originariamente dall'art. 14 di detto decreto sino a un anno dalla cessazione dello stato di guerra, e successivamente a più riprese prorogati (v. da ultimo il d. l. c. p. s. 30 giugno 1947, n. 548); ai poteri in materia di epurazione attribuiti a organi straordinari dall'art. 12 del r. d. l. 28 dicembre 1943, n. 29-B sino a tre mesi dall'entrata in vigore del decreto stesso, e successivamente prorogati per alcuni mesi dall'art. 11 del r. d. l. 12 aprile 1944, n. 101 — come in genere a tutti i poteri conferiti alla pubblica amministrazione in materia di epurazione, attribuiti sempre per un periodo di tempo limitato (p. es., art. 25 del d. l. l. 27 luglio 1944, n. 159; art. 1 e 2 del d. l. l. 11 ottobre 1944, n. 256).

In casi del genere — i quali però vanno tenuti nettamente distinti da quelli in cui l'elemento tempo sia determinante unicamente in relazione alla forma dell'esercizio del potere (41) — l'agente potrà esser con-

---

(41) V. supra, nota 30. Si pensi, a es., che l'incanto e l'aggiudicazione per i contratti dello Stato devono aver luogo in giorni feriali (art. 64 del r. d. 23 maggio 1924, n. 827 sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato), e che nel periodo delle pubblicazioni per il matrimonio civile devono esser comprese due domeni-

siderato titolare del potere soltanto durante il periodo per il quale il diritto glielo conferisce (42). E il trovarsi entro i limiti di tempo fissati dalla legge è presupposto ambientale inderogabile perchè la titolarità del potere ricorra (43).

Pienamente assimilabile al caso, cui or ora si è fatto cenno, è quello in cui il potere venga dalla legge riconosciuto soltanto per il periodo di particolari contingenze storiche espressamente specificate, o subordinatamente a dati eventi storici. In questi casi la determinazione cronologica della titolarità del potere, anzi che esser connessa immediatamente al calendario, è connessa a delle situazioni, i cui termini sono del pari esattamente individuabili. E per ciò il problema si pone in modo identico.

Gli esempi sono frequenti nella nostra legislazione. Mi limito a ricordare soltanto quelle disposizioni, le quali attribuiscono certi poteri per il tempo di guerra (p. es., gli artt. 5 e 9 del t. u. 31 ottobre 1942, n. 1611, sulla disciplina dei cittadini in tempo di guerra, relativi alla mobilitazione civile di individui e di enti), durante il dichiarato stato di guerra (p. es., l'art. 217, 2° comma, del t. u. di pubblica sicurezza, relativo ai poteri di ordinanza dell'autorità militare), durante il dichiarato stato di pericolo pubblico (p. es., l'art. 216 del t. u. di pubblica sicurezza, relativo al potere di ordinanza del ministro dell'interno), durante

---

che successive (art. 95 c. c.). Per altri esempi, v. W. JELLINEK, *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*, Tübingen, 1908, p. 36; G. MIELE, *Principi*, cit., I, p. 179.

(42) A tal proposito W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 2. ed., Berlin, 1929, p. 417, parla di competenza temporale, ponendo tale categoria accanto a quelle della competenza per materia e della competenza per territorio.

(43) Il problema non si pone in relazione allo spazio negli stessi termini che in relazione al tempo. Perchè, in quei casi in cui non opera anch'esso soltanto in relazione alla forma dell'esercizio del potere (v. supra, nota 30; v. inoltre gli esempi portati da G. MIELE, *Principi*, cit., I, 178 sg.), il luogo è determinante di massima in modo diretto e immediato in relazione ai termini stessi del potere, in quanto vale a individuare quello specifico soggetto o quello specifico oggetto, cui il potere di volta in volta si riferisce. Se per ciò rappresenta un limite della titolarità del potere, lo spazio — allorchè dei limiti spaziali vengono dalla legge posti al potere — opera su di esso soltanto in modo indiretto, attraverso la individuazione dell'uno o dell'altro dei suoi termini (v. supra, nota 37), e non può esser quindi considerato come mero presupposto ambientale della titolarità del potere. Così il limite spaziale inerente alla competenza territoriale vale a individuare l'autorità specifica, che ha la potestà di provvedere; come il limite spaziale inerente all'attribuzione di poteri eccezionali vale a individuare i termini passivi in ordine ai quali l'autorità può valersi di quei poteri eccezionali (p. es., in caso di pericolo pubblico dichiarato limitatamente al territorio di alcuni comuni, il potere attribuito al prefetto dall'art. 215 del t. u. di pubblica sicurezza 18 giugno 1931, n. 773, di ordinare l'arresto o la detenzione di qualsiasi persona, qualora ciò sia ritenuto necessario per ristabilire o per conservare l'ordine, non potrebbe essere esercitato nei confronti di individui che non si trovino entro la zona per la quale lo stato di pericolo sia stato dichiarato).

epidemie (p. es., gli artt. 261 e 353 del t. u. delle leggi sanitarie, relativi rispettivamente al potere di ordinanza del ministro dell'interno e al potere di requisizione del prefetto).

Maggiori perplessità naturalmente possono sorgere in relazione a quei casi, in cui, anzi che collegare l'attribuzione di un potere a una certa situazione storica espressamente specificata, il diritto la colleghi piuttosto a delle situazioni ambientali, il cui accertamento sia riservato a una valutazione discrezionale dello stesso agente qualificato al potere. Vengono qui alla mente quei casi, in cui un potere sia riconosciuto soltanto nel concorso dello stato di necessità o di urgenza, o in presenza di ragioni di ordine pubblico, o di sanità pubblica, o comunque di gravi motivi, ecc.

Si pensi, ad es., ai poteri attribuiti in casi di urgenza al prefetto e al sindaco, rispettivamente dall'art. 19, 5° comma e dall'art. 55 del t. u. com. e prov.; ai poteri attribuiti al prefetto per ragioni di ordine pubblico in materia di detenzione di armi e munizioni dall'art. 40 del t. u. di pubblica sicurezza, nonché a quelli attribuitigli per ragioni di ordine pubblico e di sanità pubblica in materia di manifestazioni religiose dall'art. 26 dello stesso t. u.; ai poteri attribuiti al ministro dell'interno, per gravi ragioni di carattere tecnico o amministrativo, o di ordine pubblico, in relazione allo scioglimento del comitato di amministrazione dei consorzi provinciali antitubercolari dall'art. 274 del t. u. delle leggi sanitarie; al potere attribuito al ministro per la pubblica istruzione dall'art. 2 del d. l. l. 7 settembre 1944, n. 264, di revocare per gravi motivi il rettore di una università prima della scadenza della durata della carica.

Ora, se è vero che in casi del genere la discrezionalità risulta circoscritta entro margini limitati, quali sono quelli della categoria (urgenza, necessità di ordine pubblico, ecc.), oltre la quale il potere non viene riconosciuto, e oltre la quale, quindi, esso non potrebbe venire esercitato senza esorbitare dai confini a esso posti (44), non può non convenirsi che anche qui ci si trovi a contatto di presupposti estrinseci, i quali condizionano lo stesso riconoscimento, e cioè la stessa attribuzione del potere (45). Se, cioè, ad es., nell'ipotesi in cui sia riservato a una certa

(44) Sulla questione cfr., in modo particolarmente efficace, DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, n. 40; *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, I, Padova, 1931, p. 232 sg. V. inoltre M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 157 sgg., e presso di lui richiami.

(45) La dottrina suole però comunemente configurare le circostanze che qui vengono in considerazione — e particolarmente l'urgenza — come elementi condizionanti l'esercizio del potere (cfr., p. es., DE VALLES, *Teoria giuridica*, cit., I, p. 232; FORTI, *Diritto am-*

autorità di provvedere in caso di urgenza, non interessa alla appartenenza del potere se ricorra una urgenza di grado maggiore o minore, interessa tuttavia se comunque una qualche urgenza, tale da qualificare al potere, ricorra. Per modo che si può dire che, mentre inerisce all'uso del potere il fatto che, ricorrendo una qualche urgenza, si provveda o meno, inerisce invece all'appartenenza del potere il fatto che ricorra una situazione tale, alla quale possa essere riconosciuta la caratteristica dell'urgenza (46). E così per quanto riguarda gli altri esempi, che su questo terreno possono esser portati.

Un'altra ipotesi, nella quale mi pare possa affermarsi di essere a contatto di un presupposto estrinseco della titolarità del potere, ricorre allorchè una potestà venga riconosciuta unicamente qualora l'agente qualificato in via principale si sia astenuto dal provvedere. In casi del genere ci troviamo di fronte a un fenomeno di legittimazione sussidiaria.

Si pensi, ad es., al potere, riconosciuto al prefetto dall'art. 55 del t. u. com. e prov., di prendere i provvedimenti d'urgenza omessi dal sindaco in materia di edilità, polizia locale e igiene, per motivi di sanità e sicurezza pubblica; nonchè a quello, riconosciutogli dall'art. 232 dello stesso t. u., di adottare i provvedimenti disciplinari omessi dalle amministrazioni degli enti locali; e a quello, riconosciutogli dall'art. 345, 2° comma del t. u. delle leggi sanitarie, di compilare i regolamenti locali di igiene e sanità e gli altri regolamenti in materia sanitaria, la cui emanazione sia stata trascurata dalle autorità comunali.

In casi del genere soltanto la omissione del legittimato principale vale a determinare la situazione storica, in seno alla quale sorge una qualificazione del legittimato sussidiario. E quindi quest'ultimo non può, prima di tale evento, esser considerato titolare di alcun potere in materia (47).

Nè sostanzialmente dissimili sono i casi di legittimazione alternativa. Si pensi, ad es., al potere di decidere i ricorsi di legittimità contro i provvedimenti amministrativi definitivi, attribuito in via alternativa al Consiglio di Stato e al capo dello Stato (48).

---

*ministrativo*, cit., II, p. 143). Non manca anzi chi vede gravitare la materia addirittura nella sfera dell'uso del potere (così IACCARINO, *In tema*, cit., c. 95).

(46) La giurisprudenza non ha mancato di mettere in debita luce tale principio. Cfr., luglio 1936, *ivi*, 1936, II, p. 611. Tra le decisioni più recenti, cfr. V sez., 17 dicembre 1946, « *Foro it.* », 1947, III, c. 1; 22 marzo 1946, « *Giur. it.* », 1947, III, c. 49.

(47) Non mi pare quindi opportuno parlare a questo proposito di potere alternativo o concorrente, come pure è stato autorevolmente fatto in dottrina: cfr. DE VALLES, *Teoria giuridica*, cit., I, p. 227, 230.

(48) Non sembra per contro che siano assimilabili alla categoria in questione quei casi, pur frequenti nell'azione del pubblico potere, in cui una potestà di provvedere sia

6. — I presupposti estrinseci, i quali operano soltanto in ordine alla effettività del potere, limitando la propria azione a condizionare la possibilità dell'esercizio di questo, senza per ciò agire direttamente sulla sua appartenenza e sulla sua consistenza, sono quelli che ricorrono tutte le volte che l'estrinsecazione di un potere ormai specificato sia consentita soltanto nel concorso di particolari circostanze — le quali dunque non condizionano la stessa riferibilità del potere al suo titolare, ma semplicemente la sua concreta operatività nei singoli casi.

L'ipotesi, come già più sopra è stato posto in evidenza, ricorre ogni volta che ci si trovi in presenza di atti preparatori. Essendo questi preordinati alle singole fattispecie che li presuppongono, si rivelano chiaramente come condizionanti le singole estrinsecazioni del potere (49), e non come condizionanti la stessa consistenza del potere.

Anche al di fuori della categoria degli atti, nella categoria dei meri fatti giuridici, è dato tuttavia riscontrare delle ipotesi di presupposti estrinseci, i quali condizionano non già l'appartenenza, ma soltanto l'esercizio del potere.

Si pensi, in fatti, ai casi nei quali l'omissione da parte dei privati condiziona l'esecuzione d'ufficio da parte dell'amministrazione (50). Si pensi alla circostanza della impossibilità di provvedere altrimenti, la quale, in base al 3° comma dell'art. 338 del t. u. delle leggi sanitarie, condiziona l'esercizio da parte del prefetto della potestà di consentire la costruzione e l'ampliamento dei cimiteri a distanza minore di duecento metri dai centri abitati. Si pensi alle circostanze di tempo e di luogo, che, ai termini dell'art. 133 del t. u. di pubblica sicurezza, condizionano l'esercizio da parte del prefetto della potestà di concedere l'autorizzazione dell'impiego di fanciulli nella preparazione di spettacoli cinema-

---

condizionata dal fatto che un privato, obbligato a un certo comportamento, ne abbia p. es., Cons. di Stato, V sez., 24 giugno 1941, « Riv. dir. pubbl. », 1941, II, p. 396; 7 omesso l'adempimento. Si pensi, a es., all'esecuzione d'ufficio in caso di non ottemperanza da parte dei privati ai provvedimenti dell'autorità di pubblica sicurezza (art. 5, 2° comma, t. u. di pubblica sicurezza); all'esecuzione d'ufficio da parte dell'autorità comunale qualora non vengano rispettati i provvedimenti rivolti a sospendere i lavori o a ordinare il ripristino dello stato dei luoghi in caso di opere che procurino ostacoli al naturale scolo delle acque in zone malariche (art. 325 t. u. delle leggi sanitarie), ecc. In casi del genere, in fatti, più che di una legittimazione sussidiaria — in quanto non si può dire che qui il potere pubblico sottentri a un potere privato —, mi pare sia questione semplicemente di una possibilità condizionata dell'esercizio di un potere proprio dell'autorità. E ricadiamo per ciò nell'ipotesi della quale si tratterà nel numero seguente.

(49) V. supra, n. 4 Il DE VALLES, *Teoria giuridica*, cit., I, p. 311 sg., definisce meramente « potenziale » il potere dell'autorità che possa esercitarlo soltanto sul presupposto di un atto preparatorio.

(50) V. nota 48.

tografici. Si pensi, in fine, alla circostanza che i genitori non siano in grado di provvedere alla educazione e alla sorveglianza di un minore, la quale, ai termini dell'art. 178 del medesimo testo, condiziona l'esercizio del potere del presidente del tribunale di ordinare il ricovero del minore presso una famiglia o in un istituto di correzione.

Dato lo scopo che il presente studio si propone, non è qui il caso di scendere a un'analisi dettagliata dei presupposti che operano in relazione alla possibilità dell'esercizio del potere. Sarà stato sufficiente averne delineato la categoria, e averne segnalato le manifestazioni. Ciò, che ai fini delle presenti note direttamente interessa, è, in fatti, la categoria, che si è venuta progressivamente enucleando, dei fattori che operano in relazione alla titolarità del potere. Gli altri fattori sono stati presi in considerazione nell'unico intento di pervenire a un sufficiente isolamento dei primi.

## II.

SOMMARIO: II. Deficienza del potere e incompetenza: 1. Ampiezza della nozione di titolarità del potere. Come dal difetto di uno qualsiasi dei fattori su essa operanti discenda una deficienza del potere. Analisi esemplificativa. — 2. Insufficienza della definizione della incompetenza come deficienza del potere. — 3. Necessità di definire l'incompetenza esclusivamente sulla base della ripartizione delle funzioni tra i vari organi. Basi della discriminazione dell'incompetenza dallo straripamento di potere e dagli altri casi di deficienza del potere. — 4. Conclusione.

1. — Una volta pervenuti all'isolamento dei fattori operanti sulla titolarità del potere, è doveroso convenire che, per quanto ci si sia avvicinati, siamo ancora lontani dal raggiungimento dell'obbiettivo cui le presenti note mirano.

L'analisi ci ha portati, in fatti, a riscontrare quanto ricca e ampia sia la gamma di quei fattori, i quali devono esser considerati operanti in ordine alla consistenza del potere, vale a dire in ordine alla determinazione dell'entità del potere della cui appartenenza si tratti, e quindi — considerata la questione dal punto di vista del soggetto — in ordine alla titolarità del potere.

Anche isolata da quei fattori, i quali operano soltanto in relazione all'uso del potere, e da quelli i quali condizionano semplicemente l'esercizio di esso, la categoria dei fattori operanti in relazione alla titolarità del potere rimane, in fatti, molto estesa.

Se è vero che, a specificare un potere nella sua essenza, è necessario individuarne il soggetto, l'oggetto, il contenuto, la causa, nonchè le circostanze in cui l'ordinamento lo riconosca, è chiaro che si risconterà la mancanza di quel potere tutte le volte che uno qualsiasi di tali fattori non ricorra. Sia nell'azione diverso l'agente, sia diverso l'oggetto, sia diverso il contenuto, sia diversa la causa, siano diverse le circostanze, in modo identico nell'un caso come negli altri, non potrà che convenirsi della insussistenza di quel potere.

Una semplice scorsa ai testi legislativi sarà sufficiente a convincere dell'esattezza dell'assunto.

Consideriamo alcuni esempi. L'art. 164 del t. u. di pubblica sicurezza, modificato dall'art. 1 del d. l. l. 10-12-1944, n. 419, indica le persone che possono esser prese da parte della commissione prevista dall'art. 166 del t. u. cit., come risulta dall'art. 2 del d. l. l. cit., a oggetto di un provvedimento di ammonizione, e gli art. 170 sgg. prevedono le prescrizioni che può contenere l'ordinanza di ammonizione, mentre l'art. 166, come risulta modificato dal d. l. l. cit., determina la durata massima della misura. L'art. 181 dello stesso t. u., modificato dall'art. 1 del cit. d. l. l., indica coloro che dalla medesima commissione possono essere assegnati al confino di polizia, mentre l'art. 186 prevede le prescrizioni che l'ordinanza di assegnazione al confino può contenere. L'art. 56 del r. d. 30 dicembre 1923, n. 2960 indica le varie sanzioni disciplinari che possono esser prese a carico degli impiegati statali, e specifica le varie autorità qualificate a prenderle nei confronti delle varie categorie di impiegati. L'art. 250, 3° comma, del t. u. delle leggi sanitarie accorda al prefetto, nei confronti di chi sia stato recidivo nell'impiegare colori compresi nell'elenco di quelli nocivi, il potere di ordinare la chiusura fino a tre mesi dell'opificio o del negozio. L'art. 261 dello stesso testo conferisce al ministro dell'interno il potere di emettere particolari ordinanze in materia sanitaria nel caso di malattie infettive a carattere epidemico. L'art. 216 del t. u. di pubblica sicurezza conferisce allo stesso ministro, nel caso di stato di pericolo pubblico esteso a tutto il territorio della repubblica, il potere di emanare ordinanze, anche in deroga alle leggi vigenti, sulle materie che abbiano comunque attinenza con l'ordine pubblico e con la sicurezza pubblica.

In tutti questi casi ci troviamo di fronte alla attribuzione di poteri specificamente individuati nel loro titolare, nel loro oggetto, nel loro contenuto, nella loro causa. E negli ultimi due casi la attribuzione del potere è anche subordinata al concorso di particolari circostanze. Ora, qualsiasi possa essere il fattore nel quale si riscontri una divergenza tra l'azione realmente venuta in essere e quella in ordine alla quale il potere venne riconosciuto dal legislatore, quando una divergenza del genere si sia verificata, si sarà sempre comunque a contatto di un caso di deficienza del potere.

Consideriamo, in fatti, le diverse ipotesi, che, in relazione alla mancanza di corrispondenza tra i fattori previsti dalla legge e quelli ricorrenti in realtà nell'azione effettivamente esplicata, possono darsi.

Cominciamo dall'ipotesi che non corrispondenza tra colui cui la legge abbia attribuito il potere — e cioè il titolare di esso —, e l'agente che abbia esercitato l'azione. Supponiamo che un provvedimento di ammo-

nizione o di assegnazione al confino, anzi che dalla commissione prevista dall'art. 166 del t. u. di pubblica sicurezza sia stato preso dal prefetto; che la destituzione di un pubblico impiegato, anzi che dal ministro, come stabilito dall'art. 56, 4° comma, del r. d. 30 dicembre 1923, n. 2960, sia stata disposta dal capo ufficio; che il ministro dell'industria e commercio abbia adottato, nei confronti di coloro che abbiano impiegato industrialmente dei colori nocivi, i provvedimenti riservati al prefetto dall'art. 250 del t. u. delle leggi sanitarie; che il prefetto abbia emanato ordinanze sanitarie del genere di quelle riservate dall'art. 261 dello stesso t. u. al ministro dell'interno, che, in stato di pericolo pubblico esteso a tutto il territorio della repubblica, il prefetto abbia emesso le ordinanze riservate al ministro dell'interno dall'art. 216 del t. u. di pubblica sicurezza.

In tutti questi casi, essendo indiscutibile l'esplicazione dell'azione da parte di agenti ai quali il potere in questione non viene riconosciuto dalla legge, è per sè stesso evidente che ricorra presso l'agente una deficienza del potere (51).

Veniamo ora all'ipotesi della non rispondenza tra l'oggetto dell'azione e l'oggetto in relazione al quale la legge riconosce il potere. Immaginiamo che siano stati ammoniti o assegnati al confino degli individui non rientranti nelle categorie previste dagli artt. 164 e 181 del t. u. di pubblica sicurezza; che, in contrasto col 3° comma dell'art. 56 del r. d. 30 dicembre 1923, n. 2960, un capo ufficio abbia inflitto una censura a un impiegato statale di grado superiore al quinto; che un prefetto, in contrasto col 3° comma dell'art. 250 del t. u. delle leggi sanitarie, abbia ordinato la chiusura temporanea di un opificio non recidivo nell'impiego di colori nocivi.

Avendo in tali casi l'azione esplicito la propria forza operativa nei confronti di oggetti diversi da quelli in relazione ai quali il potere venne riconosciuto al suo titolare, la deficienza di potere non è meno evidente che nell'ipotesi precedentemente esaminata (52).

Passiamo adesso all'ipotesi che la corrispondenza manchi tra il contenuto del potere e il contenuto dell'azione. Ammettiamo che all'ammonito o al confinato siano state imposte delle prescrizioni diverse da

(51) Cfr., p. es., Cons. di Stato, V sez., 5 aprile 1940, « Foro it. », 1940, III, c. 181, in relazione a una deliberazione dell'ente comunale di assistenza presa dal presidente, anzi che, come prescritto dall'art. 2 della legge 3 giugno 1937, n. 847, dal comitato.

(52) Cfr., p. es., Cons. di Stato, V sez., 18 settembre 1946, « Foro it. », 1947, III, c. 25; 5 novembre 1946, *ibidem*, in relazione a casi, nei quali il potere, conferito al prefetto, in conformità della deliberazione della speciale commissione provinciale, dal d. l. 1. 19 ottobre 1944, n. 279, di attribuire in concessione ai contadini le terre incolte, era stato usato nei confronti di terreni coltivati.

quelle consentite rispettivamente dagli art. 170 sgg. e dall'art. 186 del t. u. di pubblica sicurezza, o che, in contrasto con l'art. 166, sia stata irrogata un'ordinanza di ammonizione per una durata superiore a due anni; che nei confronti di un impiegato statale sia stato per ragioni disciplinari preso un provvedimento diverso da quelli consentiti dall'art. 56 del r. d. 30 dicembre 1923, n. 2960 (p. es., la privazione dello stipendio, indipendentemente dalla sospensione dal grado), o che, in contrasto con l'art. 59, sia stato ridotto lo stipendio in misura superiore al quinto o per un periodo superiore a sei mesi; che, nei casi di impiego recidivo di colori nocivi, il prefetto, anzi che ordinare la chiusura temporanea prevista dall'art. 250 del t. u. delle leggi sanitarie, abbia disposto il ritiro della licenza di esercizio; che il ministro dell'interno, in violazione dell'art. 261 dello stesso t. u., nei casi previsti in tale articolo abbia emanato ordinanze non attinenti alla visita e alla disinfezione delle case, per l'organizzazione di servizi e soccorsi medici e per le misure cautelari da adottare contro la diffusione dell'epidemia.

In casi del genere la deficienza del potere è per sè stessa evidente. Ci troviamo, in fatti, di fronte alla esplicazione di un'azione affatto diversa da quella, in ordine alla quale l'ordinamento intese attribuire all'agente forza operativa (53).

Facciamo ancora l'ipotesi che l'azione sia stata esplicata in ordine a una finalità diversa da quella per cui il potere venne dall'ordinamento riconosciuto all'agente, vale a dire nell'esplicazione di una diversa funzione. Ipotizziamo cioè che un provvedimento di ammonizione o di assegnazione al confino, anzi che per ragioni di pericolosità sociale, secondo gli artt. 164 e 181 del t. u. di pubblica sicurezza, sia stato adottato per ragioni di ordine politico; che un provvedimento di revoca sia stato adottato, nei confronti di un impiegato, anzi che per ragioni disciplinari, come previsto dall'art. 56 del r. d. 30 dicembre 1923, n. 2960, al fine di render liberi dei posti di ruolo; che la temporanea chiusura di un opificio, ai termini dell'art. 250 del t. u. delle leggi sanitarie, sia stata disposta all'unico intento di favorire una concorrente industria municipalizzata; che una ordinanza di visita domiciliare, ai sensi dell'art. 261 dello stesso t. u., sia stata emessa dal ministro dell'interno per ragioni di pubblica sicurezza, anzi che per ragioni di sanità pubblica; che lo stesso ministro si sia avvalso del potere di ordinanza, conferitogli dall'art. 216 del t. u. di pubblica sicurezza in caso

---

(53) Cfr., p. es., Cons. di Stato, IV sez., 21 marzo 1947, cit. sub nota 7, in relazione a un caso in cui la commissione centrale per l'epurazione, anzi che proporre al ministero della pubblica istruzione un provvedimento di dispensa dal servizio, al quale era legittimata dal d. l. 1. 27 luglio 1944, n. 159, aveva proposto un provvedimento di censura.

di stato di pericolo pubblico, per realizzare delle espropriazioni per pubblica utilità.

In tutti questi casi — non diversamente da quelli precedentemente esaminati — ci si trova di fronte ad atti sostanzialmente differenti da quelli in relazione ai quali il potere venne riconosciuto dall'ordinamento. E, siccome — salvo espresse eccezioni — sul campo del diritto ciò che importa non è il nomen, ma la substantia, occorre necessariamente convenire che ci si trova anche qui di fronte a una deficienza del potere che sarebbe stato necessario in relazione all'azione effettivamente esercitata (54).

Restano, in fine, quelle ipotesi, in cui l'azione, per quanto esplicita dal soggetto, sull'oggetto, col contenuto, e al fine previsti dalla legge, sia tuttavia venuta in essere fuori della situazione storico-ambientale, nel concorso della quale soltanto l'ordinamento intese attribuire il potere. Formuliamo il caso che delle ordinanze del genere di quelle previste dall'art. 261 del t. u. delle leggi sanitarie siano state emanate dal prefetto fuori dell'ipotesi di diffusione di malattie infettive a carattere epidemico, o che delle ordinanze del genere di quelle previste dall'art. 216 del t. u. di pubblica sicurezza siano state emesse dal ministro dell'interno fuori dello stato di pericolo pubblico nazionale.

Che anche in tali casi debba convenirsi della deficienza del potere non può esser dubbio, quando si rifletta che, in essi, come in genere in tutti quelli in cui l'ordinamento lasci dipendere l'attribuzione di un potere dal concorso di particolari circostanze, la sussistenza del potere è condizionata dal ricorrere di tali circostanze, e che quindi, dove e fin quando esse facciano difetto, il potere manca (55).

Ho volutamente circoscritto l'analisi alle ipotesi più semplici — a quelle cioè, in cui la non corrispondenza tra l'azione esplicita, e l'azione in relazione alla quale il potere viene riconosciuto, sia limitata a uno soltanto dei fattori che interessano l'appartenenza del potere, non im-

(54) Cfr., da ultimo, Cons. di Stato, 10 luglio 1946, « Foro it. », 1947, III, c. 61, in relazione a un caso in cui era stato adottato un provvedimento di licenziamento di tutto il personale di un ente per la asserita impossibilità di questo di svolgere qualsiasi attività, al solo scopo di realizzare un licenziamento per riduzione di posti senza le prescritte garanzie.

(55) Cfr., p. es., la *Relazione*, cit., sul Cons. di Stato nel quinquennio 1936-40, II, p. 615, riguardo al potere riconosciuto dalla legge 17 agosto 1928, n. 2102 al ministro dei lavori pubblici di disporre la riduzione del numero dei vani degli alloggi degli impiegati statali, purchè però non sia stato ancora stipulato il mutuo individuale. V. inoltre Cons. di Stato, V sez., 26 marzo 1946, cit. sub nota 7, in relazione a un caso in cui un prefetto aveva esercitato il potere conferitogli in materia di epurazione dal r. d. l. 26 ottobre 1943, n. 29 B dopo la scadenza dei termini entro i quali tale potere gli era stato attribuito.

porta quale: il soggetto, l'oggetto, il contenuto, la causa, le circostanze. Ma è chiaro che, se una deficienza di potere ricorre persino ove tale corrispondenza manchi per uno solo di detti fattori, a maggior ragione essa ricorrerà ove la corrispondenza dovesse mancare per due o più di essi. Ciò è tanto evidente, che è superflua ogni esemplificazione.

2. — Un'analisi diffusa e specificata delle ipotesi di non rispondenza dei singoli fattori rilevanti in relazione alla titolarità del potere, con i fattori propri dell'azione effettivamente venuta in essere in ciascun caso concreto, era utile ed opportuna in ordine a una efficace dimostrazione della piena identità di situazione, che, in relazione alla presenza del potere, si determina allorchè si verifichi una tale non rispondenza in rapporto a uno qualsiasi di detti fattori.

Nell'ipotesi disciplinata dall'art. 261 del t. u. delle leggi sanitarie, a es., il potere manca, tanto se le ordinanze in questione siano state emesse dal presidente del consiglio invece che dal ministro dell'interno, quanto se, pur emesse dal ministro dell'interno, esse abbiano preteso di disciplinare una materia che non abbia nulla che vedere con quella sanitaria, o siano state mosse da un intento diverso da quello della sanità pubblica, quanto se, pur regolari quanto al resto, siano state emanate fuori dei casi di epidemie. E, se in tutte le fattispecie previste esso manca allo stesso modo, vuol dire che non esiste tra tali fattispecie, sotto l'aspetto della presenza o della deficienza del potere, alcuna diversità.

Se la conseguenza, in ordine a tale aspetto, è identica, quale che sia il fattore in relazione a cui la non rispondenza si verifichi, vuol dire dunque — a conferma di quanto più sopra si è osservato circa l'indissolubilità, in ordine al problema della appartenenza del potere, della considerazione dei varî fattori su essa operanti (56) — che, sotto il riguardo della presenza o della deficienza del potere, non è dato procedere ad alcuna discriminazione concettuale, a seconda che la non rispondenza inerisca all'agente, all'oggetto, al contenuto, ecc.

È da por mente anzi — e ciò ha valore essenziale e pregnante — che, in relazione a un atto, nel quale si riscontri una mancanza del potere, a voler esser rigorosamente corretti, non è dato affermare che il vizio inerisca al soggetto, all'oggetto, al contenuto, alla causa, o alle circostanze. Perchè, quale che possa essere il fattore, in relazione a cui sussista la non rispondenza con l'ipotesi per cui dal legislatore venne concesso il potere, l'atto posto in essere in assenza del potere — appunto per l'indissolubilità sulla quale a suo tempo si è insistito — sarà sempre viziato in modo indissolubile in tutti i fa-

---

(56) V. *supra*, I, 1.

tori, che in relazione alla appartenenza del potere operano. Ciò inerte naturalmente al concetto stesso di deficienza del potere. Così, p. es., se, nella ricordata ipotesi dell'art. 261 del t. u. delle leggi sanitarie, il prefetto abbia emanato una ordinanza estranea alla materia sanitaria, sarebbe inesatto considerare l'ordinanza viziata soltanto in uno dei fattori operanti in ordine alla titolarità del potere, e precisamente nell'oggetto. Perché il fatto stesso che il prefetto nell'ipotesi specifica manchi del potere di porre in essere delle ordinanze del genere di quella emanata, fa sì che la non rispondenza ricorra, in modo unitario e indissolubile, tanto in relazione all'agente (il quale non poteva provvedere in ordine alla materia), quanto in relazione all'oggetto (in ordine al quale non si poteva provvedere nel modo praticato), quanto in relazione al contenuto e alla causa (dato che quel certo contenuto e quella certa causa non potevano intervenire tra i termini tra cui intervennero), quanto, in fine, in relazione alle circostanze (le quali non erano tali da consentire l'azione effettivamente esplicata).

Questa considerazione mi pare decisiva in ordine all'obbiettivo della presente indagine. Da essa discende, in fatti, immediatamente la conseguenza che, se si vuol cercare un elemento di specificazione del concetto di incompetenza, rispetto a quello di deficienza del potere, bisogna portarsi su un terreno diverso da quello della discriminazione dei vari fattori operanti sulla appartenenza del potere.

Sarebbe, in fatti, dopo quanto si è venuto chiarendo, certamente inesatto affermare che il vizio di incompetenza sia quello che ricorre tutte le volte che presso l'agente che abbia posto in essere l'atto non si riscontri la presenza del potere di cui si tratti (57). Perché un vizio relativo al fattore soggettivo dell'atto è sempre in re ipsa, in qualsiasi caso di deficienza del potere.

È da notare, del resto, avvalorando l'assunto col maggiore fondamento che l'esemplificazione svolta ci consente, come, a voler accogliere una nozione di incompetenza di tal fatta, si correrebbe il rischio di assumere in tale nozione una serie di vizi dell'atto amministrativo di gran lunga più vasta di quella che comunemente si è stati soliti farvi rientrare, accogliendovi gran parte di quei casi che tradizionalmente, e di massima fondatamente, si è stati abituati a classificare sotto la categoria di altri tipici vizi dell'azione del potere amministrativo (58). E per tal

---

(57) V., da ultimo, in tal senso, in modo particolarmente esplicito, Cons. di Stato, IV sez., 3 luglio 1946, cit. sub nota 4; 21 marzo 1947, cit. sub nota 7. Per altre indicazioni, v. supra, nota 17. V. però le acute critiche formulate contro tale atteggiamento dall'ANDERSEN, *Ungillige Verwaltungsakte*, cit., p. 70 sgg. V. inoltre, espressamente, PRESUTTI, *Istituzioni*, cit., I, p. 157.

(58) In tale inconveniente incorre, in fatti, lo IACCARINO, *In tema*, cit., c. 92, il quale,

modo si verrebbero ad annebbiare notevolmente i contorni di vizi dal nome e dalla natura diversi (59). Si pensi, a es., al caso che un'ammonizione sia stata inflitta, anzi che per due anni — la durata massima consentita dall'art. 166 del t. u. di pubblica sicurezza —, per un periodo più lungo, o che lo stipendio di un impiegato sia stato ridotto in proporzione superiore a un quinto e per un periodo oltre i sei mesi, oltrepassando i limiti posti per tale misura disciplinare dall'art. 59 del r. d. 30 dicembre 1923, n. 2960, o che il provvedimento di chiusura temporanea sia stato adottato, in contrasto col 3° comma dell'art. 250 del t. u. delle leggi sanitarie, nei confronti di un'impresa che non sia stata recidiva nell'impiego di colori nocivi — casi tutti, che nessuno penserebbe di far rientrare sotto il vizio di incompetenza. E si pensi ancora all'ipotesi, correttamente configurata come violazione di legge, della emanazione da parte del sindaco di una ordinanza ai termini dell'art. 55 del t. u. com. e prov. fuori del concorso dell'urgenza o della contingibilità (60).

3. — Se dunque si vuole che alla nozione di incompetenza venga tra i vizi degli atti amministrativi riconosciuto un posto precisamente individuato e pienamente rispondente alle esigenze della discriminazione che il legislatore ha voluto instaurata tra essa e gli altri vizi dell'azione amministrativa, occorre battere vie che offrano maggiore affidamento. Nè attraverso l'accertamento dell'appartenenza o meno del potere all'agente, nè attraverso la specificazione se la sua non appartenenza sia connessa con un vizio proprio dell'uno o dell'altro dei fattori operanti in ordine a essa, si è in fatti, in grado di pervenire ad apprezzabili risultati.

Se in materia si vuol partire da dati sicuri, occorre prender le mosse da diverse considerazioni. Le quali, per altro, non pretendono affatto di esser peregrine.

La competenza dei vari organi nasce dalla distribuzione, che l'ordinamento fa tra questi delle varie funzioni attribuite a un ente. Tale distribuzione, la quale soltanto entro i limiti voluti dal diritto ha carattere

---

una volta formulata la premessa che il sindacato per incompetenza mira a determinare il « se » del potere, è costretto a circoscrivere il sindacato per violazione di legge al problema del « come », e cioè alla « valutazione della validità formale ».

(59) Si pensi, a es., che i vizi relativi al contenuto dell'atto sono stati comunemente compresi sotto la figura della violazione di legge. V., per tutti, RANELLETTI, *Teoria*, cit., p. 98; SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, 3. ed., Padova, 1937, p. 275; ZANOBINI, *Corso*, cit., I, p. 285. Cfr. espressamente ANDERSEN, *Ungültige Verwaltungsakte*, cit., p. 76.

(60) Cfr. M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 159.

giuridico (61), rappresenta negli Stati moderni un ulteriore passo avanti, oltre la conquista realizzata attraverso quella prima essenziale ripartizione di funzioni, che si comprende sotto il nome di divisione dei poteri. Essa, con l'assicurare la distribuzione giuridica dei compiti di natura diversa tra uffici di natura diversa, e meglio adatti ad affrontarli, e col realizzare un complesso sistema di cooperazione e di controlli, tende a garantire la migliore rispondenza dell'azione pubblica, da una parte, con le esigenze del pubblico interesse, e, dall'altra, col rispetto degli interessi degli altri soggetti (62).

Del rispetto di tale distribuzione di funzioni l'ordinamento, appunto sul presupposto delle profonde ragioni che la giustificano, si è naturalmente preoccupato, predisponendo, nei vari campi in cui l'esplicazione del pubblico potere si realizza, da un lato i mezzi idonei a evitarne le deviazioni, e dall'altro le conseguenze dalle deviazioni derivanti. Dunque, oltre che di garantire il rispetto di tutte le altre norme, cui il pubblico potere deve uniformarsi nella sua azione, il diritto si è preoccupato di garantire il rispetto delle norme predisposte alla ripartizione giuridica delle funzioni. E, di massima, lo ha fatto espressamente.

Per ciò, accanto a quel vizio dell'azione pubblica, consistente nella violazione del supremo principio della divisione dei poteri — vizio di particolare ed eccezionale gravità, al quale, allorchè per la prima volta venne configurato, fu attribuito il nome di eccesso di potere (63) —, esso configurò un altro vizio: quello dell'azione pubblica, la quale, pur mantenendosi entro i limiti del potere nel quale l'organo agente sia inquadrato, esorbiti tuttavia dalla sfera di attribuzioni propria di tale organo (64).

In base a tali principi, ecco i diversi momenti da riconoscere successivamente in ordine all'accertamento della sussistenza del vizio di incompetenza: a) che ricorra una deficienza di potere — cioè che l'attività

(61) Cfr. partic. DE VALLES, *Teoria giuridica*, cit., I, p. 83 sgg.; ZANOBINI, *Corso*, cit., I, p. 132.

(62) Sui precedenti concetti, v. ampiamente, per tutti, DE VALLES, *Teoria giuridica*, cit., I, p. 77 sgg.

(63) V. l'art. 3 n. 3 della legge 31 marzo 1877 n. 3761, sui conflitti di attribuzione. È stato acutamente dimostrato che nell'art. 26 del t. u. sul Cons. di Stato l'espressione « eccesso di potere » venne originariamente impiegata dal legislatore nel medesimo senso (cfr. ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, « Raccolta », cit., in on. di G. Vacchelli, p. 454 sg.). Anche sul terreno processuale il legislatore non impiega il termine « incompetenza » per designare il vizio derivante dalla violazione del principio della divisione dei poteri; ma usa l'espressione « difetto di giurisdizione » (art. 37 c. p. c.), la quale altro non esprime, che l'eccesso di potere del giudice (cfr., per tutti, REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1947, p. 87).

(64) Art. 26 t. u. sul Cons. di Stato; art. 38 c. p. c.; art. 51 c. p. p.

esercitata ecceda la potestà dell'organo agente; b) che ricorra la potestà di un altro organo — cioè che si tratti di un'attività rientrante nelle funzioni di un organo diverso da quello operante; c) che l'organo effettivamente titolare della potestà in questione appartenga allo stesso potere nel quale è inquadrato quello che pose in essere l'atto (65).

Tale è il valore che il concetto di incompetenza ha tradizionalmente conservato nella legislazione processuale (art. 38, 360, n. 2 c. p. c.; art. 51, 539, n. 2 c. p. p.), nella quale esso viene sempre tenuto nettamente distinto dalle ipotesi in cui il potere giudiziario invada i limiti di altri poteri (art. 37, 360, n. 1, 362 c. p. c.; art. 524, n. 2, 539, n. 3 c. p. p.). Ed è comune l'osservazione che il concetto di incompetenza non diversifichi in diritto amministrativo (66).

Sul campo del diritto amministrativo, tuttavia, dopo che il concetto di eccesso di potere è stato trasferito a designare quel vizio tipico dell'azione amministrativa, che oggi si suole intendere sotto tale nome, è venuto a risultare di riflesso dilatato il concetto di incompetenza. Hanno dovuto trovare, in fatti, sistemazione alla sua ombra quei casi — nei cui confronti si suole parlare di incompetenza assoluta —, ai quali era prima riservata la categoria dell'eccesso di potere, e che oggi si abbracciano più comunemente sotto il nome di straripamento di potere.

È da notare tuttavia che, se sul terreno del diritto amministrativo è avvenuta tale dilatazione — facilmente spiegabile da un punto di vista logico, tanto che le sue radici risalgono a tempi remoti (67) — essa, in fondo, è stata più formale che sostanziale. La dogmatica, in fatti, è venuta ponendo in luce, attraverso formulazioni sempre più chiare, per quanto ben lungi dall'esser definitive, che i casi più gravi di incompetenza — e tra questi tutti quelli, naturalmente, cui dà luogo lo straripamento di potere (68) —, più che in un vizio dell'atto amministrativo, si

(65) Sul campo del diritto amministrativo quest'ultima esigenza è stata trascurata anche da quegli scrittori, i quali più energicamente hanno posto in evidenza che un vizio di incompetenza può riconoscersi soltanto nel caso di invasione della sfera di attribuzioni di un altro organo. Cfr. RANELLETTI, *Teoria*, cit., p. 65; ANDERSEN, *Ungültige Verwaltungsakte*, cit., p. 76; BONNARD, *Précis de droit administratif*, 3. ed., Paris, 1940, p. 103.

(66) Cfr. IACCARINO, *Limiti*, cit., c. 128. V., per tutti, FORTI, *Diritto amministrativo*, cit., I, p. 233.

(67) Cfr., p. es., MANTELLINI, *I conflitti di attribuzioni in Italia dopo la legge 31 marzo 1877*, Firenze, 1878, p. 224, il quale afferma che « l'eccesso di potere rincarà sull'incompetenza ».

(68) E quindi, a maggior ragione, i casi di invasione della sfera di attribuzioni di soggetti diversi — a proposito dei quali, pure, si è per solito parlato autorevolmente di incompetenza (cfr., p. es., CAMMEO, *Corso*, cit., p. 921, FORTI, *Diritto amministrativo*, cit., II, p. 184; RANELLETTI, *Teoria*, cit., p. 63; SANTI ROMANO, *Corso*, cit., p. 268;

risolvono addirittura nella inesistenza di un atto di tal genere (69). Per modo che i casi di atti amministrativi, come tali esistenti, attetti da vizio di incompetenza, tornano a esser ridotti su per giù a quelli, ai quali originariamente la qualifica di incompetenza soleva venir riservata, e precisamente ai casi di atti di organi amministrativi, i quali abbiano invaso la sfera di attribuzioni di altri organi amministrativi (70).

Dove per contro una invasione di tal genere non ricorra, non può correttamente parlarsi di un atto amministrativo viziato di incompetenza (71). Nè rileva che presso l'atto in questione, al pari che presso ogni atto che presenti un vizio di tal genere, si riscontri una deficienza di

---

VITTA, *Diritto amministrativo*, I, Torino, 1933, p. 276). In casi del genere ci si trova in fatti, di fronte a una azione assolutamente estranea alla sfera di disposizione del soggetto operante. E da parte dei privatisti non si è mancato di porre in risalto la piena irrilevanza di ogni azione di tal fatta nei riguardi del soggetto, la cui sfera giuridica sia stata invasa (cfr. partic. CARIOTA-FERRARA, *I negozi*, cit., p. 17 sgg.; BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 230). — L'ipotesi ricorreva nella fattispecie che si presentò all'esame del Cons. di Stato, V sez., 26 marzo 1946, cit. sub nota 7, in cui un prefetto aveva provveduto in materia di spettanza del consiglio di amministrazione di un ente pubblico.

(69) Cfr. partic. DE VALLES, *Teoria giuridica*, cit., II, 1936, p. 19 sgg.; RANELLETTI, *Teoria*, cit., p. 64. Per ulteriori indicazioni, v. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., p. 315 sg. La dottrina straniera — nella quale si avvertono talora, anche presso scrittori assai autorevoli, gravi deviazioni concettuali (così FLEINER, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, tr. dal tedesco di EISENMANN, Paris, 1933, p. 121, 129, considera inesistenti, e come tali privi di esecutorietà, tutti gli atti posti comunque in essere da autorità incompetente) — appare in argomento assai meno soddisfacente. Cfr., p. es., KORMANN, *System*, cit., p. 247 sgg.; ANDERSEN, *Ungültige Verwaltungsakte*, cit., p. 101 sgg.; W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 266.

(70) Per una felice intuizione in tale direzione, a proposito degli atti d'urgenza, v. IACCARINO, *In tema*, cit., c. 95.

(71) Appare per ciò totalmente fuori strada ogni tentativo rivolto a inquadrare nel vizio di incompetenza qualsiasi difetto dell'atto amministrativo comunque inerente all'autorità agente — sia che si tratti di difetti dipendenti dalla deficienza dell'investitura (così, p. es., BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire*, cit., p. 1124; BONNARD, *Précis*, cit., p. 103, configurano come casi di incompetenza persino l'usurpazione di poteri; contra, espressamente, HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, II, ed., Paris, 1927, p. 416), sia che si tratti di difetti dipendenti da vizi dell'investitura o da incapacità dell'agente (v. invece, p. es., FORTI, *Diritto amministrativo*, cit., II, p. 184), sia che si tratti di difetti dipendenti dalla composizione dell'organo agente, o da ragioni di incompatibilità proprie a esso o a taluno dei suoi membri (merita dunque critica la decisione del Cons. di Stato, IV sez., 15 maggio 1946, cit. sub nota 7; cfr. GUICCIARDI, *Sulla natura*, cit., c. 44 sg.). Contro una tale posizione, frequentemente e autorevolmente accolta (v., tra gli altri, per tutti, KORMANN, *System*, cit., p. 167 sgg.), si veda la decisa critica dell'ANDERSEN, *Ungültige Verwaltungsakte*, cit., p. 71, nonché la perspicua analisi da lui svolta a p. 380 sgg.

Si tratta, per altro, di concetti, che presso i processualisti non hanno mai dato luogo ad alcun dubbio. Cfr., per tutti, ZANZUCCHI, *Il nuovo processo civile*, I, Milano, 1942,

potere (72). Perchè, come già si è avvertito più volte, e come non ci si stancherà di ripetere, la deficienza del potere può essere inerente alle più varie situazioni giuridiche, e può derivare dai più diversi difetti (73).

La gamma della gravità della deficienza di potere, è, in fatti, delle più svariate. E, anzi, mentre in gran numero di casi da essa discende immediatamente addirittura la inesistenza di un atto del genere di quello del quale sia questione (si pensi, a es., a un atto del prefetto, il quale intenda annullare le elezioni liberamente svoltesi in un comune, o addirittura intenda egli stesso nominare un sindaco), in molti altri casi essa si risolve in una pura e semplice violazione di legge (si pensi, a es., a una ordinanza prefettizia, con la quale venga temporaneamente chiuso un opificio non recidivo nell'uso di colori nocivi).

p. 197; MASSARI, *Il processo penale*, cit., p. 208 sg. Tra gli amministrativisti, v., p. es., correttamente, ZANOBINI, *Corso*, cit., I, p. 281.

Ancor maggiormente fuori strada è poi da considerare chi vorrebbe configurare come un caso di incompetenza persino il vizio di forma, sul presupposto che « le forme sostanziali volute pel compimento degli atti sono in fondo delle limitazioni alla competenza amministrativa » (BERTHÉLEMY, *loc. cit.*), o il vizio inerente alla mancanza di un atto presupposto (D. DONATI, *Atto complesso*, cit., p. 54).

(72) Cfr. espressamente BONNARD, *Précis*, cit., p. 103. Contra, p. es., HAURIU, *Précis*, cit., p. 417 sg., il quale configura come incompetenza anche il caso in cui la pubblica amministrazione, uscendo dalla sfera delle normali attività amministrative, abbia inciso sul dominio della vita privata.

(73) Dall'analisi condotta risulta che, ove si pongano da parte i vizi che riguardano l'uso del potere — i quali, a seconda che ineriscano all'iter logico, o alla forma, danno luogo a eccesso di potere o a violazione di legge —, e quelli che riguardano soltanto la esercitabilità del potere — i quali danno sempre luogo a violazione di legge —, tutti gli altri vizi dell'atto amministrativo hanno sempre alla loro base una deficienza di potere. E dunque facilmente spiegabile che molti siano i casi di deficienza di potere, i quali, esclusi dalla categoria dell'incompetenza, vanno abbracciati in quelle della violazione di legge e dell'eccesso di potere.

La giurisprudenza non di rado lo ha ammesso per quanto riguarda la violazione di legge (nel parere dell'adunanza generale del Cons. di Stato, 29 settembre 1932, « Foro amm. », 1933, I, 1, c. 241, si legge, a es., che « l'autorità la quale risolve erroneamente la questione relativa alla scusabilità dell'errore, incorre sempre in *violazione di legge, esercitando un potere che non ha*, od astenendosi dall'esercitare un potere di cui è tenuta a far uso »; e nella decisione della IV sez., 26 agosto 1936 n. 433, cit. sub nota 27, si legge che, nel caso degli atti insindacabili, il controllo giurisdizionale rivolto a individuare il potere, oltre che al vizio di incompetenza, si estende al « *vizio di violazione della sola norma attributiva del potere*, in quanto sia volta a determinare i confini del potere »; v. anche IV sez., 28 luglio 1943, cit. sub nota 29; v. contra, invece, in modo particolarmente esplicito, la recente decisione della IV sez., 3 luglio 1946, cit. sub nota 4, nella quale si insiste particolarmente sul concetto che l'incompetenza è *il vizio del potere*; in tal senso, v. anche IV sez., 21 marzo 1947, cit. sub nota 7). Maggiori ostacoli sono stati fatti, per contro, alla possibilità di far risalire dei casi di eccesso di potere a una deficienza del potere (cfr. partic. la decisione 3 luglio 1946, cit.; sull'argomento, v. espressamente SANDULLI, *Inizieranza*, cit.).

Qui non è il caso di scendere a una analisi, la quale ci condurrebbe oltre i limiti, cui la nostra sommaria delineaione ha voluto rimaner circoscritta. Sarà tuttavia opportuno segnalare come una discriminazione di importanza tra i vari casi, in cui organi del pubblico potere, superando i confine posti alla propria azione, non abbiano tuttavia invaso la sfera di altri organi del pubblico potere, sia stata talvolta formulata esplicitamente dallo stesso legislatore (74). E sarà opportuno ancora far cenno come proprio su questo terreno si lasci avvertire in diritto amministrativo la necessità di un approfondimento della discriminazione tra quei casi, nei quali — data la particolare gravità dello straripamento — alla deficienza del potere sia da connettere la non applicabilità delle norme predisposte appunto in ordine a quel certo potere — in quanto l'atto posto in essere sia addirittura da considerare come un atto diverso —, e quelli in cui la deficienza non sia di gravità tale da dover giungere a conseguenze del genere (75).

4. — Concludendo, si può affermare che un atto amministrativo sia invalido perchè viziato di incompetenza tutte le volte che sia stato posto in essere da un organo della pubblica amministrazione diverso da quello nelle cui attribuzioni rientrava il potere di emanarlo.

Tale ipotesi, qualora si voglia far riferimento specificamente ai vari fattori che operano sul potere, ricorre non soltanto quelle volte che l'atto di cui si tratti sia stato posto in essere da un organo, il quale — vuoi perchè non sia mai stato titolare del potere (difetto relativo all'agente), vuoi perchè siano venute meno le circostanze nel concorso delle quali la legge lo considerasse tale (difetto relativo alle circostanze) — sia diverso da quello cui il potere si appartenga, ma anche quelle volte in cui l'orga-

(74) Si confronti, in fatti, il n. 3 dell'art. 539 c. p. p. — intimamente connesso al n. 2 dell'art. 524 —, in relazione al quale la dottrina suole far riferimento alla invasione da parte del giudice penale della sfera lasciata libera all'attività individuale (cfr. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, IV, Torino, 1932, p. 604), col n. 4 dello stesso art. 539, in relazione al quale la dottrina suole ricordare l'esempio della sentenza con cui il giudice abbia concesso la sospensione condizionale dell'esecuzione della pena in un caso non consentito dalla legge (cfr. MANZINI, *op. cit.*, IV, p. 648).

(75) Tale discriminazione assurde ad altissimo rilievo, p. es., in quelle ipotesi, in cui, contro certi particolari atti espressamente indicati, non sia ammesso ricorso amministrativo o giurisdizionale: poichè allora il determinare se il difetto che eventualmente si riscontri sia tale, da far rifiutare addirittura all'atto la qualifica di estrinsecazione di quel certo potere di cui si tratti, sarà di importanza decisiva ai fini della ammissione di quel sindacato che il legislatore intese negare proprio ed esclusivamente nei confronti degli atti che di quel potere fossero effettiva estrinsecazione. In argomento, v. SANDULLI, *Osservazioni sulla sindacabilità giurisdizionale dei provvedimenti sottratti a ogni gravame emessi da autorità incompetente*, « Foro it. », 1941, III, c. 133.

no effettivamente previsto dall'ordinamento come titolare del potere, per contro, — o in quanto l'oggetto sul quale abbia operato sia stato riservato ad altro organo (difetto relativo all'oggetto), o in quanto proprio di un altro organo sia stato il contenuto del provvedimento adottato (difetto relativo al contenuto), o in quanto proprio a un altro organo sia stata attribuita la funzione inerente all'essenza di quel provvedimento (difetto relativo alla causa) — abbia invaso la sfera di attribuzioni di un organo diverso.

L'ipotesi non ricorre invece tutte quelle volte che, pur avendo l'atto esorbitato dai limiti del potere, non sia stata tuttavia da esso invasa la sfera di attribuzioni di altri organi amministrativi. In tal caso ricorrerà una delle altre particolari figure di vizi degli atti amministrativi (76).

Così sarebbero certamente viziati di incompetenza, non solo un'ordinanza di assegnazione al confino, la quale fosse stata emessa dal prefetto, anzi che dalla commissione di cui all'art. 166 del t. u. di pubblica sicurezza, ma anche un provvedimento di censura, il quale fosse stato inflitto a un impiegato statale di grado quarto dal capo ufficio, provvedendo così nei confronti di un soggetto in relazione al quale, ai termini dell'art. 56, 3° comma del r. d. 30 dicembre 1923, n. 2960, soltanto il ministro avrebbe potuto provvedere; anche una proposta di censura, la quale fosse stata avanzata, invadendo i poteri degli organi disciplinari ordinari, da un organo disciplinare straordinario, quale la commissione per l'epurazione istituita col r. d. l. 27 luglio 1944, n. 159, cui vennero dall'art. 21 attribuiti, per la generalità dei casi, poteri soltanto in materia di dispensa dal servizio (77); anche un provvedimento di licenziamento di un ufficiale per contrazione di organici, il quale, invadendo la sfera riservata al capo dello Stato dal r. d. l. 14 maggio 1946, n. 384, fosse stato preso dal presidente del consiglio dei ministri, fondandosi sui poteri conferitigli ai fini dell'epurazione dall'art. 2 del d. l. 1. 11 ottobre 1944, n. 257 (78); anche un provvedimento di collocamento a riposo di un impiegato civile di grado superiore al quinto, il quale, invadendo la sfera riservata dagli art. 52, 5° comma e 56, 4° e 5° comma del r. d. 30 dicembre 1923, n. 2960 al ministro del ramo previa deliberazione del consiglio dei ministri, fosse stato preso dal presidente del consiglio, ai sensi dell'art. 2 del d. l. l. or ora citato, fuori dei termini entro i quali

(76) Per alcuni spunti circa il metodo della discriminazione, v. anche SANDULLI, *Interferenze*, cit.

(77) Cfr. Cons. di Stato, IV sez., 21 marzo 1947, cit. sub nota 7, dove si parla addirittura — ma mi pare impropriamente — di incompetenza aggravata.

(78) Cfr. SANDULLI, *Interferenze*, cit. Contra, Cons. di Stato, IV sez., 3 luglio 1946, cit. sub nota 4.

il potere di prenderlo gli era stato eccezionalmente conferito, ai fini dell'epurazione, dal 2° comma di detto articolo (79); e anche un provvedimento di ordine pubblico preso — invadendo la sfera di competenza del prefetto — da un'autorità militare, quando non ricorresse l'ipotesi del dichiarato stato di guerra, di cui all'art. 217 del t. u. di pubblica sicurezza.

Non sarebbero, per contro, viziate di incompetenza — per quanto per alcune di esse il provvedimento, inficiato di una deficienza di potere di grado assai elevato, sarebbe addirittura da considerare inesistente come atto amministrativo — nè l'ordinanza con la quale la commissione, di cui all'art. 166 del t. u. di pubblica sicurezza, avesse inflitto a un individuo, in contrasto con lo stesso articolo, un provvedimento di ammonizione per un periodo superiore a due anni; nè quella con cui un provvedimento di ammonizione fosse stato, in contrasto con l'art. 164 dello stesso t. u., inflitto per ragioni di ordine politico, anzi che per ragioni di pericolosità sociale; nè quella con la quale, in contrasto con l'art. 250, 3° comma del t. u. delle leggi sanitarie, un prefetto avesse disposto la chiusura di un opificio che non fosse stato recidivo nell'impiego di colori nocivi; nè quella con cui un organo straordinario e temporaneo, quale il commissario degli alloggi, istituito col d. l. l. 28 dicembre 1944, n. 415, essendo rimasto in funzione soltanto per la liquidazione delle pratiche pendenti, avesse disposto la requisizione di un alloggio il giorno dopo scaduti i suoi poteri. In tutti questi casi, in fatti, verrebbe, sì, in questione una deficienza di potere. Essa, anzi, nell'ultima ipotesi sarebbe tanto grave, da rendere l'atto addirittura inesistente per evidente usurpazione di potere. Tuttavia farebbe difetto quella caratteristica essenziale del vizio di incompetenza degli atti amministrativi, che è rappresentata dall'invasione della sfera di attribuzioni di un altro organo della pubblica amministrazione.

Come è dato desumere dalla trattazione svolta, dunque, tra la nozione di incompetenza e quella di difetto del potere, per quanto la prima spazi entro l'ambito della sfera d'azione propria della seconda — di tal che non può darsi atto viziato di incompetenza nel quale non si riscontri assenza di potere —, esiste un elemento di specificazione di decisiva importanza. Alla prima, in fatti, è essenziale un aspetto — quello della appartenenza ad altri del potere del quale si tratti —, il quale non ha alcuna rilevanza in relazione alla seconda.

---

(79) Alla medesima conclusione pervengono, ma per via non soddisfacente, e in relazione a specie nelle quali era discutibile che il potere fosse stato esercitato fuori termine (v. in proposito anche le perplessità di M. S. GIANNINI, *In tema di vizio di incompetenza dell'atto amministrativo*, «Giur. Cass. civ.», 1946, II, 2, p. 570), le decisioni del Cons. di Stato. IV sez., 20 agosto 1946 n. 271 e 272, cit. sub nota 7.



## In tema di provvedimenti ministeriali su delibera del Consiglio dei Ministri\*

Pubblicato in

*Giurisprudenza completa della Corte Suprema  
di Cassazione. Sezioni Civili*  
Roma, 1949, I, pp. 894-898

\* Nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 18 febbraio 1949, n. 43, *ibid.*, p. 892;  
le massime sono riportate alla pagina seguente

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE IV: 18 FEBBRAIO 1949 n. 43; PRES. PAPALDO, EST. PESCATORE; MORMINO E PRESTI C. PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI.

*Il principio del silenzio-rifiuto, sancito dall'art. 5 della legge comunale e provinciale, si applica anche all'opposizione contro i provvedimenti di collocamento a riposo, devoluta all'esame del Consiglio dei Ministri, in base all'art. 1 DL 25.6.46 n. 15.*

*È illegittimo il giudizio sull'opposizione suindicata, solo se l'Amministrazione non abbia comunicato i motivi del provvedimento di collocamento a riposo.*

**In tema di provvedimenti ministeriali su delibera del consiglio dei ministri. —**

I. — 1. - Nella causa che ha dato origine alla decisione che si annota, ricorre indubbiamente uno dei casi più sorprendenti di ricorso da parte della Avvocatura dello Stato all'argomento dell'immunità del potere politico per cercar di sottrarre il provvedimento impugnato all'intervento ristoratore della giustizia. L'Avvocatura dello Stato ha escogitato infatti, per l'occasione, una strana tesi, secondo la quale nel nostro ordinamento non sarebbero suscettibili di impugnativa — quale che sia la loro natura — gli atti posti in essere dagli organi cui in via prevalente sia attribuito il potere politico. In favore di tali organi esisterebbe cioè una immunità non diversa da quella che esiste per gli organi del potere legislativo e del potere giudiziario.

2. - Ora, è indubbiamente vero che nel nostro ordinamento esiste un legame indissolubile tra alcuni organi e il potere politico. Tale legame esiste però soltanto nel senso che unicamente a quegli organi dello Stato, e non ad altri, può esser riconosciuto un potere politico. Non tutti gli organi dello Stato sono infatti titolari di tale potere (GUCCIARDI, *L'atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 37, 300 s.). Ciò non esclude però che gli organi titolari del potere politico siano sempre titolari di altri poteri. Nel nostro ordinamento infatti il potere politico è ripartito tra il Capo dello Stato, gli organi del potere legislativo e gli organi preminenti del potere amministrativo (cfr. SANDULLI, *Atto politico ed eccesso di potere*, in questa *Rivista* XXII tomo II 519).

3. - Che in particolare le attribuzioni del Consiglio dei ministri non si esauriscano nell'esercizio della funzione politica — la quale, pure, non può negarsi che sia, tra le attribuzioni di tale organo, preminente —, e che di conseguenza il Consiglio dei ministri non possa esser configurato come un « corpo esclusivamente politico », risulta manifesto — a prescindere dalle molte altre norme particolari che prevedono sue competenze di diritto amministrativo — da una semplice scorsa al RD 14.11.01 n. 466, che detta le norme generali relative alla sua attività. Basti pensare — per non riferirci che ai casi nei quali ogni discussione è manifestamente inammissibile — alla materia regolamentare, e a tutti i casi di decreti del Capo dello Stato, nei quali il ministro proponente intenda provvedere in con-

trasto col parere obbligatorio del Consiglio di Stato (RD cit., art. 1, n. 7), alla risoluzione dei conflitti di competenza tra i ministri e delle questioni di precedenza tra le varie cariche pubbliche (art. 1, n. 8 e 9), e alle materie contemplate nei n. 10 e 11 dell'art. 1 del decreto citato, nonchè alla maggior parte delle nomine contemplate nell'art. 2.

Che poi l'indirizzo politico sia un elemento influente nei confronti della generalità degli atti amministrativi attribuiti al Consiglio dei ministri, e che tali atti siano stati dalla legge attribuiti a quest'organo proprio in considerazione della sua istituzionale preposizione (almeno prima della entrata in vigore della attuale costituzione) alla determinazione dell'indirizzo politico (pare che in base all'art. 95 della vigente costituzione tale determinazione spetti invece al Presidente del consiglio: cfr. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II-III, 13 ed., Milano 1949, 110; *contra* BALLADORE-PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano 1949, 215), non esclude che gli atti stessi abbiano natura amministrativa. È noto infatti come la natura giuridica di un atto amministrativo non risulti mutata per l'essere esso soggetto all'influenza dell'indirizzo politico, al quale anzi è istituzionalmente soggetta l'azione discrezionale della pubblica amministrazione (cfr. CODACCI-PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano 1940, 148 s.).

In dottrina del resto non si è mai dubitato che il Consiglio dei ministri fosse un organo di natura amministrativa, e preposto a funzioni amministrative (cfr., per tutti, ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, 4 ed., Milano 1949, 11; RANELLETTI, *op. cit.*, 111; BALLADORE PALLIERI, *op. cit.*, 217), tanto che una diffusa opinione ha ritenuto che la competenza del Consiglio dei ministri dimissionario dovesse, esclusa la funzione politica, considerarsi ridotta alla sola funzione amministrativa (v. gli autori cit. da VIRGA, *La crisi e le dimissioni del Gabinetto*, Milano 1948, nota 11 a p. 66).

4. - Una volta precisato nei suoi reali termini questo punto — il quale del resto non era contestato da parte dell'Avvocatura dello Stato, se non nel suo aspetto quantitativo, dato che proprio nella specie essa riconosceva che veniva in questione un atto che dal punto di vista sostanziale non avrebbe potuto esser qualificato se non come amministrativo —, al fine di dimostrare in modo definitivo che nel nostro ordinamento la circostanza che un organo sia preposto prevalentemente all'esercizio della funzione politica non vale a crearli una immunità giurisdizionale, sarà sufficiente richiamare il disposto dell'art. 31 del TU sul Consiglio di Stato.

In base a questo non tutti gli atti del Governo — nel quale la legge impersona gli organi amministrativi preposti alla funzione politica — sono resi immuni dalla giurisdizione; ma soltanto quelli « emanati nell'esercizio del potere politico ». Il che significa che non « il Governo » come tale — nei suoi vari organi, e quindi anche nel Consiglio dei ministri — è immune dalla giurisdizione, ma soltanto i suoi atti politici. È chiaro cioè che nel nostro ordinamento — a differenza di quanto avviene per il potere legislativo e per quello giurisdizionale — non sono resi immuni gli organi preposti alla funzione politica, ma lo è la funzione politica in sé e per sé.

Ciò inerte strettamente alla circostanza, già segnalata, che nel nostro sistema la funzione politica non ha, come quella legislativa, quella giurisdizionale, quella amministrativa, un complesso di organi suoi propri, ma è ripartita tra gli organi dei poteri tradizionali, di tal che — una volta riconosciuto che tale funzione è da considerare come una funzione a sé stante (cfr. SANDULLI, *Atto politico*, cit., 518) — il numero dei poteri non risulta corrispondente a quello delle funzioni, e non si riscontra tra poteri e funzioni una perfetta coincidenza: con la conseguenza che la discriminazione degli atti politici presso i singoli organi che hanno competenza a porli in essere, non può aver luogo, se non avendo riguardo alla loro sostanza.

5. - Alla stregua di tali rilievi appare evidente che, per escludere il sindacato giurisdizionale sull'operato di un organo inquadrato nel potere esecutivo, e dotato — sia pur pre-

valentemente e non esclusivamente — di attribuzioni inerenti alla funzione politica, non può essere sufficiente — come è parso all'Avvocatura dello Stato — rifarsi alla circostanza che l'art. 26 TU Cons. di Stato ammette il ricorso giurisdizionale soltanto contro gli atti « di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante ». Tale formula è infatti comprensiva di tutti gli organi del potere esecutivo. La discriminazione degli atti di tali organi esclusi dalla giurisdizione amministrativa non può esser fatta, se non alla stregua di altri precetti; e specificamente quella degli atti politici non può esser fatta, ai sensi dell'art. 31 TU cit., se non sulla base del criterio sostanziale.

Esattamente dunque la decisione annotata ha rigettato la proposta eccezione di immunità.

Circa la sindacabilità giurisdizionale delle pronunce del Consiglio dei ministri aventi oggetto amministrativo, la giurisprudenza del Consiglio di Stato non aveva, del resto, mai avuto dubbi (v., p. es., IV sez., 14.5.47 n. 148, in questa *Rivista* XXV, 506).

II. — 6. - Non meno esatta è la massima, la quale ha ritenuto applicabile al ricorso in opposizione i termini e i modi previsti dall'art. 5 TU com. e prov. del 1934 per l'impugnativa del silenzio serbato dall'amministrazione sul ricorso gerarchico.

Giustamente la disciplina instaurata dalla norma in questione, suscitata dalla necessità di tradurre in una formula legislativa una tradizione giurisprudenziale assai più antica, è stata ritenuta una regola applicabile non soltanto alla materia regolata dal testo unico nel quale venne inserita, ma una regola di carattere generale (v. espressamente Cons. Stato, IV sez., 17.2.43, RDPub 43 II 113).

Data la stretta affinità del ricorso gerarchico proprio con quello improprio e con quello in opposizione — i quali tutti rientrano nella categoria dei rimedi amministrativi ordinari concessi ai privati contro i provvedimenti dell'amministrazione — e dato l'intento di ordine generale che mosse il legislatore alla emanazione della norma citata, è poi logica l'interpretazione analogica della regola — la quale è formulata con specifico riguardo ai ricorsi gerarchici — sì da renderla applicabile anche ai ricorsi gerarchici impropri e ai ricorsi in opposizione (cfr. ZANOBINI, *op. cit.*, II 60 e 68; GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, 2 ed., Padova 1943, 92). Ed è significativo a tal proposito che su questo punto sia concorde pure chi in linea di principio si manifesta contrario al dominante indirizzo, propenso alla più estesa applicazione del concetto della impugnabilità del silenzio rifiuto dell'amministrazione (ZANOBINI, *op. cit.*, II 140).

7. - Ciò posto, occorre tuttavia precisare — ai soli fini dell'esattezza dogmatica (la precisazione non incide infatti sulla correttezza della soluzione cui la decisione annotata pervenne) — che nella specie non pare ci si trovasse in presenza di un caso di opposizione — come la stessa legge lo definiva — ma piuttosto in presenza di un caso di ricorso gerarchico improprio.

8. - Contro il provvedimento di collocamento a riposo adottato dal Presidente del consiglio su proposta del ministro competente ai sensi dell'art. 2 DL 11.10.44 n. 257, l'art. 1 DL 25.6.46 n. 15 concesse all'impiegato collocato a riposo il diritto di presentare al ministro dal quale dipendeva un ricorso (che veniva chiamato « opposizione »), sul quale sarebbe stato provveduto con « decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri ».

Ora, è da tener presente che nel nostro ordinamento il potere effettivamente determinante dei provvedimenti da emanare « su deliberazione del Consiglio dei ministri », è quello del Consiglio stesso (cfr. Cons. Stato IV, 14.5.47 n. 148, cit., loc. cit., e nota redazionale ivi) Rispetto alla determinazione di quest'organo, l'atto mediante il quale il ministro competente, di volta in volta, pone in essere, o propone al Capo dello Stato (il quale a sua volta potrebbe non sottoscriverlo, ma non potrebbe modificarlo) il provvedimento dotato di forza

operante, destinato a produrre i suoi effetti nei rapporti esterni, è da considerare come un mero elemento di attuazione, a essa interamente vincolato.

È vero che l'unico e solo provvedimento operante nei rapporti esterni è quello posto in essere in attuazione della delibera consiliare, e cioè — limitando l'analisi ai casi analoghi a quello in questione — il provvedimento ministeriale e che rispetto a esso la delibera consiliare si atteggiava come un puro e semplice atto preparatorio (cfr. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940, 121 s.). È dunque vero che a quest'ultima non può esser riconosciuto nei confronti dell'effetto giuridico, potere *costitutivo*: tanto ciò è vero, che l'effetto si produce anche se la delibera consiliare sia effettivamente mancata — provocando la mancanza di essa una semplice invalidità del provvedimento posto in essere sulla sua base (sulla funzione giuridica degli elementi preparatori e di quelli costitutivi in seno alla fattispecie, v. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940, 121 s.; 175 s.). Ciò non toglie tuttavia che in ordine all'obbietto avuto di mira il potere *determinante* — e cioè il potere di determinare in modo immodificabile il contenuto del provvedimento destinato a operare nel mondo esterno — spetti soltanto al Consiglio e si concreti nella sua deliberazione.

9. - Il fenomeno per cui il potere determinante viene demandato a un organo diverso da quello competente a tradurre la determinazione nel provvedimento costitutivo — e cioè nel provvedimento propriamente operativo nel mondo esterno — è assai frequente, ed è stato di recente fatto oggetto di alcuni felici spunti da parte di M. S. GIANNINI, *Decisioni e deliberazioni amministrative*, Famm 46 I 1. Ma le idee sono in proposito tutt'altro che definitivamente chiarite, se lo stesso GIANNINI, nel lamentare che la categoria delle deliberazioni, e lo studio dei rapporti tra queste e gli atti che provvedono ad attuarle, sia stato fin qui trascurato, ha segnalato come molti altri atti — quali le concessioni, gli ordini, ecc. — siano stati assai maggiormente considerati dalla dottrina, dando così a vedere che egli ritiene lo studio di tale categoria come inerente all'aspetto contenutistico dell'atto amministrativo, mentre invece esso inerisce all'aspetto funzionale: la categoria delle deliberazioni non presenta alcuna omogeneità, e non va posta quindi sullo stesso piano, con tutte quelle che invece si isolano allorché si proceda alla analisi contenutistica dei vari atti: appunto perciò non sussiste, né può sussistere alcuna incompatibilità, né alcuna contrapposizione, tra le deliberazioni da una parte, e le concessioni, gli ordini, ecc., dall'altra: una deliberazione può ben avere a oggetto una concessione, un ordine, ecc. — cosa che non sarebbe possibile, se si trattasse di categorie tra loro omogenee, e come tali escludentisi a vicenda.

A ogni modo, in questa sede è sufficiente limitarsi alla constatazione che tutte le volte che il segnalato fenomeno ricorre, ci si viene a trovare in presenza di due atti, dei quali l'uno — quello *determinante* — opera, da solo, unicamente sull'*entità* dell'effetto, specificando il contenuto dell'altro — quello *costitutivo* — il quale invece opera, pure da solo, unicamente sul *venire in essere* dell'effetto.

Come esempi del fenomeno — oltre quello ricorrente nella fattispecie in esame — possono essere ricordati i casi in cui delle delibere dei consigli e delle giunte comunali esigano un successivo provvedimento del sindaco che dia loro attuazione (altre pronuncie di tali organi collegiali hanno invece — a seguire la terminologia di M. S. GIANNINI, *loc. cit.* — la natura di *decisioni*, e sono per sé sole operanti); le delibere delle facoltà universitarie relative alle nomine e ai trasferimenti dei professori, nonchè degli assistenti, provvedimenti che poi vengono portati a effetto mediante un decreto ministeriale (art. 73 e 93 TU 21.8.33 n. 1592; art. 3 DL 5.4.45 n. 238; art. 5 DL 7.5.48 n. 1172); le delibere dei corpi accademici e dei consigli di facoltà relative alla nomina dei rettori delle università e dei presidi delle facoltà universitarie, che pure vengono portate a effetto mediante un decreto ministeriale (art. 2 e 3 DL 7.9.44 n. 264); ecc.

10. - Ciò che in questa sede importa precisare è che, allorchando ci si trovi in presenza di un fenomeno del genere considerato, se in ordine alla *operatività* giuridica, e cioè alla produttività degli effetti, l'elemento decisivo è quello *costitutivo*, in ordine alla individuazione della *sostanza* dell'atto occorre guardare all'elemento *determinante*, del quale quello costitutivo non rappresenta che il momento dell'attuazione, e cioè un momento meramente esecutivo.

Ciò importa che, se il potere determinante in ordine a un certo provvedimento sia attribuito alla competenza di un organo, mentre il potere costitutivo è attribuito a un altro, e interessi considerare non la struttura formale della fattispecie, ma la sostanza, si dovrà qualificare come organo investito della funzione, non quello titolare del potere costitutivo, ma quello cui compete il potere determinante.

11. - Passando all'applicazione di tali principi alla fattispecie che diede luogo alla sentenza annotata, occorre dunque convenire che l'organo investito della funzione di decisione del ricorso presentato avverso il collocamento a riposo disposto dal Presidente del consiglio, non era lo stesso Presidente del Consiglio, ma il Consiglio dei ministri, del quale il decreto presidenziale non rappresentava — data la forza vincolante delle decisioni del Consiglio rispetto agli atti dei singoli ministri — che il puro e semplice provvedimento destinato a portarlo a effetto nel mondo esterno.

Di conseguenza il ricorso consentito agli interessati non era una mera opposizione, ma era un vero e proprio ricorso gerarchico improprio.



## I limiti di esistenza dell'atto amministrativo

Pubblicato in

*Rassegna di Diritto Pubblico*  
Napoli, 1949, I, pp. 125-162



SOMMARIO: I. *Impostazione e delimitazione del problema*: 1. L'annullabilità come unica specie di invalidità dell'atto amministrativo. — 2. Estraneità e priorità del problema dell'inesistenza dell'atto amministrativo rispetto al problema della invalidità di esso. — 3. Mancanza di valore decisivo ai fini della esistenza dell'atto amministrativo della presenza di qualsiasi documento che ne dia attestazione. — 4. Mancanza di valore decisivo ai fini della inesistenza di un atto amministrativo del difetto del potere presso il soggetto che lo esercitò. — 5. Definizione dell'atto amministrativo. I suoi elementi essenziali; e i caratteri essenziali di essi. — 6. Relativa facilità della dimostrazione della inesistenza dell'atto amministrativo nei casi di mancanza della forma essenziale e di mancanza di componenti di atti composti. Delimitazione del campo sul quale la ricerca presenta difficoltà e va approfondita — quello relativo all'aspetto sostanziale dell'atto. — 7. Questioni di metodo. — 8. Distinzione del problema della esistenza dell'atto amministrativo da quello della identificazione di esso. Punti di contatto.

II. *Analisi dei singoli elementi attinenti all'aspetto sostanziale dell'atto amministrativo e dei relativi caratteri essenziali in ordine alla esistenza di esso*: 9. Introduzione. — 10. A) Il termine attivo dell'atto amministrativo: il soggetto. Necessità che l'atto amministrativo promani da un'autorità amministrativa. — 11. Casi anomali in cui un atto amministrativo viene posto in essere da agenti estranei alla pubblica amministrazione. — 12. B) Il termine passivo dell'atto amministrativo: l'oggetto. La sua essenza e i suoi caratteri essenziali. — 13. C) L'elemento sostanziale dell'atto amministrativo: il comportamento volontario. Consistenza di esso. — 14. Caratteri essenziali del suo contenuto: a) in generale per l'esistenza di qualsiasi atto giuridico; — 15. b) in particolare per l'esistenza di un atto amministrativo. — 16. D) L'elemento funzionale dell'atto amministrativo: la causa. La sua essenza e i suoi caratteri essenziali.

## I.

1. — L'atto amministrativo è accompagnato — come è proprio di tutti gli atti del pubblico potere — dalla forza esecutoria (1). In qualsiasi modo possa esser viziato, esso esplica inevitabilmente — sempre che naturalmente ricorrano le condizioni di efficacia, e che la sua operatività non sia stata comunque sospesa (2) — l'azione che gli è propria. Solo la pronuncia di un'autorità che ne abbia il potere può valere a rendere operativo il difetto che eventualmente lo infici (art. 5 e 6 T. U. com. e prov.; art. 26 e 45 T. U. sul cons. di Stato). E solo dal momento in cui una tale pronuncia sia intervenuta l'atto, posto da essa nel nulla, non sarà più in grado di operare nel mondo del diritto (3).

Se dunque è vero che, in tanto una distinzione ha ragione di essere nel campo del diritto, in quanto valga a isolare dei fenomeni che l'ordinamento giuridico tratti in modo differente (4), e se, in particolare, è vero che una distinzione tra varie forme di invalidità, in tanto può meritare giustificazione, in quanto si tratti di forme dalle quali l'ordinamento faccia derivare degli effetti giuridici differenti (5) — se ne deve necessariamente concludere che il nostro sistema conosce

---

(1) V. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, in *Studi senesi*, XVIII-XIX, 1901, estr., 82 sg., 146; ANDERSEN, *Ungültige Verwaltungsakte* (1924), tr. dal danese da PAPPENHEIM, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1927, 63 sg.; G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova 1936, 25; ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano 1939, 135 sgg.

(2) Sul modo in cui condizione e sospensione agiscono sulla operatività dell'atto, v. di recente GARGIULO, *La sospensione dell'atto amministrativo da parte del Consiglio di Stato*, Napoli 1948, 8 sgg.

(3) Per quanto all'annullamento bisogna riconoscere forza retroattiva, la sua efficacia nel passato incontra pur sempre un limite insormontabile nel *factum infectum fieri nequit*. Sui limiti della retroattività dell'annullamento, v. ROMANELLI, *L'annullamento*, cit. 351 sgg., e ivi indicazioni.

(4) Cfr., per tutti, KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Leipzig-Wien, 1934, 2 sg.

(5) Si tengano presenti le vivaci critiche di cui invece assai spesso sono state fatte oggetto le formule aprioristiche impiegate in proposito nella dottrina germanica. V. partic. KELSEN, *Ueber Staatsunrecht*, in *Zeitschrift für das priv. und. öff. Recht der Gegenwart*, 1913, 68 sgg.; v. HIPPEL, *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts* (1924), rist., Berlin 1931, 46 sgg.

una sola forma di invalidità degli atti amministrativi. In fatti, come si è visto, esso tratta in modo identico gli atti amministrativi viziati, lasciando che questi esplicino normalmente la loro azione fino al momento in cui non vengano caducati nei modi di legge (6).

Se quindi l'unica conseguenza che all'atto amministrativo derivi dal non essersi uniformato all'ordinamento è presso di noi l'annullabilità (7) — ignorando il nostro diritto altre più radicali conseguenze, suscettibili di rendere l'atto viziato inidoneo *ipso jure* alla produzione di qualsiasi effetto —, occorre convenire che la sola forma di invalidità degli atti amministrativi nota al nostro ordinamento è l'annullabilità (8).

2. — Non urta minimamente contro tale conclusione l'ammettere che ricorrano dei casi, in cui presso un atto che abbia l'apparenza dell'atto amministrativo si riscontrino delle deficienze tanto gravi rispetto allo schema proprio della categoria, da far sì che quell'atto addirittura non possa esser considerato esistente come atto ammini-

---

(6) Contra, in sede di teoria generale, KELSEN, *Ueber Staatsrecht*, cit., 87, seguito da MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien 1927, 195, i quali, su basi puramente razionali e non controllate alla stregua del diritto positivo, affermano che, in mancanza di norme in contrario, qualsiasi difetto di un atto amministrativo lo rende automaticamente privo di forza operativa.

(7) Non vengono perciò qui in considerazione i casi di *irregolarità*, i quali non incidono sulla vita dell'atto. Si pensi, a es., a un decreto difettoso nella intestazione. In argomento v. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 2ª ed., Roma 1946, 311 sgg.; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli 1948, 332, e ivi indicazioni.

(8) Per quanto riguarda l'inammissibilità di una contrapposizione ai casi di inesistenza dell'atto di due figure di atti invalidi — nulli e annullabili —, la critica più recente — a parte le divergenze terminologiche — è da considerare chiaramente orientata sia sul campo del diritto pubblico, che su quello del diritto privato. Cfr., per tutti, ESPOSITO, *La validità delle leggi*, in *Annali dell'Università di Camerino* 1934, estr., 273 sgg.; G. CODACCI-PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano 1939, 62 sg.; A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino 1943, 73 sgg. Tra i più recenti sostenitori della possibilità di distinguere i casi di inesistenza da quelli di c. d. nullità assoluta, v., anche per indicazioni, CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., 337 sgg. Contro le argomentazioni a favore di una differenza di effetti tra negozio nullo e negozio inesistente, mi sembrano però decisivi i rilievi di A. FEDELE, *loc. cit.*

strativo (9). Qui, in fatti, non viene più in questione il problema delle conseguenze che discendono dai vizi dell'atto amministrativo (10), ma il problema degli stessi limiti di esistenza della categoria (11).

Quest'ultimo problema è rispetto al primo necessariamente preliminare e di primaria importanza. Per esso si tratta, in fatti, di determinare da qual punto in poi possono in una fattispecie riconoscersi le caratteristiche dell'atto amministrativo: vale a dire, di determinare il minimo di condizioni perchè un comportamento volontario possa esser considerato come atto amministrativo, sia pure invalido. Il problema della invalidità di un atto amministrativo non potrà logicamente sorgere che in un secondo momento, una volta cioè che risulti accertato che un atto amministrativo esista.

La determinazione dei limiti di esistenza dell'atto amministrativo — vale a dire la discriminazione dei casi in cui un atto amministrativo non è da considerare neanche venuto in vita, rispetto a quelli in cui un eventuale difetto della fattispecie sia di natura tale da rendere semplicemente invalido l'atto amministrativo venuto in vita — è indubbiamente dei problemi più delicati del diritto pubblico (12). E

(9) Cfr., KRUEWIG, *Dogmatische Untersuchungen zur Nichtigkeitslehre im öffentlichen Recht*, in *Annalen des deutschen Reiches* 1929, partic. 238 sgg. Su tali casi, e sulla spiegazione del fenomeno sul piano razionale, v. A. M. SANDULLI, *Considerazioni sul concetto di invalidità degli atti giuridici*, in *Stato e diritto* 1941, estr., 4 sg., e ivi ulteriori indicazioni.

(10) La dottrina è tuttavia generalmente orientata nel senso di inquadrare il problema dell'atto amministrativo inesistente (che più frequentemente viene designato come atto amministrativo nullo) negli schemi della teoria dell'atto amministrativo invalido. V., p. es., espressamente, ROMANELLI, *L'annullamento*, cit., 113, e nota ivi. V. inoltre, per tutti, ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, 5ª ed., Milano 1947, 233; RANELLETTI, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7ª ed., Milano 1945, 55 sgg. Per indicazioni relative alla dottrina germanica, v. KRUEWIG, *Dogmatische Untersuchungen*, cit., nota 5 a pag. 239.

(11) Cfr. A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940, 316 sg. Appare dunque per sè stessa evidente l'illogicità di quelle formulazioni secondo cui anche l'atto amministrativo inesistente sarebbe operante fino alla sua caducazione (TRENTIN, *L'atto amministrativo*, Roma 1915, 309 sgg.; TESAURO, *L'atto riferibile allo Stato*, 1927, 124; per altre indicazioni, v. G. TREVES, *La presunzione*, cit., nota 1 a pag. 102).

(12) Le difficoltà e le incertezze della materia — non ostante gli enormi progressi che la teoria dell'atto amministrativo ha fatto negli ultimi cinquant'anni (si rileggano in proposito le pagine del VACCHELLI, *La difesa*

non è certamente di quelli che rivestono importanza meramente teorica: basti considerare che la mancanza di un atto amministrativo porta con sè necessariamente la potestà piena del giudice ordinario (13), e — strettamente correlata col difetto di forza esecutoria dell'atto — la possibilità di resistenza attiva del cittadino (14).

Tale problema forma l'oggetto della presente indagine.

---

*giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano 1901, 446 sg.) — vengono generalmente sottolineate dalla dottrina. V., per es., BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien 1886, 291; KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlin, 1910, 203; v. HIPPEL, *Untersuchungen*, cit., 5; MERKL, *Allg. Verwaltungsrecht*, cit., 194 sg.; G. TREVES, *La presunzione*, cit., 26 sg.; P. RAVA', *La convalida degli atti amministrativi*, Padova 1937, 48 sgg.; G. CODACCI-PISANELLI, *L'annullamento*, cit., 77.

(13) È noto che la giurisprudenza, nei casi in cui l'amministrazione abbia pienamente esorbitato dai suoi poteri, è solita ammettere la possibilità delle azioni possessorie contro di essa. V. Cass., Sez. Un., 22 giugno 1933, in *Foro amm.* 1933, II, 149; 13 marzo 1934, *Mass. Giur. it.* 1934, n. 793, c. 104; Trib. Roma, 2 luglio 1941, in *Foro it.* 1941, I, 1117; Pretura Montecoreale 24 marzo 1946, in *Giur. it.* 1947, I, 2, 123, con nota di GUICCIARDI.

(14) Cfr. MERKL, *Allg. Verwaltungsrecht*, cit., 198. Anche dopo l'entrata in vigore del D.L.L. 14 settembre 1944, n. 288 — il quale con l'art. 4 ha richiamato in vita il contenuto dell'art. 192 del codice penale 1889 — la resistenza attiva è da ritenere lecita soltanto nei confronti degli atti privi di forza esecutoria (cfr. LONGHI, *La legittimità della resistenza agli atti dell'autorità nel diritto penale*, Milano 1920, 139 sg., 348 sg.). La norma, in fatti, legittima la possibilità della resistenza attiva contro gli atti arbitrari dei pubblici ufficiali. E, siccome l'attuazione di un atto esecutivo non può esser considerata un gesto di arbitrio, è evidente che la resistenza a essa non potrebbe mai esser considerata lecita. Non pare dunque lontano dal vero — in conformità con quanto in relazione all'art. 192 cod. Zanardelli era stato sostenuto dal MANZINI, *Trattato di diritto penale*, V, Torino, 1913, 296 sg. — il ritenere superflua la nuova norma. La sua formula, in fatti, (non diversamente da quanto è stato osservato da G. TREVES, *La presunzione*, cit., 141 sg., in ordine al diritto di resistenza passiva, sancito nell'art. 650 cp) nulla aggiunge all'art. 337 cp, in base al quale il diritto di resistenza attiva contro gli atti dei pubblici ufficiali nei quali non fossero riconoscibili degli atti di autorità (vale a dire contro gli atti arbitrari) era già consentito (v. N. LEVI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano 1935, 410). La resistenza per contro — in difformità da quanto si ritiene comunemente da parte dei penalisti (v., p. es., MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, II, 1, 3ª ed., Bologna 1948, 211 sg.) — non può esser considerata lecita nei confronti degli atti amministrativi invalidi. Ed è facile rendersene conto. Se è vero che la pubblica autorità ha, in

3. — Nell'avvicinarci all'analisi in funzione del risultato avuto di mira, deve innanzi tutto convenirsi della insufficienza di qualsiasi sistema, il quale, ai fini della discriminazione che interessa, intendesse far leva su elementi rivelatori esteriori.

Sarebbe dunque certamente infondato il cercare la base dell'esistenza di un atto amministrativo nella circostanza della presenza nel mondo esterno di un documento ufficiale attestante tale esistenza.

È noto che gli atti amministrativi — per quanto questa non debba esser considerata la regola da applicare necessariamente in mancanza di norme in contrario (15) — vengono posti in essere generalmente in forma scritta, e che assai spesso lo scritto rappresenta elemento essenziale per la loro esistenza. In applicazione poi di quel principio generale, in base al quale gli atti delle pubbliche autorità

virtù del principio della esecutorietà dei propri atti, il potere di portare a effetto anche i provvedimenti illegittimi, e che quindi di fronte a tale potere il cittadino si trova in uno stato di soggezione, nel senso che è tenuto a subirne l'esecuzione (sulla correlatività tra potere e soggezione, v. CARNE-LUTTI, *Teoria generale*, cit., 139), si pone evidentemente come una contraddictio in adjecto l'ammettere la possibilità di una resistenza legittima a un atto amministrativo invalido, la cui attuazione, per definizione, non rappresenta un arbitrio. Nè appare soddisfacente il tentativo del BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 116 sg., di aggirare l'insuperabile ostacolo, sostenendo che, mentre nei casi di inesistenza di un atto amministrativo il cittadino avrebbe un vero e proprio diritto di resistenza, nei casi di atti amministrativi invalidi, pur mancando un diritto di tal genere, sussisterebbe tuttavia la non punibilità del resistente (v. anche G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma 1931, 67). Una volta ammessa la liceità della resistenza, come si può, in fatti, negare al cittadino, cui è lecito resistere, un vero e proprio diritto soggettivo in tal senso? (Cfr. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano 1947, 63 sgg.). E, d'altro canto, una volta riconosciuta all'amministrazione la potestà di portare a esecuzione i propri atti illegittimi, come non configurare quale violazione della sfera giuridica di essa — e quindi di un suo diritto soggettivo — la ribellione del cittadino all'esercizio di tale potestà? La dottrina ha del resto da tempo fatto giustizia di quell'insegnamento, dal quale il BORSI, *op. cit.*, 116, prende le mosse, secondo cui non tutti i fatti lasciati impuniti dalla legge penale sarebbero leciti (cfr., per tutti, METZGER, *Diritto penale*, tr. it. Padova 1935, 182 sg.).

Per indicazioni della dottrina germanica sull'argomento, cfr. v. HIPPEL, *Untersuchungen*, cit., 96 sgg.

(15) Cfr., per tutti, ZANOBINI, *Corso*, cit., I, 194.

sono accompagnati da una presunzione di validità (16), esiste una presunzione giuridica in ordine alla rispondenza al vero delle dichiarazioni formulate nei documenti pubblici (art. 2700 c. c.).

Questo non significa però che, tutte le volte che in un pubblico documento risulti consacrata l'esistenza di un atto amministrativo, l'atto amministrativo debba necessariamente esser considerato esistente. Significa soltanto che la prova della sua esistenza non potrà esser superata che nei modi di legge.

Così la circostanza che esista il verbale di una deliberazione collegiale non implica necessariamente la giuridica esistenza di una deliberazione collegiale (17). Quel documento varrà soltanto a determinare una presunzione di esistenza della deliberazione (18), alla stessa maniera che la copia della sentenza rilasciata in forma esecutiva, e la promulgazione della legge, pur non implicando per sè sole l'esistenza della sentenza o della legge (19), determineranno una presunzione di esi-

(16) Cfr. G. TREVES, *La presunzione*, cit., e ivi indicazioni; GUICCIARDI, *L'abrogazione degli atti amministrativi*, in *Raccolta di scritti giuridici in on. di G. Vacchelli*, Milano, 1937, 259.

(17) Cfr. KORMANN, *System*, cit., 242 sgg. Contra, W. JELLINEK, *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*, Tübingen, 1908, 64; VITTA, *Gli atti collegiali*, Roma 1919, 74. Il problema è stato di recente trattato in materia matrimoniale dal COSATTINI, *Il possesso di stato conforme all'atto di matrimonio e le nullità matrimoniali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1947, I, 65 sgg., il quale ha con validi argomenti respinto la tesi, autorevolmente sostenuta in dottrina, secondo cui l'esistenza di un atto del registro dello stato civile relativo a un matrimonio sarebbe per sè solo sufficiente a far considerare il matrimonio esistente (cfr. Cass., 14 febbraio 1949, in *Mass. Foro it.* 1949, 48). V. le analoghe critiche mosse al Carnelutti dal BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2ª ed., Roma 1936, nota 12 a p. 634, il quale, riferendosi alla sentenza, osserva che « il documento non può bastare a conferire esistenza giuridica a un provvedimento che non abbia in realtà avuto luogo ». V. anche, per quanto riguarda la proclamazione dei risultati delle assemblee dei soci nelle società commerciali, VASELLI, *Deliberazioni nulle e annullabili delle società per azioni*, Padova 1948, 157.

(18) Cfr., per quanto riguarda l'atto del registro di stato civile relativo al matrimonio, COSATTINI, *Il possesso di stato*, cit., 67.

(19) Cfr., per quanto riguarda la promulgazione, A. M. SANDULLI, *In tema di promulgazione di decreti del capo dello stato*, in *Russ. dir. pubbl.* 1947, I, 13 e ivi indicazioni sub nota 26.

stenza rispettivamente della sentenza e della legge, superabile soltanto nei modi consentiti dall'ordinamento (20).

Dunque — e questo premeva porre in evidenza — altro è l'esistenza di un atto amministrativo, e altro è la presunzione della sua esistenza. E, se un documento, il quale ne attesti l'esistenza, può valere a far sorgere la presunzione della sua esistenza, nessuna rilevanza esso può avere in ordine al reale problema della sua esistenza (21). L'atto in tanto esiste in quanto realmente ne concorrano le condizioni di esistenza, e non in quanto un documento pubblico ne proclami l'esistenza.

4. — Nel nostro ordinamento può poi ben non avere forza decisiva, ai fini della inesistenza di un atto amministrativo, la circostanza che il soggetto agente non sia investito del potere che venga in considerazione.

La mancanza del potere nel soggetto che abbia posto in essere l'atto è certamente un dato sufficiente a far considerare come violazione di un diritto l'interferenza di quell'atto nella sfera giuridica di un altro soggetto (22). Tuttavia l'essenza dell'atto amministrativo non è presso di noi incompatibile col superamento dei limiti del potere riservato all'autorità, e cioè con la violazione dei diritti soggettivi altrui (23). Da espresse norme del nostro ordinamento risulta, in fatti,

---

(20) In argomento v., per quanto riguarda rapporti tra promulgazione e legge, partic. ESPOSITO, *La validità*, cit., 44 sg.

(21) E anzi da por mente che l'esistenza di un documento non può neanche significare l'esistenza dell'atto di documentazione. Se è vero che oggetto dell'atto di documentazione (sul quale v. A. M. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 233 sgg.), è il fatto documentato, una volta che il fatto documentato non esista, l'atto di documentazione sarà inesistente per deficienza dell'oggetto. Per considerazioni analoghe in relazione all'atto di promulgazione, v. A. M. SANDULLI, *In tema di promulgazione*, cit., 13 sg.

(22) Cfr., per tutti, in modo particolarmente chiaro, ZANOBINI, *Corso*, cit., II, 6ª ed., 93 sg., nonché, per alcune recenti applicazioni, A. M. SANDULLI, *Sulla competenza a giudicare delle espropriazioni viziate nella causa*, in *Dir. e giur.* 1948, 74 sgg.; *Sulla competenza a giudicare del mandato riconosciuto da parte dei comuni delle obbligazioni contratte sotto il regime repubblicano fascista*, in *Foro it.* 1949, I, 32 sgg.

(23) Cfr., espressamente, DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma 1917, 20; G. TREVES, *La presunzione*, cit., 25.

inequivocabilmente che un atto amministrativo ben può violare dei diritti soggettivi (art. 2, 4 legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E).

Dunque, al fine di negare che a una certa azione possano essere attribuiti i caratteri dell'atto amministrativo, non può esser considerato sufficiente l'aver dimostrato che il soggetto agente non possa esser ritenuto titolare del potere, del quale soltanto l'azione in questione potrebbe rappresentare legittima esplicazione (24). Non è da escludere, a es., che l'atto col quale una pubblica autorità, mossa dall'interesse pubblico, proceda a una requisizione o a un'espropriazione fuori dei casi previsti dalla legge, o in relazione a un bene non assoggettato dalla legge a provvedimenti di tal genere, pur essendo indubbiamente un atto non rientrante nei poteri del soggetto pubblico agente, e concretando quindi la violazione di diritti soggettivi, sia non di meno un atto amministrativo.

5. — Al fine di determinare le condizioni di esistenza dell'atto amministrativo, occorre, naturalmente, prender le mosse dalla definizione della categoria (25).

In base al nostro ordinamento positivo, l'atto amministrativo è un

---

(24) È questa la ragione per cui non può trovare soddisfacente applicazione presso di noi la teoria della « voie de fait » elaborata dalla giurisprudenza e dalla dottrina francesi. Essendo in Francia la discriminazione delle competenze tra giudice amministrativo e giudice ordinario basata sostanzialmente sulla distinzione tra atti di impero e atti di gestione, la teoria in questione è stata impiegata con una notevole larghezza al fine di ricondurre sotto la competenza dei giudici ordinari quegli atti posti in essere dall'amministrazione in veste di autorità, i quali, per esorbitare dai limiti del potere proprio dell'amministrazione, sono stati configurati come atti abusivi (« voie de fait »), e per ciò stesso sono stati ritenuti atti privati (la giurisprudenza definisce la « voie de fait » come « une sortie des pouvoirs de l'administration »). Su tale teoria, v., per altro in senso non sempre concorde, particolarmente, LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2<sup>a</sup> ed., Paris 1896, I, 478; M. HAURIUO, *Précis de droit administratif*, 12<sup>a</sup> ed., Paris 1933, 211; BONNARD, *Précis de droit administratif*, 3<sup>a</sup> ed., Paris 1940, 211; WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 4<sup>a</sup> ed., Paris 1946, 369 sgg.; DESGRANGES, *Essai sur la notion de voie de fait en droit administratif français*, Poitiers 1937; nonchè da ultimo — in senso alquanto più restrittivo — GERVAIS, nella nota giurisprudenziale, in *Rev. dr. publ.* 1948, 294 sgg., e la giurisprudenza ivi indicata.

(25) Cfr. KRUEWIG, *Dogmatische Untersuchungen*, cit., 247.

atto posto in essere da un'autorità amministrativa (art. 4 legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E; art. 26 T. U. 26 giugno 1924 n. 1054) nell'esplicazione di un potere pubblico (arg. ex art. 7 legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E), sempre che non si tratti di atto che abbia la forza giuridica dell'atto di governo, dell'atto legislativo o dell'atto giurisdizionale (26). Può esser considerato tale cioè soltanto l'atto di una pubblica amministrazione, che rappresenti l'esplicazione di una potestà amministrativa, e che quindi abbia quella forza giuridica tipica che inerisce a tale potestà (27).

È necessario dunque, prima di tutto, che venga in questione un atto giuridico, vale a dire il comportamento volontario di un soggetto in ordine a un oggetto idoneo, estrinsecato nei modi prescritti dalla legge, e mosso da una causa lecita (art. 1325 sgg. c. c.). Occorre poi che i vari elementi siano illuminati da quella particolare luce che possa far considerare l'atto come amministrativo: occorre cioè che l'atto sia riferibile a un'autorità amministrativa; che rappresenti la esplicazione di una potestà pubblica (e non sia stato posto in essere *jure privatorum*), e più precisamente di una potestà amministrativa (e non politica, legislativa o giurisdizionale); che il suo oggetto non sia insuscettibile di esser toccato dall'azione amministrativa; che appaia rivolto alla soddisfazione dell'interesse dell'ente che lo pose in essere.

Tutta la difficoltà del tema che forma oggetto del presente studio è rappresentata appunto dal problema dell'analisi dei singoli elementi dell'atto, ai fini del riconoscimento in esso dei caratteri dell'atto amministrativo. Non è semplice, in fatti, precisare da qual punto in poi il soggetto, il contenuto, l'oggetto, la causa di un preteso atto ammi-

---

(26) Nei caso che l'atto dell'autorità amministrativa abbia la forza propria degli atti di un potere diverso dall'amministrativo, il fatto stesso che esso venga fatto oggetto da parte dell'ordinamento di un trattamento giuridico diverso, importa che si tratti di un atto di natura giuridica diversa (per quanto riguarda gli atti di governo, v. a tal proposito A. M. SANDULLI, *Atto politico ed eccesso di potere*, in *Giur. compl. Cass. civ.* XXII, 1, 1946, 518 sgg.). La natura di un atto non può, in fatti, esser correttamente determinata se non sulla base della sua forza giuridica.

(27) Non può quindi essere seguito l'orientamento di chi esclude i regolamenti dalla categoria degli atti amministrativi. In tal senso, v. ZANOBINI, *Corso*, cit., I, 187 sgg., e presso di lui indicazioni.

nistrativo siano tali da far escludere che quell'atto possa esser considerato tale.

6. — Non presenta invece gran che di difficoltà il problema della forma.

Una volta accertato che una data forma sia richiesta ad substantiam per un certo atto, la mancanza di essa, risolvendosi in una diversità della fattispecie da quella in cui la legge in modo esclusivo identifica dal punto di vista formale quell'atto (28), non potrà non esser causa dell'inesistenza dell'atto stesso (29).

Del pari poi non può sorgere alcun dubbio circa la inesistenza di quegli atti composti, nei quali sia mancato l'intervento di uno o più dei componenti che avrebbero dovuto intervenire (30).

La imperfezione della fattispecie è per definizione ragione della sua inesistenza. Quindi, se il legislatore richiese, in vista di un certo effetto giuridico, una pluralità di unità elementari, il fatto che una sola di quelle unità manchi fa sì che la fattispecie richiesta non possa esser considerata venuta in vita (31). Così, a es., non potranno esser

(28) A. FEDELE, *La invalidità*, cit., 79 sg., considera la mancanza della forma prescritta come sfasamento qualitativo della fattispecie, in contrapposto allo sfasamento quantitativo.

(29) Su questo punto, salvo la diversità di terminologia, la dottrina è concorde. V., per tutti, RANELLETTI, *Teoria*, cit., 94; ZANOBINI, *Corso*, cit., I, 239; nonché, per ulteriori richiami, ROMANELLI, *L'annullamento*, cit., nota 42 a p. 160. In giurisprudenza v., tra le decisioni più recenti, Cass., 12 maggio 1947, in *Foro amm.* 1947, II, 1, 53. Si tratta di un principio giuridico generale: cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni di diritto civile*, I, 3ª ed., Napoli 1946, 101 sg. A ogni modo la giurisprudenza del Consiglio di Stato anche in casi del genere si è talora inspiegabilmente rivelata restia a configurare l'atto come inesistente (v., p. es., V sez., 16 giugno 1933, nella *Relazione* del Presidente sul Consiglio di Stato nel quinquennio 1931-35, Roma 1937, II, 12).

(30) Altro è il problema se in casi del genere possa esser considerato come atto amministrativo — sia pur viziato di incompetenza — l'atto dell'autorità che operò senza la prescritta collaborazione degli altri agenti. Tale problema va risolto in base ai principi che verranno illustrati a suo luogo circa la riferibilità all'amministrazione degli atti posti in essere da autorità incompetenti (v. infra n. 15).

(31) In argomento, anche per ulteriori indicazioni, v. A. M. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 333 sgg.

considerati venuti in vita il decreto presidenziale privo della controfirma ministeriale, il decreto interministeriale posto in essere da un solo ministro, la deliberazione del consiglio comunale alla quale non abbia assistito in veste documentante il segretario.

Le difficoltà del problema che forma oggetto della presente indagine non sorgono dunque, naturalmente, sul terreno delle fattispecie imperfette, ma su quello delle fattispecie, le quali, pur essendosi realizzate nel concorso delle unità elementari richieste — siano esse una o più —, rivelino tuttavia delle anomalie per ciò che attiene alla essenza di esse (32).

7. — Quanto al metodo da seguire per determinare se una certa anomalia importi o non la inesistenza dell'atto amministrativo, l'unico corretto — in una materia nella quale mancano i lumi di espresse disposizioni legislative — non può essere che quello di rifarsi ai principi generali del diritto amministrativo ricavabili dal sistema (33), analizzando specificatamente, in relazione a ciascuno dei singoli elementi dell'atto amministrativo, a quali condizioni esso possa esser considerato sussistente.

Ogni metodo che volesse fondarsi su una classificazione astratta della gravità dei difetti riscontrati (34), o, ancor peggio, sulla maggiore

(32) Sulle ragioni logiche per cui, sul terreno degli atti giuridici, a questo proposito la fattispecie, pur non corrispondendo a quella ipotizzata dal legislatore, non viene considerata come *diversa*, v. A. M. SANDULLI, *Considerazioni*, cit., 4 sgg. Si consideri anche la distinzione tra sfasamento quantitativo e sfasamento qualitativo proposta da A. FEDELE, *La invalidità*, cit. 76.

(33) Cfr., anche per indicazioni critiche, KRUEWIG, *Dogm. Untersuchungen*, cit., 255 sgg.

(34) Tale sistema è stato seguito particolarmente da W. JELLINEK, *Der fehlerhafte Staatsakt*, cit., 43, 56 sg., 103 sg e passim, il quale si è meritato le critiche del KELSEN, *Ueber Staatsunrecht*, cit., 69 sg. V. anche KORMANN, *System*, cit., passim; FLEINER, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, trad. franc. di EISENMANN, Paris 1933, 129; HERRNITT, *Grundlehren des Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1921, 285 sgg.; *Oesterreichisches Verwaltungsrecht*, Tübingen 1925, 31; GIESE, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Tübingen 1948, 95 sg. Giustamente è stato osservato dal v. HIPPEL, *Untersuchungen*, cit., 46 sg., che un tal metodo si risolve in fondo in una petizione di principio. Questo autore, il quale aderisce al metodo della c. d. giurisprudenza degli interessi, propone di procedere alla discriminazione dei casi di inesistenza da quelli di invalidità sulla base di una adeguata

o minore apparenza dei difetti (35), non farebbe che cadere — come l'esperienza rivela (36) — nell'arbitrio e nell'insufficienza (37).

8. — Prima di addentrarci nell'analisi s'impone però un'avvertenza.

Il presente studio è rivolto alla determinazione dei limiti di esistenza dell'atto amministrativo. Non interessa quindi la determinazione dei limiti al di là dei quali un atto della pubblica amministrazione non possa esser considerato come atto amministrativo di una determinata specie, ma vada tuttavia considerato come atto amministrativo di una specie diversa (38).

Tuttavia i due problemi hanno le loro interferenze.

Da un lato, in fatti, ogni atto, cui non possa esser riconosciuta la esistenza di atto amministrativo, non potrà logicamente esser considerato come atto amministrativo della specie che l'agente che intese porlo in essere ebbe di mira. E, dall'altro, non mancano dei casi, in cui il fatto che non sia venuto in vita quel certo atto amministrativo, al quale la azione era rivolta, implica per ciò stesso che non abbia potuto venire in vita un qualsiasi atto amministrativo.

valutazione dell'interesse violato (*op. cit.*, 66 sgg., 83 sg.) — sistema il quale conduce però anch'esso a soluzioni arbitrarie e inadeguate. Nè resta immune da analoghe critiche il KRUEWIG, *Dogmatische Untersuchungen*, cit.

(35) V., nella letteratura francese, partic. ALCINDOR, *Essai d'une théorie des nullités en droit administratif*, Paris, 1912, 66, 68; nella dottrina germanica, partic. ANDERSEN, *Ungültige Verwaltungsakte*, cit., 66 sgg.; HATSCHKEK, *Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts*, 7-8 ed., Leipzig 1931, 201. Presso di noi, v. DE VALLES, *La validità*, cit., 17, 21; MIELE, *La manifestazione*, cit., 71.

(36) V., p. es., le inaccettabili conclusioni cui perviene l'ANDERSEN, *Ungültige Verwaltungsakte*, cit., 103 sgg., in materia di atti posti in essere da autorità incompetenti.

(37) Cfr. P. RAVÀ, *La convalida*, cit., 45; ROMANELLI, *L'annullamento*, cit., 121 sgg.

(38) La giurisprudenza spesso si imbatte nelle notevoli difficoltà che tale problema presenta. V. Cons. di Stato, IV sez., 10 luglio 1946, in *Foro it.* 1947, III, 61; 9 agosto 1947, in *Foro amm.* 1948, I, 1, 59; 24 settembre 1947, in *Nuova Rass.*, 1948, 453; 31 marzo 1948 in *Foro amm.* 1948, I, 1, 277; V sez., 16 maggio 1947, *ivi*, I, 2, 7; 5 luglio 1947, *ivi*, 49; 7 ottobre 1947, *ivi* 108; 9 aprile 1948, *ivi*, 256.

Ciò avviene indubbiamente in quelle ipotesi, in cui una certa azione amministrativa sia stata esercitata in una direzione alla quale istituzionalmente essa non poteva venire estesa senza con ciò incidere sull'essenza stessa dell'azione ed esorbitare dai limiti della effettività del potere proprio dell'agente. In tali ipotesi, non solo non potrà esser considerato venuto in vita quell'atto amministrativo che l'autorità ebbe di mira, ma non potrà esser considerato venuto in vita nessun atto amministrativo. Si pensi, a es., a un decreto di requisizione da parte di un commissario agli alloggi, il quale si risolvesse in una vera e propria espropriazione, e cioè in un atto del tutto sottratto alla sfera operativa dell'autorità in questione (39).

## II.

9. — Veniamo ora all'analisi dei singoli elementi dell'atto amministrativo.

Se questo è un atto giuridico, i cui elementi rivestono quei particolari caratteri che possono far attribuire a esso la qualifica di amministrativo, è naturale che, al fine di determinare se nella singola ipotesi concreta si sia o non in presenza di un atto amministrativo, occorre innanzi tutto accertare che si sia in presenza di un atto giuridico, e poi che gli elementi di questo siano illuminati da quella particolare luce che il nostro sistema positivo richiede perchè possa esser questione di un atto amministrativo.

Qui si dà per acquisita la presenza di un atto giuridico in tutti i suoi elementi. Ciò che interessa la presente indagine è l'accertamento, presso i singoli elementi dell'atto, dei caratteri che essi devono avere perchè l'atto possa esser considerato amministrativo.

Nessun rilievo particolare merita, dopo quanto già si è avvertito (40), l'elemento formale. Quando una norma prescrive per un atto amministrativo una certa forma ad substantiam, e l'atto, per non essersi estrinsecato in quella forma, non può esser considerato venuto

(39) Sui casi in cui l'incompetenza si risolve in inesistenza dell'atto, v. *infra*, n. 15.

(40) *V. supra*, n. 6.

in vita, il principio la cui applicazione dà luogo alla formulazione di tale conseguenza non è particolare del diritto amministrativo, ma rappresenta una regola giuridica di carattere generalissimo, comune a ogni campo del diritto. Nè alcuna rilevanza può avere in proposito la circostanza che ciascuna branca del diritto possa avere delle forme sue proprie.

L'interesse va invece fermato su quegli elementi, i quali effettivamente si presentano nell'atto amministrativo caratterizzati da peculiarità proprie, e da una disciplina particolare. Essi sono i termini attivo e passivo tra i quali l'atto corre — e cioè il soggetto che esplica l'azione e l'elemento che subisce la modificazione giuridica in cui questa si risolve, vale a dire l'oggetto di essa (41) —, nonchè l'elemento sostanziale dell'atto — e cioè il comportamento volontario, specificato nel suo contenuto e nella sua causa (42).

10. — Prendiamo le mosse dall'*elemento soggettivo*, vale a dire dall'agente che pone in essere l'atto.

Un atto amministrativo non può provenire se non da un'autorità amministrativa. A un atto posto in essere da un privato o da un'autorità appartenente all'ordine legislativo o a quello giudiziario non potrà essere riconosciuta di massima l'essenza e la disciplina propria dell'atto amministrativo (art. 4 legge sul cont. amm.; art. 26 T. U. sul cons. di Stato). L'atto con cui un individuo o un corpo collegiale privo di ogni qualificazione in tal senso pretendesse di realizzare un risultato riservato al potere amministrativo (p. es., una requisizione, una confisca), qualora fosse seriamente voluto, si risolverebbe in una usurpazione di potere,

---

(41) È inerente alla qualifica dell'atto come estrinsecazione di un potere — vale a dire come estrinsecazione della forza di produrre delle modificazioni nel mondo del diritto (cfr. A. M. SANDULLI, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, I, 29, e ivi indicazioni) — di operare sempre nei confronti di un elemento, il quale funziona come termine passivo della modificazione prodotta (v. SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni*, cit., I, 90, per quanto in senso non del tutto conforme).

(42) Per tale sistematica in relazione agli elementi dell'atto giuridico, v., anche per ulteriori indicazioni, A. M. SANDULLI, *Per la delimitazione*, cit., 29 sgg.

come tale colpita anche dalla legge penale (art. 287 e 347 c. p.), e non potrebbe certo esser riferito all'amministrazione (43).

Nè del pari possono esser considerati come atti amministrativi quelli posti in essere fuori dei limiti di tempo e di spazio entro cui l'agente può esser considerato autorità amministrativa (44).

---

(43) Sul punto non esistono dubbi in dottrina (v., in fatti, anche G. TREVES, *La presunzione*, cit., 26; P. RAVÀ, *La convalida*, cit., 61, che sono tra quelli i quali riducono al minimo le ipotesi in cui un difetto dell'atto amministrativo possa esser risolto in causa di inesistenza). — Lo stesso principio va applicato ai casi in cui l'atto sia stato posto in essere da un funzionario pensionato, o comunque fuori servizio (cfr. W. JELLINEK, *Der fehlerhafte Staatsakt*, cit., 59; Cons. di Stato, IV sez., 11 maggio 1922, in *Riv. dir. pubbl.* 1922, II, 233), salvo che questi abbia inteso investirsi della pubblica funzione (cfr. O. MAVER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, II, Leipzig, 1896, nota 11 a pag. 226) — nel quale ultimo caso vanno applicati i principi del funzionario di fatto (v. infra n. seg.). Sulla questione, v. diffusamente KRUEWIG, *Dogm. Untersuchungen*, cit., 289 sg.

(44) Il nostro ordinamento conosce vari casi di organi istituiti per un periodo di tempo limitato (p. es., commissari straordinari per gli enti pubblici), e ancor più ne ha conosciuti in periodi anormali (p. es., commissari agli alloggi, organi preposti all'epurazione). Venendo tali organi meno allo scadere del periodo per il quale siano stati istituiti, e non potendo da allora esser più considerati come tali, ogni atto posto in essere successivamente dagli agenti a essi preposti non potrebbe, naturalmente, esser ritenuto atto di un'autorità amministrativa, e non potrebbe quindi esser trattato come atto amministrativo. — La regola però non può logicamente venire estesa ai casi in cui determinate attribuzioni vengano conferite per un periodo di tempo limitato a un organo preesistente. Il fatto che l'autorità abbia fatto uso di tali attribuzioni fuori del periodo prescritto non potrà esser valutato che alla stregua dei criteri generali che regolano i casi in cui l'autorità abbia esorbitato dai suoi poteri (in argomento v., anche per l'esame dei vari vizi cui il fenomeno può dar luogo, A. M. SANDULLI, *Per la delimitazione*, cit. 39 sgg., *Interferenze tra incompetenza ed eccesso di potere*, in *Giur. it.* 1947, III, 193 sgg., nonché infra n. 15).

Quanto al problema delle conseguenze dell'incompetenza territoriale, serie sono le perplessità esistenti in dottrina (per quanto riguarda quella germanica, v. ampie indicazioni in vario senso presso v. HIPPEL, *Untersuchungen*, cit., 106 sgg., il quale aderisce alla tesi secondo cui l'incompetenza territoriale sarebbe causa di annullabilità; in tal senso v. anche KRUEWIG, *Dogm. Untersuchungen*, cit., 291; contra, da ultimo, GIESE, *Allg. Verwaltungsrecht*, cit., 95). È da rilevare tuttavia che spesso quegli stessi scrittori, i quali si dichiarano orientati per l'annullabilità, non mancano di avanzare delle riserve tali da farli considerare piuttosto favorevoli

Pur prescindendo dai casi patologici, e cioè dai casi di straripamento di potere — l'atto di un'autorità estranea alla pubblica amministrazione poi, per quanto possa avere contenuto amministrativo, anche nelle ipotesi in cui non abbia l'efficacia propria degli atti del potere statale al quale l'autorità appartenga (come, a es., avviene invece nel caso di una pensione conferita mediante legge formale), è pur sempre sottratto al regime proprio degli atti amministrativi, e non può per ciò essere equiparato agli atti amministrativi (45). Si pensi, a es., a tutti

---

in linea di massima alla tesi dell'inesistenza dell'atto (così, a es., KORMANN, *System*, cit., 247, il quale riconosce che la regola dell'annullabilità vien meno tutte le volte che « l'oggetto cui l'atto si riferisce rimane fuori della sfera di potere dell'autorità territorialmente incompetente »; v. anche W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 2ª ed., Berlin 1928, 262 sg., 267): cfr. ANDERSEN, *Ungültige Verwaltungsakte*, cit., 101 sg., presso il quale v. altre indicazioni. Tra i più recenti sostenitori della tesi cui si aderisce, v. FORTI, *Diritto amministrativo*, II, rist. della 4ª ed., Napoli 1947, 230; v. KÖHLER, *Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts*, 2ª ed., Stuttgart-Berlin 1936, 177 sg.; contra, espressamente, G. TREVES, *La presunzione*, cit., 27. Sembra a ogni modo decisiva, in favore della soluzione accolta, la considerazione che, data l'inderogabilità delle competenze in diritto amministrativo (cfr. ZANOBINI, *Corso*, cit., I, 112; RANELLETTI, *Teoria*, cit., 64), una autorità è da considerare, fuori della circoscrizione territoriale alla quale è preposta, spoglia di ogni potere. Come regola generale un'autorità non è tale fuori del territorio che le è soggetto (v., a es., l'art. 19, 1º comma del T. U. com. e prov., come risulta attualmente modificato: « il prefetto rappresenta il potere esecutivo nella provincia alla quale è preposto »). Di conseguenza non potrebbe esser considerato posto in essere da un'autorità, e quindi esistente, un decreto di espropriazione adottato nella provincia di Napoli dal prefetto di Milano, o il conferimento di un incarico d'insegnamento nella provincia di Milano da parte del provveditore agli studi di Napoli.

Col problema della incompetenza territoriale non ha nulla che vedere quello del luogo in cui l'atto va posto in essere. Tale problema (sul quale p. partic. ANDERSEN, *Ungültige Verwaltungsakte*, 147 sgg.; SILVESTRI, *Osservazioni sul luogo degli atti di diritto pubblico*, in *Rass. dir. pubbl.* 1947, I, 293 sgg.) attiene, in fatti, alla forma dell'atto (v. A. M. SANDULLI, *Per la delimitazione*, cit. nota 30 a pag. 33; v. anche ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico e le loro cause*, Torino 1939, 111, 128 sg.). Nè pare che di massima si tratti di forme richieste ad substantiam.

(45) Come è stato osservato, per quanto riguarda il regime giuridico degli atti, nel nostro ordinamento il carattere dell'organo prevale di norma su quello della funzione. V. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in ORLANDO, *Primo trattato*, cit., III, 835 sg.; ZANOBINI, *Gli atti amministrativi delle*

i provvedimenti attinenti al rapporto d'impiego dei dipendenti delle assemblee parlamentari (46), e a quelli attinenti alla carriera dei giudici (costituzione, art. 104 sgg.) (47). Ciò inerisce al rigoroso regime di divisione dei poteri che è proprio del nostro ordinamento (48).

11. — Non mancano tuttavia, per quanto rari, dei casi in cui un atto amministrativo è da riconoscere in atti posti in essere da elementi estranei alla pubblica amministrazione.

Questo non significa, per altro, che in tali casi autore dell'atto amministrativo non sia un'autorità amministrativa. Significa soltanto che in taluni casi un elemento non inquadrato nella pubblica amministrazione può assumere ad autorità amministrativa.

Tale veste può essere assunta tanto da un privato, quanto da una autorità estranea al potere amministrativo.

La prima ipotesi ricorre innanzi tutto in quei casi, in cui, sulla base di un vero e proprio atto di investitura, un privato sia qualificato al mero esercizio di un'attività pubblica. Gli atti posti in essere nella esplicazione della funzione o del servizio pubblico dal privato titolare della relativa concessione saranno naturalmente, se ed in quanto atti di autorità — sia pure esercitata in via sostitutiva (49) —, degli atti amministrativi (50).

Ma certo più significativi sono in proposito i casi della così detta funzione di fatto. Il fenomeno ricorre tutte le volte che un'attività essenziale o indifferibile della pubblica amministrazione venga eserci-

---

autorità non amministrative e la competenza della IV sez. del Consiglio di Stato, in *Riv. dir. pubbl.* 1918, II, 282.

(46) Cfr. SANTI ROMANO, *Gli atti di un ramo del Parlamento e la loro pretesa impugnabilità dinanzi alla IV sez. del Consiglio di Stato*, in *Circolo giuridico* 1899, 77.

(47) V., da ultimo, Cons. di Stato, IV sez., 2 luglio 1948, in *Foro it.* 1948, III, 177, e in dottrina GASPARRI, *Sulla dispensa dal servizio dei magistrati impromovibili*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, XXVII, 2, 1948, 564, e presso di lui indicazioni di dottrina anteriore.

(48) V., per tutti, AMORTH, *La costituzione italiana*, Milano, 1948, 86 sg.

(49) Cfr. G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, I, Pisa 1945, 90 sgg..

(50) Cfr. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in ORLANDO, *Primo trattato, cit.*, II, 3, 442; RANELLETTI, *Teoria, cit.*, 4 sgg..

tata in modo effettivo — e cioè con l'efficace esclusione di chiunque altro (51) — da agenti sprovvisti di una legittima investitura (52).

In materia, imposto dalla necessità pratica che l'azione dei pubblici poteri, data l'importanza che riveste nella vita sociale, non abbia soluzioni di continuo nel tempo e nello spazio, si è venuto affermando il principio che, ogni volta che un agente non legittimamente investito

(51) Non importa che tale esclusione avvenga in relazione a una ristretta cerchia di affari, o anche in relazione a un solo affare. Importa che essa sia *effettiva* — vale a dire tale da imporsi di fatto in modo assoluto a chiunque, e prima di tutto agli stessi pubblici poteri, i quali non siano in grado o non curino di impedirlo. Non è sufficiente dunque un esercizio abusivo della funzione, nè la semplice assunzione di una negotiorum gestio: è necessario che con l'esercizio della funzione — naturalmente entro i limiti entro cui si svoiga — concorra la communis opinio della effettiva esclusività di esso.

(52) Esso ricorre per ciò non solo nei casi di inesistenza dell'investitura, ma anche nei casi di investitura invalida. In tal caso l'*effettività* del potere dell'agente è, in fatti, — in virtù dell'esecutorietà dell'atto di investitura — in *re ipsa*. Non può tuttavia accogliersi la soluzione estrema (per la quale v. partic. RANELLETTI, *Teoria*, cit., 58 sgg.; nonché ANDERSEN, *Ungültige Verwaltungsakte*, cit., 384 sgg.; TESAURO, *L'atto riferibile allo Stato*, cit., 110; ESPOSITO, *La validità*, cit., 344 sg.; contra, VITTA, *Il funzionario di fatto*, in *Riv. dir. pubbl.* 1923, 474, 485 sgg.; G. TREVES, *La presunzione*, cit., 180 sg.; ZANOBINI, *Corso*, cit., I, 235 sg.; ROMANELLI, *L'annullamento*, cit., 149 sgg), secondo cui l'atto posto in essere anteriormente alla caducazione dell'illegittimo atto di investitura dell'agente sarebbe addirittura da considerare legittimo. Una volta ammessa l'invalidità dell'atto di investitura, ed esclusa l'applicabilità alla specie dei principi relativi alla funzione di fatto, non si vede, in vero, per quale ragione non dovrebbero trovare applicazione a carico dell'atto posto in essere dall'agente invalidamente investito, i principi dell'invalidità derivata. I quali anzi vanno ineludibilmente applicati in tutti i casi in cui agli atti posti in essere dagli agenti illegittimamente investiti non possano — per le limitazioni di principio che verranno tra breve chiarite — essere applicate le regole della funzione di fatto (è fuori discussione, a es., che l'invalidità dell'atto di nomina della commissione giudicatrice di un concorso inficia la decisione della commissione). Ogni illazione in senso contrario sarebbe in evidente contrasto con le ragioni che — spesso a garanzia dei sudditi — suggeriscono al legislatore le condizioni alle quali subordinare l'investitura dei pubblici funzionari.

Rientrano pure nell'ipotesi della funzione di fatto i casi di investitura inefficace per il mancato realizzarsi di una condicio juris (contra TESAURO, *op. cit.*, 111), e i casi dell'investitura venuta meno (cfr. RANELLETTI, *op. cit.*, 59; v. anche W. JELLINEK, *Der fehlerhafte Staatsakt*, cit., 54), nonché, natu-

dei pubblici poteri abbia esercitato in modo effettivo, a esclusione di ogni altro agente — e quindi, prima di tutto, (e non importa per quali circostanze, sia pure in contrasto col diritto) a esclusione della stessa autorità legittimamente investita — una pubblica potestà il cui esercizio fosse essenziale o indifferibile, il suo operato venga equiparato all'azione

---

ralmente, i casi in cui l'atto di investitura, a causa delle sue manchevolezze, sia addirittura da considerare giuridicamente inesistente.

Quanto agli atti degli organi collegiali, la problematica non si pone in termini differenti. Sotto il profilo soggettivo è sufficiente per l'esistenza dell'atto che esista un atto di investitura degli agenti che lo abbiano posto in essere. Che se l'atto di investitura sia per uno o per alcuno dei membri del collegio illegittimo e non ricorra un caso di funzione di fatto, se e in quanto la partecipazione di quei membri abbia in qualche modo inciso sulla deliberazione (su problema v. VITTA, *Gli atti collegiali*, cit.), l'atto del collegio sarà inficiato, secondo i principi enunciati, di invalidità derivata (tale è appunto il caso, già accennato, della illegittima composizione di una commissione giudicatrice di un concorso). Se poi alla sua emanazione non abbia partecipato il numero legale di membri, non sembra che l'atto collegiale possa esser considerato venuto in vita (cfr. W. JELLINEK, *Der fehlerhafte Staatsakt*, cit. 63, salvo quanto osserva a p. 64, per la cui critica v. supra, nota 17; KORMANN, *System*, cit., 246; contra VITTA, *op. cit.*, 74; GASPARRI, *La causa degli atti amministrativi*, Pisa 1942, 108; nonché in genere gli scrittori di diritto privato: A. DONATI, *L'invalidità delle deliberazioni d'assemblea delle società anonime*, Milano 1937, 153; CANDIAN, *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*, Milano 1942, 55; VASELLI, *Deliberazioni nulle*, cit., 145, e presso quest'ultimo indicazioni di dottrina e giurisprudenza contrarie): in fatti, non i singoli componenti del collegio presi isolatamente o comunque raggruppati possono esser considerati investiti della pubblica funzione, ma soltanto il collegio in quanto si presenti in quella certa composizione che l'ordinamento prescrive: fuori di essa i singoli membri del collegio sono dei privati qualsiasi. Questa soluzione naturalmente non esclude la possibilità che — entro i limiti entro cui ciò è consentito dall'ordinamento (v. infra, n. seg.) — l'atto inesistente come atto del collegio possa venire in considerazione come atto del presidente, o di un gruppo di membri del collegio, sia pure eventualmente illegittimo per incompetenza o per altro difetto.

Anche la mancanza della firma dei componenti del collegio, nei casi in cui sia richiesta, determina l'inesistenza dell'atto collegiale (cfr. W. JELLINEK, *op. cit.*, 63; VITTA, *op. cit.*, 74 sg.); e altrettanto avviene nella generalità dei casi per la mancanza della proclamazione del risultato della votazione da parte del presidente (VITTA, *op. cit.*, 73): ma ciò perchè si tratta di forme richieste ad substantiam.

dell'autorità, e venga in considerazione come vero e proprio atto d'autorità (53).

È manifesto però che il principio — come risulta dalla sua formulazione — non trova applicazione, non soltanto in relazione agli atti rivolti a disestare il sistema giuridico esistente — i quali certo non sono rivolti a garantire la continuità dell'ordinamento —, ma anche — fuori dell'ipotesi della indifferibilità giuridica (presente sempre, a es., nel caso della celebrazione di un matrimonio, della trascrizione in un registro immobiliare, degli esami di una certa sessione) — in relazione a quelli che non rivestano per l'ente i caratteri della essenzialità istituzionale (si pensi, a es., alla pronuncia di una commissione giudicatrice di un concorso), pei quali è possibile, senza alcun grave turbamento del sistema, provvedere in un momento successivo.

Il caso di un'autorità estranea alla pubblica amministrazione operante in qualità di autorità amministrativa è poi del tutto anomalo, ed è destinato a divenire sempre più raro sotto il regime della costituzione vigente, nella quale il principio della divisione dei poteri è stato decisamente rafforzato. Esso ricorre in ipotesi affatto eccezionali, in cui un'autorità inquadrata in un ordine diverso da quello amministrativo venga

---

(53) Questa pare l'unica spiegazione della funzione di fatto rispondente al nostro sistema positivo (per una recente applicazione pratica, v. Cons. di Stato, V sez., 25 luglio 1947, in *Giur. it.* 1948, III, 124, con nota di GUICCIARDI; per un'ampia esposizione critica delle varie teorie formulate in proposito, v. ROMANELLI, *L'annullamento*, cit., 150 sgg.). Essa è quella, che la recente esperienza offerta dai regimi usurpatori affermatasi durante l'ultimo conflitto mondiale e dall'atteggiamento assunto nei loro confronti dai governi legittimi restaurati ha confermato (in argomento v., anche per ulteriori indicazioni, A. M. SANDULLI, *Fatti dannosi della repubblica sociale e responsabilità dello Stato italiano*, in *Foro it.* 1947, I, 156, e, nella dottrina francese, BERLIA, *La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940*, in *Rev. dr. pubbl.* 1944, nota 4 a pag. 73; DUVERGER, *Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait*, ivi, 1945, 85, 96). Gli stessi atti dell'usurpatore fornito di autorità effettiva, i quali si mantengono nell'ambito della funzionalità del potere legittimo, rappresentando la necessaria continuità di questo, sono da considerare — a differenza di quelli rivolti al disestamento di tale potere — manifestazione di funzione di fatto (cfr. M. S. GIANNINI, *L'ottemperanza ad atti amministrativi di organi neofascisti*, in *Giur. compl. Cass. civ.* 1945, I, 291). Nè a ciò toglie nulla la circostanza della illiceità attraverso la quale l'usurpatore sia giunto all'esercizio del potere e alla responsabilità che a esso ne derivi.

preposta in circostanze particolari — e normalmente straordinarie — a delle funzioni proprie delle autorità amministrative, e investita della relativa potestà. In tali ipotesi l'investitura della potestà fa sì che quell'autorità sia in relazione alla funzione in questione da considerare avulsa dall'ordine al quale appartiene, e qualificata come vera e propria autorità amministrativa (54).

12. — Passiamo ora a considerare il termine passivo dell'atto amministrativo, vale a dire l'elemento nei confronti del quale viene a operarsi la modificazione giuridica in cui l'atto si risolve, e cioè il suo oggetto (55).

(54) Il fenomeno è stato segnalato per alcune autorità dell'ordine giudiziario. Come l'ordinamento talvolta assume quali membri di diritto di alcuni organi amministrativi degli esponenti dell'ordine giudiziario (si pensi, a es., al presidente del tribunale, il quale è di diritto presidente delle commissioni circondariali per l'assegnazione ai contadini delle terre incolte, organi indubbiamente amministrativi, istituiti col D. L. L. 19 ottobre 1944, n. 279; cfr. A. M. SANDULLI, *Spunti in tema di revocabilità di atti preparatori*, in *Giur. it.* 1949, III, 7, e ivi indicazioni), allo stesso modo talvolta esso può mutare direttamente degli organi, così come li trova, dall'ordine giudiziario, facendoli assurgere nell'esplicazione di alcune funzioni ad autorità amministrative. Di recente il DE VALLES, *Provvedimenti amministrativi dell'autorità giudiziaria*, in *Foro it.* 1949, IV, 24 sgg., ha individuato un caso del genere nelle funzioni trasferite dal prefetto al pretore col D. L. C. P. S. 20 novembre 1947, n. 1338 in materia di sfratti (v. però, contra, DIBILIO, *Ancora sulla natura del provvedimento di fissazione dello sfratto*, *ibidem*, 121 sgg.); ma, in contrasto con un orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato, il quale si era fatto portare a largheggiare in senso contrario (v. partic. V sez., 30 dicembre 1938, in *Foro it.* 1939, III, 102), ha posto giustamente in rilievo come l'interprete debba essere assai cauto nel considerare soggetti al regime degli atti amministrativi degli atti di organi dell'ordine giudiziario (v. in tal senso, nella giurisprudenza più recente, la decisione citata sub nota 47; contra GASPARRI, *Sulla dispensa*, cit., 566 sg.). È naturale, in fatti, che casi del genere, i quali in sostanza vengono a incidere sul principio della divisione dei poteri, vadano considerati come delle anomalie di strettissima interpretazione.

(55) Sull'impiego del concetto di oggetto dell'atto in tal senso, v. KORMANN, *System*, cit., 236; A. M. SANDULLI, *Per la delimitazione*, cit., 30. Tale concetto non va confuso con quello cui fanno riferimento gli artt. 1325 e 1346 c. c., sul quale v. *infra* n. 14. Questo, in fatti, non rappresenta se non il contenuto della manifestazione volontaria dell'agente, vale a dire la modificazione giuridica da essa avuta di mira (per indicazioni delle varie opinioni avanzate in proposito, v. CARIOTA-FERARA, *Il negozio giuridico*, cit., 610 sg.). Che l'art. 1325 nel parlare dell'oggetto dell'atto non possa riferirsi ai singoli elementi

Occorre prender le mosse dalla premessa che non esiste alcuna incompatibilità assoluta tra la categoria dell'atto amministrativo in generale e un qualsivoglia termine passivo. Qualsiasi elemento del mondo esterno — sempre che quindi sia esistente (56) e determi-

---

del mondo esterno (persone, beni), su cui l'atto opera, è fatto palese dalla circostanza che la legge indica come requisiti dell'oggetto la possibilità e la liceità (art. 1346 c. c.), mentre un elemento del mondo esterno (persona, bene) non può in sé essere né possibile, né impossibile, né lecito, né illecito (cfr. CARRESI, *Il negozio illecito per contrarietà al buon costume*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, I, 38 sg.). Ad aderire alla soluzione contrastata si dovrebbe — contrariamente a ogni logica — negare applicazione all'art. 1346 c. c. in ordine a tutti gli atti i quali operino su un oggetto in sé possibile e lecito, ma la impossibilità o illiceità dei quali sia determinata proprio dal contenuto della modificazione avuta di mira nei riguardi di esso (si pensi, a es., alla vendita di un bene demaniale). In proposito non può farsi nessun affidamento sulla terminologia legislativa, la quale è tutt'altro che univoca: mentre, in fatti, l'art. 1174 c. c., considera la prestazione come oggetto della obbligazione (e quindi l'obbligazione, e cioè il *contenuto*, come oggetto del contratto), gli artt. 1347, 1349 la considerano come oggetto del contratto. La prima norma appare dal punto di vista dogmatico più corretta.

È da avvertire che gli oggetti di ciascun atto sono tanti, quanti sono gli elementi del mondo esterno nei confronti dei quali vengono a operare le modificazioni giuridiche in cui l'atto si risolve: se subiscono le modificazioni giuridiche determinate dall'atto, tali elementi si atteggiano, in fatti, tutti come termini passivi dell'azione di cui si tratta. Così, a es., sono da considerare oggetti del decreto di espropriazione, da una parte l'espropriato e l'espropriante, i quali entrambi subiscono delle modificazioni giuridiche in ordine alla loro situazione patrimoniale, e dall'altra il bene espropriato, il quale subisce delle modificazioni in ordine alla sua appartenenza.

(56) Possono esser citati come esempi di atti amministrativi inesistenti per mancanza dell'oggetto, la pronuncia di requisizione di un bene che non esista, il provvedimento disciplinare adottato nei confronti di un individuo morto, l'approvazione di un contratto mai stipulato, la revoca di un atto inesistente, la documentazione di una seduta che non sia mai stata tenuta. Per altri esempi, v. KORMANN, *System*, cit., 236 sgg. (nega invece che in casi del genere possa esser questione di inesistenza v. HIPPEL, *Untersuchungen*, cit., 105). — Nel concetto di esistenza dell'oggetto rientra anche quello della suscettibilità generale dell'elemento in questione di subire una disciplina giuridica (è noto, in fatti, che non tutte le cose hanno tale suscettibilità e che in senso giuridico sono da considerare cose soltanto quelle che l'hanno: v. SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni*, cit., I, 33): di conseguenza sarebbe da considerare inesistente un atto amministrativo il quale avesse, allo stato attuale, a oggetto l'aria che si respira, in quanto cosa insuscettibile di disposizione (non altrettanto potrebbe dirsi, naturalmente, in relazione a

nato (57) — può formare oggetto di una qualche azione amministrativa. Nè, come si è visto, la circostanza che l'azione amministrativa abbia voluto svolgersi nei confronti di un elemento, in relazione al quale ne mancasse il potere, può valere per se sola a far escludere in tali casi l'esistenza di un atto amministrativo (58). Può dunque correttamente dirsi che ogni elemento del mondo esterno è idoneo a subire l'azione amministrativa, nel senso che l'azione amministrativa è suscettibile di svolgersi — naturalmente nei modi e nei limiti che l'ordinamento di volta in volta lo consenta — in ogni direzione.

Occorre tuttavia precisare che non in ogni direzione può essere svolta qualsiasi azione amministrativa. I singoli elementi non sono, in fatti suscettibili di subire qualsiasi azione amministrativa; ma ciascuno è suscettibile di subire l'una o l'altra. Quindi degli elementi, i quali possono esser considerati come oggetti idonei in relazione a certe categorie di atti, non lo sono in relazione ad altre (59). Basti pensare, a es.,

---

eventuali impieghi di certi quantitativi di aria fatta oggetto di appropriazione, a es., a usi industriali). — È da sottolineare a tal proposito che la insuscettibilità assoluta di un certo elemento di subire una disciplina giuridica non va confusa con la impossibilità cui fa riferimento l'art. 1346 c. c., la quale invece attiene alla caratteristica della idoneità dell'oggetto in ordine ai singoli atti (della quale sarà discorso più avanti nel testo e sub nota 59).

(57) In relazione al requisito della determinatezza dell'oggetto per la esistenza dell'atto amministrativo, regnano in dottrina notevoli incertezze (v. KORMANN, *System*, cit., 279 sgg.; ANDERSEN, *Ungültige Verwaltungsakte*, cit., 375 sg.); e la nostra giurisprudenza in casi in cui essa non ricorreva ha pronunciato l'annullamento dell'atto (v., p. es., Cons. di Stato, IV sez. 4 dicembre 1931, in *Foro amm.* 1932 I, 1, 1). A me non par dubbio tuttavia che, qualora il termine passivo sia realmente indeterminato (e naturalmente lo stabilire quando l'ipotesi ricorra è questione di fatto: cfr. KORMANN, *op. cit.*, 279), nessuna differenza corra col caso della sua inesistenza (v. anche v. HIPPEL, *op. cit.*, nota 383 a pag. 104 sg.). In relazione al requisito della determinatezza possono essere utilmente richiamati i principi elaborati dalla dottrina processualistica in ordine all'art. 164 c. p. c.

(58) V. supra n. 4.

(59) È da sottolineare che il requisito dell'idoneità dell'oggetto, che qui viene in questione, viene preso in considerazione dalla legge non per sé stesso, ma appunto in relazione alla possibilità del contenuto di ciascuna specie di atto (art. 1346 c. c.). Esso cioè non viene preso in considerazione se non in quanto la sua mancanza rappresenta una delle ipotesi di atto a contenuto impossibile. In argomento le idee sono in dottrina tutt'altro che chiare. V. BETTI, *Teoria generale*, cit., 154 sgg.; SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni*, cit., I, 192; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., 613.

che soltanto gli uomini, e non anche le donne possono essere ammessi a certi uffici; che soltanto due persone di sesso diverso possono essere unite in matrimonio; che soltanto certi beni sono suscettibili di essere assoggettati al regime demaniale (60).

Ora, il fatto che dei provvedimenti delle specie indicate abbiano operato nei confronti di elementi inadeguati farà sì che un atto della specie di cui porta il nomen juris non possa esser considerato venuto in vita.

Potrà esser considerato tuttavia venuto in vita un atto amministrativo di natura diversa, se e in quanto di quest'ultimo esso presenti tutti gli elementi, e risulti che proprio quest'ultimo l'agente abbia voluto, se pure lo abbia indicato con un nomen differente (si tratterà in tal caso di identificazione dell'atto (61), o che comunque lo avrebbe voluto qualora avesse considerato che il termine passivo non era idoneo al provvedimento che intese porre in essere (si tratterà in tal caso di conversione: art. 1424 cc) (62). La prima ipotesi si verificherà, a es., nel caso in cui sia stato impropriamente qualificato come atto di trasferimento una

---

(60) Per altri esempi, v. KORMANN, *System*, cit., 239 sgg.; HERRNITT, *Grundlehren*, cit., in nota a pag. 288; W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, cit., 265. In dottrina regna tuttavia in proposito una notevole confusione di idee. Talvolta in relazione a casi del genere si è parlato di illiceità dell'oggetto (v. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, I, 3ª ed., Messina 1931, 150; SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni*, cit., I, 192). V. però quanto è stato osservato sub nota 55.

Con i casi di idoneità dell'elemento passivo dell'atto — i quali ricorrono allorchè tale elemento non sia quello proprio del tipo di atto in questione — non vanno confusi quelli in cui nell'elemento passivo non ricorrono i requisiti di volta in volta richiesti dal legislatore per la legittima emanazione dell'atto. Si pensi, a es., alla nomina a un impiego di un individuo che non abbia il prescritto titolo di studio. In casi di tale genere non si avrà inesistenza, ma semplice invalidità dell'atto. La discriminazione dei limiti meriterebbe però approfondito esame.

(61) V. supra, n. 8. Per la distinzione di tale ipotesi da quella della conversione, v. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., 380 sg., e ivi indicazioni.

(62) In argomento v. particolarmente, per quanto riguarda i limiti di applicabilità dell'istituto, da ultimo, Mosco, *La conversione del negozio giuridico*, Napoli 1947, 235 sgg., e presso di lui indicazioni, cui adde CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., 337 sgg.; nonchè, in diritto amministrativo, BODDA, *La conversione degli atti amministrativi illegittimi*, Milano 1935; P. RAVÀ, *La convalida*, cit., 122 sgg.; RANELLETTI, *Teoria*, cit., 109 sgg.

semplice concessione su un bene demaniale; la seconda si riscontrerà nel caso in cui nell'atto di trasferimento di un bene demaniale ricorrano gli elementi essenziali per il conferimento in concessione del bene stesso.

Ma qualora così non sia — qualora cioè un certo atto tipico abbia operato nei confronti di un elemento in relazione al quale gli atti della sua specie siano inidonei, nè possa esser considerato atto di specie diversa, o convertito in atto di specie diversa — è evidente che ci si troverà in presenza di un caso in cui un atto amministrativo non potrà esser considerato venuto in vita. Si pensi, a es., all'ipotesi in cui l'ufficiale dello stato civile abbia dichiarato unite in matrimonio due persone dello stesso sesso, o l'autorità competente abbia classificato fra i beni demaniali un bene privato.

13. — Una volta esaurito l'esame della rilevanza che in ordine al problema dell'esistenza dell'atto amministrativo hanno i due termini tra cui esso corre — il soggetto e l'oggetto —, e gli aspetti sotto cui questi possono presentarsi, passiamo a considerare la rilevanza che allo stesso fine ha l'elemento sostanziale dell'atto — vale a dire il *comportamento volontario* in sè e per sè, nella sua essenza e nella sua causa.

Naturalmente in tanto potrà porsi un problema della natura amministrativa di un certo comportamento volontario, in quanto un comportamento volontario esista. E perchè esista è necessario prima di tutto che ricorra una *manifestazione esteriore* imputabile al soggetto — la quale, quando sia prescritto, deve assumere, come si è visto, ad substantiam una data forma (art. 1325, n. 4 cc) (63) —, e poi che tale manifestazione riveli un *atteggiamento psichico* (volontà, rappresentazione) (art. 1325, n. 1 cc), il quale si estrinsechi in un certo senso, vale a dire abbia un certo *contenuto* (art. 1325, n. 3 cc).

Ora, il problema dei limiti entro cui in un comportamento volontario possa riconoscersi il minimo necessario per l'esistenza dell'elemento sostanziale di un atto giuridico, è un problema il quale rimane su un piano anteriore rispetto a quello che interessa la presente indagine. La ricerca se un certo comportamento volontario possa esser caratterizzato come amministrativo riflette, in fatti, il *contenuto* del comportamento stesso, e presuppone già risolto positivamente il problema della

---

(63) V. supra, n. 6.

esistenza di una manifestazione esteriore rivelatrice di un atteggiamento psichico. Comunque può dirsi che nel nostro sistema positivo questa si identifichi con quella della cui esistenza il soggetto abbia con il suo atteggiamento suscitato il ragionevole affidamento altrui (64).

Di conseguenza essa non esisterà, sia allorquando una qualsiasi esteriorizzazione del soggetto sia mancata (come nel caso della falsificazione e in quello della violenza fisica (65), sia allorquando sia mancato l'atteggiamento psichico rivelato (come nel caso delle dichiarazioni non serie e di quelle simulate) — salvo che in quest'ultima ipotesi il soggetto non debba sopportare il rischio dell'incolpevole affidamento da lui suscitato in altri (come nel caso della riserva mentale, dell'errore ostativo, dell'incapacità naturale) (66), e con l'attenuazione che, sempre che la manifestazione volontaria considerata legalmente esistente sia stata determinata da condizioni psichiche inadeguate (tanto per ciò che riguarda la dichiarazione, come nell'errore ostativo, quanto per ciò che riguarda l'atteggiamento psichico rivelato, come nell'errore vizio, nella

---

(64) Merita di esser sottolineato che la tutela del ragionevole affidamento altrui si estende nel nostro sistema non solo — come comunemente si ritiene (v., per tutti, SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni*, cit., I, 105) — ai casi in cui l'atteggiamento psichico rivelato dalla manifestazione sia mancato, ma anche ai casi in cui sia mancata la stessa volontà di manifestare. Si pensi, in fatti, che l'errore ostativo non fa mai venir meno la esistenza dell'atto, ma lo rende soltanto annullabile (art. 1433 c. c.), e che il silenzio serbato dalla pubblica amministrazione a seguito di un ricorso a essa presentato va considerato come rifiuto (art. 5 T. U. com. e prov.).

(65) È da notare che nel caso della violenza fisica non manca soltanto — come comunemente si ritiene (v., p. es., CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., 483) — la volontà della manifestazione (come negli esempi indicati sub nota prec.), ma la stessa manifestazione, la quale non può essere considerata opera dell'agente (cfr., per quanto non senza qualche imprecisione, SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni*, cit., I, 106 sg.).

(66) La formula, che considera come equivalente dell'atteggiamento psichico richiesto per l'atto di cui si tratti il rischio per l'altrui affidamento incolposo (SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni*, cit. I, 105), sembra preferibile a quella che invece considera come equivalente la responsabilità per tale affidamento (CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., 67 sgg., e presso di lui copiosa bibliografia). Quest'ultima, in fatti, non riesce ad abbracciare i casi in cui — come nella incapacità naturale (art. 428 c. c.) — il soggetto cui l'atto viene imputato non può esser considerato responsabile dell'affidamento.

violenza morale, nel dolo, nell'incapacità naturale), l'atto sarà suscettibile di caducazione (67).

Questa disciplina della manifestazione volontaria, che sta alla base dell'atto giuridico, pare debba essere — salvo la particolare luce sotto la quale su questo campo vengono in considerazione i vizi del volere (68) — considerata applicabile anche all'atto amministrativo (69).

Nè sarebbe fondato argomentare in contrario dalla circostanza che elemento determinante nel campo del diritto amministrativo è l'interesse pubblico, alla stregua del quale gli agenti del pubblico potere sono tenuti a operare, e che di conseguenza l'atto dell'agente, il quale non fosse stato effettivamente voluto, non potrebbe, in omaggio al principio dell'affidamento, ma in eventuale contrasto con l'interesse pubblico, esser considerato esistente come atto amministrativo (70).

---

(67) Non pare possa esser condiviso l'atteggiamento di chi ritiene che in alcuni casi (errore ostativo, incapacità naturale) l'atto esisterebbe soltanto per eccezionale determinazione di legge, pur in mancanza dell'elemento psichico (CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., 476 sg.). Sembra più coerente alla logica del sistema l'inquadratura proposta nel testo. Se l'ordinamento considera l'elemento psichico come essenziale dell'atto (art. 1325 e 1418 c. c.), è da ritenere che in tutti i casi in cui esso configuri un atto come esistente (e così è nei casi dell'incapacità naturale e dell'errore ostativo: art. 428 e 1433 c. c.) quell'elemento — naturalmente nella sua configurazione legale — ricorra. Occorre quindi enunciare del concetto legale di quell'elemento — come si è cercato di fare — una formula tale che riesca ad abbracciare tutti i possibili casi in cui un atto giuridico sia da considerare esistente.

In favore della tesi che l'incapacità naturale del funzionario determini in diritto amministrativo l'annullabilità dell'atto e non la sua inesistenza, v., anche per indicazioni, ESPOSITO, *La validità*, cit., 343 (contra, tra i più recenti, VITTA, *Diritto amministrativo*, cit., I, 423). Si tratta del resto della applicazione del principio per cui sotto l'aspetto soggettivo l'atto amministrativo è da considerare esistente sempre che sia stato posto in essere da un agente investito del pubblico potere (v. supra n. 9).

(68) V. in proposito partic. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma 1935, 103 sg., III sgg.

(69) Il valore che al principio dell'affidamento va riconosciuto in diritto amministrativo viene posto in particolare evidenza da v. HIPPEL, *Untersuchungen*, cit., 70 sgg., al quale si rinvia per ulteriori indicazioni. V. anche ANDERSEN, *Ungültige Verwaltungsakte*, cit., 67, e passim; KRUEWIG, *Dogm. Untersuchungen*, cit., 271 sgg., e presso di lui esempi nella legislazione tedesca.

(70) Così FORTI, *Diritto amministrativo*, cit., II, 221.

È principio generale del nostro diritto che persino nei casi in cui semplicemente per ragionevole illazione possa ritenersi che un agente abbia operato per conto di un altro soggetto, questo sia da considerare vincolato dall'operato di quello (71). Di conseguenza, siccome, nei limiti cui si è fatto cenno, l'affidamento è regola del nostro diritto, in casi del genere il soggetto sarà vincolato persino da quei comportamenti del presunto suo agente, dai quali, pur difettando la volontà, altri abbiano potuto ricavare la ragionevole convinzione della esistenza di una volontà.

Ora, tale regola non potrà non essere applicata a maggior ragione nei confronti degli enti giuridici, e quindi delle pubbliche amministrazioni, alle quali i rispettivi agenti si trovano uniti addirittura in una relazione tale che il fatto che l'azione da essi esplicata sia azione propria dell'ente è da considerare in *re ipsa* (72). Nè alcun particolare principio è da ritenere che osti a tale applicazione, se è vero che il principio dello Stato di diritto, attuato nel nostro ordinamento (73), importa, in mancanza di altre disposizioni, la sottomissione dei pubblici poteri alle regole fondamentali che disciplinano i rapporti tra i soggetti nella vita sociale, e che il sistema positivo rivela sul terreno del diritto amministrativo indiscutibili applicazioni della regola dell'affidamento. Basti pensare — non fosse altro — alla valutazione che le nostre leggi fanno del silenzio della pubblica amministrazione (art. 5, 97 T. U. com. e prov. 1934; art. 294 T. U. com. e prov. 1915; art. 7 T. U. sulle opere idrauliche 25 luglio 1904, n. 623, modif. dalla legge 13 luglio 1911, n. 774) (74),

---

(71) Cfr. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., 700 sgg., e presso di lui indicazioni. È da sottolineare in proposito anche la disposizione dell'art. 1433 c. c., in base alla quale l'atto è semplicemente annullabile e non inesistente nei casi « in cui la dichiarazione è stata inesattamente trasmessa dalla persona o dall'ufficio che ne era stato incaricato ».

(72) Sul fenomeno dell'imputazione all'ente dell'operato dei suoi agenti nell'esplicazione delle loro funzioni, v. da ultimo ampiamente G. MIELE, *Principi*, cit., I, 93 sgg. e partic. 95; ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, voce *Organo*, 145 sgg.

(73) V. partic. l'art. 113 della Costituzione, nonchè la relazione sul progetto di costituzione presentata all'Assemblea costituente dall'on. RUINI, presidente della commissione per la costituzione. Cfr. PERGOLESÌ, *Diritto costituzionale*, 5ª ed., Bologna 1948, 44.

(74) Per la necessità della valutazione del silenzio della pubblica amministrazione alla stregua del principio dell'affidamento, v., anche per indica-

e alle applicazioni che delle norme formulate in tali leggi sono state fatte dalla giurisprudenza (75).

È indubbiamente vero — come si vedrà — che condizione essenziale per la riferibilità di un atto alla pubblica amministrazione è che esso sia stato posto in essere in attuazione dell'interesse pubblico. Ma è altrettanto vero che la direzione in tal senso di ogni atto delle pubbliche autorità è, in base al principio dell'affidamento, da presumere, e quindi, salvo che non risulti manifestamente il contrario, da ritenere sussistente (76).

14. — Posto dunque che un certo comportamento volontario di un agente investito di autorità amministrativa esista, è ora necessario esaminare qual. caratteri debba avere il suo contenuto perchè un atto amministrativo possa esser considerato venuto in vita.

Occorre, innanzi tutto, che ricorrano i caratteri essenziali per il contenuto di qualsiasi atto giuridico — vale a dire la determinatezza (o almeno la determinabilità), la possibilità e la liceità (art. 1346 cc). Così, non potrebbe esser considerato esistente come atto amministrativo, a causa della indeterminatezza del suo contenuto, la dichiarazione con cui a un soggetto venisse conferita una autorizzazione, senza precisare a che cosa (77), o un'ordinanza dal contenuto incomprensibile (78). Nè lo potrebbe, a causa della impossibilità materiale del suo contenuto — in quanto tendente a una prestazione umanamente impossibile —, l'ordine di prosciugamento del mare (79); nè, a causa dell'impossibilità giuridica di esso — in quanto tendente a un risultato assolu-

---

zioni, A. M. SANDULLI, *Osservazioni sull'impugnabilità giurisdizionale degli atti amministrativi non scritti*, in *Arch. giur.* CXXVI, 1941, estr., 81 sgg.

(75) V., tra le decisioni più recenti, Cons. di Stato, IV sez., 30 ottobre 1947, in *Foro amm.* 1948, I, 1, 135; 23 aprile 1948, *ivi*, 292; V. sez. 13 maggio 1948, *ivi*, I, 2, 284.

(76) V. infra n. 16.

(77) Cfr. KORMANN, *System*, cit., 279 sgg.; ANDERSEN, *Ungültige Verwaltungsakte*, cit., 375; RANELLETTI, *Teoria*, cit., 98. Come osserva il KORMANN, *loc. cit.*, la determinatezza del contenuto dell'atto è questione di limiti, e può venir riconosciuta soltanto di volta in volta.

(78) Cfr. KORMANN, *System*, cit., 281 sg.; v. HIPPEL, *Untersuchungen*, cit., nota 383 a p. 104 sg.

(79) Per altri esempi, v. KORMANN, *System*, cit., 233.

tamente insuscettibile di esser conseguito in base ai principi dell'ordinamento —, la pronuncia di un divorzio o la privazione di un individuo della personalità giuridica (80). Nè lo potrebbe, in fine, a causa della illiceità del suo contenuto — vale a dire a causa di quella rincarata dose di impossibilità giuridica, la quale, anzi che in un semplice non posse, si risolve in un non licere, e cioè nella violazione di norme proibitive (81) — l'ordine di sopprimere una persona o di sottoporla a tortura (82).

---

(80) Per altri esempi, v. KORMANN, *System*, cit., 211. Cfr. RANELLETTI, *Teoria*, cit., 98; ROMANELLI, *L'annullamento*, cit., 162.

(81) La distinzione non sempre appare chiara nella dottrina. V., in fatti, SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni*, cit., I, 92; RANELLETTI, *Teoria*, cit., 98 (per ancor più gravi improprietà, a proposito del concetto di illiceità, v. PRESUTTI, *Istituzioni*, cit., I, 150). Esatto sul punto DE VALLES, *La validità*, cit., 271 sg.

(82) Cfr., anche per altri esempi, KORMANN, *System*, cit., 233 sg.. Su questo punto la dottrina può considerarsi concorde: cfr. v. HIPPEL, *Untersuchungen*, cit., 104; W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, cit., 205; DE VALLES, *La validità*, cit., 22; RANELLETTI, *Teoria*, cit., 98; SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, 3ª ed., Padova 1937, 274; ZANOBINI, *Corsa*, cit., I, 238; ROMANELLI, *L'annullamento*, cit., 162 sg.; nonché, sull'argomento specifico, AMBROSINI, *Responsabilità dello Stato e degli enti pubblici per fatto illecito dei loro funzionari*, in *Foro it.* 1923, I, 808; VITTA, *Nuovi cenni sulla responsabilità della pubblica amministrazione per fatti illeciti*, in *Giur. it.* 1929, IV, 54; LESSONA, *Sulla responsabilità degli enti pubblici per atti illeciti dei loro organi*, in *Riv. dir. pubbl.* 1933, I, 451; ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, II, Milano, 1941, 25 sg., e presso quest'ultimo indicazioni di dottrina francese. Per indicazioni della dottrina meno recente v. CAMMEO, *Commentario delle leggi della giustizia amministrativa*, I, Milano, s. d., 209 sg.. L'orientamento dominante è oggi giustamente nel senso di escludere la riferibilità all'amministrazione soltanto degli illeciti intenzionali dei funzionari (cfr. VITTA, *loc. cit.*; Cass. 9 luglio 1946, in *Foro it.* 1947, I, 104, con nota di JEMOLO, alla quale si rinvia per ulteriori richiami giurisprudenziali), e non anche — come era stato ritenuto in tempi meno recenti (v., per es., MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 4ª ed., Torino, 1898, 812) — di quelli commessi per colpa grave (v., tra le sentenze più recenti, Cass. 11 febbraio 1946, in *Mass. Foro it.* 1946, 33; 7 aprile 1947, in *Foro amm.* 1947, II, 1, 43). Non pare poi sia da seguire l'orientamento dominante nella dottrina e nella giurisprudenza francesi da tempi ormai remoti, secondo cui anche l'illecito intenzionale, quando fosse stato voluto nell'intento di realizzare l'interesse pubblico, sarebbe riferibile all'amministrazione (v. già LAFERRIÈRE, *Traité*, cit., e da ultimo, anche per indicazioni di giurisprudenza recente, WALINE, *De l'irresponsabilité des fon-*

Una volta però che siano riscontrati nel contenuto dell'atto posto in essere da un agente investito di autorità amministrativa tutti i caratteri essenziali presso il contenuto di qualsiasi atto giuridico, è necessario, perchè un atto amministrativo possa esser considerato esistente, che non venga in questione l'esplicazione di una potestà di diritto privato, o di una potestà politica, legislativa o giurisdizionale. Come si è avvertito, un atto amministrativo ricorre, in fatti, soltanto allorchè si sia in presenza della esplicazione da parte di un'autorità amministrativa di una potestà pubblica con la forza propria dell'azione amministrativa (83).

15. — Si tratta ora di esaminare i casi in cui l'atto, posto in essere in veste di imperio da un'autorità amministrativa fuori delle ipotesi in cui essa sia investita di una potestà diversa, pur rispondendo nel suo contenuto ai requisiti generali indicati nell'art. 1346 cc, non possa ugualmente, per altre cause inerenti al suo contenuto, esser considerato come atto amministrativo.

Essi ricorrono tutte le volte che l'azione esplicata in veste di autorità amministrativa sia stata esercitata in una sfera in ordine alla quale non possa esser riconosciuta all'agente, che nel caso specifico abbia operato, una *effettività di potere*, vale a dire la reale possibilità di portare a effetto la propria azione. In fondo anche qui viene in considerazione un fenomeno di impossibilità giuridica in ordine al contenuto dell'atto: ma non si tratta di una impossibilità assoluta, bensì di una impossibilità limitata a quegli agenti che non abbiano, in ordine alla materia di cui si tratti, una effettività di potere (84).

---

*ctionnaires pour leurs fautes personnelles et des moyens d'y remédier*, in *Rev. dr. publ.* 1948, 9 sgg.). Che nell'illecito intenzionale non possa mai riconoscersi il contenuto di un atto del pubblico potere appare evidente, sol che si pensi che, se l'azione pubblica è istituzionalmente rivolta al perseguimento del pubblico bene nell'ambito della legalità, nessun atto più dell'illecito intenzionale si rivela manifestamente insuscettibile di essere riferito al pubblico potere. Né alcuno potrebbe accampare di aver riposto affidamento nella riferibilità a questo del comportamento dei funzionari in contrasto con norme proibitive.

(83) V. supra n. 5.

(84) V. per analogie concettuali, per quanto in relazione ad applicazioni diverse, KORMANN, *System*, cit., 232, 242, e partic. 247 sgg. V. anche DE VALLES, *La validità*, cit., 272 sg.

Il fenomeno ricorre allorchè un'autorità amministrativa abbia invaso la sfera d'azione di un ente diverso da quello alla cui amministrazione essa è preposta (85), o abbia abusivamente agito nell'esercizio di una potestà politica, legislativa o giurisdizionale (86), o anche abbia soltanto agito nell'esercizio di una potestà amministrativa in ordine alla quale sia negata ogni forza operante alle sue determinazioni (87). Se è vero.

(85) Qui non viene in questione — come comunemente si suole ritenere (v., p. es., RANELLETTI, *Teoria*, cit., 63; SANTI ROMANO, *Corso*, cit., 268; VITTA, *Diritto amministrativo*, cit., I, 425) — un semplice caso di incompetenza (cfr. DE VALLES, *La validità*, cit., 98 sgg.). Si tratta, in fatti, addirittura dell'azione di un soggetto al di fuori della sfera giuridica riconosciuta dall'ordinamento — azione la quale non può produrre alcun effetto nei confronti del soggetto la cui sfera sia stata invasa. V., anche per indicazioni, A. M. SANDULLI, *Per la delimitazione*, cit., nota 68 a pag. 110 sg. In favore della soluzione accolta v. di recente GUICCIARDI, in *Giur. it.* 1948, III, 123. V. tuttavia Cons. di Stato, V. sez., 26 marzo 1946, in *Foro it.* 1946, III, 127.

(86) Che i casi di straripamento di potere si risolvano nella inesistenza dell'atto viene — salvo la diversità di terminologia — comunemente riconosciuto (v., per tutti, RANELLETTI, *Teoria*, cit., 64; ZANOBINI, *Corso*, cit. I, 236). V. tuttavia in senso contrario CAMMEO, *Commentario*, cit., I, nota 2 a pag. 210; VITTA, *Diritto amministrativo*, cit., I, 425 sg.; P. RAVÀ, *La convalida*, cit., 60; ROMANELLI, *L'annullamento*, cit., 165 sg.

(87) Pur senza che ne sia stata data un'adeguata giustificazione dogmatica, è assai diffusa la convinzione che in alcuni casi più gravi l'incompetenza dell'autorità agente si risolva nell'inesistenza dell'atto amministrativo. A parte la dottrina germanica, che pure conosce incertezze assai profonde (v. W. JELLINEK, *Der fehlerhafte Staatsakt*, cit., 57, 93; *Verwaltungsrecht*, cit., 266; KORMANN, *System*, cit., 247 sgg.; ANDERSEN, *Ungültige Verwaltungsakte*, cit., 101 sgg.; HERRNRITT, *Grundlehren*, cit., 161 sgg.; GIESE, *Allg. Verwaltungsrecht*, cit., 94 sg.; nonché, per ulteriori indicazioni, v. HIPPEL, *Untersuchungen*, cit., 49 sgg., 106 sg., 118), v. in tal senso, presso di noi, MEUCCI, *Istituzioni*, cit., I, 313; RANELLETTI, *Teoria*, cit., 64; FORTI, *Diritto amministrativo*, cit., II, 230; VITTA, *Diritto amministrativo*, cit., I, 423; ZANOBINI, *Corso*, cit., I, 237; G. TREVES, *La presunzione*, cit., 36 sg.; e, in giurisprudenza, di recente, Cons. di Stato, V sez., 10 gennaio 1948, in *Riv. amm.* 1949, 53, con nota redazionale contraria. Il DE VALLES, *La validità*, cit., 21 e nota 9 ivi; *Teoria giuridica*, cit., II, 18 sgg., ricorre in proposito al concetto di incompetenza formale, considerando inesistenti come atti amministrativi quelli che ne siano viziati, vale a dire quelli posti in essere nella forma propria di atti rientranti nella competenza di altre autorità. Il criterio appare tuttavia insoddisfacente, sol che si pensi che nei casi in cui la forma non è richiesta ad substantiam essa non può avere alcuna rilevanza ai fini della determinazione dell'essenza dell'atto, e che in nulla può incidere su questa il nomen juris attribuitogli dal suo autore. Di conseguenza

in fatti, che l'atto d'autorità è per sua natura accompagnato da forza operativa, è evidente che l'ordinamento non considera come atti d'autorità quelli che sia negato di mandare legittimamente a esecuzione, o per cui non sia al meno consentito di suscitarnne legittimamente l'esecuzione da parte degli agenti qualificati.

Per tale ragione non potrebbero esser considerati esistenti come atti amministrativi, non solo la nomina di un impiegato comunale da parte del consiglio di un altro comune, lo scioglimento del parlamento da parte del presidente del consiglio, il decreto legge emanato dal ministro, l'annullamento del matrimonio pronunciato dall'ufficiale dello stato civile; ma neanche la pronucia con cui il provveditore agli studi infliggesse la censura a un impiegato dell'amministrazione finanziaria, il provvedimento con cui l'intendente di finanza nominasse un professore in un istituto d'istruzione, o l'ordinanza d'urgenza emanata dal segretario comunale anzichè dal sindaco (88). Invece sembra che assai più lati limiti di esistenza debbano esser riconosciuti agli atti posti in essere nella provincia dal prefetto fuori delle proprie attribuzioni, ma nell'ambito delle funzioni amministrative statali: quest'organo è dotato, in fatti, per ciò che riguarda l'esercizio del potere esecutivo nella provincia, di una competenza di carattere generale (art. 19 T. U. com. e prov.), ed è fornito di ampi poteri in ordine all'esecuzione dei propri atti (art. cit., nonchè art. 1 e 2 T. U. di pubblica sicurezza).

16. — Rimane, in fine, da considerare l'elemento sostanziale dell'atto nel suo *aspetto causale*.

Se la causa, in quanto ne identifica la funzione (89), è elemento

---

l'atto posto in essere nella forma propria degli atti di un'autorità diversa, se implichi la violazione di una norma che richieda ad *substantiam* una certa forma, sarà inesistente per tale difetto e non per incompetenza; in caso diverso esso non sarà inesistente a causa della forma, ma soltanto se e in quanto abbia invaso la sfera di un'altra autorità senza avere in ordine a tale sfera una effettività di potere.

(88) Per la inesistenza degli atti posti in essere, anzi che dagli organi cui la funzione è demandata, dagli organi ausiliari di essi, v. W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, cit., 262. Per altri esempi sull'argomento in generale, v. gli autori cit. sub nota precedente.

(89) V., anche per indicazioni, A. M. SANDULLI, *Per la delimitazione*, cit., nota 22 a pag. 31.

essenziale di ogni atto giuridico (art. 1325 cc) (90), è evidente che un atto amministrativo non potrà esistere, se non in quanto abbia una causa (91). Non potranno, a es., esser considerati esistenti, per mancanza di causa, la proposta di un atto che già sia venuto in vita, o

---

(90) Cfr., per ampie indicazioni dei vari orientamenti dottrinali in proposito, CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., 582 sgg.. Sul problema della causa degli atti amministrativi, v., da ultimo, GASPARRI, *La causa*, cit., e presso di lui la bibliografia essenziale (pag. 3).

(91) In proposito, anche presso la dottrina migliore, non regnano idee ben chiare. Si suole escludere, in fatti, che la causa sia elemento essenziale dell'atto amministrativo. V., per tutti, ZANOBINI, *Corso*, cit., I, 190; G. TREVES, *La presunzione*, cit., 28; P. RAVÀ, *La convalida*, cit., 59 sg.; ROMANELLI, *L'annullamento*, cit., in nota a pag. 146. V. tuttavia MORTATI, *La volontà*, cit., 70; GASPARRI, *La causa*, cit., 130; VITTA, *Diritto amministrativo*, cit., I, 375 sg., il quale per altro configura la mancanza di causa come semplice ragione di invalidità dell'atto amministrativo (pag. 427; così anche RANELLETTI, *Teoria*, cit., 70, 74). Incorre nell'eccesso opposto il PRESUTTI, *Istituzioni*, cit., I, 151, il quale considera come elemento essenziale dell'atto amministrativo addirittura la funzione specifica propria dell'atto che di volta in volta venga in questione, il che porterebbe alla grave conseguenza di dover considerare inesistente ogni atto posto in essere dall'autorità per uno scopo pubblico diverso da quello proprio della funzione tipica. Tale conclusione appare però in contrasto col diritto positivo, il quale per l'esistenza dell'atto amministrativo si accontenta che esso abbia una causa lecita e che non tramodi dagli interessi dell'ente. In fatti, se l'atto sia stato posto in essere in funzione di un interesse dell'ente diverso da quello che dovrebbe esser proprio dell'atto, ricorrerà quella tipica forma di vizio che si designa col nome di sviamento di potere, la quale, secondo l'art. 26 del T. U. del Cons. di Stato, rende l'atto semplicemente annullabile.

La causa dell'atto amministrativo consiste — secondo la concezione più accreditata (CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova 1911, 1290) — nell'interesse pubblico in funzione del quale l'atto viene in vita: in essa cioè concorre l'interesse generico dell'ente, e l'interesse specifico proprio della singola azione, vale a dire l'interesse specifico attraverso il quale nella singola ipotesi l'interesse generico viene a essere realizzato (per precisazioni sul punto, v. MORTATI, *La volontà*, cit., 108 sg., e presso di lui indicazioni). Ora, essenziale per l'esistenza dell'atto amministrativo è soltanto la direzione dell'atto alla realizzazione dell'interesse generico: purchè questa non manchi l'atto amministrativo esisterà — se pur viziato —, anche se l'interesse specifico avuto di mira sia diverso da quello richiesto per la legittimità dell'atto (cfr. GASPARRI, *La causa*, cit., 45 sg.). Una dispensa dal servizio, a es., se voluta nel pubblico interesse esisterà sebbene illegittima, anche se sia stata ispirata da finalità disciplinari (v., da ultimo, Cons. di Stato, IV sez., 27 febbraio 1948, in *Riv. amm.* 1949, 44).

l'autorizzazione di un soggetto il quale sia pienamente libero in ordine all'attività autorizzata (92).

Perchè l'atto amministrativo possa esser considerato venuto in vita è inoltre necessario che la causa sia lecita (93). La liceità della causa — e anzi anche quella dei motivi — è, in fatti, essenziale per l'esistenza di un qualsiasi atto giuridico (art. 1343-45 c. c.) (94). Non potrebbe quindi, a es., esser considerato esistente l'ordine di occupare i punti vitali di una città, rivolto alle truppe dipendenti dal comandante del presidio militare della città stessa, al fine di secondare un movimento insurrezionale (95).

Resta ora a vedere quali caratteri debba avere la causa di un atto che non sia illecito, perchè questo possa esser considerato come atto amministrativo.

Se l'atto amministrativo è per definizione la esplicazione di una potestà amministrativa da parte di un'autorità amministrativa (96), è evidente che perchè esso ricorra è necessario — sotto il profilo causale — che venga in questione un atto il quale appaia rivolto alla realizzazione degli interessi dell'ente cui l'autorità che lo pone in essere appartiene. La preposizione degli agenti agli uffici di un ente ha luogo in funzione della realizzabilità da parte di questo dei propri obbiettivi. Quindi tutta l'attività che l'agente esplicasse in funzione di obbiettivi diversi da quelli dell'ente non potrebbe essere a questo riferita (97). Di conseguenza l'atto che un'autorità amministrativa ponesse in es-

(92) Del tutto inadeguati sono gli esempi di mancanza di causa dati dal RANELLETTI, *Teoria*, cit., 74, i quali poggiano sulla confusione tra causa e motivi, assai comune nella dottrina amministrativistica.

(93) Contra G. TREVES, *La presunzione*, cit., 27. V. anche VITTA, *Diritto amministrativo*, cit., I, 427.

(94) Cfr., anche per indicazioni, CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., 614 sg.

(95) SANTI ROMANO, *Corso*, cit., 120, afferma che non andrebbe eseguito un ordine contrario alle finalità dell'amministrazione. Egli adduce però un esempio non del tutto appropriato: l'ordine con cui si imponesse a un agente di pubblica sicurezza di provocare o appoggiare una sommossa. Qui, in fatti, l'illiceità è nel contenuto dell'atto, e non nella causa.

(96) V. supra, n. 5.

(97) Cfr. per tutti MEUCCI, *Istituzioni*, cit., 311; RANELLETTI, *Teoria*, cit., 73; DE VALLES, *Teoria giuridica*, cit., II, 4 sg., 18; FORTI, *Diritto amministrativo*, cit., II, 182 sg., LESSONA, *Sulla responsabilità*, cit., 451; AMORTH, *Il merito degli atti amministrativi*, Milano 1939, 28; ALESSI, *La*

sere, anzi che in funzione degli interessi dell'ente cui appartiene, in funzione di un interesse privato, o dell'interesse di un ente diverso, non potrebbe esser riferito all'ente (98).

Occorre, per altro, tener presente che non sempre — anzi assai di rado — risulta manifesto in funzione di quale obbiettivo l'autorità abbia operato, e che, siccome è istituzionale di ciascun ente la cura dei propri interessi, è ragionevole l'affidamento dei terzi che, in mancanza di manifestazioni in contrario, l'atto dell'autorità sia stato posto in essere in funzione di tali interessi (99).

Cio fa sì che, sempre che non risulti manifestamente che l'atto sia stato posto in essere in funzione di interessi diversi da quelli dell'ente, esso non potrà non esser considerato venuto in vita in fun-

---

*responsabilità*, cit., I, 1939, 163 sg. (per recenti applicazioni di tale principio, v. Corte appello Genova, 13 novembre 1945, in *Giur. it.* 1947, I, 2, 397; Cass. 4 agosto 1945, in *Rep. Foro it.* 1945, voce Responsabilità civile, n. 174). E da ricordare anzi come in passato si sia affermato in giurisprudenza addirittura un orientamento secondo cui non sarebbero riferibili all'ente persino gli atti rispondenti alle finalità pubbliche, qualora fossero stati posti in essere dal funzionario per raggiungere uno scopo privato (v. però contra S. D'AMELIO, *Sul cosiddetto atto amministrativo apparente e sulla personale responsabilità dei pubblici funzionari*, in *Riv. dir. pubbl.* 1909, II, 341 sg, e di recente GASPARRI, *La causa*, cit., 141 sg).

(98) Il fenomeno è stato avvertito dal CAMMEO, *Corso*, cit., 1386, in relazione ai casi in cui il funzionario abbia posto in essere un atto amministrativo nell'intento di allontanare da sé una minaccia (vis compulsiva) — casi nei quali comunemente si ritiene che l'atto amministrativo risulti semplicemente annullabile (v. indicazioni in ESPOSITO, *La validità*, cit., nota 2 a pag. 339). Nè mancano presso altri autori, per quanto a diverso proposito, manifestazioni della stessa esigenza razionale (v., p. es., FORTI, *Diritto amministrativo*, cit., II, 221, a proposito delle dichiarazioni fatte per ischerzo o con riserva mentale; v. pure RANELLETTI, *Teoria*, cit., 69).

Non contrasta con l'opinione enunciata il negare che l'interesse personale dell'agente sia per sé solo sufficiente a determinare l'inesistenza dell'atto allorchè questo presenti gli elementi di forma e di contenuto essenziali (ESPOSITO, *op cit.*, 339 sg., e presso di lui indicazioni): qualora, in fatti, in casi del genere l'interesse pubblico sia stato tuttavia tenuto di mira (anche se con esso concorra l'interesse personale dell'agente), l'atto non potrà non esser considerato esistente; e sarà o non viziato nella causa, a seconda che l'interesse personale dell'agente lo abbia o non fatto deviare dalla direzione tipica sua propria: ove ciò non si sia verificato l'atto sarà pienamente legittimo (cfr. S. D'AMELIO, *loc. cit.* sub nota prec.).

(99) Sul conto che dell'affidamento dei terzi va tenuto in ordine al riconoscimento della esistenza di un atto amministrativo, v. supra n. 13.

zione degli obbiettivi dell'ente, e non potrà quindi non esser considerato esistente come atto amministrativo (100) — salvo la possibilità di fare eventualmente valere per le vie legali i vizi da cui la sua causa risulti inficiata (101).

Tutte le volte invece che dall'atto stesso risulti manifesto che esso sia stato posto in essere in funzione di obbiettivi diversi da quelli propri dell'ente, esso non potrà — in conformità dei principi — esser considerato riferibile all'ente, e non potrà quindi venire in questione come atto amministrativo (102). Si pensi, a es., all'ipotesi in cui un prefetto espropri una villa privata al fine dichiarato di destinarla alla propria famiglia; all'ipotesi in cui un comune delibera un prestito al fine dichiarato di sanare il bilancio di un altro comune; all'ipotesi in cui un istituto per la costruzione di case popolari doni a un altro ente parte del suolo espropriato per le costruzioni (103). A differenza che nell'ipotesi più sopra considerata, dove interviene il principio dell'affidamento, nessuna ragione impedisce che in casi del genere abbia piena applicazione la regola secondo cui, dove l'interesse perseguito non sia quello dell'ente che pone in essere l'atto, quest'ultimo non può essere riferito all'ente, e non può quindi essere considerato come atto amministrativo.

---

(100) Cfr. MEUCCI, *Istituzioni*, cit., 311, il quale si rifà all'autorità delle fonti romane. Nella dottrina più recente, v. ALESSI, *La responsabilità*, cit., I, 163 sgg., 167.

(101) Per applicazioni, v. da ultimo Cons. di Stato, IV sez., 14 gennaio 1948, in *Giur. it.* 1948, III, 108; V sez., 28 aprile 1948, n. 239 in *Foro amm.* 1948, I, 2, 267.

(102) La dottrina tuttavia, pur riconoscendo unanimemente l'essenzialità per l'atto amministrativo di tendere alla realizzazione dell'interesse pubblico, è decisamente orientata nel senso di considerare indiscriminatamente l'atto posto in essere per fini diversi da quelli propri dell'ente semplicemente come invalido (v., da ultimo, GASPARI, *La causa*, cit., 140 sgg., anche con espresso riferimento al caso della violenza morale; ALESSI, *La responsabilità*, cit., II, 27). Né in giurisprudenza è stata mai formulata a tal proposito l'ipotesi della inesistenza.

(103) Sul problema delle donazioni fatte da enti pubblici, v. da ultimo Trib. Firenze, 31 luglio 1947, in *Giur. compl. Cass. civ.*, XXV, 1947, 474 sgg., e ivi la nota di ALESSI, *Sull'ammissibilità di donazioni da parte di enti pubblici*, presso il quale v. ulteriori richiami.

## In tema di investitura illegittima dell' autorità e di incompetenza\*

Pubblicato in

*Diritto e Giurisprudenza*  
Napoli, 1949, pp. 67-71

\* *Nota* a Tribunale di Catania, Sez. II, 30 giugno 1948, n. 99, *ibid.*, p. 67;  
le massime che interessano sono riportate alla pagina seguente

TRIBUNALE DI CATANIA, SEZIONE II: 30 GIUGNO 1948 N. 99; PRES. RAPISARDA,  
EST. NICOSIA; BONAVENTURA (AVV. CORSARO) C. CARTALEMI (AVV. BERTINO).

*Qualora il Prefetto, in un centro nel quale abbia già nominato un Commissario agli alloggi, abbia attribuito al Sindaco per un caso singolo un potere normalmente rientrante nelle attribuzioni commissariali, l'atto col quale il Sindaco si sia avvalso di tale potere non è viziato di incompetenza.*

*L'atto amministrativo illegittimo, fin quando non venga caducato a opera degli organi a ciò competenti, esplica tutti i suoi effetti.*

1. — Sotto il profilo del diritto amministrativo la fattispecie è veramente originale. Veniva, infatti, in questione il caso di due autorità investite di un medesimo potere: un prefetto, dopo aver nominato in un comune un commissario agli alloggi ai sensi dell'art. 1 del D. L. L. 28 dicembre 1944, n. 415, aveva poi per un caso singolo attribuito al sindaco i poteri propri del commissario.

Il Tribunale ha fatto buon governo dei principi.

E' regola riconosciuta del diritto amministrativo la esclusività e la indelegabilità delle competenze. Se dunque due autorità risultavano investite, da parte dell'organo qualificato all'investitura, del medesimo potere, una delle due lo era illegittimamente. E giustamente il Tribunale ha qualificato come eccesso di potere il vizio dell'atto di investitura.

Per altro, fin quando l'illegittimità del titolo di investitura non fosse stata fatta valere per le vie pertinenti della giustizia amministrativa (nel caso specifico — risolvendosi il potere prefettizio di cui al cit. art. in provvedimenti definitivi impliciti — mediante ricorso al Consiglio di Stato), l'esercizio del potere da parte dell'autorità illegittimamente investita di esso non poteva, per i principi della presunzione di legittimità e della esecutorietà degli atti amministrativi, che esser considerato legittimo. Sia l'una che l'altra autorità avevano, infatti, — se bene una delle due in modo caduco — titolo ad esso.

Ben a ragione dunque il Tribunale ha escluso che l'atto posto in essere da una delle due autorità — e precisamente da quella investita in un momento successivo del potere già appartenente all'altra — fosse, anteriormente alla pronuncia della illegittimità del titolo di investitura, da considerare viziato di incompetenza.

Il problema avrebbe potuto, se mai, esser posto in un secondo momento — a seguito della eventuale caducazione del titolo di investitura — sotto il profilo della invalidità derivata; ma le conseguenze sarebbero state egualmente minimizzate dai principi elaborati dalla dottrina in relazione alla funzione di fatto — principi, i quali attengono appunto ai casi di illegittima investitura dell'agente che effettivamente abbia operato nel caso concreto.

2. — Maggiori perplessità può forse destare l'altra questione di diritto amministrativo affrontata, in linea di mera ipotesi subordinata, dal Tribunale: quella relativa al caso in cui la derequisizione fosse stata operata dal sindaco non in virtù della investitura dei poteri di cui all'art. cit., ma in virtù degli ordinari poteri inerenti alla sua carica. E le perplessità non sorgono tanto per la considerazione che il Tribunale abbia fatto cattivo uso dei principi generalmente accettati; quanto perchè proprio questi attendono ancora, a mio avviso, sul terreno che si batte, una approfondita opera di rielaborazione.

Non è, infatti, da escludere che, quando, in relazione all'aspetto della ripartizione delle attribuzioni tra i pubblici poteri, si esamini a fondo il problema della inesistenza dell'atto amministrativo, si debba superare la posizione comune, secondo cui tale inesistenza dovrebbe riconoscersi soltanto là, dove una autorità non amministrativa abbia invaso la sfera del potere amministrativo. E, una volta superata tale posizione, nulla di più probabile che la esistenza di un atto amministrativo possa venir negata in quei casi, in cui — come nell'ipotesi esaminata dal Tribunale — una autorità amministrativa abbia invaso la sfera di un'altra autorità, alla quale, e alla quale soltanto, in via e per circostanze del tutto eccezionali e provvisorie, fosse stato conferito il potere di interferire nel campo lasciato ordinariamente libero alla determinazione dei singoli soggetti.

E' manifesto che, se l'indagine in tale direzione dovesse sortire — come non escluderei — esito positivo, la soluzione della questione esaminata dal Tribunale muterebbe notevolmente: perchè allora, non essendo semplicemente illegittimo, ma addirittura inesistente il titolo della derequisizione operata dal sindaco, questa avrebbe dovuto esser considerata assolutamente non operante.

## Sulla ammissibilità di requisizione a opera di comuni\*

Pubblicato in

*Il Foro Padano*

Milano, 1949, I, col. 775-782

\* Nota a Tribunale di Milano 24 luglio 1949, *ibid.*, col. 776;  
le massime che interessano sono riportate alla pagina seguente

TRIBUNALE DI MILANO: 24 LUGLIO 1949; PRES. MANCA, EST. GIALANELLA; SOC. EDISON (AVV.TI PIZZI E JEMOLO) C. COMUNE DI MILANO (AVV.TI MALTONI E CONSOLINI).

*A sensi dell'art. 7 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 All. E sull'abolizione del contenzioso amministrativo, l'autorità amministrativa, in concorso di determinate circostanze, è autorizzata a convertire il diritto di proprietà nella sua interezza, ovvero per qualche singola facoltà, in un diritto di credito ad una indennità equivalente.*

*La valutazione delle circostanze di cui sopra è rimessa al criterio discrezionale dell'autorità amministrativa e l'autorità giudiziaria non può sindacare siffatta valutazione né entrare nel merito relativamente alla opportunità o alla convenienza dei mezzi prescelti.*

*L'ente pubblico, nel servirsi della facoltà di cui si tratta, deve agire attraverso i suoi organi competenti e con l'osservanza delle forme prescritte.*

*È pienamente legittima la deliberazione di una giunta comunale che decide di gestire direttamente l'azienda del gas per il servizio della produzione ed erogazione del gas — oggetto di concessione amministrativa — e quindi di occuparla a tale scopo, sottoponendola alla direzione dei propri organi tecnici, ove i motivi dell'intervento siano specificamente enunciati nell'urgente necessità di evitare gravi danni alla popolazione e alle industrie e di rimuovere una eventuale causa di perturbamento dell'ordine pubblico. È irrilevante che nella deliberazione della giunta comunale non sia stata espressamente ricordata la disposizione di legge sopra menzionata.*

*Nel caso suddetto la società concessionaria ha diritto ad ottenere a titolo di indennità l'equivalente pecuniario del particolare diritto di cui subisce la limitazione.*

1. Sotto la pressione dello sciopero degli addetti al servizio del gas verificatosi nel gennaio scorso, il comune di Milano provvedeva, con una deliberazione dichiarata immediatamente esecutiva, ad assumere direttamente la gestione del servizio stesso, in sostituzione della società concessionaria, mantenendo tuttavia in piedi tutta la struttura organizzativa (personale e materiale) da questa data al servizio. Si trattò praticamente di una requisizione — per altro di breve durata — di quel ramo dell'azienda che provvedeva al servizio del gas.

2. Aveva il comune il potere di adattare un provvedimento di tal genere? Questo è il problema essenziale da affrontare per dare una adeguata soluzione alla prima e pregiudiziale questione che il Tribunale di Milano, adito dalla società concessionaria per ottenere la condanna del comune al risarcimento dei danni subiti, era chiamato a risolvere.

Una volta dimostrato infatti che tale potere gli si appartenesse, con la conseguente possibilità di interferire nella sfera aziendale della società, non è dubbio che un eventuale illegittimo esercizio di esso non avrebbe potuto produrre altre lesioni che quelle di interessi legittimi, con la conseguente competenza del Consiglio di Stato a giudicare di queste (art. 26 T. U. 26 giugno 1924, n. 1054 sul Cons. di Stato). Nell'ipotesi inversa invece non è dubbio che, dovendo la interferenza del potere comunale nella sfera aziendale della società essere considerata come violazione di diritti soggettivi, la competenza a decidere della vertenza non poteva che appartenersi al giudice ordinario (art. 2 legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, sulla abolizione del contenzioso amministrativo) <sup>(1)</sup>.

3. Ora, proprio quest'ultima pare — contrariamente a quanto è stato deciso dal Tribunale — la soluzione da accogliere.

---

(1) Cfr., anche per altri richiami, SANDULLI, *Sulla competenza a giudicare del mancato riconoscimento da parte dei comuni delle obbligazioni contratte sotto il regime repubblicano fascista*, in *Foro it.*, 1949, I, 33 segg.

Il Tribunale ha ritenuto di trovare sufficiente sostegno alla soluzione contraria nel fatto che il Comune, pur non invocando espressamente tale norma, avrebbe operato sulla base del potere di disposizione della proprietà privata riconosciuto dall'art. 7 della legge sul contenzioso all'autorità amministrativa in caso di grave e urgente necessità pubblica.

In questa sede non è il caso di soffermarsi ad analizzare a fondo se, qualora un atto amministrativo, che un'autorità sia qualificata a porre in essere, richiami, a titolo di giustificazione del potere esercitato, delle disposizioni legislative diverse da quelle che in realtà qualificano alla sua emanazione l'autorità agente, sia da considerare o non viziato <sup>(2)</sup>. Esso potrebbe esserlo, se mai, nella generalità dei casi, sotto il profilo dell'eccesso di potere: ma tale difetto non sarebbe sufficiente a fargli perdere l'essenza propria dell'atto alle cui caratteristiche sostanziali fosse rispondente. È fuori discussione infatti che la sostanza — e non il *nomen juris* che chi lo ponga in essere gli attribuisca — determina l'essenza di un atto giuridico.

Pur convenendo che la mancata enunciazione della sua giustificazione sulla base dell'art. 7 della citata legge abolitiva del contenzioso amministrativo non sarebbe sufficiente a far negare al provvedimento comunale — qualora vi fosse qualificato — la natura — sia pure viziata — propria degli atti legittimati da tale norma, occorre tuttavia ugualmente escludere che tale natura esso potesse avere. E ciò per la considerazione che l'autorità comunale non può mai, in quanto tale, esser considerata qualificata all'uso del potere di cui all'art. 7 citato.

4. I provvedimenti amministrativi di natura eccezionale, che la nostra legislazione consente per sopperire in casi di grave urgenza alle pubbliche necessità, non spettano indiscriminatamente a qualsiasi portatore di un pubblico potere. Data l'eccezionale interferenza dell'azione pubblica nella sfera dei diritti soggettivi altrui, che essi comportano, è più che spiegabile che l'ordinamento si mostri assai

(2) Talvolta la giurisprudenza ha riconosciuto che il richiamo a una norma diversa da quella appropriata al caso non rappresenti un vizio dell'atto (cfr. Cons. di Stato, V sez., 15 aprile 1947, in *Foro amm.*, 1947, I, 2, 152). Si trattava però di norme di contenuto affine (art. 19 T. U. com. e prov. 1934, e art. 7 legge sul contenzioso): e di fronte a norme di tal fatta la giurisprudenza è attualmente propensa a una maggiore larghezza: essa infatti tende a escludere che la citazione di più norme affini, tra le quali sia compresa quella appropriata al caso, realizzi il vizio di perplessità

geloso del potere di porre in essere tali provvedimenti, e non lo riconosca che alle autorità dello Stato <sup>(3)</sup>.

Senza prendere per ora in considerazione la norma che qui interessa, basti pensare all'art. 19 del t. u. com. e prov. 1934 (riportato dalla legge 8 marzo 1949, n. 277 allo spirito dell'art. 3 del t. u. com. e prov. 1915), che rappresenta in materia la disposizione di carattere più generale; all'art. 71 della legge 25 giugno 1865, n. 2359 sull'espropriazione per causa di pubblica utilità; all'art. 2 del t. u. di pubblica sicurezza 18 giugno 1931, n. 773, norme dalle quali tutte è dato ricavare come l'autorità che nel nostro ordinamento sia fornita in materia amministrativa di un potere di carattere generale in ordine ai provvedimenti d'urgenza sia il prefetto <sup>(4)</sup>. Ciò è confermato anche da disposizioni recenti in materie specifiche: si pensi, a es., agli art. 5 e 6 del d. l. 20 gennaio 1948, n. 15, i quali attribuiscono ai prefetti in caso di urgente necessità il potere di requisizione di immobili e di mobili, al fine di dare adeguata sistemazione al personale temporaneamente assunto in servizio di polizia.

Questo non significa che soltanto al prefetto sia riservata la potestà di porre in essere dei provvedimenti amministrativi d'urgenza. Significa però che, in mancanza di disposizioni particolari, appunto al prefetto va riconosciuto tale potere <sup>(5)</sup>. Il quale, per altro, è sempre da considerare circoscritto all'ambito della competenza propria dell'autorità che lo espliciti (appunto perciò l'unica autorità che

---

di motivazione (v., p. es., Cons. di Stato, V sez., 16 gennaio 1948, in *Foro amm.*, 1948, I, 2, 169; 9 aprile 1948, *ivi*; 30 aprile 1948, *ivi*, 276; 25 giugno 1948, *ivi*, 1949, I, 2, 70; nonchè, in dottrina, JEMOLO, *L'art. 19 della legge com. e prov. e la riserva mentale*, in *Foro it.*, 1947, III, 28; BENVENUTI, *Sul richiamo a disposizioni legislative diverse nelle premesse di un atto amministrativo*, in *Giur. it.*, 1948, III, 59 segg.

<sup>(3)</sup> Cfr. VITTA, *Diritto amministrativo*, I, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 1948, 519; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 1949, 83; nonchè in generale gli autori che considerano come attività di governo quella che il sindaco esplica nella emanazione delle ordinanze d'urgenza ai sensi dell'art. 153 T. U. com. e prov. 1915 (v. *infra*, nota 8).

<sup>(4)</sup> Cfr. D'ALESSIO, *Commento alla legge comunale e provinciale*, Torino, 1936, 99; PAPPALARDO, *I provvedimenti prefettizi d'urgenza*, in *Rinnovamento amministrativo*, 1937; VARVESI, *Sui provvedimenti d'urgenza*, in *Rass. mens. dell'Avvocatura dello Stato*, 1943, fasc. 11 12, p. 14, i quali tutti riconoscono al prefetto una competenza generale in materia.

<sup>(5)</sup> Cfr. le applicazioni di tale principio fatte dal VARVESI, *loc. cit.*, in relazione all'art. 85 del recente D.L. 10 aprile 1947, n. 261.

ne disponga in via generale è il prefetto, in quanto organo dotato di competenza di carattere generale (6)).

5. Esistono, è vero, dei casi in cui all'autorità comunale — e precisamente al sindaco — è attribuita la potestà di porre in essere dei provvedimenti eccezionali d'urgenza. Tali casi sono contemplati dall'art. 71, 2° comma della legge sulle espropriazioni, e dall'art. 153 t. u. com. e prov. 1915 (richiamato in vigore dall'art. 10 d. l. 7 gennaio 1946, n. 1): il primo si riferisce al potere di autorizzare l'occupazione temporanea dei beni indispensabili per l'esecuzione di lavori di improrogabile necessità pubblica, e il secondo si riferisce ai provvedimenti contingibili e urgenti in materia di edilizia, polizia locale e igiene pubblica (7).

Si tratta però di una competenza limitata a casi espressamente determinati dal legislatore, e nei quali — si noti bene — il sindaco opera — e in ciò si ha la conferma che il potere in materia di provvedimenti d'urgenza è riservato allo Stato — in veste di organo di governo (8).

In nessuna norma invece una potestà in materia di provvedimenti d'urgenza è attribuita a enti locali in quanto tali, o in genere a enti diversi dallo Stato.

6. Nel silenzio del legislatore, dunque, l'art. 7 della legge sul contenzioso non può essere interpretato che in conformità dei principi generali che governano la materia — e cioè nel senso della esclusione in merito di ogni potere di enti diversi dallo Stato, e nel senso della appartenenza della materia alla competenza generale del prefetto (9).

---

(6) È da por mente tuttavia che, in seguito alla recente modifica — avvenuta con la legge 8 marzo 1949, n. 277 — dell'art. 19 del T. U. com. e prov., la stessa potestà del prefetto in materia va contenuta entro l'ambito della competenza — sia pure sostitutiva — che « nei diversi rami di servizio » egli può esercitare.

(7) Per un altro esempio, in materia di polizia mineraria, v. l'art. 15 della legge 30 marzo 1893, n. 184, tuttora in vigore ai sensi dell'art. 64 del R.D. 29 luglio 1927, n. 1443.

(8) Cfr. BONAUDI, *Dei provvedimenti d'urgenza del sindaco*, Torino, 1907, 75 segg.; MARCHI, *Gli uffici locali dell'amministrazione generale dello Stato*, in ORLANDO, *Trattato di diritto amministrativo*, II, 1, 382; VITTA, *loc. cit.*; ZANOBINI, *loc. cit.* Per un'ampia esposizione della questione, v. BORSI, *Le funzioni del comune italiano*, in ORLANDO, *Trattato*, cit., II, 2, 196 segg.

(9) Cfr. PAPPALARDO, *loc. cit.*; VARVESI, *loc. cit.* Contra D'ALESSIO, *loc. cit.*, il quale ritiene che in materia possa esser riconosciuto competente anche il sindaco — nella stessa veste però cui si riferisce l'art. 153 T. U. com. e prov. 1915, e cioè (a quanto sembra più attendibile) in veste di ufficiale di governo (v. n. prec.). La

In tal senso è infatti la prassi costante <sup>(10)</sup>: dalle raccolte di giurisprudenza è facile ricavare che le requisizioni a favore dei comuni ai sensi della norma in questione vengono sempre operate dai prefetti <sup>(11)</sup>.

7. Nella specie, poi, contro la soluzione accolta dal Tribunale ha il suo peso anche un'altra considerazione.

Il provvedimento del comune di Milano venne adottato, a quanto pare, per ragioni di ordine pubblico. Ora, la competenza a porre in essere provvedimenti in materia di ordine pubblico è propria ed esclusiva dello Stato (art. 1 t. u. di pubblica sicurezza). E lo stesso sindaco in veste di ufficiale di governo non ha in materia altro potere, che quello di « invigilare » e di « informare le autorità superiori » (art. 152, n. 4 e 6 t. u. com. e prov. 1915), non disponendo di una potestà propria di provvedere se non nei casi in cui norme particolari gliela riconoscano <sup>(12)</sup>, come, p. es., nel caso dell'art. 1 t. u. di pubblica sicurezza, il quale dispone che nei comuni dove manchi un ufficio di pubblica sicurezza, le attribuzioni di autorità locale di pubblica sicurezza vengano esercitate dal sindaco. A ogni modo il potere di porre in essere provvedimenti d'urgenza in materia di ordine pubblico è dalla legge riservato espressamente al prefetto (art. 2 t. u. cit.).

Sulla base del principio sopra enunciato — per cui una autorità che ne abbia il potere può emanare provvedimenti d'urgenza soltanto nell'ambito della competenza sua propria <sup>(13)</sup> — ciò dovrebbe da solo bastare a escludere che un comune possa, in quanto tale, prendere dei provvedimenti d'urgenza in materia di ordine pubblico.

---

recente decisione del Cons. di Stato, IV sez., 7 febbraio 1949, n. 181, *inedita*, pur ammettendo che la competenza in materia possa esser riconosciuta ad altre autorità diverse dal prefetto, conviene espressamente che tra le autorità locali essa spetti unicamente al prefetto.

<sup>(10)</sup> I provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 7 della legge sul contenzioso impugnati innanzi agli organi della giustizia amministrativa sono sempre dei provvedimenti prefettizi. V., tra i casi più recenti, Cons. di Stato, IV sez., 24 aprile 1948, in *Foro amm.*, 1948, I, 1, 305; V sez., 18 dicembre 1948, *ivi*, 1949, I, 2, 175; 29 ottobre 1948, *ivi*, 150; 23 ottobre 1948, *ivi*, 148; 9 luglio 1948, *ivi*, 110; 3 luglio 1948, *ivi*, 106; 26 giugno 1948, *ivi*, 87; 25 giugno 1948, *ivi*, 68; 30 aprile 1948, *ivi*, 1948, I, 2, 276; 20 marzo 1948, *ivi*, 243; 16 gennaio 1948, *ivi*, 169; 12 agosto 1947, *ivi*, 74.

<sup>(11)</sup> V. le decisioni 12 giugno 1948 e 30 aprile 1948, cit. sub nota prec.

<sup>(12)</sup> Cfr. D'ALESSIO, *op. cit.*, 98; VITTA, *op. cit.*, I, 517.

<sup>(13)</sup> V. supra, n. 4.

8. In fine è da sottolineare — e anche quest'ultima considerazione ha importanza decisiva — che il provvedimento sul quale il Tribunale venne chiamato a pronunciarsi esorbitava dall'ambito dell'art. 7 della legge sul contenzioso, non solo in quanto era stato posto in essere da un soggetto che non ne aveva il potere, ma anche in quanto, non limitandosi a requisire dei beni, ma requisendo addirittura un'azienda, non operava soltanto su dei rapporti di proprietà (come è proprio dei provvedimenti cui l'art. 7 si riferisce), ma veniva a incidere su una pluralità di rapporti assai più complessi, come quelli che ineriscono a un sistema aziendale <sup>(14)</sup>, i quali certo non sono suscettibili di esser compresi nella fattispecie contemplata nell'art. 7.

Un provvedimento di tal genere non avrebbe potuto esser posto in essere, alla stregua dell'art. 7, neanche dal prefetto.

9. Sulla base di tali premesse, non è difficile concludere che il provvedimento del comune di Milano, posto in essere da un soggetto privo di ogni qualificazione in ordine a esso, fosse da considerare, oltre che illegittimo, addirittura inesistente <sup>(15)</sup>. Di conseguenza la sua attuazione fu un vero e proprio atto di arbitrio.

A torto quindi il Tribunale negò che il comune fosse obbligato verso la società concessionaria a titolo di risarcimento di danni.

---

<sup>(14)</sup> Sulla non configurabilità dell'azienda puramente e semplicemente come un bene o un complesso di beni, v., per tutti, F. FERRARA jr., *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1945; SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni di diritto civile*, I, 3<sup>a</sup> ed., Napoli, 1946, 58 seg.

<sup>(15)</sup> Cfr. SANDULLI, *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, 148 segg., 156 segg.

## Spunti in materia di revocabilità di atti preparatori\*

Pubblicato in

*Giurisprudenza Italiana*

Torino, 1949, III, col. 7-16

o

\* *Nota* a Comm. circ. conc. terre incolte S. Maria C.V. 10 settembre 1948, *ibid.*, col. 8;  
le massime sono riportate alla pagina seguente

COMMISSIONE CIRCONDARIALE PER LA CONCESSIONE DELLE TERRE  
INCOLTE DI S. MARIA C. V.: 10 SETTEMBRE 1948; PRES. ED EST. MARIA;  
COOPERATIVA AGRICOLA C. DELLA VALLE.

*Le pronuncie delle Commissioni per le terre incolte sono atti amministrativi.*

*Esse tuttavia non sono revocabili e fanno stato erga omnes.*

*Quando una Commissione abbia respinto una domanda di concessione con riferimento allo stato di coltura del fondo, è possibile il riesame su altra domanda quando quello stato sia mutato.*

La pronuncia che si annota, per quanto la soluzione adottata non contrasti con le esigenze della giustizia nel caso concreto — in cui cooperative di contadini sollecitavano la concessione di terreni già giustamente negati ad altra cooperativa a causa del loro sufficiente stato di cultura —, non sembra possa esser seguita sul piano dogmatico.

1. Giustamente il collegio ha respinto la tesi dei proprietari, secondo cui, essendo già intervenuta una decisione negativa della commissione in ordine agli stessi terreni, questa non avrebbe più potuto, a causa del giudicato insorto, ritornare sulla questione per pronunciarsi in senso diverso.

Le decisioni delle commissioni istituite col D. L. Lt. 19 ottobre 1944, n. 279, per la concessione delle terre incolte ai contadini, hanno, in fatti, natura amministrativa e non giurisdizionale <sup>1)</sup>.

---

<sup>1)</sup> In vero non sono mancate in proposito, da parte di qualche commissione, delle perplessità (v. indicazioni presso TORRISI, *Alcune questioni in tema di concessione di terre incolte a cooperative*, in *Foro ital.*, 1947, III, 158). La soluzione corretta appare però adeguatamente messa a fuoco nella decisione del Consiglio di Stato. IV sezione, 7 ottobre 1947, *ivi*, 1948, III, 66 (v. inoltre nello stesso senso: Cons. di Stato, V sez., 27 luglio 1948, in *Giur. ital.*, 1948, III, 145; *Id.*, 13 maggio 1948, in *Foro ital.*, 1948, III, 223; *Id.*, 7 febbraio 1948, *ivi*, 134). Se, in vista delle decisioni di cui si tratta, assumono vita e rilievo gli interessi contrastanti dei proprietari e degli aspiranti concessionari in ordine allo sfruttamento economico dei beni in questione, non è da pensare tuttavia che le pronuncie delle commissioni non abbiano altra funzione che quella pura e semplice di risolvere delle controversie tra privati — cosa che potrebbe far pendere la bilancia in favore della natura giurisdizionale di esse (v. MIELE, *Il sindaco giudice*, in *L'amministrazione italiana*, 1947, n. 6, pag. 7 dell'estratto). In vero la funzione, in vista della quale le commissioni furono istituite, è quella di pronunciarsi, sulla base di una valutazione tecnica, in vista di un provvedimento destinato a soddisfare la vitale esigenza pubblica a un migliore orientamento dell'economia e della politica agraria. Non si tratta dunque — come dovrebbe essere perchè potesse parlarsi di funzione giurisdizionale — di una attività esplicata *super partes*, ma di una attività, in cui lo Stato stesso — per quanto, a causa dei gravi interessi privati su cui il provvedimento viene a incidere, non possa decidere se non sentiti gli interessati (D. L. Lt. 19 ottobre 1944, n. 279, art. 3) — opera come parte per la soddisfazione di un interesse pubblico. Sulla validità di tale criterio di discriminazione della funzione amministrativa da quella giurisdizionale, v. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, 3ª ediz., Padova, 1937, 3.

Quindi — anche a non voler considerare il rilievo che l'istanza per la concessione era stata avanzata la seconda volta da altra cooperativa, e che quindi le parti interessate alla seconda decisione non erano quelle interessate alla prima — non era il caso di parlare della esistenza di un giudicato.

Le decisioni in questione, in vero, non sono altro che degli atti preparatori del decreto prefettizio di concessione <sup>2)</sup>. E, per quanto dato il loro oggetto, il legislatore abbia preferito affidarle a un organo istituito presso i tribunali e presieduto da un giudice, e abbia voluto circondarle di particolari garanzie procedurali, e di formalità proprie dei procedimenti giurisdizionali (D. L. Lt. 26 aprile 1946, n. 597: v. però l'art. 10) <sup>3)</sup>, esse, per espressa dizione di legge, altro non sono che dei pareri (art. 6 D. L. Lt. 19 ottobre 1944, n. 279) <sup>4)</sup> — nè il loro carattere vincolante è sufficiente a mutarne la natura <sup>5)</sup>. Si tratta in effetti di atti che hanno per contenuto la formulazione di un giudizio in vista di un provvedimento di amministrazione attiva <sup>6)</sup> — il decreto prefettizio di concessione.

<sup>2)</sup> Sulla natura e i caratteri degli atti preparatori, v. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 121 e seguenti.

<sup>3)</sup> Sulla mancanza di valore decisivo degli elementi formali ai fini della determinazione del carattere amministrativo o giurisdizionale di una pronuncia, v. espressamente: Consiglio di Stato, IV Sezione, 15 maggio 1946, in *Giur. ital.*, 1947, III, 33, nonchè le precisazioni, in nota a tale decisione, del GUICCIARDI, *Sulla natura delle commissioni di epurazione e sull'impugnabilità delle loro pronuncie*, *ivi*, 34 e seguenti. Cfr. anche BODDA, *Commissioni di epurazione e cosa giudicata*, in *Foro pad.*, 1948, I, 683.

<sup>4)</sup> In vero il legislatore usa il termine « parere » soltanto nel riferirsi alle decisioni prese dalle commissioni sulle questioni di decadenza dalla concessione per inadempimento. È da osservare tuttavia come, sia nell'uno che nell'altro caso, la decisione abbia la medesima forza vincolante in ordine al successivo decreto prefettizio (art. 6 D. L. Lt. 19 ottobre 1944, n. 279, modificato dall'art. 7 D. L. C. P. S. 6 settembre 1946, n. 89), e come in entrambi i casi la procedura sia identica (art. 9 D. L. Lt. 26 aprile 1946, n. 597). Nella tesi che qui non viene in questione una attività giurisdizionale, ma una semplice attività consultiva, conforta del resto, l'inequivoco precedente costituito dal T. U. 15 dicembre 1921, n. 2047 (successivamente abrogato col R. D. 11 gennaio 1923, n. 252), il quale, nel disciplinare la materia in modo sostanzialmente analogo a quello del D. L. Lt. del 1944 — per quanto senza una eccessiva specificazione di garanzie procedurali — qualifica all'art. 14 come « parere » la pronuncia della commissione provinciale cui il prefetto era anche allora tenuto a uniformarsi.

<sup>5)</sup> Su ciò, v.: SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 162 e segg.; FRANCHINI, *Il parere nel diritto amministrativo*, I, Milano, 1943, 116.

<sup>6)</sup> Tale è appunto la natura e la funzione dei pareri. Cfr. FRANCHINI, *Il parere*, cit., I, 113 e seguenti.

È che l'ordinamento li consideri atti amministrativi è reso particolarmente evidente dalla circostanza che contro le pronuncie negative delle commissioni è accordato il ricorso gerarchico improprio al ministro per l'agricoltura e le foreste (art. 9 D. L. C. P. S. 6 settembre 1946, n. 89).

2. La commissione, pur esclusa la natura giurisdizionale delle proprie pronuncie, ha affermato che non di meno esse, avendo carattere vincolato, e non potendo per ciò essere revocate, facciano stato; e che anzi, non essendo legate ai limiti propri delle pronuncie giurisdizionali, facciano stato *erga omnes*. Di conseguenza, una volta intervenuta una pronuncia sfavorevole alla concessione di certi terreni a una data cooperativa, la commissione non potrebbe più tornare su di essa, e non potrebbe pronunciarsi favorevolmente alla concessione nei confronti di una richiesta avanzata da qualsiasi altra cooperativa.

In tale direzione non pare che l'elaborata decisione possa esser seguita.

Innanzitutto va rilevato che, ai sensi dell'art. 1 del D. L. Lt. 19 ottobre 1944, n. 279, non soltanto l'elemento obiettivo (e cioè lo stato di cultura dei terreni) — come sembra aver ritenuto la commissione —, ma, a quanto è dato ricavare dall'art. 2, ultimo comma del D. L. Lt. 26 aprile 1946, n. 597, anche l'elemento subiettivo (e cioè l'idoneità della cooperativa richiedente a mettere i terreni a frutto), deve aver peso nella valutazione delle commissioni in ordine alla concessione dello sfruttamento dei terreni incolti. Di conseguenza, al meno in quei casi in cui si fosse pronunciata sfavorevolmente alla concessione a una certa cooperativa in considerazione soltanto della inidoneità di essa, una commissione non sarebbe per ciò impegnata a rifiutare la concessione ad altre cooperative.

Ma pur in quei casi, in cui — come nell'ipotesi esaminata dalla decisione che si annota — la pronuncia fosse stata mossa da ragioni obiettive — inerenti cioè alla cultura dei fondi —, un ritorno della commissione su di essa non pare del tutto da escludere.

3. Che così sia nell'ipotesi dell'intervento di un mutamento delle condizioni culturali dei terreni — e cioè del mutamento delle circostanze rispetto alle quali a suo tempo la commissione ritenne di non poter pronunciarsi favorevolmente alla concessione — viene riconosciuto — in conformità della circolare ministeriale 11 marzo 1947 in essa citata (e non in tutto corretta) — dalla stessa pronuncia annotata. Ricorre in tal caso, in fatti, un esempio tipico di revocabilità per ragioni sopravvenute, con efficacia *ex nunc* ?).

4. Ma la possibilità di un ritorno della commissione sulla propria pronuncia deve, pur nella mancanza di qualsiasi mutamento della situazione, ammettersi tutte le volte che la prima pronuncia appaia insoddisfacente nella valutazione degli elementi sulla cui base

<sup>7)</sup> Cfr. da ultimo: VITTA, *Diritto amministrativo*, I, 3<sup>a</sup> ediz., Torino, 1948, 412.

l'art. 1 del citato D. L. Lt. del 1944 prescrive che essa si fondi, o appaia comunque difettosa (per es., a causa della mancata audizione degli interessati).

Ciò inerisce strettamente alla natura amministrativa della pronuncia in questione. È proprio degli atti amministrativi, in fatti, — salvo i limiti che anche questa materia conosce — la possibilità di poter esser ritirati, modificati o sostituiti dall'autorità che li pose in essere, tutte le volte che appaiano comunque difettosi o inadeguati alla soddisfazione delle esigenze alle quali presiede la potestà di cui sono esplicazione<sup>8</sup>).

Nè alcun fondamento può avere in contrario l'argomentazione che, in favore della definitività delle pronuncie della commissione, la decisione annotata vorrebbe ricavare dall'affermato carattere vincolato di esse. Pur accolto, in fatti, il concetto che le pronuncie in questione abbiano tale attributo — al quale si suole ricollegare l'insuscettibilità dell'atto di esser ritirato per vizi di merito<sup>9</sup> —, non ne discenderebbe affatto la loro necessaria immutabilità. Esse sarebbero in vero pur sempre ritirabili per i vizi di legittimità. E quindi non è affatto esatto che farebbero stato.

Anzi, se con l'affermazione che le pronuncie delle commissioni abbiano carattere vincolato si vuole intendere che alla loro valutazione circa lo stato di cultura dei fondi non inerisce alcun elemento di discrezionalità, siccome di conseguenza ogni difetto in ordine a tale valutazione, non potendo esser considerato come un difetto di merito, dovrebbe esser necessariamente considerato come un vizio di legittimità (e precisamente come un errore)<sup>10</sup>), logicamente ne discenderebbe che assolutamente in nessun caso potrebbe nel carattere vincolato delle pronuncie in questione esser cercato un fondamento alla affermazione secondo cui esse farebbero stato.

Se, in fatti, i vizi dell'atto vincolato sono sempre e soltanto vizi di legittimità, e se per principio mai discusso la natura vincolata di un atto viziato nella legittimità non costituisce alcun

---

<sup>8</sup>) Cfr. per tutti: ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, 5<sup>a</sup> ediz., Milano, 1947, 251. Si tratta di un principio, il quale, se è indiscusso nel nostro ordinamento, non è tuttavia essenziale. Nell'ordinamento francese, ad es., nel quale l'esigenza della sicurezza giuridica vien lasciata prevalere persino su quella del pubblico interesse, esso non viene applicato. Cfr., da ultimo, LANGROD, *Remarques sur l'autorité des décisions administratives*, in *Rev. du dr. publ.*, 1948, 24.

<sup>9</sup>) Cfr. per tutti: VITTA, *Diritto amministrativo*, cit., I, 415.

<sup>10</sup>) Cfr. per tutti: LAUN, *Le pouvoir discrétionnaire*, in *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1935, 26 e segg. dell'estratto; MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935; AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, 31; VITTA, *Diritto amministrativo*, cit., I, 307.

ostacolo al suo ritiro a causa di tale vizio, è evidente che per qualsiasi suo difetto un atto vincolato potrà sempre esser ritirato. Di conseguenza, una volta affermata la natura vincolata delle pronuncie delle commissioni per la concessione delle terre incolte, nessun ostacolo potrebbe in tale natura esser trovato contro la loro ritirabilità, non importa se per difetti inerenti alla valutazione in esse formulata o per difetti inerenti a qualsiasi altra causa.

5. Ora, che le pronuncie in questione siano da considerare degli atti amministrativi vincolati, nel senso che presso di essi manchi ogni elemento di quella che comunemente si suol designare col nome di discrezionalità amministrativa, non pare possibile negare.

Quest'ultimo concetto viene, in fatti, riservato a quei casi in cui l'autorità, ispirandosi a una valutazione del pubblico interesse, abbia un potere di disposizione in ordine al provvedimento da adottare <sup>11)</sup>. Nell'ipotesi che qui ricorre l'autorità invece — come giustamente ha rilevato la decisione annotata — è spoglia di ogni potere di disposizione: una volta valutata la situazione in base a criteri strettamente tecnici, inerenti alla scienza agraria e a quella economica — ai quali rimane estraneo ogni apprezzamento dell'interesse pubblico <sup>12)</sup> —, la commissione è vincolata nella pronuncia da emettere. Viene cioè in questione una semplice manifestazione di discrezionalità tecnica <sup>13)</sup>; e precisamente un atto il cui contenuto è rigidamente vincolato a un apprezzamento tecnico <sup>14)</sup>.

Ma questo non significa affatto che gli eventuali difetti attinenti alla valutazione tecnica da parte della commissione si risolvano in vizi di legittimità. Non è esatto in vero limitare il campo del merito dell'atto amministrativo alla sfera della valutazione e della scelta dei migliori criteri per la realizzazione del pubblico interesse. Esso è assai più esteso: e comprende ogni aspetto dell'attività amministrativa, nel quale sia lasciata all'autorità una possibilità di valutazione non soggetta a norme giuridiche (e non importa

<sup>11)</sup> Cfr. M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, partic. 91 e seguenti.

<sup>12)</sup> La stessa necessità di tener conto dello stato di cultura dei terreni alla stregua dei bisogni della produzione agricola nazionale, cui si riferisce Part. 1 del D. L. Lt. n. 279 del 1944, non può esser considerata, se non come destinata a soddisfare una esigenza di ordine tecnico.

<sup>13)</sup> Sul concetto di questa, v., nella dottrina più recente: AMORTH, *Il merito*, cit., 31; M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., 42 e segg.; CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940, 122 e segg., 149 e seguenti.

<sup>14)</sup> M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., 179, parla a tal proposito di attività « vincolata di discrezionalità tecnica ».

che sia o non regolata da altre norme) <sup>15)</sup>.

Dunque, nell'ipotesi in questione, in cui viene in considerazione una pronuncia fondata su una valutazione — e non (si noti bene) su un accertamento — di ordine tecnico, tutto quanto riguarda tale valutazione attiene al merito dell'atto.

---

<sup>15)</sup> Cfr. M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., 179 e segg.; CODACCI PISANELLI, *L'invalidità*, cit., 144 e segg., e, per quanto riguarda l'appartenenza dell'attività di discrezionalità tecnica al merito, particolarmente 149 e segg. L'orientamento dominante è tuttavia contrario a comprendere nel merito dell'atto amministrativo tutto quanto attiene alla discrezionalità tecnica (AMORTH, *Il merito*, cit., 31).

Ora, non possono indubbiamente esser considerati come attinenti al merito dell'atto amministrativo i semplici accertamenti tecnici, i quali non implicano alcuna elasticità di giudizio, ma sono legati a regole fisse e rigide (un difetto in un accertamento tecnico dà luogo quindi a un vizio di legittimità). Ma, accanto a quei casi in cui è possibile, sulla base di regole tecniche, fissare in modo certo determinati dati (per es., l'esistenza di una malattia può esser constatata attraverso l'analisi del sangue), che interessano l'azione amministrativa (per es., l'ordine di isolamento di un ammalato infettivo, ai sensi dell'art. 260 T. U. 27 luglio 1934, n. 1265), ne esistono molti in cui una valutazione tecnica è suscettibile di esser varia a seconda dei diversi profili sotto cui la si compia, e dei diversi punti di partenza, non sempre certi al lume dell'esperienza, dai quali si prendano le mosse. E assai spesso la risoluzione dei problemi tecnici implica essa stessa delle vere e proprie valutazioni di opportunità in ordine ai risultati da conseguire (si pensi alla valutazione della opportunità di adottare un procedimento tecnico piuttosto che un altro per la repressione di un'epidemia, in considerazione delle condizioni climatiche, locali, demografiche, ecc.). Ora, l'irrigidirsi nella formula, secondo cui ogni valutazione tecnica ritenuta inadeguata debba esser considerata come un vizio di legittimità dell'atto — formula fondata sulla inesatta premessa che i problemi tecnici, a differenza di quelli dell'opportunità amministrativa, sono sempre risolvibili in base a regole precise e fisse (AMORTH, op. cit., 31) — pare inesatto e suscettibile di gravi conseguenze. Si pensi, per fare un esempio macroscopico, che, se così fosse, dovrebbe ammettersi la possibilità per il giudice amministrativo, in base all'art. 26 del T. U. sul Consiglio di Stato, o per il governo, in base all'art. 6 del T. U. comunale e provinciale, di annullare una prova d'esame nella quale un candidato fosse stato dichiarato non idoneo dalla commissione in base a un giudizio sulla sua preparazione ritenuto tecnicamente inadeguato. E non è chi non avverta quanto l'addentrarsi nel problema dei criteri di valutazione tecnica relativi alla preparazione dei candidati da parte della commissione esaminatrice esorbiti dal sindacato

Di conseguenza non appare fondato l'argomento che, contro un riesame della propria valutazione da parte delle commissioni per la concessione delle terre incolte, la decisione annotata vorrebbe ricavare dal loro carattere vincolato, assunto a presupposto di una presunta inammissibilità di ogni ritorno dell'autorità che pose in essere l'atto sul merito di esso. Alla base di tale collegamento logico c'è, in fatti, l'equivoco corrente, il quale, limitando la sfera del merito dell'atto amministrativo al solo campo della discrezionalità amministrativa, e quindi considerando come vizi di merito soltanto quelli attinenti a tale campo, è portato di conseguenza a negare che un ritiro per vizi di merito possa avvenire sul terreno degli atti per cui non viene consentita alcuna discrezionalità amministrativa<sup>16</sup>). Una volta diradato tale equivoco — come si è cercato di fare — il ragionamento cade quindi in pieno.

Se tanto il giudizio sul pubblico interesse, quanto quello sugli altri elementi da valutare anch'essi alla stregua di regole estranee al diritto, attengono al merito dell'atto, non si vede perchè si dovrebbe ritenere che l'ordinamento, mentre, tutte le volte che l'autorità abbia posto in essere un atto sulla base di un giudizio della prima specie, le consenta di ritirarlo qualora l'autorità stessa abbia successivamente motivo di pensare di non aver proceduto adeguatamente nella propria valutazione, non dovrebbe poi consentire la stessa possibilità per gli atti fondati su un giudizio della seconda specie. Se è vero che in tanto l'ordinamento consente nel primo caso un ritiro dell'atto, in quanto sembra logico permettere all'autorità, che abbia emanato un atto sulla base di una valuta-

---

di legittimità (cfr. Cons. di Stato, IV Sez., 14 gennaio 1948, in *Riv. dir. pubbl.*, 1948, II, 35).

Un atto difettoso nella sua valutazione tecnica non potrà dunque esser considerato viziato nella legittimità, ma soltanto nel merito (in giurisprudenza, v., tra le decisioni più recenti, Cons. di Stato, V Sezione, 27 luglio 1948, in *Giur. ital.*, 1948, III, 145; IV Sez., 21 gennaio 1948, *ivi*, 149). Un vizio di legittimità potrà su questo terreno ricorrere soltanto allorchè non venga in questione una valutazione o un apprezzamento, ma soltanto un accertamento tecnico legato a criteri rigidi e precisi, o, sul terreno delle valutazioni e degli apprezzamenti, allorchè il difetto inerisca addirittura alla applicazione di quelle regole tecniche di base, essenziali e certe, le quali, per ciò appunto, non consentono alcuna discrezionalità. E proprio a questi casi — in cui il mancato rispetto di quelle regole può dar luogo persino a una vera e propria colpa — è da ritenere limitato anche il sindacato del giudice ordinario (sul problema, v. particolarmente: DE FRANCESCO, *Sulla competenza del giudice ordinario a sindacare l'attività tecnica della pubblica amministrazione*, in *Monit. Tribunali*, 1927, 872).

<sup>16</sup>) V., in fatti: FORTI, *Diritto amministrativo*, II, ristampa della 4ª edizione, Napoli, 1947, 200 e segg.; ZANOBINI, *Corso*, cit., I, 252.

zione inadeguata, di ritornare su di esso, non si vede per quale ragione la regola non dovrebbe essere applicata in tutti i casi in cui comunque un atto sia stato posto in essere da un'autorità sulla premessa di una valutazione inadeguata. Del resto, se l'ordinamento consente all'autorità amministrativa, sia la possibilità di ritirare i propri atti viziati nella legittimità, sia quella di ritirare i propri atti viziati nell'uso della discrezionalità amministrativa, non si vede per quale ragione dovrebbe poi non consentirle di ritirare quelli i quali siano affetti da un vizio di merito non attinenti all'uso della discrezionalità amministrativa. Tale difetto, in fondo, a ben considerare, occupa una posizione intermedia tra quelli della prima e quelli della seconda specie. E quindi, non fosse altro che per interpolazione logica, non dovrebbe, senza che di ciò esista un particolare fondamento, esser sottratto a una regola comune a entrambi.

Ai concetti svolti inerisce che in linea di principio non può esser negata la possibilità che la commissione per la concessione delle terre incolte ritiri per vizio di merito un proprio atto fondato su una valutazione inadeguata del concorso delle condizioni richieste dall'art. 1 del D. L. Lt. 19 ottobre 1944, n. 279, modificato dal D. L. C. P. S. 6 settembre 1946, n. 89.

6. I limiti che sotto questo profilo incontra un ritorno della commissione sulla sua pronuncia sono dunque quelli propri della possibilità del ritiro degli atti viziati nel merito, limiti i quali hanno portata più vasta di quelli che si riferiscono alla possibilità di un ritiro degli atti viziati nella legittimità<sup>17)</sup>.

Non è questa la sede per affrontare il problema di tali limiti, problema assai delicato e tuttora offuscato da troppe incertezze, il quale ha il suo punto più critico nella difficoltà di circoscrivere adeguatamente nel tempo la potestà di ritiro dell'atto<sup>18)</sup>.

Merita tuttavia particolare attenzione sul nostro terreno uno degli aspetti di esso. Ed è quello che attiene alla possibilità che l'autore di un atto preparatorio abbia di ritirarlo una volta che, col realizzarsi degli elementi giuridici in funzione della cui emanazione esso venne in essere, sia venuto a esaurirsi il suo potere in ordine all'oggetto in questione.

---

<sup>17)</sup> Appunto la diversità di tali limiti rappresenta una delle maggiori difficoltà in cui si dibatte quell'orientamento dottrinale, il quale tende a comprendere sotto l'unico concetto di annullamento, sia il ritiro dell'atto per vizi di legittimità, che quello per difetti di merito. In proposito, v., da ultimo, anche per ulteriori indicazioni: ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano. 1942. 43 e seguenti.

<sup>18)</sup> Tale difficoltà è, del resto, comune al ritiro dell'atto amministrativo per vizi di legittimità. In argomento, v. particolarmente: CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano. 1939, 181 e seguenti.

Che un atto possa esser ritirato dall'autorità che lo pose in essere soltanto allorchè questa continui a disporre di una potestà in ordine all'oggetto di cui si tratti, è principio, il quale, lumeggiato dalla dottrina particolarmente in tema di ritiro per ragioni di merito <sup>19)</sup>, non può non esser considerato di ordine generale, e riferentesi quindi a ogni specie di ritiro <sup>20)</sup>.

Ora, la potestà degli agenti che esplicano un'azione meramente preparatoria si consuma una volta che si siano realizzati quegli elementi giuridici in funzione dei quali la loro azione era destinata a operare. Col realizzarsi di tali elementi la potestà di quegli agenti viene, in fatti, a esaurire la sua funzione (*functus est officio suo*). Da ciò si suole ricavare la conseguenza che da tale momento un ritiro degli atti preparatori non sarebbe più possibile <sup>21)</sup>. Per modo che, una volta realizzati gli elementi in funzione dei quali vennero in vita, gli atti preparatori sarebbero da considerare irrimediabilmente immutabili da parte dell'agente che li concretò.

Nè è da pensare che il risultato caducatorio possa esser conseguito per altra via, attraverso la possibilità che l'autore dell'elemento in funzione del quale l'atto preparatorio in questione sia stato posto in essere — elemento il quale viene a risultare derivativamente inficiato dalla difettosità di questo — sia in grado, mediante la caducazione del proprio operato, difettoso per riflesso, di eliminare gli effetti propri di quello. Perciò, se è vero che un atto amministrativo — non importa se viziato o addirittura invalido — continua, fin quando non sia caducato nei modi prescritti dall'ordinamento, a essere operativo <sup>22)</sup>, e se è vero che — salvo, disposto dell'art. 6 T. U. comunale e provinciale, e salvo eccezioni — un atto amministrativo non può esser caducato d'ufficio se non a opera della stessa autorità che lo pose in essere, o comunque dalle autorità rispetto alle quali si trovi in posizione di dipendenza <sup>23)</sup>, l'autore di un atto posto in essere sul presupposto di un atto viziato non potrà caducare il proprio atto sul fondamento del vizio derivatogli dall'atto presupposto, fin quando questo non sia stato

<sup>19)</sup> V. particolarmente: ALESSI, *La revoca*, cit., 13 e seguenti.

<sup>20)</sup> Cfr. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 218, e ivi indicazioni.

<sup>21)</sup> Cfr., per tutti, SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 398. In tal senso v., da ultimo, BODDA, *Commissioni*, cit., 683. Non è esatto affermare — come fa, ad es., il VITTA, *Diritto amministrativo*, cit., I, 414 — che gli atti preparatori siano revocabili soltanto fino alla loro trasmissione all'agente che deve provvedere in ordine all'atto in funzione del quale vennero in essere. Analoga critica va mossa al FRANCHINI, *Il parere*, cit., II, 1944, 114, il quale ritiene che il parere non possa esser revocato dopo che l'autorità cui è stato dato ne abbia avuto notizia.

<sup>22)</sup> Cfr., per tutti: ZANOBINI, *Corso*, cit., I, 236.

<sup>23)</sup> Cfr., per tutti: ZANOBINI, *Corso*, cit., I, 246 e seguenti.

esso stesso caducato dall'autorità che ne abbia il potere <sup>24</sup>).

Da una parte, in fatti, fino al momento della sua caducazione quest'ultimo continuerà a esser pienamente operativo nei confronti dell'atto che lo presuppone — di tal che questo non potrà esser caducato pel suo difetto derivato, se non a seguito della caducazione di esso. E, dall'altra, l'ammissione che esso possa venir caducato a opera dell'autore di tale atto implicherebbe violenza alla ripartizione delle attribuzioni compiuta tra i vari agenti dal legislatore.

Di conseguenza, una volta esclusa la possibilità di un ritorno da parte dell'autore dell'atto preparatorio — ed eventualmente dell'agente nei confronti del quale egli si trovi in rapporto di dipendenza — sulla propria determinazione difettosa, il difetto sarebbe qui veramente irreparabile a opera dell'amministrazione cui l'atto si riporta.

7. Se non che, la formula secondo cui, allorchè si siano realizzati gli elementi in funzione dei quali esso sia venuto in vita, un atto preparatorio non possa più esser ritirato da parte del suo autore, mi pare vada intesa in senso alquanto meno rigido di quanto si suole comunemente fare.

Occorre, in fatti, tener presente che la regola secondo cui non è in grado di ritirare un atto l'agente che non abbia più la disponibilità dell'oggetto, trova il proprio fondamento nella circostanza che a un certo momento la disponibilità in ordine al rapporto — a meno che non si sia del tutto estinta — si sia venuta a trasferire in un altro, il quale sia venuto per ciò ad acquistare la posizione di *dominus* del rapporto.

Il fenomeno è comune nel campo del diritto. Basti pensare alla potestà di ritiro della proposta e dell'accettazione contrattuali, la quale vien meno allorchè, con l'incontro delle due dichiarazioni, e cioè col perfezionarsi della fattispecie contrattuale, *domini* del rapporto non siano più i due contraenti presi isolatamente l'uno dall'altro, ma soltanto entrambi congiuntamente.

Così avviene anche sul terreno che presentemente battiamo. In tanto l'autore dell'atto preparatorio è da considerare spogliato del potere di disposizione in ordine all'oggetto di cui si tratta, in quanto, col realizzarsi degli elementi giuridici in funzione dei quali l'atto preparatorio venne in essere, la qualità di *dominus* del rapporto venne a trasferirsi nel titolare della potestà in ordine al risultato in funzione del quale l'azione preparatoria venne svolta. È noto, infatti, che nelle serie procedurali gli atti preparatori esplicano una funzione meramente sussidiaria rispetto a quella cui sono preordinati, e possono esser considerati venuti in essere al servizio di questi <sup>25</sup>). Col compimento di questi, essi *functi sunt munere suo*;

<sup>24</sup>) Cfr. implicitamente: SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 331 e seguenti.

<sup>25</sup>) Cfr. particolarmente: FORTI, « Atto » e « procedimento » ammi-

e i loro autori perdono ogni potere di disposizione in ordine al rapporto, in quanto di tale potere vengono a risultare investiti unicamente gli agenti qualificati alla realizzazione degli elementi in funzione dei quali essi vennero in essere. Una volta realizzati questi, è l'artefice di essi, in quanto qualificato alla produzione dell'effetto essenziale e principale, il *dominus* del rapporto.

Se così è — se cioè in tanto ogni potere degli autori degli atti preparatori in ordine al rapporto è da considerare venuto meno, in quanto ormai la qualifica di *dominus* del rapporto sia passata in altre mani —, non è difficile rendersi conto come la regola della indisponibilità del rapporto da parte degli autori degli atti preparatori non abbia altra funzione che quella di garantire l'interesse giuridico, e cioè la funzione, di cui è investito l'agente che ormai è il *dominus*. Per modo che non urta contro alcun ostacolo l'ammettere che quest'ultimo, una volta che la cosa non contrasti con gli interessi che egli rappresenta, e che non incontri altri eventuali limiti, consenta all'altro o agli altri un ritorno sul proprio operato. Essendo il *dominus* del rapporto, e disponendo quindi di ogni iniziativa in ordine a esso, quell'agente può, tra le altre, esercitare anche questa. Ma — e ciò preme sottolineare — questa iniziativa — il cui esercizio è in grado di ripercuotersi in modo decisivo sulla sfera in relazione alla quale egli soltanto è ormai il *dominus* — non può esser più esercitata se non da lui.

Il fenomeno si manifesta, ad es., sul terreno contrattuale, dove ciascuno dei contraenti può liberare l'altro dal vincolo assunto, consentendogli di recedere. E non si imbatte in alcun ostacolo logico sul nostro terreno. Anzi — se è vero che l'azione del pubblico potere deve tendere sempre a esplicarsi, oltre che per quanto riguarda la legittimità, anche per quanto riguarda il merito, nel modo più corretto e più adeguato —, sulle premesse svolte, soltanto il principio che si è cercato di formulare sarà in grado di consentire che, ogni volta che comunque un atto amministrativo sia venuto in essere sul presupposto di elementi preparatori viziati, l'autorità che ha la *potestas* in ordine al rapporto, abbia — consentendo all'agente che lo pose in essere un ritorno sull'atto preparatorio viziato, e ritornando a sua volta, se necessario, sulla propria determinazione — modo di operare nella maniera più consona alla correttezza e all'interesse pubblico.

In vero, la sua qualifica di *domina* del rapporto la investe, oltre che della potestà, anche degli oneri relativi, e particolarmente della responsabilità in ordine al più perfetto e più felice possibile conseguimento dello scopo da realizzare. E, siccome il primo presupposto perchè tale conseguimento avvenga nel modo migliore, e senza pericolo di caducazioni, è che la fattispecie si sia concretata in condizioni di piena correttezza sotto ogni riguardo, è naturale

---

nistrativo, in *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranelletti*, I, Padova, 1931, 441 e seguenti.

che la prima cura dell'agente investito della responsabilità dell'obbiettivo da conseguire debba essere quella di assicurare il più corretto svolgimento della procedura, e quindi di eliminare gli eventuali difetti.

La soluzione accolta, col consentire che un ritorno sull'atto preparatorio difettoso avvenga a opera del suo stesso agente, ma soltanto su iniziativa dell'autorità che ormai dispone del rapporto, non solo non contrasta coi principii, ma permette di veder rispettate alcune regole — essenziali sul nostro campo — le quali altrimenti verrebbero pretermesse. Da una parte, in fatti, l'escludere che un atto amministrativo, difettoso a causa di un vizio di un suo presupposto, possa esser comunque ritirato o corretto dal suo autore, sol perchè l'autore del presupposto difettoso non abbia oltre modo di ritornare sul proprio operato, per aver perduto il potere di disposizione in ordine all'oggetto in questione, sarebbe in inspiegabile contrasto col principio generale della caducabilità da parte dell'autorità amministrativa dei propri atti difettosi. D'altra parte, però, il consentire che un ritorno sull'atto viziato avvenga a opera della stessa autorità ormai *domina* del rapporto si risolverebbe nella ammissione di una inconcepibile invasione della sfera di competenza dell'agente qualificato all'atto preparatorio, cui l'ordinamento intese riservare la materia.

A conclusione, sembra possa dunque correttamente affermarsi che ogni volta che un atto amministrativo sia stato posto in essere sul presupposto di un atto preparatorio che sia dato ritenere difettoso nella legittimità o nel merito, non è da escludere che, su iniziativa dell'autorità ormai *domina* del rapporto — che di solito è quella competente all'atto in funzione del quale l'azione preparatoria si svolse —, l'autore dell'atto preparatorio ritenuto difettoso (il quale sarebbe ormai altrimenti spoglio di ogni possibilità in tal senso) venga chiamato a riesaminare il proprio operato, al fine di trarne le dovute conseguenze in ordine alla caducazione di esso.

8. Per ciò, nell'ipotesi disciplinata dal D. L. Lt. 19 ottobre 1944, n. 279, non è da escludere che, una volta che il prefetto — il quale ai sensi dell'art. 5 è il *dominus* della potestà in ordine alla concessione delle terre incolte — abbia ragione di ritenere (e non importa su quali elementi e su sollecitazione di chi) che il giudizio favorevole alla concessione formulato dalla commissione circondariale sia difettoso, possa sollecitare dalla commissione una nuova pronuncia (la quale naturalmente dovrà esser formulata nel concorso di tutte le garanzie procedurali prescritte dall'ordinamento, e segnatamente in contraddittorio degli interessati). E l'obbligo della commissione di pronunciarsi <sup>26)</sup> discende dal carattere meramente sussidiario della sua funzione rispetto a quella prefettizia.

Con ciò — si noti bene — non si vuol dire che il prefetto, una volta ritenuto che il giudizio della commissione non sia soddisfa-

<sup>26)</sup> Cfr. FRANCHINI, *Il parere*, cit., I, 132 e seguenti.

cente, sia autorizzato a sollecitare una nuova pronuncia della commissione, e nelle more a non emettere il decreto di concessione. Ai sensi del secondo comma del citato articolo, egli è tenuto, in fatti, a emanare il decreto improrogabilmente entro cinque giorni dalla decisione della commissione, e in conformità di essa. Egli quindi, non solo è obbligato a provvedere, e a provvedere a termine fisso, ma non può minimamente sottoporre a riesame il giudizio della commissione, al quale deve necessariamente uniformarsi. Una sua rivalutazione della decisione della commissione nella legittimità o nel merito sarebbe per ciò una inammissibile invasione di una sfera di attribuzioni a lui negata.

Gli svolgimenti condotti nel corso della breve analisi che precede portano soltanto alla conclusione che, successivamente alla emanazione del decreto di concessione, il prefetto — ed egli soltanto, in quanto *dominus* della potestà di cui si tratta —, tutte le volte che abbia ragione di ritenere che la prima pronuncia della commissione sia difettosa, ha il potere di chiedere alla commissione un riesame di essa, per poi fondare sulla base di questo un eventuale nuovo provvedimento in ordine alla concessione.

9. Una volta dimostrato che la pronuncia della commissione è ritirabile da parte di essa — per quanto solamente su iniziativa del prefetto — persino in quei casi in cui, secondo l'opinione comune, la sua revocabilità urterebbe contro il limite insormontabile rappresentato dalla consumazione del potere della commissione, è manifesto come a maggior ragione la possibilità del ritiro sia da ammettere in quei casi in cui — come in quello che diede luogo alla decisione annotata — un limite di tal genere non esista.

L'ipotesi si verifica tutte le volte che la pronuncia della commissione, anzi che essere favorevole, sia contraria alla concessione. Allora, in fatti, non potendo il decreto prefettizio intervenire se non in conformità di una pronuncia della commissione favorevole alla concessione, la procedura viene a esaurirsi con la decisione della commissione <sup>27)</sup>, senza che si abbia alcun trasferimento della disponibilità del rapporto al prefetto, nè ad altri. E, mancando tale trasferimento, e rimanendo quindi la stessa commissione *domina* del rapporto, non si vede quale limite dovrebbe ostare a che — in applicazione del generale principio della possibilità del ritiro *ex officio* degli atti amministrativi viziati nella legittimità o nel merito — la stessa commissione ritorni sulla propria pronuncia. Nè rileva che il provvedimento di concessione, prima negato, sia ora sollecitato da altri interessati, o da quegli stessi nei confronti dei quali sia intervenuta la precedente pronuncia negativa.

---

<sup>27)</sup> Cfr. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 381 e seguenti.



Sull'autorità competente a dichiarare  
l'inefficacia delle requisizioni disposte  
dagli organi della repubblica sociale  
preesistenti alla instaurazione  
del governo illegittimo\*

Pubblicato in

*Il Foro Italiano*\*\*

Roma, 1950, col. 1310-1312

\* Nota a Cass. 20 aprile 1950, n. 1052, *ibid.*, col. 1310;  
la massima è riportata alla pagina seguente

\*\* Estratto con paginatura autonoma

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, SEZIONE I CIVILE: 20 APRILE 1950 N. 1052;  
PRES. CANNADA BARTOLI P., EST. MESSINA, P. M. PAFUNDI (CONCL. CONF.); PEN  
DOLA (AVV.TI JOVANE, ZOLA) C. DE GREGORIO (AVV.TI PIGHETTI, PARRELLA,  
BIGGIO).

*Il giudice ordinario è competente ad accertare se i provvedimenti relativi non siano stati disposti nell'esclusivo interesse del servizio, al fine di dichiarare l'inefficacia delle requisizioni disposte dagli organi della pubblica Amministrazione in territorio soggetto alla R. s. i. che, preesistenti all'instaurazione del governo illegittimo, abbiano continuato a funzionare secondo le leggi dello Stato italiano.*

1. — È noto che la legislazione relativa all'assetto dei territori già soggetti al potere di fatto della Repubblica sociale è manifestamente orientata nel senso che le deroghe alle soluzioni di carattere generale adottate dalla legge nei confronti dei provvedimenti presi dalle autorità della Repubblica sociale (di volta in volta qualificati inefficaci o riconosciuti efficaci) siano di competenza dell'autorità amministrativa (Ministro), e abbiano luogo mediante decreto motivato, vale a dire sulla base di una adeguata giustificazione al lume dei criteri di carattere generale o particolare di volta in volta impliciti nel sistema o indicati dalla legge. Oltre che nel decreto legisl. 5 ottobre 1944 n. 249, che rappresenta la legge fondamentale della materia, il principio risulta espressamente enunciato nel 1° comma dell'art. 1 del decreto legisl. 4 gennaio 1946 n. 3, che è il testo legislativo applicato dalla Cassazione nella specie in esame. La norma citata prevede infatti la possibilità che il Ministro — in deroga al principio generale fissato nella norma stessa — dichiari « validi », con decreto motivato, i provvedimenti di requisizione adottati sotto l'impero della Repubblica sociale, i quali « risultino conformi alle esigenze dei pubblici servizi ».

Per quanto riguarda i « provvedimenti di requisizione adottati dagli organi della pubblica Amministrazione in territorio occupato, presistenti alla sedicente Repubblica sociale italiana e che abbiano continuato a funzionare secondo le norme stabilite dalle leggi dello Stato italiano » (ipotesi che ricorreva nella specie decisa dalla sentenza annotata), il 2° comma dell'articolo citato, in deroga al principio generale enunciato nel 1° comma, pone invece la regola della conservazione di efficacia nell'ordi-

namento restaurato, fatta eccezione però per i provvedimenti, i quali non siano stati « disposti nell'esclusivo interesse del servizio pubblico di competenza degli organi medesimi ».

A differenza che nella generalità delle disposizioni emanate in materia — nelle quali, come si è visto, il legislatore ha espressamente attribuito all'autorità amministrativa (Ministro) il potere di emettere il provvedimento motivato di deroga al principio generale fissato dalla legge — qui la norma tace circa l'organo competente a valutare l'esistenza e la sufficienza delle condizioni per far luogo alla deroga; e la sentenza annotata ha ritenuto che il potere di pronunciarsi circa l'ammissibilità della deroga spettasse all'autorità giudiziaria.

L'illazione potrebbe apparire poco corretta a chi prendesse le mosse dalla considerazione che il nostro ordinamento è nettamente orientato nel senso di escludere il sindacato del giudice ordinario in relazione ai fini dell'azione amministrativa, e dall'orientamento generale, poc'anzi illustrato, tenuto dal legislatore in ordine alla efficacia degli atti della Repubblica sociale: in concomitanza con la tanto spesso e autorevolmente lamentata imperfezione tecnica dei testi legislativi emanati nel periodo della guerra di liberazione e in quello immediatamente successivo, tali premesse logiche potrebbero far pensare alla correttezza di una soluzione del tutto opposta a quella adottata nella sentenza. In fondo — potrebbe esser dato di pensare — la norma contenuta nel 2° comma dell'art. 1 decreto legisl. 4 gennaio 1946 n. 3 formula, per una determinata categoria di atti, una regola opposta, ma del tutto omologa, rispetto a quella contenuta nel 1° comma: potrebbe quindi apparire in piena armonia col sistema ritenere che il meccanismo della regola e dell'eccezione abbia a funzionare nelle due norme in modo perfettamente analogo, e che quindi la competenza alla pronuncia delle deroghe rispetto al principio formulato nella seconda norma abbia — in mancanza di altre disposizioni, e in conformità della regola generale — a essere di spettanza della medesima autorità che tale competenza

ha per la pronuncia delle deroghe rispetto al principio formulato nella prima norma.

2. — Tuttavia, non ostante la perplessità che tali obiezioni possono destare, la soluzione cui il Supremo collegio ha ritenuto dover pervenire, uniformandosi alla precedente pronuncia delle Sezioni unite 16 agosto 1948, n. 1485 (*Foro it.*, Rep. 1948, voce *Requisizioni*, n. 146), sembra la più corretta.

A tale conclusione convince non tanto l'ingegnoso sforzo dogmatico con cui il Supremo collegio ha cercato di risolvere il delicato problema, facendo ricorso, in modo non certo appropriato, alla figura dell'atto amministrativo inesistente, quanto un più attento esame dello stesso sistema generale adottato dal legislatore in ordine alla operatività nel nostro ordinamento degli atti della Repubblica sociale. Nel quale l'attribuzione all'autorità amministrativa del potere di derogare in singoli casi alla regola generale fissata dalla legge per ciascuna categoria di atti, risulta voluta soltanto allorchè possa esser ritenuta utile di volta in volta una *valutazione discrezionale* circa l'opportunità della deroga. Tale principio risulta rispettato anche nel 1° comma dell'art. 1 decreto n. 3 del 1946, in base al quale è riconosciuto al Ministro il potere di derogare alla regola sancita in detto comma, soltanto allorchè egli valuti « conformi alle esigenze dei pubblici servizi » i provvedimenti della Repubblica sociale cui il comma si riferisce — e cioè soltanto allorchè ritenga opportuno assumerli nell'ordinamento italiano.

Il caso cui invece ha riguardo il 2° comma dell'articolo in questione è ben diverso. La deroga alla regola generale enunciata in tale comma non è permessa infatti sulla base di una valutazione di discrezionalità amministrativa, ma è prescritta tutte le volte che venga effettivamente accertata una data situazione di fatto (allorchè risulti che i provvedimenti delle autorità della Repubblica sociale considerati nella norma non siano stati « disposti nell'esclusivo interesse del servizio pubblico »). A voler es-

sere più esatti, occorre anzi precisare che la fattispecie cui la norma in questione riconosce efficacia nell'ordinamento dello Stato italiano è soltanto quella dei provvedimenti di requisizione che risultino effettivamente disposti « nell'esclusivo interesse del servizio pubblico »; mentre i provvedimenti che risultino non essere stati disposti « nell'esclusivo interesse del servizio pubblico » non rientrano nella fattispecie, e non possono quindi assurgere a efficacia.

Ora, dato che l'accertamento della fattispecie di legge cui applicare la norma di sua competenza è funzione tipica del giudice, ben appare corretta la soluzione accolta dalla sentenza circa la competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria a stabilire se un certo provvedimento di requisizione dell'autorità della Repubblica sociale sia stato o non disposto « nell'esclusivo interesse del servizio pubblico ».

3. — Nè varrebbe obiettare che nel nostro ordinamento dall'esercizio del potere di requisizione — di fronte al quale i diritti degradano a interessi legittimi — non possono esser lesi diritti soggettivi, e che quindi il vizio derivante a un provvedimento di requisizione dal suo non essere stato disposto « nell'esclusivo interesse del servizio pubblico », non potrebbe esser fatto valere innanzi al giudice ordinario, ma soltanto innanzi a quello amministrativo. Occorre infatti non dimenticare che nella specie non ci si trova in presenza di un provvedimento di requisizione del nostro ordinamento, e come tale efficace nel nostro ordinamento.

È noto che, in base al sistema adottato nella nostra legislazione, gli atti della Repubblica sociale acquistano rilevanza e vengono riconosciuti efficaci nell'ordinamento dello Stato soltanto in virtù della legge di « convalida »: prima e indipendentemente da tale legge essi erano da considerare giuridicamente irrilevanti.

Di conseguenza agli atti riconosciuti efficaci — e a maggior ragione a quelli riconosciuti inefficaci (come quelli in questione

nella specie in esame) — non possono essere applicate le regole proprie dei corrispondenti atti dell'ordinamento italiano, ma va applicato quel trattamento particolare che a essi fanno le norme che li elevano a fattispecie rilevanti per l'ordinamento stesso; e, in mancanza di altre disposizioni, essi vanno trattati — sulla base e nei limiti della fattispecie che le singole leggi ipotizzano — come meri fatti produttivi delle conseguenze che l'ordinamento a essi ricollega.

Per ciò, dato che nella specie in esame l'accertamento della emanazione del provvedimento di requisizione « nell'esclusivo interesse del servizio » non poteva esser considerato altrimenti che come un momento della ricostruzione della fattispecie, dal legislatore riconosciuta produttiva di effetti nel nostro ordinamento, è evidente che a nessun altro che al giudice ordinario — competente a giudicare delle conseguenze della fattispecie — potesse spettare il compierlo. Non si trattava invero di accertare se un certo atto avesse leso interessi legittimi; ma semplicemente di stabilire se un certo comportamento valesse a integrare la fattispecie cui l'ordinamento collega alcune particolari conseguenze in ordine a diritti soggettivi (diritto di disporre della cosa requisita dalle autorità della Repubblica sociale).

In argomento, oltre la sentenza della Cassazione già citata, v. Cass. 7 maggio 1947; App. Milano 16 gennaio 1948; Trib. Milano 12 maggio 1947 (*Foro it.*, Rep. 1948, voce *Requisizioni*, nn. 76, 77) annotate da ALESSI, in *Foro pad.*, 1948, I, 404.



Sull'autorità competente a conoscere  
della legittimità dei provvedimenti  
di ablazione dei comitati nazionali  
di liberazione\*

Publicato in

*Il Foro Italiano*

Bologna, 1951, col. 744

\* *Nota* a Cass., Sez. Un., 9 ottobre 1950, *ibid.*, col. 744;  
le massime sono riportate alla pagina seguente

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE CIVILI: 9 OTTOBRE 1950 N. 2556; PRES. PELLEGRINI P., EST. PROFETA, P. M. PAFUNDI (CONCL. CONF.); MORANDI (AVV.TI VENTURINI, GIUFFRIDA, PELLICINI) C. TESTA (AVV.TI (BONOMI, POGGIO).

*I comitati giurisdizionali per le requisizioni sono incompetenti a conoscere delle controversie relative ad atti di ablazione di cose di privati, compiuti da comitati locali di liberazione nazionale, ove questi atti siano privi dei requisiti sostanziali e formali propri delle requisizioni.*

*Né il giudice ordinario può ordinare la restituzione delle cose, oggetto dell'atto di ablazione, al proprietario.*

Nel ritenere che il decreto luog. 28 febbraio 1945 n. 73 abbia importato l'assunzione dei C. L. N. a organi dello Stato, la Cassazione riafferma un principio già enunciato nella sentenza 17 giugno 1948, n. 957 *Foro it.*, 1948, I, 1041. La dottrina dominante, e buona parte dei giudici di merito sono invece orientati nel senso di considerare i C. L. N., durante il periodo in cui hanno effettivamente esercitato i poteri di fatto, come autorità di fatto. In tal senso v. la sentenza del Trib. Verona 30 gennaio 1951, pubblicata *infra*, 809 con nota di A. M. SANDULLI (dove v. anche altre indicazioni!).

Col riconoscimento ai C. L. N. di una potestà pubblica non soggetta ai limiti propri della generalità delle autorità amministrative, la Cassazione ha aderito a quell'orientamento giurisprudenziale che fa capo alle sentenze App. Bologna 29 marzo 1947, *Foro it.*, Rep. 1947, voce *Militare*, n. 58; e Trib. Torino 11 luglio 1947, *id.*, 1948, I, 44, e che è stato criticato in questo periodico (1947, I, 1018) e anche di recente respinto da SANDULLI (v. da ultimo Trib. Verona, cit., e le osservazioni ivi in nota).

Per la non riferibilità alla pubblica Amministrazione (e quindi per la inesistenza come atti amministrativi) degli atti posti in essere da pubblici agenti in funzione di interessi evidentemente non pubblici, v. SANDULLI, *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, 160 segg.

La sentenza implicitamente ammette che non contrasti con l'art. 4 legge sul contenzioso amm. l'intervento del giudice ordinario sugli atti amministrativi inesistenti (in tal senso v. da ultimo Pret. Roma 4 dicembre 1950, *retro*, 135; sullo stato della questione v. di recente CANNADA-BARTOLI, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 371, le cui conclusioni in proposito lasciano tuttavia alquanto dubbiosi). È evidentemente inesatta però l'affermazione della sentenza, secondo cui la sola constatazione della esistenza in un agente della qualità di autorità amministrativa sarebbe sufficiente a fare escludere che siano inesistenti come atti amministrativi gli atti posti in essere da quell'agente nel dichiarato esercizio delle pubbliche attribuzioni. Se così fosse — e tanto basta a dimostrare l'inesattezza dell'assunto — sarebbero atti amministrativi anche gli eventuali atti posti in essere da quell'agente con abuso di potere, e cioè illecitamente. Sulla questione, v. ampiamente SANDULLI, *I limiti*, cit., 146, segg.

Il caso deciso dalla Corte suprema non era molto dissimile sostanzialmente da quello deciso dal Trib. Verona con la sentenza cit. Al primo possono quindi venire estese le osservazioni formulate a riguardo della sentenza veronese, *infra*, 809.



In tema di forma degli atti amministrativi  
e di competenza a giudicare degli atti  
posti in essere in forma diversa da quella  
prescritta\*

Pubblicato in

*Giurisprudenza Italiana*

Torino, 1952, I, 2, col. 593-596

\* *Nota* a Tribunale di Napoli 26 aprile 1951 e 20 novembre 1951, *ibid.*, 592;  
le massime che interessano sono riportate alla pagina seguente

I.

TRIBUNALE DI NAPOLI: 26 APRILE 1951; PRES. CARBONE, EST. MATERI; VASSAR  
C. MINISTERO LAVORI PUBBLICI.

*Il provvedimento adottato in base all'art. 7 D.L. 9 dicembre 1926, n. 2389, con cui il genio civile disponga l'abbattimento di un edificio pericolante, non va posto in essere necessariamente in forma scritta.*

*Dalla mancata emissione in forma scritta di un atto amministrativo destinato ad incidere sui diritti privati per quale tale forma sia richiesta ad substantiam non discende la lesione di un diritto e la competenza del giudice ordinario a giudicare della legittimità dell'atto.*

II.

TRIBUNALE DI NAPOLI: 20 NOVEMBRE 1951; PRES. ZEULI, EST. MURANO; MUGIONE C. MINISTERO LAVORI PUBBLICI.

*Il provvedimento adottato in base all'art. 7 D.L. 9 dicembre 1926, n. 2389, con cui il genio civile disponga l'abbattimento di un edificio pericolante va posto in essere in forma scritta.*

*L'abbattimento di un fabbricato sulla base di un provvedimento di tal genere adottato in forma orale rappresenta la lesione di un diritto soggettivo, ed è soggetto alla competenza del magistrato ordinario.*

1. Le due sentenze che si annotano, emesse dalla stessa sezione del Tribunale di Napoli, in diversa composizione, a pochi mesi l'una dall'altra, giungono a conclusioni opposte in ordine alla medesima questione. La prima di esse ha infatti ritenuto che l'Autorità giudiziaria ordinaria non possa giudicare della legittimità di un ordine orale di demolizione di un fabbricato posto in essere dall'ufficio del Genio Civile in base all'art. 7, decreto-legge 9 dicembre 1926, n. 2389, sui servizi di pronto soccorso in casi di disastri tellurici o di altra natura. La seconda, in una fattispecie del tutto identica, è pervenuta a conclusione del tutto opposta, in ciò uniformandosi alla sentenza della Cassazione a Sez. unite, 12 maggio 1947, n. 741 (in *Giur. ital.*, 1948, I, 1, 344).

Tra le due soluzioni sembra esatta la seconda.

La prima sentenza ha preso le mosse dal giusto principio, fatto proprio in modo particolarmente autorevole dalla pronuncia della Corte suprema 4 luglio 1949, n. 1657 (in *Giur. ital.*, 1950, I, 1, 170, Ferrara, pres. ed est.), e ormai costantemente seguito dalla giurisprudenza della Corte stessa (6 giugno 1950, in *Foro amm.*, 1950, II, 1, 127; 31 luglio 1950, *ivi*, 1951, II, 1, 27), secondo cui, allorchè l'attore lamenti la lesione di un diritto soggettivo a opera della pubblica Amministrazione, la discriminazione delle competenze tra giudice amministrativo e giudice ordinario va compiuta sulla base della circostanza che nella specie all'Amministrazione possa o non venir riconosciuta la potestà di interferire nella sfera dei diritti del privato: nell'ipotesi negativa, la competenza non può non essere del giudice ordinario; in quella positiva, affievolendosi il diritto del privato a interesse legittimo in presenza del potere dell'Amministrazione, e non potendo quindi il privato pretendere altro, nell'ambito dell'affievolimento del proprio diritto, se non che tale potere venga nei suoi confronti esercitato in modo legittimo, la competenza sarà del giudice amministrativo (tale criterio, pel quale v. SANDULLI, *Sulla competenza a giudicare del mancato riconoscimento da parte dei Comuni delle obbligazioni contratte sotto il regime repubblicano fascista*, in *Foro ital.*, 1949, I, 33 e altri scritti *ivi* richiamati, può dirsi ormai accolto senza contrasti dalla dottrina dominante: v. VITTA, *Competenza giudiziaria sul diniego di potere discrezionale in atti amministrativi*, in *Giur.*

*ital.*, 1951, I, 1, 519 e segg.; LESSONA, *In tema di giurisdizione circa i provvedimenti amministrativi che toccano un diritto soggettivo perfetto trasformandolo in diritto affievolito*, in *Foro ital.*, 1951, I, 108 e segg.; *contra* sempre GUICCIARDI, da ultimo nella nota *Diritto, interesse, e doppia tutela*, in *Giur. ital.*, 1951, III, 33 e segg.).

Da tale esatta premessa, e dal giusto rilievo che la forma dell'atto non attiene alla sussistenza del potere, bensì all'esercizio di questo (cfr. SANDULLI, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, I, 33), la sentenza in esame ha ritenuto di poter trarre la conclusione che un'atto della pubblica Amministrazione, il quale non sia stato posto in essere nel rispetto della forma richiesta *ad substantiam*, non potendo dirsi inficiato per mancanza di potere, non possa essere sindacato se non dal giudice amministrativo.

Un tale modo di argomentare racchiude però un vizio logico, inerente al fatto che omette di tener conto che l'Inosservanza della forma richiesta *ad substantiam* importa l'inesistenza dell'atto amministrativo (SANDULLI, *Osservaz. sull'impugnabilità giurisdiz. degli atti amm. non scritti*, in *Arch. giur.*, 1941, CXXVI, pag. 189 e seg.; *I limiti di esistenza dell'atto amm.*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, 135; VITTA, *loc. cit.*). Pur quando sussista il potere dell'Amministrazione di porre in essere un certo atto destinato a sacrificare un diritto soggettivo (e perciò non si sia in presenza di un diritto incondizionato), ove l'ordinamento prescriba *ad substantiam*, per quell'atto, una forma particolare, non può dirsi che il potere in questione si sia *realizzato* fin quando l'atto non si sia tradotto nella forma richiesta. La forma richiesta *ad substantiam* fa parte della fattispecie legale. La mancanza di essa importa quindi necessariamente l'inesistenza di questa.

Ora, in una situazione di tal genere, il portare a esecuzione nei confronti del privato il preteso atto amministrativo (in realtà inesistente) si risolve in un fatto arbitrario (il potere di esecuzione manca dove manchi il titolo esecutivo); vale a dire in una invasione da parte dell'Amministrazione della sfera giuridica privata, indipendentemente dal corrispondente potere; e quindi nella lesione del diritto soggettivo che ciascuno ha a che nessun altro soggetto interferisca nella sfera delle proprie situazioni giuridiche senza averne il potere. Con la conseguenza che la competenza a giudicarne non può venir riconosciuta se non al giudice ordinario (cfr. VITTA, *loc. cit.*).

2. Sotto tale profilo è dunque nel vero la seconda delle sentenze annotate.

Non altrettanto sembra però che essa lo sia allorchè — sull'orme della citata sentenza della Cassazione 12 maggio 1947 —

afferma essere principio generale del nostro diritto il carattere formale degli atti amministrativi. Se la maggior parte degli atti amministrativi debbono, in virtù delle norme che li regolano, venir posti in essere in forma scritta, ciò non esclude che, in mancanza di particolari disposizioni, la regola da applicare sia, anche per gli atti amministrativi (non diversamente che per gli atti privati), la libertà delle forme (ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, 6ª ediz., Milano, 1950; 204; SANDULLI, *Man. dir. amm.*, Napoli, 1952, 207; COLZI, *Il tema di forma degli atti amministrativi*, in *Foro pad.*, 1948, I, 123).

È in grado di dimostrare assai poco invero, in favore della tesi del carattere formale della generalità degli atti amministrativi, la circostanza che la maggior parte di questi debbano venir posti in essere in forma scritta. Né è possibile suffragare la tesi in questione con altri argomenti (per la confutazione dell'argomento che il CAMMEO, *Corso di dir. amm.*, Padova, 1914, 1274, vorrebbe ricavare dalla circostanza che per l'impugnativa di un provvedimento amministrativo è necessario il deposito di una copia di esso, v. SANDULLI, *Osservazioni s.l'impugnabilità giurisdizionale*, cit., 34 e segg. estr.; agli argomenti ivi adottati, potrebbe oggi aggiungersi quello che è dato ricavare dall'art. 113 Cost., il quale esclude qualsiasi eccezione all'impugnabilità giurisdizionale degli atti amministrativi).

3. L'esclusione dell'esistenza di una regola generale che prescriva per gli atti amministrativi una forma scritta non è tuttavia sufficiente a escludere che nel caso esaminato dalle sentenze annotate non venisse in questione un provvedimento abbinabile di forma scritta. Deve anzi riconoscersi l'esistenza nel nostro diritto di una regola per cui gli atti dell'Amministrazione destinati a incidere sulla proprietà privata, anche se adottati in circostanze di eccezionale urgenza, debbono venir posti in essere in forma scritta.

Di tale regola sono applicazione non soltanto l'art. 7 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, richiamato dalla seconda delle sentenze annotate, ma anche altre norme, tra le quali hanno fondamentale importanza gli articoli 71 e segg. della legge sulle espropriazioni, che si riferiscono alle occupazioni temporanee necessarie in casi di estrema gravità, come la rottura di argini, i rovesciamenti di ponti, e altri disastri. Non diversamente dall'art. 7 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, l'art. 72 della legge da ultimo citata impone, per le gravissime ipotesi che regola, la forma del *decreto*.

Quand'anche si neghi al citato art. 7 il carattere di disposizione generale e comune, destinata ad essere applicata in tutti i casi in cui una qualsiasi autorità amministrativa abbia

a porre in essere degli atti destinati a interferire sulla *proprietà privata* (tesi autorevolmente sostenuta da M. S. GIANININI, *Le ordinanze dispositive della proprietà privata*, in *Giur. ital.*, 1950, III, 65 e segg., ma a quanto pare contrastata dalla regolamentazione introdotta dalla legge 30 novembre 1950, n. 896, la quale, con l'attribuire carattere di definitività ai provvedimenti prefettizi adottati ai sensi dell'art. 7, sembra muovere dal presupposto che questo articolo regoli uno specifico potere del prefetto, proprio ed esclusivo di tale autorità), occorre, quanto meno, convenire che l'art. 7 rappresenta la enunciazione in un caso singolo di un principio generale del nostro diritto. Principio della cui esistenza rappresentano una sicura conferma, come si è detto, le disposizioni degli articoli 71 e seguenti della legge sulle espropriazioni, e che, dato il suo intento ispiratore, deve trovare applicazione non soltanto nelle ipotesi in cui il provvedimento amministrativo si risolve in uno spossessamento del privato, ma anche in tutte le altre ipotesi in cui l'azione dell'Amministrazione venga comunque a sacrificare diritti privati indipendentemente da uno spossessamento.

È vero che nelle ipotesi in cui l'azione amministrativa, anzi che in uno spossessamento, si risolve nella distruzione di un bene altrui (sulla distinzione delle due ipotesi, v. SANDULLI, *Manuale*, cit., 314 e seg.), accanto a casi in cui è espressamente previsto un provvedimento scritto (per es., art. 265, T. U. 27 luglio 1934, n. 1265, relativo al potere prefettizio di disporre l'abbattimento e la distruzione del bestiame affetto da malattie contagiose), se ne riscontrano altri in cui manifestamente una tale forma non risulta necessaria (per es., art. 2 e 3, legge 18 giugno 1931, n. 987, relativi ai poteri dell'Amministrazione dell'agricoltura e foreste di provvedere alla distruzione di piante e prodotti agricoli infetti). Va però osservato che questi ultimi casi, assai rari, si riferiscono a ipotesi di minore importanza, e non possono non essere considerati come eccezioni alla regola.

4. Una volta validamente dimostrata l'illegittimità del comportamento dell'Amministrazione, la quale, senza esservi qualificata da un titolo efficiente — e quindi sfornita del necessario potere —, aveva leso il diritto di proprietà privata, la seconda delle sentenze annodate ha ritenuto di dovere — in vista della condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni, e quindi in vista della dimostrazione della responsabilità di quest'ultima — fornire la prova che l'Amministrazione sarebbe incorsa in colpa nel far luogo a una demolizione che invece non sarebbe stata necessaria. Tutto ciò non occorre. Al fine della condanna al risarcimento del danno era infatti sufficiente la dimostrazione, già data, che l'Amministrazione, pur essendo sfornita del relativo potere, aveva sacrificato il

diritto privato sull'edificio abbattuto. Era la sola illegittimità di tale comportamento *volontario*, incidente sui diritti privati, a far luogo — senza bisogno di altri elementi — all'obbligo di risarcimento (v. per tutti SANDULLI, *Manuale*, cit., 404 e seg.).

Solo facendo leva su tale argomento puramente formale il giudice ordinario poteva, del resto, pronunciare nella specie una condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno. Condanna che certo sarebbe stata preclusa qualora il giudice avesse dovuto invece, per pronunciarla, scendere a quella valutazione delle ragioni tecniche e amministrative, che potevano consigliare o sconsigliare la demolizione, alla quale si è, superfluamente, lasciata andare, nella sua ultima parte, la sentenza in esame. Una valutazione di tale genere importava infatti una penetrazione nella sfera della discrezionalità dell'Amministrazione, e cioè nel campo degli interessi legittimi, sottratto al giudice ordinario (v. in tal senso la sentenza della Cass., 12 maggio 1947, n. 741, citata).

5. Ci siamo fin qui mantenuti nell'ambito della ricostruzione che della fattispecie concreta hanno dato le due sentenze annotate, le quali sono entrambe partite dal presupposto che nel caso esaminato la prescritta forma scritta fosse mancata. Va tuttavia osservato che effettivamente una sua estrinsecazione, sia pure implicita, in un atto scritto l'ordine di demolizione la aveva invece avuta, almeno attraverso la determinazione del Genio civile di procedere all'appalto dei lavori di demolizione.

Ora, è noto come tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza, siano concordi nell'ammettere l'estrinsecazione degli atti amministrativi in forma implicita, sempre che, naturalmente, l'atto, attraverso il quale quello implicito viene rivelato, possieda i caratteri formali richiesti per l'atto implicito (v. FRAGOLA, *La dichiarazione tacita di volontà della pubblica Amministrazione*, Napoli, 1938). Suole anzi venir comunemente ricordato un esempio tratto dalla giurisprudenza, la quale ha ritenuto che l'autorizzazione a un ente sociale ad accettare una donazione valga implicitamente anche come atto di riconoscimento giuridico dell'ente (Cass., 30 marzo 1931, in *Foro amm.*, 1931, II, 179).

Nè varrebbe obiettare che nel caso in esame non era sufficiente una traduzione dell'atto in una qualsiasi manifestazione scritta, giacchè l'art. 7 legge abolitiva del contenzioso amministrativo e le altre norme che consentono interferenze della pubblica Amministrazione in ordine alla proprietà privata prescrivono non un semplice atto scritto ma un *decreto motivato*. Va ricordato infatti che, qualora per un atto sia prescritta una manifestazione scritta, ciò che è indispensabile per l'esistenza dell'atto è la traduzione in un documento (sottoscritto dall'autorità qualificata) del contenuto dell'atto.

e non anche dell'intestazione, della giustificazione, della motivazione, ecc. L'inserzione di tali elementi nel documento sono infatti, di volta in volta, requisiti di regolarità o di validità, e non condizioni di esistenza (SANDULLI, *Manuale*, cit., 214 e seguenti).

Così stando le cose, nella specie esaminata dalle due sentenze annotate, un atto amministrativo *esisteva*. Di conseguenza, dato che — come si è osservato *sub IV* — esso involgeva una valutazione discrezionale, la quale, appunto perchè tale, non poteva ledere che degli interessi legittimi, sembra che della sua legittimità dovesse giudicare il giudice amministrativo, e non quello ordinario.

## Spunti sul regime dei contratti di diritto privato della pubblica Amministrazione\*

Pubblicato in

*Il Foro Italiano*

Bologna, 1953, I, col. 1585-1590

\* *Nota* a Cass., Sez. II, 18 luglio 1953, n. 2390, *ibid.*, col. 1584;  
la massima che interessa è riportata alla pagina seguente

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE II CIVILE: 18 LUGLIO 1953 N. 2390; PRES. BRUNELLI P., EST. PEPE, P. M. POMODORO (CONCL. CONF.); OSPEDALI RIUNITI DI NAPOLI (AVV. TI D'ELIA, DELLA MORTE) C. IEMMA (AVV. JEMOLO) E SCARAMELLA (AVV. CATERINA).

*È radicalmente nullo, e non sanabile col visto di esecutorietà, il contratto concluso da un ente pubblico, se la stipulazione a trattativa privata sia stata autorizzata dalla giunta provinciale amministrativa e non dal prefetto.*

1. — La sentenza che si annota ha affrontato e risolto, tra le altre importanti questioni, diversi problemi di diritto amministrativo.

Esattamente essa ha escluso che un atto della giunta prov. amm. possa fungere da equipollente di un atto del prefetto, del medesimo conteruto: e ciò, non ostante che tra i componenti della giunta vi sia il prefetto stesso, il quale anzi la presiede. La diversità di natura e di attribuzioni dei due organi — l'uno individuale e l'altro collegiale (come tale esposto nella formazione delle sue deliberazioni alla influenza determinante di tutti i suoi membri) — non consente infatti alcuna fungibilità tra gli atti degli organi stessi.

2. — Del pari esattamente la sentenza ha escluso — in conformità dei precedenti giurisprudenziali — che la mancanza dell'autorizzazione prefettizia alla stipulazione a trattativa privata possa esser sanata dal visto di esecutorietà accordato dal prefetto al contratto, una volta stipulato.

Si tratta infatti di due atti che hanno differente funzione (l'autorizzazione, quella di consentire preventivamente l'esercizio di un potere; il visto, quella di constatare successivamente che il potere sia stato esercitato in modo conforme a legge), e dei quali il primo rappresenta un requisito di validità, l'altro — pur ammesso che il nostro ordinamento lo abbia mai considerato necessario per i contratti delle opere pie (è noto che, non ostante il costante contrario orientamento della giurisprudenza, la dottrina è sempre stata sfavorevole a tale tesi (1)) — rappresenta un mero elemento di efficacia. Ed è risaputo che il fatto che, in sede di controllo successivo alla emanazione di un atto, questo sia stato riconosciuto regolare, non importa sanatoria degli eventuali vizi di esso, ben potendo l'atto in un momento ulteriore venir riconosciuto invalido e caducato in sede competente. Nè alcun rilievo può avere la circostanza che l'atto presupposto e quello successivo siano — come nella specie — di competenza della medesima autorità, permanendo anche in tal caso la disparità di funzione tra essi. Al che va anzi aggiunto

---

(1) V. ampie indicazioni in DE GENNARO, *Il visto prefettizio ai contratti delle istituz. pubbl. di assist. e benef.*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, II, 382 segg.

che non può aversi sanatoria senza chiara manifestazione della volontà di farvi luogo (art. 1444 cod. civ.) (2).

3. — Altrettanto esatta è l'affermazione secondo cui, in ogni caso, non poteva la esecuzione del contratto da parte della Pia opera valere a sanare i difetti del contratto stesso. È vero che il contratto è da considerarsi convalidato « se il contraente al quale spettava l'azione di annullamento vi ha dato volontariamente esecuzione conoscendo il motivo di annullabilità » (art. 1444 cod. civ.). Ma, nella specie, a parte che era tutt'altro che provato che l'Amministrazione della Pia opera fosse consapevole del vizio del contratto, è da tener presente che non di una convalida era questione, bensì di altra forma di sanatoria. Il vizio era dovuto infatti al mancato intervento nel procedimento di un atto di un'autorità, che non era la stessa la quale ebbe poi a porre in essere il contratto viziato, ed era *domina* del rapporto. Di conseguenza — a meno di far luogo a un sovvertimento della distribuzione delle competenze — esso non poteva venir sanato se non da una pronuncia, volta a tal fine, proveniente da quella medesima autorità il cui intervento era mancato (v. le sentenze citate nella motivazione della pronuncia annotata). Non era dunque il caso di una pura e semplice convalida, dato che questa è una figura ammissibile soltanto nelle ipotesi in cui la potestà di sanatoria compete allo stesso *dominus* del rapporto (art. 1444 cod. civ.) (cfr. SANDULLI, *Il proced. amm.*, Milano, 1940, 362).

4. — Ma la sentenza annotata non può invece esser seguita là dove afferma che, nella specie, dalla mancanza dell'autorizzazione prefettizia doveva farsi discendere non la semplice annullabilità del contratto — come aveva ritenuto la Corte di appello — bensì addirittura la nullità radicale di esso: e ciò sul presupposto che, trattandosi della autorizzazione a stipulare in un modo (a trattativa privata), anzi che in quello previsto per i casi normali (all'asta pubblica o per licitazione

(2) Cfr. P. RAVÀ, *La convalida degli atti amm.*, Padova, 1967, 192 segg. Sulla diversità di funzione dell'autorizzazione e del visto richiesti per i contratti degli enti locali, v., nel senso che l'intervento dell'autorizzazione non esclude la necessità del visto, da ultimo, Cons. Stato, IV Sez., 29 ottobre 1952, n. 821, *Racc. Cons. Stato*, 1952, 1240; V Sez. 14 gennaio 1953 n. 1, *ivi*, 1953, 34. Ciò implica la conseguenza che l'aver il prefetto autorizzato il contratto non importa l'obbligo di vistarlo (V Sez. 19 maggio 1950, *Foro it.*, Rep. 1950, voce *Tassa sul consumo*, n. 227). D'altronde l'intervento del visto non può sanare il difetto di autorizzazione (p. es., Cons. di Stato, comm. spec., parere 10 febbraio 1945, *id.*, Rep. 1943-45, voce *Comune*, n. 40; App. Torino 16 gennaio 1942, *id.*, Rep. 1942, voce *cit.*, n. 13; la regola vale anche per i pareri preventivi prescritti: v. però in senso contrario, in un caso che non può non esser considerato di specie, Cons. Stato, V Sez., 14 febbraio 1953, n. 91, *Racc. Cons. Stato*, 1953, 117). Nessuno ha mai pensato che i decreti presidenziali vistati dalla Corte dei conti non possano essere impugnati per vizi incorsi nella procedura, o per alcuno soltanto di essi.

privata), l'aver impiegato il primo modo, senza che ne ricorresse il necessario presupposto (l'autorizzazione prefettizia), si sarebbe risolto nel difetto della forma prescritta *ad substantiam*.

Su tale ragionamento non sarebbe da eccepire nulla, se l'osservanza dell'uno anzi che dell'altro metodo di scelta del contraente da parte dell'Amministrazione attenesse realmente alla forma del contratto. È perfettamente esatta infatti l'affermazione secondo cui l'adozione per un certo atto, in mancanza dei prescritti presupposti, di una forma derogatoria di quella richiesta *ad substantiam* per i casi ordinari — forma derogatoria che non può essere impiegata se non in concorso di quei presupposti — importa nullità radicale dell'atto per inosservanza della forma essenziale.

Ciò che è inesatto è tuttavia la premessa, secondo cui i metodi di scelta dell'altro contraente da parte dell'Amministrazione (asta pubblica, licitazione privata, ecc.) costituirebbero forme del contratto. La forma rappresenta infatti la veste esteriore dell'atto, l'aspetto sotto il quale esso si manifesta nel mondo esterno (atto pubblico, scrittura privata, dichiarazione verbale, ecc.) (cfr. SANDULLI, *Manuale di dir. amm.*, 2ª ed., Napoli, 1954, 241); i metodi di scelta del contraente dell'Amministrazione attengono invece non all'aspetto esteriore dell'atto, bensì al procedimento della sua formazione (v. INGROSSO, *Istituz. dir. finanz.*, I, Napoli, 1935, 114 segg.).

L'aver seguito l'uno piuttosto che l'altro procedimento potrà quindi importare una invalidità dell'atto per vizio nei presupposti, ma non una invalidità per vizio nella forma. E, siccome i vizi inerenti alla mancanza di atti presupposti non ingenerano nullità ma soltanto annullabilità (SANDULLI, *Il procedimento cit.*, 320), è da ritenere che sul punto fosse più giusta di quella adottata dalla Cassazione, la tesi accolta dalla sentenza della Corte di appello.

5. — Posto il problema in tali termini, resta però da chiedersi se l'Amministrazione potesse — come pretese — far valere in qualsiasi tempo l'invalidità del contratto. Poteva o non, l'altro contraente, opporre la prescrizione quinquennale prevista dall'art. 1442 cod. civ. (e già dall'art. 1300 cod. civ. 1865) per l'azione di annullamento dei contratti?

Occorre al riguardo muovere dalla premessa che i contratti di diritto privato della pubblica Amministrazione, mentre sono, di massima, per ciò che attiene al contenuto negoziale, alla stipulazione (necessità formali, ecc.) e alle modalità accessorie (trascrizione, ecc.), soggetti al regime del diritto privato (e anche se vi sia qualche disparità, questa non ne fa uscire la disciplina dall'ambito del regime privatistico) (3), hanno tuttavia a presupposti dei veri e propri atti amministrativi. La volontà

(3) Cfr., p. es., VITTA, *Diritto amm.*, 3ª ed., Torino, 1948, I, 298; SANDULLI, *Manuale*, cit., 226.

contrattuale dell'Amministrazione non può infatti legittimamente manifestarsi, se non in quanto gli organi competenti abbiano adottato nelle forme di legge una deliberazione in ordine al contenuto del contratto, e in quanto in relazione a tale deliberazione siano intervenuti gli adempimenti (pareri, ecc.) e i controlli (autorizzazioni, approvazioni, visti, ecc.) previsti dalla legge. E, tanto la deliberazione di concludere il contratto (atto per se stesso di natura programmatica (4)), quanto gli atti posti in essere in vista e in funzione di tale deliberazione, sono veri e propri atti amministrativi, e quindi sottoposti al regime particolare di questi atti del pubblico potere.

Ora, gli atti amministrativi, se illegittimi, sono tra l'altro soggetti a quella particolare manifestazione della potestà di autotutela, che consiste nella possibilità di annullamento *ex officio* da parte dell'Amministrazione (p. es., art. 6 t. u. com e prov.; art. 6 t. u. pubbl. sic.), e sono altresì soggetti alla disapplicazione da parte dei tribunali (art. 5 legge abol. contenzioso amm.). Poteri, sia quello di annullamento, sia quello di disapplicazione, i quali non sono esposti né a termini di decadenza, né a termini di prescrizione, e sui quali non può incidere la circostanza che in conseguenza dell'atto da annullare o disapplicare siano nati, per la controparte, diritti soggettivi (v. SANDULLI, *Manuale cit.*, 283). Si tratta del resto di poteri i quali vanno entrambi, per solito, esercitati d'ufficio: la stessa disapplicazione infatti soltanto eccezionalmente non può venire attuata senza istanza di parte: e ciò avviene in quei casi in cui sia questione della violazione di norme poste essenzialmente nell'interesse di alcuna soltanto delle parti (arg. art. 157, n. 2, cod. proc. civ.) (5) (va notato peraltro che tale è appunto il caso allorché si tratti della violazione di norme relative alla formazione di contratti della pubblica Amministrazione, norme che sono poste nell'interesse esclusivo dell'Amministrazione, e della cui violazione quindi questa soltanto può dolersi (6)).

(4) ALESSI, *Diritto amm.*, Milano, 1949, I, 270; NIGRO, *Le decisioni amm.*, 2ª ed., Napoli, 1953, 79; Cass. 6 febbraio 1952, n. 284, *Giur. Cass. civ.*, 1952, I° quadr., 205; 9 aprile 1952, n. 974, *Giur. it.*, 1953, I, 1, 997.

(5) SANDULLI, *Occupazione d'urgenza, liquidazione dell'indennità e svalutazione monetaria*, in *Foro it.*, 1949, I, 995. *Contra*, CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità dell'atto amm.*, Milano, 1950, 133 segg., il quale inespugnabilmente nega che tra le norme predisposte in funzione dell'interesse collettivo (vale a dire dell'ordinamento nel suo complesso) ve ne possano essere alcune la cui applicazione interessi specificamente alcuni particolari soggetti, i quali soltanto sono quindi qualificati a farne valere l'incosservanza.

(6) Cfr., oltre la sentenza annotata, p. es., Cass. 22 maggio 1936, *Foro it.*, Rep. 1936, voce *Comune*, n. 30; 22 luglio 1938, *id.*, Rep. 1938, voce *cit.*, n. 58; FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, nel *Trattato* dell'ORLANDO, II, 2ª, 816; CAMMEO, *Corso di dir. amm.*, Padova, 1911-14, 1556; GALLO, *I rapporti contrattuali della pubbl. amm.*, Padova, 1936, 254.

Ora, siccome la deliberazione di concludere il contratto, nonché gli atti preordinati, vengono a incidere appunto sul contratto, della cui emanazione sono indispensabili presupposti (7), è da chiedersi se, una volta avvenuta la stipulazione, gli eventuali difetti degli atti amministrativi preordinati siano da configurare puramente e semplicemente come vizi del contratto, sottraendosi quindi al sistema dei mezzi di caducazione propri degli atti amministrativi, per esser sottoposti ai mezzi volti a far valere i vizi degli atti di diritto privato e al regime di essi, o se invece continuano a restar soggetti in tutto al regime dei mezzi di caducazione degli atti amministrativi.

Dall'ordinamento non è dato ricavare alcuna indicazione nel primo senso. Né, in mancanza di diverse indicazioni, sarebbe possibile sottrarre un atto del pubblico potere al regime giuridico suo proprio. È vero che, una volta posto in essere il contratto, gli atti amministrativi preordinati si riducono, rispetto a esso, al rango di meri presupposti (e cioè funzionano, rispetto al contratto, come meri fatti: v. SANDULLI, *Il procedimento* cit., 125 segg.). Nessun principio di ordine generale dispone però che gli atti presupposti di altri atti, perciò solo si sottraggono al regime loro proprio, per essere attratti nell'orbita del regime di quelli rispetto ai quali funzionano da presupposti: dove il carattere di presupposto importa attrazione di regime giuridico, ciò avviene soltanto in virtù di qualche regola particolare riscontrabile nel sistema (così è a dire, p. es., per ciò che attiene all'assorbimento, ai fini dell'impugnativa, degli atti preparatori nell'orbita degli atti amministrativi cui sono preordinati, v. SANDULLI, *Il procedimento* cit., 371 segg.).

Tutto questo importa che, non ostante la stipulazione del contratto, l'Amministrazione conserva pur sempre il potere di far luogo all'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi preordinati, nonché il potere di sollecitare dal giudice la disapplicazione di tali atti. Nell'uno e nell'altro caso, una volta riscontrata in sede competente l'invalidità degli atti presupposti, discenderà come conseguenza l'invalidità del contratto, per essere viziato nei presupposti. Con la conseguenza dell'annullabilità di esso da parte del giudice competente in materia contrattuale, e cioè da parte del giudice ordinario.

Tali premesse non implicano però una risposta affermativa al quesito se l'azione di annullamento del contratto concluso dall'Amministrazione sul presupposto di atti amministrativi illegittimi sfugga alla prescrizione quinquennale posta per la generalità dei contratti dal codice civile. Stabilito che i singoli atti amministrativi presupposti dal contratto rimangono soggetti al regime loro proprio (il che ha importanza anche, e particolarmente, in relazione all'azione da essi esplicita eventualmente in ordine a rapporti diversi da quello regolato dal contratto), non

---

(7) Cfr. CANTUCCI, *L'attività di dir. priv. della pubbl. amm.*, Padova, 1942, 112 segg.; INGROSSO, *op. cit.*, I, 225.

ne discende infatti minimamente che il contratto debba esser sottratto alla disciplina fatta a esso dal codice. È vero che il contratto è viziato, in via derivata, da atti amministrativi i cui vizi possono esser fatti valere in qualsiasi tempo. Ciò non importa però che al contratto si estenda automaticamente il medesimo regime (8). Nè importa che non debba trovare applicazione, in ordine al contratto, la regola posta dal legislatore, nell'interesse della certezza dei rapporti sociali, secondo cui l'azione di annullamento si prescrive entro cinque anni; regola la quale ha carattere assoluto, e, in quanto tale, ha da valere anche nei confronti della pubblica Amministrazione (cfr. CAMMEO, *La prescriz. nel dir. amm.*, in *Giur. it.*, 1922, IV, nota 45 a col. 15).

Libera, dunque, questa, ove lo ritenga, di annullare d'ufficio, o di sollecitare da altre autorità qualificate, l'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi preordinati al contratto (annullamento, naturalmente, esposto al gravame di legittimità al Consiglio di Stato (9), e comunque suscettibile di venir disapplicato dal giudice ordinario); ma, per potersi avvalere di tale annullamento ai fini della caducazione del contratto, essa dovrà proporre innanzi al magistrato l'azione di annullamento di questo, secondo il regime e nei termini di prescrizione previsti dal codice civile (10) (11).

---

(8) Afferma invece che l'annullamento della deliberazione a stipulare importi automaticamente la caducazione del contratto, FORRI, *op. cit.*, 814 segg. Tale affermazione appare però alquanto attutita dall'osservazione, enunciata a pag. 817, nota 1, secondo cui le pronunce di annullamento « non hanno effetto *esecutivo e diretto*, che sulla dichiarazione di volontà del comune » (« e soltanto *indirettamente* annullano il contratto »). Alla stessa pag. 817 (e nota 3 ivi), il FORRI ammette poi espressamente che è nel potere del giudice ordinario procedere all'annullamento del contratto viziato, perchè adottato sul presupposto di una delibera invalida (e in quanto tale annullata in sede amministrativa). Il che certo non sarebbe ammissibile se l'annullamento della delibera presupposta importasse automaticamente l'annullamento del contratto: è inconcepibile infatti l'annullamento di un atto già annullato. La descritta incertezza dell'illustre Autore rappresenta chiaramente quanto la materia sia delicata e scabrosa.

(9) TOSATO, *L'impugnativa dei decreti reali di annullamento*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 1 segg.; MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giust. amm.*, in *Foro amm.*, 1940, IV, 67 segg.

(10) *Contra*, GALLO, *op. cit.*, 256, il quale ritiene che l'Amministrazione, per i vizi derivanti al contratto dagli atti amministrativi presupposti, possa annullare, in via di autotutela, oltre che detti atti amministrativi, anche lo stesso contratto. In tal modo egli viene ad ammettere una diversità di regime tra le forme di invalidità del contratto dell'Amministrazione inerenti a norme di diritto privato, e quelle inerenti a norme di diritto pubblico. E, mentre per l'azione di annullamento derivante dalle prime ammette l'applicabilità della prescrizione quinquennale (pag. 254 segg.), non è ben chiaro il suo orientamento, al riguardo, in ordine alle seconde.

(11) Contro l'applicabilità della prescrizione ordinaria all'azione di annullamento dei contratti, v., in dottrina (con riferimento ai contratti viziati per mancanza della approvazione tutoria della relativa

Nè in contrario appare giustificato il richiamo — appena adombrato nella sentenza in esame — all'art. 6 t. u. com. e prov. Questo infatti ammette « in qualunque tempo » la caducazione degli atti amministrativi illegittimi (anche quindi se siano preordinati alla formazione di contratti); ma non si riferisce affatto ai contratti in sè (12), la cui disciplina rimane pertanto rimessa (almeno per ciò che riguarda i principi fondamentali, non derogati espressamente da norme particolari) al codice civile.

6. — Al riguardo va tuttavia ulteriormente precisato che deve, almeno in parte, esser condiviso il breve cenno contenuto nella sentenza, secondo cui, allorchè il presupposto, che risulti mancante, sia « estrinseco al negozio » (*rectius*, all'Amministrazione stipulante), la prescrizione non può decorrere.

In tal modo la sentenza viene a estendere la regola (ora contenuta nell'art. 1442 cod. civ., 2° comma), in base alla quale la prescrizione, relativamente ai vizi derivanti dalla incapacità legale (e quindi dalla mancata integrazione legale della volontà di chi sia parzialmente incapace), non corre finchè duri lo stato di incapacità, in tutti i casi in cui siano comunque mancati « requisiti estrinseci al negozio ». In questi termini, l'estensione è certamente eccessiva. Tuttavia essa appare esatta ove la si circoscriva — come certamente è stato nell'intenzione della sen-

---

deliberazione, ma con argomenti suscettibili di applicazione generale), FORTI, *op. cit.*, 820 segg. Nella giurisprudenza più recente, v. la sent. Trib. Napoli 15 maggio 1951, *Giur. Cass. civ.*, 1951, 3° quadr., 1156, con nota di E. ALIOTTA, con riferimento a un caso in cui veniva in questione un decreto di annullamento della deliberazione a contrattare, che era divenuto operativo ben trentun anni dopo la stipulazione (della questione ebbe a occuparsi anche, sotto diverso profilo, la decisione del Cons. di Stato 10 novembre 1951, n. 1386, *Foro it.*, Rep. 1951, voce *Atto ammin.*, n. 135). Secondo il Tribunale « l'annullamento della deliberazione a contrattare di un ente pubblico è causa di nullità relativa e non di annullabilità, del contratto che ne è seguito, e l'azione proposta dall'ente per ottenere l'accertamento non è soggetta a prescrizione estintiva ». Va peraltro tenuto presente che i casi di nullità relativa (istituto sulla cui ammissibilità in astratto esistono serie divergenze, propendendo i più per la soluzione negativa: v., anche per indicazioni, CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, 1948, 364 segg.) sono da considerare, nel nostro sistema, affatto eccezionali, e non se ne può riconoscere la presenza, se non allorquando da testi legislativi ne risulti inequivocabile l'ammissione (art. 1421 cod. civ.), ipotesi, che, come si è detto nel testo, non pare ricorrere per i contratti della pubblica Amministrazione viziati per mancanza o invalidità degli atti amministrativi che presuppongono. La tesi della nullità relativa non era stata, del resto, mai sostenuta prima. La dottrina è concorde nel senso dell'annullabilità (cfr., per tutti, GALLO, *op. loc. cit.*).

(12) Cfr. FORTI, *op. cit.*, 815, il quale peraltro non trae dalla premessa tutte le conseguenze.

tenza, in conformità di un'antica tradizione dottrinale e giurisprudenziale (13) — entro più ristretti confini, specificando che i « requisiti estrinseci », la cui mancanza non fa decorrere la prescrizione, non sono, indiscriminatamente, tutti i presupposti occorrenti per la legittimità della stipulazione (tra i quali rientrano non soltanto atti giuridici, ma, sovente, anche meri fatti), bensì unicamente quei presupposti che hanno la natura di atti. Trattandosi di atti « estrinseci » all'Amministrazione stipulante — e cioè di atti di agenti diversi, e destinati quindi a rappresentare interessi giuridici differenti da quelli rappresentati da quell'Amministrazione — appare evidente — e giustificato dalla medesima *ratio* che mosse il legislatore a escludere, per i vizi da incapacità, il decorso della prescrizione per tutta la durata dell'incapacità — la necessità che la prescrizione per far valere tali vizi non operi (14).

Occorre tener presente che la prescrizione estintiva opera sul presupposto di una presunzione di disinteressamento da parte del portatore di una situazione considerata dall'ordinamento (v. CAMMEO, *op. cit.*, 4). Essa quindi, istituzionalmente non può operare per consolidare situazioni, le quali si siano costituite senza il prescritto intervento dei rappresentanti degli interessi implicati (o di alcuni di essi): in casi di tal genere, infatti, la presunzione presupposta dall'ordinamento non può sussistere; e un consolidamento della situazione non potrebbe quindi verificarsi, se non con l'intervento, sia pur postumo, di quegli elementi della fattispecie che a suo tempo mancarono (o di loro equipollenti). Trova cioè applicazione quel medesimo principio, del quale costituisce altra manifestazione la regola per cui il difetto di un atto, inerente alla mancanza, nel procedimento, di altri atti anteriori di spettanza di autorità diverse da quella che lo emanò, non può venir convalidato da quest'ultima autorità, ma può venir sanato unicamente dal sopravvenire degli atti mancanti nel procedimento, o di loro equipollenti (v. n. 3).

A non accedere al punto di vista enunciato, si correrebbe il rischio, nella materia in questione, di lasciare all'Amministrazione stipulante facile via al consolidamento di situazioni da essa create illegittimamente, attraverso procedure nelle quali essa stessa abbia fatto in modo di eludere ed escludere gli interventi di altre autorità, che sarebbero stati necessari per « in-

---

(13) In dottrina v. gli autori cit. nella nota seg.; in giurisprudenza, v. Cass. Torino 7 luglio 1911, *Foro it.*, 1911, I, 1275; Cass. Roma 10 aprile 1934, *id.*, Rep. 1934, voce *Obbligaz. e contr.*, n. 497.

(14) In dottrina è stato ritenuto che « attesa l'impossibilità di determinare il momento iniziale, resta soggetto alla prescrizione ordinaria l'annullamento esperibile dall'Amministrazione per mancanza di autorizzazione od altri controlli » (GALLO, *op. cit.*, 255; v. già VITTA, *La giunta prov. amm.*, Milano, 1903, 469; FORTI, *op. cit.*, 820; CAMMEO, *La prescrizione*, cit., nota 45 a col. 15 segg.).

tegrare » la sua volontà, ma che essa aveva ragione di non ritenere favorevoli, o comunque temeva potessero essere sfavorevoli.

Dal punto di vista della giustizia sostanziale, ben ha deciso quindi la sentenza annotata, nell'escludere che nella specie potesse operare la prescrizione dell'azione di annullamento. È vero infatti che il contratto in sè era annullabile e non nullo, e che l'azione di caducazione era esposta, per parte dell'Amministrazione, ai termini di prescrizione. Tuttavia la prescrizione nella specie non era ammissibile, trattandosi di un vizio inerente alla mancanza, nel procedimento, di un atto dovuto da una autorità diversa da quella che aveva stipulato.



Appunti sull'atto amministrativo collettivo  
nel quadro dell'aspetto quantitativo  
degli atti giuridici

Publicato in

*Scritti Giuridici per il Centenario  
della Casa Editrice Jovene*  
Napoli, 1954, pp. 413-442



1. A quello che, molto opportunamente, di recente, un illustre Maestro ha distinto col nome di aspetto quantitativo degli atti giuridici<sup>1</sup>, e che nel quadro sistematico della teoria degli atti giuridici riveste una importanza tanto evidente, la dottrina ha in questi ultimi tempi dedicato più di un notevole contributo<sup>2</sup>. Tuttavia non mi pare che potrebbe venir considerato nel vero chi affermasse che tale aspetto della teoria generale degli atti giuridici sia stato sviscerato in ogni suo lato.

L'attenzione diretta della dottrina — per antica tradizione<sup>3</sup> — è stata prevalentemente dedicata a uno dei lati dell'aspetto quantitativo: quello che già altrove ho designato con l'attributo di strutturale<sup>4</sup>. Anzi preme subito porre in evidenza come, se si è parlato di un aspetto quantitativo degli atti giuri-

---

*Nota*: Sono lieto di ripubblicare, in onore della Casa editrice Jovene questo scritto, apparso nel 1943 in un fascicolo di *Jus* raro a trovarsi. Esso mi è particolarmente caro perchè fu l'ultimo studio cui mi fu possibile dedicarmi — tra una campagna di guerra e l'altra — alla vigilia di un lungo periodo di forzata inattività, trascorso in cattività, in quella che fu la più triste esperienza della mia vita.

<sup>1</sup> CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile* (Padova 1938) 2, 90.

<sup>2</sup> CARNELUTTI, *Sistema*, cit., 2, 90 ss., *Teoria generale del diritto* (Roma 1940) 423 ss.; GASPARRI, *Studi sugli atti giuridici complessi* (Pisa 1939); SANDULLI, *Il procedimento amministrativo* (Milano 1940) 119 ss.

<sup>3</sup> Tale tradizionale orientamento, nato dallo studio del contratto, ha, nei tempi a noi più vicini, dedicato principalmente i suoi contributi alla determinazione di quello che comunemente si suole designare col nome di atto complesso. Per la bibliografia in argomento, v. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., nota 7, 202 ss.

<sup>4</sup> SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 200 s. e *passim*.

dici, lo si sia fin qui fatto avendo esclusivo riguardo a tale lato <sup>5</sup>. I risultati raggiunti in questa direzione — soprattutto per merito della dottrina italiana — sono indubbiamente del più elevato interesse scientifico e pratico, anche se a essi non può, senza tema di smentite, venir riconosciuto quel carattere della definitività, che sul terreno della nostra scienza non può venir decisamente attribuito ad alcun concetto. A ogni modo si lascia però avvertire in maniera sensibile l'opportunità e il bisogno che essi trovino la loro degna sede nel quadro completo dell'aspetto quantitativo degli atti giuridici.

Se si vuole che realmente questo nome risponda a quanto il significato delle parole rivela, bisogna, infatti, che, nel portare l'esame su tale aspetto, non ci si limiti alla considerazione di quei casi, in cui la combinazione dei vari atti attenga al punto di vista strutturale. Occorre invece estendere l'analisi al quadro complessivo, sistematico, delle combinazioni di atti che la osservazione del fenomeno giuridico rivela, e anche oltre.

Lo studioso, che appunti lo sguardo in tale direzione, non tarderà a scoprire come, nel quadro delle combinazioni di atti giuridici, quello strutturale non rappresenti se non uno degli aspetti parziali. E, invero, oltre che sotto tale aspetto, il fenomeno della combinazione degli atti giuridici può venire in considerazione sotto un aspetto degno di non minore rilievo: l'aspetto formale.

Nè ciò basta. Perchè, anche fuori del caso della combinazione di atti, l'aspetto quantitativo degli atti giuridici, come si vedrà, presenta dei lati degni di non minore interesse.

Lungi dal presumere di poter raggiungere in materia il risultato della completezza, in questa sede mi limiterò alla delibazione del tema. Lo scopo specifico che questi brevi appunti si propongono è, infatti, ben più modesto. Essi tendono soltanto alla individuazione della nozione e delle caratteristiche della figura dell'atto amministrativo collettivo <sup>6</sup>. In ordine

<sup>5</sup> V., infatti, CARNELUTTI, *l. c. sub nota 1*.

<sup>6</sup> Altra volta ho avuto occasione di prender posizione contro quel frequente orientamento, il quale configura come atto collettivo quello in cui si riscontrano

a tale risultato, le premesse relative al problema dell'aspetto quantitativo degli atti giuridici non hanno altra funzione, che quella di spianare la strada.

2. Presenta carattere preliminare, in ordine al problema che qui si pone, la determinazione di ciò che bisogna intendere per combinazione di atti, e quindi — necessariamente e prima — la precisazione di che cosa bisogna intendere per atto elementare.

Quest'ultima è una direzione, nella quale la dottrina non si è cimentata gran che<sup>7</sup>. Su di essa a me pare, a ogni modo, dover restar fedele alla posizione altra volta assunta. Si ha un atto elementare tutte le volte che un'azione umana — la quale presenti le caratteristiche dell'atto giuridico — riveli l'attributo di entità funzionale giuridicamente sufficiente<sup>8</sup>. Si è invece fuori dell'ipotesi, sia tutte quelle volte, che venga in considerazione un comportamento, il quale non sia per sè solo sufficiente al conseguimento di uno scopo giuridico elementare, ma sia in grado di contribuire a tale scopo soltanto nel concorso di uno o più altri comportamenti del suo genere (p. es., una delle parole destinate nel loro complesso a formare una dichiarazione); sia tutte quelle altre volte, in cui si venga per contro a contatto di una combinazione di comportamenti, i quali già *ex se* siano dotati di una sufficienza giuridica propria, se pur minore di quella della combinazione nel suo complesso (p. es., contratto).

---

più dichiarazioni mosse da interessi eguali e paralleli, ma distinti. L'ipotesi si risolve, in fatti, a seconda dei casi, o in quella dell'atto complesso, o in quella dell'atto simultaneo (SANDULLI, *Il procedimento*, cit., nota 30, 217 s.). È inutile dunque spiegare come qui si intenda parlare di atto collettivo in un senso profondamente diverso. Su di esso, v., anche pel richiamo di altri impieghi della stessa espressione, *infra*, n. 10, e ivi note, e ulteriori rinvii.

<sup>7</sup> Ciò è dipeso molto anche dalla circostanza, opportunamente posta in evidenza dal v. TUHR, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* (München, Leipzig, 1914) 2, I, 191, che « alla questione dell'identità e dell'unità di una formazione giuridica non può risponderci senza un certo grado di arbitrio ».

<sup>8</sup> Cfr. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 227. In argomento, v. anche CARNE-LUTTI, *Teoria generale del reato* (Padova 1933) 48, 313 s., *Sistema*, cit., 2. 108 s.; GASPARRI, *Studi*, cit., 21.

Occorre ora vedere che cosa bisogna intendere per combinazione di atti <sup>9</sup>.

A me pare si possa correttamente affermare che il fenomeno può, di volta in volta, esser determinato da due esigenze diverse. In tutte le combinazioni di carattere strutturale, esso sorge dal bisogno dettato dalla circostanza che un certo atto elementare non sia per sè solo sufficiente in ordine a un determinato scopo che si abbia di mira <sup>10</sup>. Negli altri casi ripete invece il suo fondamento dall'aspirazione all'economia dei mezzi giuridici <sup>11</sup>.

Si tratta però di un fenomeno, — occorre subito aggiungerlo — il quale, a prescindere dalla già rilevata duplicità degli aspetti sotto cui può rivelarsi, presenta tutta una gamma ben varia di intensità. Si parte dalle ipotesi, in cui, per i legami di stretta intimità che uniscono le varie unità elementari, è corretto parlare della fusione di più atti in un solo atto composto <sup>12</sup>. E si arriva alle ipotesi, in cui i legami sono quelli, assai meno intimi, che passano tra presupposto e conseguente, o addirittura, al limite, quelli che possono passare tra i diversi atti presi in una medesima riunione deliberativa, e ispirati da un medesimo movente <sup>13</sup>.

Tra le ipotesi estreme esistono però i gradi intermedi. E sono caratterizzati — si può dire — dal fatto che il linguaggio comune parla anche in relazione a essi di atto unico: mentre,

---

<sup>9</sup> Su tale concetto si è pure di recente fermato, per considerarlo anche fuori dell'ipotesi delle combinazioni di carattere strutturale, il GASPARRI, *Studi*, cit., 13 s., 25, e *passim*.

<sup>10</sup> In tal senso, v. già CARNELUTTI, *Sistema*, cit., 2, 92.

<sup>11</sup> Quello dell'economia dei mezzi giuridici è un principio, il quale pervade di sè tutto il sistema. Da esso traggono la loro origine degli altri essenziali principi, tra i quali il più vistoso è quello della conservazione dei valori giuridici. Su questo, v., anche per ulteriori richiami, da ultimo, LUCIFREDI, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali* (Milano 1941) 368 ss. Sul primo, v., per tutti, CARNELUTTI, *Sistema*, cit., I (1936) 142, 909, e *passim*.

<sup>12</sup> Su di esse, v. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 193 ss.

<sup>13</sup> Si può dire che, in quest'ultimo caso, soltanto ai fini di una eventuale interpretazione estratestuale può avere interesse il prendere in considerazione la circostanza dell'unità temporale delle diverse deliberazioni prese dal medesimo agente.

per contro, gli atti che si combinano non presentano, in essi, gli uni nei confronti degli altri, quel carattere di assoluta indiscindibilità, dovuto alla stretta interdipendenza funzionale e all'unità strutturale, che individua i casi in cui correttamente può parlarsi di più atti fusi in un sol atto. Qui, se bene si presentino uniti, i singoli atti elementari, che alla combinazione danno luogo, possono venir giuridicamente scissi gli uni dagli altri, senza che con ciò la combinazione ne soffra fuori che nel suo aspetto quantitativo. La combinazione cioè non si risolve in questo caso in una composizione, ma semplicemente in una somma di atti.

Di una combinazione di atti, come si è visto, può dunque parlarsi — si tratta di un concetto molto lato — tutte le volte che l'osservazione del fenomeno giuridico riveli una pluralità di atti elementari tra loro collegati in un qualche rapporto di connessione. La loro connessione — come sarà dato osservare più avanti — è per solito dovuta all'avere in comune uno degli elementi fondamentali individuatori, vale a dire l'agente o il risultato. E la combinazione che ne deriva può assumere i diversi aspetti e i diversi gradi di intensità di cui si è fatto cenno, e ai quali più avanti si farà più preciso riferimento.

**3.** Scopo dei presenti appunti è, come si è detto, quello di individuare e determinare la categoria dell'atto collettivo. Apparirà quindi logico se, nello scendere a considerare in modo specifico i diversi aspetti sotto cui può presentarsi il fenomeno della combinazione di atti, l'indagine si fermerà esclusivamente su quei casi, in cui, nella comune accezione, si vuol far ricorrere la fusione di più atti in un'atto solo. Si può, del resto, osservare che questo è, in fondo, l'aspetto suscettibile di maggiore interesse, anche perchè, ove si prescinda dall'attenzione dedicata a quei casi in cui la configurazione della fusione di più atti in un solo trova la sua giustificazione in ragioni di indole strutturale, è proprio quello che meno ha formato oggetto d'indagine. Per contro si può invece dire che la dottrina si sia sufficientemente fermata a considerare il carattere e la funzione dei rapporti, che si instaurano in quei casi in cui la relazione non è tale che possa prospettarsi l'ipotesi della fusione

di più atti elementari in un sol atto di maggiore ampiezza <sup>14</sup>.

Nel passare all'analisi delle varie ipotesi di fusione di atti elementari in un atto unico, che la comune interpretazione del fenomeno giuridico suole profilare a seconda dei diversi aspetti sotto cui più atti possono combinarsi, non ci si soffermerà in modo particolare sulle diverse figure dell'atto composto. Come venne illustrato in sede più propria (oggetto d'indagine era allora appunto lo studio della struttura della fattispecie), l'atto composto è espressione caratteristica del caso in cui si riscontra la combinazione strutturale di più atti in un atto solo. Nelle varie ipotesi della categoria — atto complesso e contratto, atto continuato, atto composto in senso stretto — tra i diversi atti elementari (posti in essere ora da agenti diversi, ora dallo stesso agente), che si fondono nell'atto composto, esiste una stretta interdipendenza funzionale. Essa trova la sua ragione nella unità del fine immediato dei diversi elementi costitutivi, e vale a determinare quella salda unità strutturale, in cui l'essenza stessa di ciascun elemento è indissolubilmente condizionata dalla esistenza di tutti gli altri <sup>15</sup>.

In relazione a questi casi, nei quali, date le caratteristiche specifiche dell'unità strutturale risultante dalla composizione delle singole entità elementari, l'unificazione è fuori dubbio, nulla avrei da aggiungere a quanto, nella sede nella quale me ne sono direttamente occupato, ho avuto occasione di svolgere. Potrà essere qui soltanto il caso di formulare, *per incidens*, un giudizio di dissenso in ordine a una proposta avanzata in argomento, molto di recente, da quello scrittore che allo studio della combinazione degli atti sotto l'aspetto strutturale ha forse dedicato i più fini e acuti contributi <sup>16</sup>. Sulle basi di tale proposta, sarebbe da identificare una figura di atto composto —

<sup>14</sup> Intendo qui riferirmi particolarmente ai rapporti che passano tra il presupposto e l'atto che lo presuppone, e tra l'elemento d'efficacia e l'atto che ne viene condizionato (su di essi, v., da ultimo, anche per ulteriori richiami, SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 43 ss., 121 ss., 175 ss., 260 ss.). Quanto al caso, più sopra prospettato nel testo, delle diverse deliberazioni, magari ispirate dagli stessi moventi, prese in una medesima riunione, è da riconoscere come per esso si sia, se pure al limite, già fuori dell'ipotesi della combinazione di atti.

<sup>15</sup> Su questi concetti, v. ampiamente SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 193 ss.

<sup>16</sup> CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., 429 ss.

intesa l'espressione in accezione particolare —, a seconda dei casi unipersonale o pluripersonale, da comprendere a sua volta nella categoria dell'atto complesso, in quelle ipotesi in cui si abbia a riscontrare — secondo la terminologia adottata — l'« integrazione » di un atto da parte di un altro: così p. es., nell'ipotesi della convalida dell'atto annullabile, da parte dell'autore; in quella della ratifica dell'atto del gestore, da parte del *dominus negotii*; ecc. E il formulato dissenso apparirà giustificato, sol che si consideri come tra le diverse unità elementari manchi qui ogni salda intimità di vincoli strutturali: soprattutto perchè tra esse non è dato rilevare quella stretta interdipendenza funzionale, che sarebbe essenziale per poter parlare di una loro composizione in unità strutturale<sup>17</sup>.

In questa sede, dati i fini della ricerca, potrà essere tuttavia opportuno, in argomento, ribadire il concetto, a suo tempo formulato, secondo cui un'unica entità strutturale non può venir riconosciuta neanche nell'ipotesi di quella figura per la quale accolsi la denominazione di atto simultaneo<sup>18</sup>. Essa ricorre nell'ipotesi, in cui in un'unica dichiarazione concorrono — e si tratta di concorso non necessario — degli atti dello stesso genere, ma rivolti in direzione diversa, dovuti ad agenti diversi, i quali vi siano legittimati ciascuno in base a un proprio diverso titolo. Si pensi, a es., a un ordine dato in una sola volta, con un'unica pronuncia, da più ministri, al personale da ciascuno rispettivamente dipendente<sup>18a</sup>. Non è chi non veda come il voler inquadrare il caso in questione negli schemi dell'atto composto urterebbe gravemente contro i principi formulati in relazione alla categoria. Nel caso in esame, la simultaneità, anzi l'unità, della dichiarazione, che fa capo ai diversi

<sup>17</sup> La relazione tra i due atti, che vorrebbero vedersi appartenenti a un solo atto composto, è qui ben altra, che quella che correttamente può venir riconosciuta nei casi nei quali effettivamente può parlarsi della fusione di più atti in un atto solo. Essa è quella — altra volta presa in esame (SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 61, 173 s., 345) —, che passa tra due atti, dei quali l'uno venga preso a oggetto della pronuncia dell'altro.

<sup>18</sup> V. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., in nota, 218.

<sup>18a</sup> L'esempio è dello ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*,<sup>2</sup> (Milano 1939) I. 294.

agenti, rivolti ciascuno a regolare la materia per la quale è, in via esclusiva, legittimato, non può certo valere a esprimere un vincolo strutturale, nè tanto meno una unità dello stesso genere. Essa vale a rivelare nient'altro che una combinazione di carattere ben più tenue, meramente formale, la quale non è affatto sufficiente a far sì che i singoli elementi vengano considerati privati della loro indipendenza, e fusi in un solo atto composto. Siamo cioè di fronte a un caso tipico, in cui non può parlarsi se non di una somma di atti <sup>19</sup>.

4. Nei casi in cui la combinazione è di carattere strutturale, essa — come già si è avvertito — trova la sua ragion d'essere nella circostanza che le singole unità elementari non sono per sé sole sufficienti in ordine allo scopo avuto di mira. La caratteristica che qui ricorre — come a suo luogo si vide — è l'unità dello scopo immediato delle singole entità elementari, e cioè il loro convergere in modo immediato verso un solo risultato unitario, in ordine al quale ciascuna non è per sé sola sufficiente <sup>20</sup>. E, siccome, soprattutto nel campo del diritto, il risultato avuto di mira è il vero elemento individuatore dell'azione umana, apparirà naturale e logica l'assunzione in un'entità strutturale unitaria di quelle azioni, le quali si coordinino in vista del raggiungimento immediato di un solo risultato unitario <sup>21</sup>. La salda unità strutturale discende qui immediatamente dalla peculiare consistenza della forza di coesione, che il risultato cui insieme tendono, e in ordine al quale ciascuna non è da sola sufficiente, dà alle singole entità componenti, le quali,

<sup>19</sup> Il fatto che l'atto simultaneo sia stato dalla dottrina sovente inquadrato, sotto il nome di atto collettivo (per ulteriori richiami, v. l. c. sub nota <sup>18</sup>), tra i casi di combinazioni di carattere strutturale, e sia stato tenuto molto vicino all'atto complesso, è dovuto alla circostanza che la dottrina, la quale, nel considerare le combinazioni di atti, ha avuto generalmente riguardo solo a quelle risultanti dalla coordinazione dell'operato di diversi agenti, si è lasciata fuorviare dalla considerazione che anche nel caso dell'atto simultaneo si ha un concorso di agenti diversi.

<sup>20</sup> In tal senso, v. anche GASPARRI, *Studi*, cit., 31 s., in relazione alla categoria che egli designa col nome di atto complesso, la quale solo di poco è meno comprensiva di quella da me designata col nome di atto composto in senso ampio.

<sup>21</sup> Esattamente è stato avvertito dal GASPARRI, *Studi*, cit., 26, che « ciò che determina la unità di un atto giuridico è la individualità del suo risultato ».

per ciò stesso, si rivelano unite da un nesso di interdipendenza funzionale. In ciò trova la sua reale giustificazione il fatto che qui sia veramente corretto parlare della fusione di più atti in un solo atto composto. E l'esattezza di tale formulazione trova, a sua volta, adeguata conferma nell'osservazione del fenomeno, la quale rivela la diversità di trattamento giuridico riservata, tra i casi di combinazione di atti, a quello in cui effettivamente può parlarsi della fusione di più atti in un atto solo<sup>22</sup>.

Negli altri casi, nei quali comunemente si suole parlare di un sol atto formato di più atti — e, tra essi, in quello, poc'anzi considerato, dell'atto simultaneo — la combinazione — come pure è stato avvertito — trova il suo fondamento nel principio dell'economia dei mezzi giuridici. Essa non è di carattere necessario e strutturale. Ma si presenta, piuttosto, di indole meramente occasionale, e di natura formale. E, come l'analisi rivelerà, per essa non si viene mai a contatto di ipotesi, nelle quali si possa dire che la concezione comune — secondo cui anche qui si avrebbe la fusione di più atti in un sol atto — sia correttamente indirizzata<sup>23</sup>.

Si è visto come l'elemento, in relazione al quale il rapporto di connessione si determina nel caso dell'atto composto, sia costituito dal risultato immediatamente avuto di mira, il quale è uno solo, e necessariamente tale, presso tutti i componenti; e si è visto come l'intimità dei vincoli determinata dall'aver in comune tale elemento si risolva nell'unità strutturale risultante dalla combinazione delle singole entità elementari. L'elemento comune, nei casi che ora vengono in esame, è invece, per solito, soltanto quello soggettivo<sup>24</sup>. La combinazione sorge

<sup>22</sup> Su di che, v. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 199, 335 ss.

<sup>23</sup> La irrilevanza del criterio formale al fine di determinare se nelle singole ipotesi si venga a contatto di uno o più atti, è universalmente riconosciuta. Sulla possibilità che in un solo documento siano compresi più atti, v., per tutti, v. TUHR, *Der allg. Teil.*, cit., 2. I. 191.

<sup>24</sup> L'osservazione rivela però talvolta, come si è visto, dei casi, in cui, pur fuori dell'ipotesi dell'atto composto, un'unica dichiarazione ha per autori agenti diversi. Tale è il caso dell'atto simultaneo. In ipotesi di tal genere, del tutto eccezionali, essendo diversi tanto l'agente, quanto il risultato dei singoli compo-

qui dalla circostanza che le singole entità elementari hanno in comune l'agente. E non è certo questa una circostanza, la quale sia in grado di determinare tra i componenti quella stretta interdipendenza funzionale, la quale possa valere a farli concepire, in senso corretto e tecnico, come elementi costitutivi di un sol atto. Se, in ordine alla fusione di più atti in un sol atto, può essere momento determinante l'unità del risultato avuto di mira, certo non può del pari esserlo l'unicità del soggetto agente. Un solo agente può, infatti, orientare la sua azione in una indefinita pluralità di direzioni. E, quando la orienti in un'unica direzione, si rientra nell'ipotesi dell'atto composto, sotto la specie dell'atto continuato.

La combinazione, nella quale può risolversi la circostanza che più atti, senza avere in comune il risultato proposto, abbiano in comune l'agente, quando realmente ricorra, non può dunque avere — dopo quanto si è venuto osservando — se non carattere formale. Se accade cioè che, di due atti, i quali, senza tendere a un solo risultato, promanino da un solo agente, si senta parlare come di un atto unico, ciò non può avvenire se non in riferimento a una unicità di indole formale. E in tanto può avvenire, in quanto i diversi atti elementari vengano dall'agente espressi con un'unica manifestazione. Nelle ipotesi in cui i diversi atti dello stesso agente non dovessero trovare la loro estrinsecazione attraverso una sola manifestazione, mancherebbe, infatti, il *minimum* per il sorgere della più lontana possibilità di prospettare il caso di un atto unitario.

5. A questo punto, occorre però porsi una domanda di particolare interesse. Quando può dirsi che sotto un'unica manifestazione esistono più atti? Come è noto, ciascun atto si rivela nel mondo esterno attraverso una certa forma, vale a dire attraverso una certa veste esteriore. Presupposto essenziale perchè un atto possa acquistare rilevanza per il diritto, è che esso venga percepito da parte dell'uomo: e la sua percezione in tanto è possibile, in quanto esso imprima nella realtà una traccia di sé. Nè importa che questa traccia, la quale è appunto

---

nenti, unico elemento comune resta la forma dell'atto. E quindi il nesso è ancora più tenue.

quella che in senso tecnico si designa col nome di forma, sia particolarmente vistosa : quando sia *concludens*, anche l'inerzia può, infatti, essere sufficiente a rivelare l'atto giuridico <sup>25</sup>.

Ora, se è vero che un atto in tanto può esservi, in quanto vi sia un contenuto e una forma, come e quando potrà dirsi che sotto una sola forma esistano più atti? Certo non tutte le volte che il contenuto rivestito di una determinata forma venga a toccare più soggetti — e quindi più rapporti <sup>26</sup> — può dirsi che si venga a contatto d'una pluralità di atti. E' troppo nota la categoria degli atti di contenuto generale — che nessuno ha mai, solo per tale qualità, inquadrati tra le combinazioni di atti <sup>27</sup> — perchè occorra insistere su questa proposizione. Tuttavia, per altro, nessuno, dalla esatta proposizione teorica che a ciascun atto sono essenziali un contenuto e una forma, potrebbe correttamente ricavare la conseguenza della inconcepibilità di una forma con più contenuti. E ciò non fosse altro, che per la considerazione che, se un atto può essere riconosciuto persino sotto un comportamento inattivo, a maggior ragione lo si potrà, a es., riconoscere — quando essa possa venir considerata *concludens* anche in tale direzione — sotto una forma direttamente rivolta a esprimere un atto diverso <sup>28</sup>, o — quanto più a noi interessa — sotto una forma rivolta a esprimere, contemporaneamente a esso, uno o più atti diversi.

Può dunque venir formulato correttamente il principio che sotto una qualsiasi forma sono da riconoscere tanti atti, quanti sono i contenuti aventi una propria individualità, sufficienza, e autonomia giuridica, che essa riesce a rivelare. Tutte le volte, dunque, che sotto un'unica dichiarazione — e questa è la risposta alla domanda che ci eravamo proposta — sia dato riscontrare tale fenomeno, dovrà convenirsi che si è a

<sup>25</sup> Sulla differenza tra forma e contenuto dell'atto giuridico, v. SANDULLI, *Osservazioni sull'impugnabilità giurisdizionale degli atti amministrativi non scritti*, in *Arch. giur.*, 126 (1941) 79 ss., e ivi, *sub nota* 1 a p. 79, ulteriori richiami.

<sup>26</sup> Contro l'ammissibilità di un rapporto giuridico multilaterale, v., da ultimo, ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi* (Milano, 1935) 50.

<sup>27</sup> V. *infra*, n. 9.

<sup>28</sup> Per qualche esempio, v. FRAGOLA, *La dichiarazione tacita di volontà della pubblica amministrazione* (Napoli 1938) 71 ss. e in nota a p. 77 ss.

contatto di una pluralità di atti. E la fattispecie di ciascuno di essi sarà costituita, di volta in volta, dal contenuto che a esso specificamente attiene, e dalla forma — o da quella parte di essa — che ha comune con gli altri.

Ci si può ora prospettare un'altra domanda, per certo lato inversa rispetto a quella alla quale si è data risposta. Quando può dirsi che si sia a contatto di una forma unica, e quando invece deve dirsi che si è a contatto di più forme diverse? Il quesito naturalmente non può sorgere, se non in quanto esista una pluralità di contenuti <sup>29</sup>. Dove il contenuto è unico, nessun dubbio che la forma non possa essere che unica <sup>30</sup>. Quando, per contro, i contenuti siano più, non è difficile prospettare l'ipotesi che soltanto apparentemente, in quanto venga, a es..

---

<sup>29</sup> A torto potrebbe volersi ricavare il contrario dalla circostanza che in taluni casi si riscontra, ad es., una partecipazione della motivazione dell'atto separata dalla partecipazione del suo dispositivo. Come venne posto in evidenza allorchè si ebbe già occasione di prendere in considerazione tale ipotesi, qui la duplicità della comunicazione non vale affatto a rivelare una duplicità di atti comunicati (SANDULLI, *Il procedimento*, cit., nota 3 a p. 231 s.). È vero, in fatti, che la motivazione, come è stato di recente autorevolmente ribadito, non può farsi rientrare nel contenuto dell'atto, quando tale concetto venga limitato al solo dispositivo (cfr. LUCIFREDI, *L'atto amministrativo*, cit., 17 ss.). Tuttavia, non rappresentando essa, se non la manifestazione di uno degli aspetti di quanto viene dichiarato — l'aspetto teleologico —, la motivazione non si pone certamente, rispetto a quello di cui espone i motivi, come un atto autonomo (cfr. GASPARRI, *Studi*, cit., 34). Essa va, quindi, a ogni modo, sempre considerata come facente parte del contenuto dell'atto, quando tale espressione venga intesa, in senso più ampio rispetto a quella che ne limita l'applicazione al solo dispositivo, fino a comprendervi tutto quanto non rientra nel concetto di forma. E, siccome nulla vieta che venga fatta oggetto di comunicazione qualsiasi notizia, nulla può impedire che a volte il dispositivo e la motivazione di un atto, pur non essendo che momenti di un atto solo, formino oggetto di due diverse comunicazioni. Nè ciò può significare che qui si abbia un contenuto con due forme. Perchè la comunicazione è un atto distinto da quello che comunica: e non è forma di esso.

<sup>30</sup> Non è logicamente formulabile l'ipotesi che un solo contenuto venga compreso sotto due diverse forme. Supponiamo, in fatti, a es., il caso di un atto, per cui esista l'obbligo della motivazione, ma la cui motivazione venga omessa nell'atto di dichiararne il dispositivo, e venga dall'autorità enunciata soltanto in un secondo momento. In un caso del genere, non ci si trova, per ipotesi, di fronte a due forme diverse: ma soltanto di fronte a due parti di un'unica forma. La dichiarazione del solo dispositivo non rappresentava, in fatti, se non in modo incompleto, la forma dell'atto.

in questione un solo documento, o un solo discorso, si venga a contatto di un'unica forma. Quando le singole parti del documento o del discorso abbiano per sè autonoma compiutezza, corrispondente alla compiutezza autonoma dei singoli diversi contenuti che ciascuna di esse rivela, non pare, infatti, sia il caso di parlare, nel senso più corretto, di una forma unica <sup>31</sup>.

Unicità di forma con pluralità di contenuti, e quindi con pluralità di atti, è da riconoscere dunque esclusivamente in quei casi, in cui effettivamente possa dirsi che i diversi atti vengano rivelati attraverso un comportamento esteriore compiuto, e per sua essenza unitario: vale a dire attraverso un comportamento, che, se non si presentasse nella integrità nella quale si presenta, non sarebbe sufficiente a esprimere alcuno degli atti che esprime <sup>32</sup>. Solo in questa ipotesi può parlarsi, in senso corretto e tecnico, di una contestualità dei diversi atti espressi da quella determinata forma che viene in esame. Nell'altra ipotesi si viene, infatti, a contatto soltanto di un caso di contestualità apparente.

Contestualità significa unità formale dei diversi atti, che vengono compresi sotto la stessa veste esteriore. Si tratta dunque — non è chi non lo veda (ed è appena necessario insistervi) — di un fenomeno di unificazione, il quale per il suo

<sup>31</sup> Si pensi, a es., al caso, frequentissimo, in cui in una sola riunione il Consiglio dei ministri, o un altro qualsiasi collegio, prenda una serie di deliberazioni. In una ipotesi del genere, l'unicità del processo verbale non può affatto significare unicità di forma. Ciascuna delle deliberazioni ha qui una forma distinta da quella delle altre: ed è costituita da quella dichiarazione singola, che potrebbe venir fatto di considerare come semplice parte di quella che si potrebbe voler considerare come la dichiarazione complessiva. Altrettanto può dirsi — mi pare — nell'ipotesi del testamento con pluralità di disposizioni, nel quale, come esattamente è stato di recente posto in evidenza, non ci si trova di fronte a un atto unico, ma a tanti atti, quante sono le disposizioni [cfr. COSATTINI, *Divergenza fra dichiarazione e volontà nella disposizione testamentaria*, nella *Riv. di dir. civ.*, (1937) 413 s. e nota 1 a p. 413].

<sup>32</sup> Molte volte potrà tuttavia riscontrarsi il caso che una parte del documento sia comune ai diversi atti in esso compresi, mentre altre parti siano specifiche dei singoli atti. In ipotesi di tal genere, ciascun atto avrà in comune con gli altri una parte della propria forma. Si pensi, ad es., al caso di più deliberazioni prese in un'unica seduta, dopo aver formulato una volta tanto un preambolo comune a tutte.

carattere, e per il diverso fondamento che lo giustifica, nulla ha che vedere con quel fenomeno di unificazione sostanziale, che, come si è visto, si determina allorchè le singole unità elementari si compongono in vera e propria unità strutturale. Ma si tratta, a ogni modo, sempre di un caso di unificazione per nulla trascurabile, e da tener ben di conto, soprattutto per i riflessi che è suscettibile di avere, a es., in ordine al problema dell'invalidità dei singoli componenti, e in ordine a quello della loro interpretazione<sup>33</sup>.

6. Acquisiti questi concetti, fin qui poco approfonditi nella dottrina, è ora opportuno gettare uno sguardo sui diversi aspetti che può assumere il caso di una pluralità di atti compresi sotto un'unica forma. I singoli atti contestuali possono, infatti, di volta in volta, avere per oggetto ciascuno una disposizione di carattere diverso da quelle degli altri, o ciascuno una disposizione di carattere identico rispetto alle altre<sup>34</sup>, ma riguardante un destinatario diverso.

Della prima ipotesi, dato quanto si è detto circa i casi, nei quali, più che di una contestualità in senso tecnico, può parlarsi soltanto di una contestualità apparente, non sono molto frequenti gli esempi. Quando l'oggetto delle disposizioni è diverso, si incorre, infatti, per solito, nell'ipotesi di una contestualità meramente apparente<sup>35</sup>. Tuttavia non è difficile for-

<sup>33</sup> Occorre sempre tener presente il fondamentale principio che la valutazione della volontà va sempre ricavata, nel campo del diritto, dal modo con cui essa si sia rivelata nel mondo esterno. Su tale principio, v., anche per ulteriori rinvii, da ultimo, SANDULLI, *Osservazioni*, cit., nota I a p. 187.

<sup>34</sup> Naturalmente l'identità del contenuto delle singole disposizioni non può qui essere intesa in senso assoluto. Dove esistono più disposizioni, per ciò stesso — quando il concetto voglia essere inteso nel senso più assoluto — dovrà riconoscersi di essere a contatto di disposizioni aventi diverso contenuto. La identità del contenuto può dunque venire qui intesa soltanto con valore relativo. Soltanto quando si prenda l'espressione nel suo senso meno assoluto, può dirsi, ad es., che i diversi atti di nomina a impiego, cui si proceda con un medesimo decreto, abbiano identico contenuto. La stessa diversità di coloro nei cui confronti i diversi atti provvedono, e la diversità dei posti che i singoli impiegati vengono chiamati a coprire, sono, in fatti, per sè soli, sufficienti a rivelare che in senso assoluto non potrebbe parlarsi di provvedimenti identici nel contenuto.

<sup>35</sup> Se bene, dato il legame tra loro esistente, potrebbe esser dato di pensare altrimenti, si incorre appunto in tale ipotesi in quella zona — di recente acuta-

mulare qualche esempio. Tipico è il caso, non raro, in cui il destinatario di più proposte contrattuali di differente tenore, perfezioni i diversi contratti, in cui esse tendono a risolversi, manifestando una sola volta per tutte la propria accettazione <sup>36</sup>. Ma anche sul terreno specifico del diritto amministrativo riesce possibile prospettare qualche ipotesi. Si pensi, ad es., al caso in cui un organo consultivo, interpellato su varie questioni, si esprima con un'unica dichiarazione in senso uniforme nei confronti di tutte.

Di gran lunga più frequente e più interessante, e decisamente più interessante ai fini del presente studio, è l'ipotesi, in cui, sotto una forma unica, scritta od orale, siano compresi più atti di contenuto identico, ma rivolti a toccare la sfera giuridica di soggetti diversi. Il complesso risultante dai diversi atti contestuali può venire qui opportunamente designato con la denominazione di atto plurimo <sup>37</sup>. E come chiari esempi

---

mente esplorata in un perspicuo studio dedicato all'argomento (LUCIFREDI, *L'atto amministrativo*, cit., 78 ss.), — dove vengono in esame delle disposizioni, le quali, pur avendo contenuto accessorio rispetto ad altre proposizioni comprese nello stesso documento, presentano tuttavia, nei confronti di queste ultime, una autonomia tale, da non poter venire in considerazione come loro elementi accidentali. Tale è, p. es., il caso, non infrequente nella prassi, in cui, nel prendere una decisione di allontanamento di carattere sanzionatorio nei confronti di un impiegato, l'amministrazione si riserva di adottare nei suoi riguardi un ulteriore provvedimento destinato a offrirgli benevolmente un'altra sistemazione. E tale è anche il caso, in cui, nel chiedere da un'amministrazione diversa un certo provvedimento, una pubblica amministrazione chiede che, nell'ipotesi che quel provvedimento non dovesse venir preso, ne venga almeno adottato un certo altro. Si pensi, a es., all'ipotesi, assai comune, della richiesta da parte di una facoltà universitaria, al ministero dell'educazione nazionale, che, nell'ipotesi non venga bandito un concorso a cattedra, richiesto in via principale, ne venga bandito un altro, richiesto in via subordinata.

<sup>36</sup> Traggio l'esempio dal GASPARRI, *Studi*, cit., 27, il quale designa tale caso col nome di atto collettivo eterogeneo.

<sup>37</sup> La denominazione generalmente impiegata nella dottrina a tal proposito è quella di atto collettivo [cfr. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*,<sup>5</sup> (Milano, 1937) 37 s.; ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*,<sup>3</sup> (Padova, 1937) 226; GASPARRI, *Studi*, cit., 26; dei quali è singolare che i primi due — e non soli — impieghino in tal senso l'espressione pur dopo averla accolta anche nell'altro significato cui si è fatto cenno *supra*, sub nota 6]. Tale nome a me pare più opportuno riservare però ad altro concetto (v. *infra*, n. 10). — Una decisione del Consiglio di Stato [*V. sez.*, 3 marzo 1933,

possono venir citati la disposizione testamentaria che istituisca più eredi o legatari, il decreto che promuova più pubblici impiegati al grado superiore, l'accettazione unitaria di più proposte contrattuali aventi identico contenuto, ma provenienti da soggetti diversi.

In questa ipotesi, presso i singoli atti contestuali uno è il soggetto, una è la volontà, di un unico tenore è il contenuto delle disposizioni<sup>38</sup>. Siamo cioè a contatto di una comunione di elementi veramente vistosa. Essa non è tuttavia tale, che possa in senso corretto parlarsi di un atto unitario. Non siamo di fronte a una composizione di atti: ma siamo soltanto di fronte all'esempio tipico di una somma di atti<sup>39</sup>. Manca, infatti, quella coordinazione tendente a un unico risultato immediato, la quale sola può determinare, come si è visto, la salda unità strutturale, che può far sorgere l'atto composto. E i singoli atti compresi nello stesso testo conservano ciascuno la propria autonoma essenza, senza per nulla poter vincolare alla propria sorte quella degli altri. Un vizio, che nell'atto plurimo leda uno degli elementi comuni ai singoli atti contestuali, li vizierà naturalmente tutti. Ma un vizio, il quale sia proprio ed esclusivo di uno degli atti compresi sotto la forma unitaria, non potrà a nessun costo venir considerato come afferente l'atto plurimo nella sua unità. La vita di ciascun atto non è legata qui, come nell'atto composto, a quella degli altri. E, se uno stesso vizio può inficiare tanto l'uno, quanto l'altro dei singoli atti, ciò potrà dipendere unicamente dall'essere esso

---

nel *Foro it.*, (1933) III, c. 233] parlò, appunto con riguardo alla categoria in esame, di atti plurimi, intendendo designare con tale nome i diversi provvedimenti compresi sotto l'unica forma. Tale terminologia venne però criticata dal RANELLETTI, *o. c.*, nota 1 a p. 505, sulla considerazione che « non sembra che il nuovo aggettivo esprima meglio il concetto di tali atti, e specialmente la loro unità formale nella pluralità del loro contenuto ». L'obbiezione viene a essere tuttavia superata quando si dimostri l'opportunità di impiegare ad altro fine l'espressione di atto collettivo, e quando, invece che designare col nome di atti plurimi i singoli atti contestuali, si chiami — come appunto si fa nel testo — atto plurimo proprio l'atto formalmente unico che comprende i diversi atti contestuali.

<sup>38</sup> V. tuttavia quanto è stato osservato *sub* nota 34.

<sup>39</sup> Cfr., per tutti, RANELLETTI, *Le guarentigie*, cit., 38; ROMANO, *Corso*, 226.

comune ai singoli atti, e non certo dall'essere un vizio proprio dell'unità formale.

Prendiamo un caso tipico di atto plurimo : il decreto che nomina all'impiego i candidati dichiarati vincitori in un concorso. E' per sè solo evidente, che qui si viene a contatto di una pluralità di atti, i quali soltanto dal punto di vista formale appaiono uniti in un atto unico. L'atto plurimo, formalmente unico, col quale i singoli vincitori vengono chiamati a coprire i posti messi a concorso, si risolve in effetti in una pluralità di atti singoli : tanti, quanti sono i nuovi impiegati nei confronti dei quali si provvede. E un difetto, che se si avesse a riscontrare nel decreto, in tanto può venir considerato esteso a tutte le singole nomine, in quanto sia comune a tutti i singoli atti — vale a dire, in quanto attenga a un elemento comune a tutti (p. es., un vizio di forma, un vizio di procedura, un vizio di competenza). Mentre non potrebbe, per contro, inficiare nella sua integrità l'atto plurimo — e cioè tutti i singoli atti di nomina — quel vizio, il quale fosse proprio ed esclusivo di uno o di più degli atti specifici, e cioè quel vizio, il quale cadesse su uno degli elementi non comuni a tutti gli atti contenuti nel provvedimento formalmente unico (p. es., un vizio di eccesso di potere commesso nel preferire un concorrente a un altro).

7. Lo studio dell'aspetto quantitativo degli atti giuridici, come più sopra venne posto in evidenza, non si esaurisce però nella considerazione delle varie ipotesi di combinazione di atti. Questo costituisca indubbiamente il lato più vistoso di tale studio. Ma, quando, come negli svolgimenti che precedono, si sia esaurito l'esame di esso, occorre, per completare l'indagine, portare l'attenzione sugli altri lati, che l'aspetto in questione presenta. Ed essi sono poi forse proprio quelli su cui — almeno da un punto di vista unitario — la dottrina meno ha avuto occasione di fermarsi.

Anche qui non è il caso di presumere di dissodare il terreno che ci si offre davanti, nel modo più esauriente. Il risultato modesto avuto di mira dispensa, del resto, da tale responsabilità. Mi limiterò dunque a fermare l'attenzione su tre peculiari, caratteristiche figure di atti, che, sotto il profilo che

qui viene in rilievo, assurgono a particolare interesse. Esse sono l'atto misto, l'atto generale, e l'atto collettivo. Pur ponendosi l'una nei confronti delle altre — e particolarmente la prima rispetto alle altre due — su dei piani concettuali nettamente differenziati, queste tre figure hanno in comune la caratteristica di attenere all'aspetto quantitativo degli atti giuridici. E ciò pur quando non siano che degli atti semplici, e pur quando non entrino in alcuna combinazione con altri atti. Il loro entrare o il loro risolversi in una combinazione di atti non ha, infatti, qui alcuna rilevanza in ordine al loro inquadramento in seno al problema dell'aspetto quantitativo degli atti giuridici. Perchè esse attengono sempre a tale aspetto, pur quando non siano — come molto di frequente accade — che degli atti semplici. E questo appunto rappresenta la loro caratteristica d'individuazione rispetto al caso della combinazione di atti, che fin qui ha formato oggetto d'attenzione.

Prima di passare all'esame delle riferite figure, sarà opportuno precisare in ordine a quale dei loro lati esse attengono all'aspetto quantitativo dell'atto giuridico. A tal fine si può osservare come nell'atto misto l'aspetto quantitativo venga in considerazione in ordine alla natura dell'atto. Questa, infatti, dove l'ipotesi ricorra, non è quella di uno qualsiasi dei tipi riscontrabili nel sistema, ma presenta a un tempo le caratteristiche di più atti di natura diversa, vale a dire di più tipi giuridici<sup>40</sup>. Nell'atto generale e in quello collettivo l'aspetto quantitativo viene invece in riguardo per ciò che attiene ai destinatari. Tanto l'una, quanto l'altra specie di atto vengono, infatti, sempre a toccare con la propria azione una pluralità di soggetti.

#### 8. Veniamo ora all'analisi.

Di un atto misto è a parlare tutte le volte che ci si trovi a contatto di un atto — non importa se semplice, o se risultante dalla combinazione di più atti —, il quale riunisca in sé i caratteri, a un tempo, di una pluralità di atti di diverso tipo

<sup>40</sup> Sul concetto di tipo giuridico v. le recenti perspicue osservazioni del CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., 432 ss.

giuridico. Si rileva dunque, in questo caso, in un atto solo, una combinazione di elementi diversi, propri ciascuno di un determinato tipo <sup>41</sup>. Ma quel che è importante notare, è che non per questo si tratta di una combinazione di atti.

Perchè di una combinazione di atti in senso tecnico possa parlarsi, è necessario trovarsi a contatto di una pluralità di azioni umane dotate di una propria sufficienza giuridica, e cioè di una pluralità di atti. Qui invece il fenomeno è tutt'altro. Si viene, infatti, a contatto non di una combinazione di carattere strutturale di diversi fatti giuridici elementari: ma semplicemente di una combinazione — di carattere (se così si può dire) astratto — delle caratteristiche proprie di più tipi giuridici. L'azione, infatti, è unica. Se, dunque, alla prima impressione di chi appena si prospettasse la questione potrebbe presentarsi il dubbio di trovarsi a contatto di una combinazione di atti — e, dati i caratteri posti in evidenza, il dubbio potrebbe sorgere non soltanto in relazione al fenomeno della combinazione di carattere strutturale, ma anche in relazione a quei casi di combinazione di carattere formale, nei quali è dato riscontrare più atti aventi un contenuto diverso <sup>42</sup> —, dopo que-

---

<sup>41</sup> Errerebbe chi volesse veder ricorrere l'ipotesi nel caso degli atti motivati (o di quegli atti, in genere, che impropriamente vennero designati dal CARNE-LUTTI, *Sistema*, cit., 2, 108, col nome di atto composto). Quanto in tal caso si rileva è l'istituzionale concorso dell'esposizione dei motivi accanto al dispositivo dell'atto. Ma questo, come non si traduce in una combinazione di atti diversi (v. *supra*, nota 29), non si traduce neanche in una combinazione di elementi di tipi giuridici diversi. L'esposizione dei motivi, infatti, è da considerare come inerente appunto al tipo giuridico dell'atto il cui dispositivo tende a giustificare, e non come espressione di un tipo giuridico diverso. Dispositivo e motivazione sono — nel senso più materiale dell'espressione — due distinte parti di quello che viene designato col nome di contenuto in senso ampio dell'atto. E sarebbe grave sbaglio il considerarli *sub specie* di elementi di una combinazione di carattere astratto, e cioè di un tipo risultante dal concorso di tipi giuridici diversi.

<sup>42</sup> L'osservazione verrebbe a torto tacciata di banalità. Anche presso qualche acuto scrittore l'ipotesi della contestualità e quella dell'atto misto non sempre sono state, infatti, adeguatamente discriminate. Il LUCIFREDI, *L'atto amministrativo*, cit., 79 [e già prima, in *Questioni in tema di responsabilità civile di amministratori di enti locali*, nel *Foro it.* (1935) 4, c. 364 ss] propone, a es., l'impiego, nel caso di atti contestuali — e, anzi, nel caso di atti solo apparentemente contestuali —, della designazione di atti oggettivamente complessi, la quale no-

sti pochi rilievi ogni perplessità dovrebbe risultare dissipata. Qui non si viene a contatto di più atti: ma di un solo atto, il cui tipo risulta dalla combinazione dei tipi giuridici di atti diversi<sup>43</sup>.

Una solida riprova delle enunciate proposizioni può venire offerta dal concreto riferimento a qualcuno di quelli che possono venir citati come casi tipici di atti misti. Si pensi — per riferire un esempio molto comune — all'abbonamento alle cassette di sicurezza, il quale — sulla base dell'opinione più accreditata — va considerato come un contratto misto — risultante, a seconda dei diversi punti di vista, di locazione di cose e d'opera, o di locazione di cose e deposito<sup>44</sup>. E si pensi — nel campo del diritto amministrativo — alle designazioni, le quali partecipano della natura del parere e della proposta<sup>45</sup>, e forse anche degli atti di assenso necessariamente

---

toriamente venne introdotta su un terreno, che è molto più affine a quello degli atti misti, di quanto non lo sia a quello degli atti contestuali (v. nota seg.).

<sup>43</sup> Dall'ipotesi dell'atto misto, qui delineata — vale a dire dall'ipotesi dell'atto che presenta i caratteri di due o più specifici tipi giuridici —, va tenuta distinta quella dell'atto, il quale si presenti misto non perchè abbia i caratteri di più tipi, ma addirittura perchè riveli a un tempo le caratteristiche di più di una delle categorie generali in cui si suole dividere l'atto giuridico. L'ipotesi è tutt'altro che ignota alla dottrina tradizionale [v. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi* (Milano 1939) 307 ss., e ivi ulteriori richiami], la quale nei suoi confronti ha adottato talvolta la designazione di atto oggettivamente complesso [cfr. CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, negli *Studi sul processo civile*, (Padova, 1930) 2, 224 ss.]. E, come esempi di particolare evidenza, possono venir citati la sentenza costitutiva (CALAMANDREI, *l. c.*), o addirittura la sentenza in generale [BONNARD, *La conception materielle de la fonction juridictionnelle*, nei *Mélanges Carré de Malberg* (Paris, 1933) 25, 29] e la proposta (SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 155), le quali, se bene in proporzione e in funzione diversa, paiono tutte presentare a un tempo i caratteri della manifestazione di volontà e della manifestazione di giudizio. Ciò che qui importa porre in evidenza, è che tanto la sentenza, quanto la proposta, quanto in genere gli atti che possono venir compresi nella categoria che si considera, sono, a differenza dalla categoria cui nel testo ci si riferisce, dei tipi giuridici puri, e non dei tipi giuridici misti.

<sup>44</sup> In argomento, v., anche per ulteriori richiami, DI GENNARO, *I contratti misti* (Padova 1934) 160 s.

<sup>45</sup> Cfr. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 152 s. V. inoltre LUCIFREDI, *L'atto amministrativo*, cit., 145 e nota 45 ivi, il quale, se bene consideri le designazioni come vere e proprie proposte, riconosce che in esse, proprio come nei pareri,

preventivo, in relazione alla cui natura è stato di recente affermato che oscillerebbe tra l'autorizzazione e il parere <sup>46</sup>.

9. Portiamo ora l'attenzione su quegli atti, in ordine ai quali, pur fuori dell'ipotesi della combinazione di atti, l'aspetto quantitativo viene in riguardo per ciò che attiene ai soggetti sui quali si riflettono, in quanto si tratta di atti, i quali lasciano sentire la loro diretta ripercussione su una pluralità di soggetti.

L'ipotesi nota alla dogmatica tradizionale è quella dell'atto generale <sup>47</sup>. Si viene qui a contatto di un atto, il quale estende la sua disciplina a una pluralità di rapporti. E — quel che interessa — non si volge a una pluralità definita di individui: ma si dirige, in modo generico, a una serie indefinita di soggetti <sup>48</sup>. Senza alcuna specificazione esso toccherà tutti coloro, i quali si troveranno nelle condizioni della fattispecie ipotizzata.

Ora, mentre, nel caso dell'atto che abbia per destinatari più soggetti individualmente determinati, può effettivamente dirsi che l'ipotesi non si differenzi da quella in cui ricorra la serie degli atti individuali da cui potrebbe essere sostituita, altrettanto non può dirsi nel caso in esame. Nel primo, infatti, esistono tante legittimazioni passive, quanti sono i singoli de-

---

manca quella caratteristica dell'iniziativa, la quale viene comunemente ritenuta come propria ed essenziale della proposta. Sulla diversità delle designazioni rispetto sia ai pareri, sia alle proposte, v. anche RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 8 (Padova 1941) in nota, a pag. 262.

<sup>46</sup> Cfr. CRISAFULLI, *Sull'incompetenza del ministro proponente come vizio di legittimità dei decreti reali*, nel *Foro it.* (1941) 3, c. 218.

<sup>47</sup> Il GASPARRI, *Studi*, cit., 23, lo chiama « atto a efficacia generica ».

<sup>48</sup> Con riferimento alla categoria, formulata dallo ZANOBINI, *Corso*, cit., I, 297, degli atti « che possono dirsi generali ma non astratti, perchè riducibili a una somma, per quanto numerosa, di atti particolari », a me pare che, se la qualifica di atto generale — secondo i concetti svolti nel testo — può correttamente venir riconosciuta nell'esempio del ritiro delle licenze di porto d'armi mediante pubblici manifesti, non altrettanto possa dirsi per l'altro degli esempi addotti dallo Zanobini, e cioè per l'ordine di scioglimento rivolto a una folla. In questa ultima ipotesi siamo, infatti, secondo il mio punto di vista, di fronte a un atto collettivo: e, quindi, nè di fronte a un atto generale, nè di fronte a una serie di atti particolari (v. n. seg.). Non altrettanto mi sembra invece possa dirsi per la prima, la quale presenta tutte le caratteristiche dell'atto generale (e quindi anche quella dell'astrattezza).

stinatari : e questa circostanza, la quale implica, per la sua stessa essenza, una diversità nei termini del rapporto, e una diversità nei risultati perseguiti, si risolve necessariamente in una diversità dei singoli atti ai quali tali termini sono essenziali. Nel secondo, per contro, esiste una sola legittimazione passiva : ed è quella della collettività alla quale in modo generico l'atto si dirige.

Nessun dubbio, dunque, che qui si sia veramente a contatto di un atto unico, e che sotto l'aspetto profilato non possa nemmeno sorgere la possibilità di parlare di una combinazione di atti. Il voler affermare che un atto generale non si differenzia dalla serie degli atti individuali da cui potrebbe esser sostituito <sup>49</sup>, è da ritenere quindi, almeno sotto il riguardo che qui interessa, destituito di fondamento.

La categoria delineata si identifica con l'atto materialmente legislativo, quale che sia la forma sotto la quale si presenti (legge formale, ordinanza avente valore formale di legge, ordinanza priva di valore formale di legge). Essa non va tuttavia limitata ai casi tradizionalmente compresi sotto tale concetto. Mi pare, infatti, che poco correttamente le si potrebbe negare estensione ad altri atti, cui sono proprie le medesime caratteristiche <sup>50</sup>. E, nell'enunciare tale proposizione, intendo, per il diritto amministrativo, riferirmi segnatamente al caso del bando di concorso, al quale nessuno potrebbe correttamente contestare le caratteristiche di atto generale <sup>51</sup>.

**10.** Resta ora da portare, finalmente, l'esame sull'atto collettivo <sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Così ESPOSITO, *Norma giuridica*, nel *Nuovo digesto italiano*, (Torino, 1939) 8, 1051. V. *contra*, però, TOSATO, *Sulla natura giuridica delle leggi tributarie*, negli *Scritti giuridici in onore di Santi Romano* (Padova 1940) I, 618.

<sup>50</sup> Così, p. es., nell'ipotesi, ricordata *sub* nota 48, dell'ordine generale del ritiro del porto d'armi.

<sup>51</sup> Sulla natura giuridica del bando di concorso, v. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 77 s., e ivi richiami.

<sup>52</sup> Qui l'espressione atto collettivo vuole indicare quell'atto, il quale è rivolto a colpire direttamente, nel loro complesso, i componenti di una collettività determinata in ciascuno dei suoi individui. Essa non va dunque intesa, nè nel senso di quegli scrittori, i quali con tale nome designano i casi in cui si riscontrano più dichiarazioni mosse da interessi eguali e paralleli, ma distinti (v.

La categoria, nella configurazione che a me pare si debba attribuirle, non ha mai destato l'interesse della dogmatica tradizionale. Secondo quanto ritengo, si devono fare in essa rientrare quegli atti, i quali, nel provvedere unitariamente e indivisibilmente nei confronti di un certo complesso limitato e individualmente determinato nei suoi componenti, vengono immediatamente e direttamente a toccare la sfera giuridica di tutti i singoli componenti del complesso<sup>53</sup>. Siamo dunque fuori dell'ipotesi dell'atto generale: in quanto non è destinataria dell'atto una generalità di individui designata in modo generico. Ma siamo del pari fuori dell'ipotesi dell'atto plurimo — risultante di una somma di atti —: perchè l'atto collettivo tende a toccare il complesso nella sua unità<sup>54</sup>. Qui realmente

---

*supra*, nota 6); nè nel senso di quegli scrittori, i quali con lo stesso nome designano quello che io ho denominato atto plurimo (v. *supra*, nota 37); nè nel senso recentemente introdotto dal CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., 423 ss., nell'intento di designare comprensivamente quelle figure, che, in seno alla sua più recente formulazione della categoria dell'atto complesso (v. *supra*, n. 3), egli individua col nome di atto concorsuale e atto continuato.

L'espressione atto collettivo ha avuto, come si vede, nella dottrina, degli impieghi molto diversi. E questo dovrebbe dissuadere dall'impiegarla ancora in un ulteriore nuovo significato. Tuttavia a me pare che quello nel quale qui la impiego sia proprio il significato che meglio le si addica, tanto più che non mi pare facile trovare, per la categoria alla quale intendo attribuirle, una denominazione meglio adeguata, e tanto più che mi pare di aver sufficientemente dimostrato gli inconvenienti in cui si risolvono gli altri impieghi della stessa espressione.

Mi pare poi superfluo avvertire come l'ipotesi che qui viene in questione non abbia nulla in comune con quella, in riferimento alla quale il GASPARRI, *Studi*, cit., p. 22, 26, 100, ha parlato di « atto semplice a efficacia plurale ». In questa ultima, infatti, l'aspetto quantitativo viene in considerazione soltanto di riflesso, in quanto l'agente opera in base a una potestà vicaria provenientegli con un unico titolo da più soggetti. Si tratta dunque di un caso nel quale soltanto di riflesso può dirsi che più soggetti vengono toccati da un atto unico.

<sup>53</sup> Cfr., in un certo senso, MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, (Milano 1910) 498 s., il quale osserva che, nel caso dell'atto amministrativo collettivo, il singolo soggetto è preso in considerazione dal provvedimento, non in quanto tale provvedimento fu emanato in favore di lui, ma in quanto egli fa parte di una collettività più o meno ampia, in contemplazione della quale fu emanato.

<sup>54</sup> E' fuori dubbio, infatti, che qui siamo nella zona di quelli che il CARNELUTTI, *Sistema*, cit., I, 8, ha indicati col nome di interessi collettivi, intendendo per tal modo designare quelli che ricorrono « quando la situazione favorevole

più soggetti, individualmente determinati *a priori*, vengono a essere toccati — cosa che non si è visto accadere in nessun'altra delle ipotesi considerate — da un atto unico.

La peculiarità dei caratteri della situazione ben vale dunque a giustificare una collocazione autonoma della figura nel quadro del sistema degli atti giuridici. Col porre in evidenza che qui, a differenza del caso dell'atto plurimo, siamo effettivamente a contatto di un atto unico, e, a differenza del caso dell'atto generale, siamo a contatto di un atto il quale tocca una cerchia di soggetti determinata in ciascuno dei suoi elementi, se ne sono, infatti, individuati i caratteri differenziali nei confronti delle figure che sono suscettibili di venir considerate come aventi con essa qualche affinità.

Delineata la categoria e le sue caratteristiche, occorre ora — perchè l'opportunità della specificazione concettuale risulti evidente — riscontrarne la presenza nella realtà giuridica, e provare la giuridica rilevanza della sua differenziazione rispetto alle categorie con le quali essa pare avere affinità. Entrambi i compiti non devono risultare difficili per chi, lungi dal fare della vana dogmatica di concetti, prenda a punto di partenza della costruzione teorica sempre ed esclusivamente l'esame del diritto positivo e l'osservazione dei concreti fenomeni che la prassi giuridica rivela.

Per affrontare il primo di essi, senza uscire dalla sfera del diritto amministrativo, ci si limiterà a ricordare qualcuno degli esempi tipici della categoria, che la materia rivela. Il più tipico è certo quello — non di rado presentatosi all'esame della giurisprudenza<sup>55</sup> — dello scioglimento di un corpo organizzato (p. es., corpo dei vigili urbani, corpo dei vigili del fuoco, corpo bandistico, ecc.)<sup>56</sup>. Ma nella categoria possono ancora

---

*per il soddisfacimento di un bisogno non può determinarsi se non rispetto a più individui insieme; o in altri termini quando la situazione favorevole a ciascuno per il soddisfacimento di un suo bisogno non può determinarsi se non insieme con altre identiche situazioni favorevoli degli altri membri di un determinato gruppo ».*

<sup>55</sup> Per richiami, v. *infra*, nota 65.

<sup>56</sup> Sotto questo riguardo sono profondamente diversi l'atto costitutivo del

venir correttamente inquadrati, a es., i provvedimenti di proroga dei termini per la presentazione dei titoli, di revoca del bando, ecc., che in un pubblico concorso intervengono posteriormente alla chiusura delle ammissioni<sup>57</sup>. Nella prima, come nella seconda ipotesi, ricorre, infatti, il caso — caratteristico della categoria in esame — di un atto unico e indivisibile, il quale, nel decidere in ordine a un complesso limitato e individualmente determinato nei suoi componenti, viene direttamente e immediatamente a toccare la sfera di tutti i singoli componenti del complesso.

A conferma della non scarsa rilevanza pratica, che presenta la differenziazione della categoria dell'atto collettivo, rispetto alle altre categorie con le quali potrebbe venir fatto di rilevare delle affinità — e precisamente rispetto a quella dell'atto generale e a quella dell'atto plurimo — potrà poi esser sufficiente qualche breve considerazione in ordine a quelle questioni di carattere particolare, nelle quali tale differenziazione si lascia osservare, nei suoi effetti, in modo più sensibile.

La circostanza che in un caso del genere, pur essendo fuori discussione che ci si trovi a contatto di un atto unico e indivisibile, diretto a toccare una pluralità di individui, ci si trovi lontani dall'ipotesi dell'atto generale, ha, ad es., delle rilevanti

---

corpo e l'atto di scioglimento. Il primo, se sotto tale nome s'intende la deliberazione d'istituire il corpo, non può dirsi, infatti, che tocchi in modo diretto e immediato la sfera giuridica di coloro che saranno chiamati a far parte del corpo stesso. Se poi sotto lo stesso nome si intende lo nomina dei singoli componenti del corpo, potrà tutt'al più venirsi a contatto di un atto plurimo, e non di un atto collettivo.

<sup>57</sup> Anche qui si rileva una differenza veramente sensibile tra il bando di concorso, che è il primo atto che si rivolga agli aspiranti ai posti messi a concorso, e gli atti che agli aspiranti stessi vengano rivolti posteriormente alla chiusura delle ammissioni. E la ragione è per sè stessa evidente. Il bando, come si è visto (*sub* n. prec.), è un atto generale, in quanto si volge in modo generico a una serie indeterminata di soggetti. Posteriormente alla chiusura delle ammissioni la cerchia dei soggetti interessati alle operazioni del concorso viene invece a risultare circoscritta e determinata in ciascuno dei suoi individui. Gli atti che vengano presi nei confronti del complesso dei concorrenti nella sua unità non potranno quindi esser considerati, dopo tale chiusura, come degli atti generali: ma potranno esser soltanto qualificati come atti collettivi.

ripercussioni per quanto riguarda il modo con cui esso va portato a conoscenza degli interessati. Per esso non è, infatti, sufficiente, come nell'ipotesi dell'atto generale, la pubblicazione — mezzo mediante il quale l'atto viene portato a conoscenza nei casi in cui sia diretto a una generalità di destinatari indeterminata nei suoi singoli elementi<sup>58</sup>. Si impone, invece, — dato che dall'atto vengono direttamente e immediatamente toccati, proprio comè se si trattasse di una pluralità di atti, tutti i singoli componenti del complesso cui esso ha riguardo — una serie di notificazioni ai singoli interessati<sup>59</sup>. Su questo punto mi pare che nessun serio dubbio potrebbe venir correttamente avanzato. E ne resta quindi decisamente provata la rilevanza pratica della differenziazione della categoria rispetto a quella dell'atto generale.

Al fine di provare la rilevanza della sua differenziazione rispetto alla categoria dell'atto plurimo, l'esame verrà per ultimo portato sui limiti soggettivi della pronuncia giurisdizionale, la quale, a seguito dell'impugnativa di un interessato, decida il suo annullamento.

Sono noti i dibattiti, agitati nella dottrina e nella giurisprudenza, circa i limiti soggettivi del giudicato amministrativo<sup>60</sup>. Rispetto alla loro primitiva più ampia estensione, nella quale veniva portata in discussione la vecchia questione se la giurisdizione amministrativa fosse da considerare di diritto oggettivo o di diritto soggettivo<sup>61</sup>, l'entità di tali dibattiti appare

<sup>58</sup> Cfr., per tutti, DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi* (Roma 1917) 310 e nota 3 ivi.

<sup>59</sup> La mancata considerazione fin qui dedicata alla differenziazione tra l'atto generale e l'atto collettivo ha fatto sì che nella prassi non ci si sia sempre attenuti a tale regola. Così — per riferire un esempio recente — anzi che notificarlo ai singoli interessati, come la sua natura esige, il ministero dell'educazione nazionale si è limitato a pubblicare nella gazzetta ufficiale e nel proprio bollettino il decreto, con cui, nel novembre 1941, pochissimi giorni prima della loro scadenza, venivano prorogati i termini per la presentazione dei titoli da parte dei concorrenti ammessi ai concorsi di libera docenza.

<sup>60</sup> Per le indicazioni essenziali sull'argomento, v. ZANOBINI, *Corso*, cit., 2 (1940) 371 ss.

<sup>61</sup> Tale concezione trova ancor oggi un autorevole propugnatore nel D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo* (Torino 1934) 8, 611 ss.

nella concezione odierna notevolmente circoscritta. Oggi, felicemente superata quella questione, la discussione si limita per solito all'estensione da riconoscere al giudicato amministrativo in quei casi in cui esso si risolva nell'annullamento di un atto con pluralità di destinatari<sup>62</sup>. E la questione viene per solito risolta impostandola sul presupposto che l'oggetto della controversia — vale a dire il vizio dell'atto, del quale si discute — sia o meno divisibile: senza, per altro, procedere ad alcuna approfondita specificazione circa il concetto di tale divisibilità<sup>63</sup>.

Sulla base dei presupposti svolti nel corso della presente indagine, il problema, per quanto qui interessa, può venire invece correttamente impostato in termini molto più semplici. Il punto dal quale bisogna prender le mosse è, infatti, che, mentre nel caso dell'atto collettivo siamo a contatto di un atto unico, nel caso dell'atto plurimo siamo a contatto di una pluralità di atti. E' evidente allora che, in questa seconda ipotesi, l'impugnativa esercitata da chi sia toccato da uno degli atti in cui l'atto plurimo si risolve, non possa nei suoi effetti — tanto se questi siano favorevoli, quanto se siano sfavorevoli<sup>64</sup> — esser risentita dal destinatario di un altro di quegli atti: si tratta, infatti, di atti dotati di una individualità giuridica pro-

---

<sup>62</sup> Sui termini in cui oggi il problema si pone, v. RAGGI, *Appunti sulla cosa giudicata derivante dalle decisioni giurisdizionali amministrative*, nel *Foro it.*, (1934) 3, c. 221 ss., V. tuttavia, molto di recente, l'originale nota del GUICCIARDI, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, nella *Giur. it.* (1941) 3 c. 17 ss.

<sup>63</sup> Il punto di vista comunemente accolto si risolve nella seguente proposizione: l'annullamento dell'atto con pluralità di destinatari, quando sia basato su ragioni personali al ricorrente (« vizio divisibile »), esplica la sua efficacia soltanto nei confronti di lui; quando invece sia basato su ragioni oggettive (« vizio indivisibile »), investe l'atto nella sua intierezza. Per la formulazione di tale proposizione, v., per tutti, ZANOBINI, *Corso*, cit. 2, 374 s.

<sup>64</sup> La tesi della variabilità dell'estensione della cosa giudicata *secundum eventum litis* è oggi decisamente superata [cfr., per tutti, BETTI, *Diritto processuale civile italiano*<sup>2</sup>, (Roma 1936) 603, e ivi richiami]. Meraviglia quindi che essa venga — e spesso molto autorevolmente — ancora sostenuta sul terreno della giurisdizione amministrativa (v., a es., ZANOBINI, *Corso*, cit. 2 375).

pria<sup>65</sup>. Nella prima ipotesi, invece, venendo in questione un atto unico, si viene realmente a contatto di un caso nel quale esso non può cadere o durare, se non in tutta la sua intierezza,

<sup>65</sup> A torto ci si lascerebbe indurre nella convinzione opposta — come per solito accade (v. nota 63) — dalla comunanza del vizio dei diversi atti contestuali che nell'atto plurimo rientrano. La comunanza del vizio naturalmente si risolve nell'invalidità di tutti i singoli atti contestuali. Ma, fin quando l'invalidità non venga fatta valere coi mezzi prescritti dal sistema — vale a dire, attraverso l'impugnativa —, essa non potrà diventare attualmente efficace. E, dato il sistema dell'ordinamento, per poter conseguire l'annullamento di un atto, il quale abbia autonomia di vita giuridica — come si è visto essere il caso degli atti contestuali compresi nell'atto plurimo —, è necessario prendere tale atto a oggetto specifico d'impugnativa. Ciò discende immediatamente dal principio generale che limita all'oggetto e ai soggetti in causa l'estensione della cosa giudicata [su tale principio, universalmente riconosciuto, v., per tutti, da ultimo, ALLORIO, *La cosa giudicata*, cit., 53; e, per quanto riguarda la giurisprudenza amministrativa, *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1931-35. Relazione del Presidente* (Roma 1937) 2, 879, e, più di recente, espressamente, *Cons. di Stato, V. sez.*, 17 novembre 1939, nel *Foro it.*, (1940) 3, c. 1].

Il punto di vista corretto è stato, del resto, avvertito nella giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato — e soprattutto in quella della V. sezione — più di quanto la dottrina non abbia mostrato di rilevare. Soltanto la IV. sezione è stata più facilmente proclive ad ammettere l'estensione *erga omnes* del giudicato formatosi nei confronti di uno o più dei soggetti toccati dall'atto plurimo [v., infatti, le decisioni 9 febbraio 1935, nella *Riv. di dir. pubbl.*, (1935) 2 157; 9 gennaio 1940, nel *Foro amm.*, (1940) I 1, c. 69; 9 luglio 1940, *ivi*, I, 1, c. 302; 22 luglio 1941, nella *Riv. di dir. pubbl.*, (1941) 2, 472, tutte in materia di atti plurimi contenenti provvedimenti relativi alla carriera di pubblici impiegati]. Di massima, infatti, l'orientamento giurisprudenziale più recente è stato nel senso di limitare l'estensione del giudicato *erga omnes* a quei soli casi che io ho ritenuto di poter comprendere sotto il nome di atto collettivo [v., infatti, *IV. sez.*, 21 ottobre 1927, nel *Foro amm.* (1927) I, 1, c. 495; *V. sez.*, 12 luglio 1930, *ivi* (1930) I, 2, c. 274; 30 maggio 1931, nel *Foro it.*, (1931) 3, c. 402; 4 dicembre 1931, *ivi* (1932) 3, c. 85; 3 marzo 1933, *ivi* (1933) 3, c. 23; 17 novembre 1939, *ivi* (1940) 3, c. 1: il punto di vista enunciato appare formulato in modo particolarmente felice nella penultima delle decisioni citate]. E anzi talvolta da parte della giurisprudenza si è in tale direzione forse ecceduto « per troppo di vigore ». A me pare, infatti, di non poter concordare, a es., col punto di vista accolto da quella decisione, la quale non intese ammettere l'estensione del giudicato d'annullamento nei confronti di tutti i componenti del disciolto corpo dei vigili urbani, in un caso in cui l'amministrazione aveva proceduto allo scioglimento del corpo col larvato intendimento di dimetterne i componenti (*V. sez.*, 4 dicembre 1931, cit.). Il provvedimento manifestamente adottato dall'amministrazione era, infatti, nel caso specifico, non un atto plurimo di dimissione di impiegati, ma un atto collettivo di scioglimento di un corpo organizzato. E, se bene, sulla soglia di questa materia molto delicata, altra volta io stesso mi sia

vale a dire se non nei confronti di tutti coloro che ne vengono colpiti<sup>66</sup>: proprio come avviene per l'atto generale<sup>67</sup> [a].

Resta per tal modo provata la rilevanza pratica della dif-

---

arrestato, senza osare di penetrare *funditus* nell'indagine, la quale meriterebbe diffuso specifico esame [SANDULLI, *In materia di limiti della giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, nella *Riv. di dir. proc. civ.* (1941) 2 43 ss.; *Osservazioni sulla sindacabilità giurisdizionale dei provvedimenti sottratti a ogni gravame emessi da autorità incompetente*, nel *Foro it.*, (1941) 3, c. 137 ss.], non mi pare tuttavia corretto il ritenere che la natura di un atto possa venir mutata persino dai motivi che nell'ipotesi specifica lo abbiano determinato. In un caso del genere potrà, tutt'al più, riconoscersi nell'atto uno sviamento di potere. Ma un vizio di tal fatta, se è indubbiamente tale da inficiare la validità dell'atto, non può, per altro, — almeno secondo quanto a prima vista mi pare — esser considerato tale da trasformarne addirittura la natura.

<sup>66</sup> A differenza che nell'altro caso, si viene qui veramente a contatto di una di quelle ipotesi, in cui, a dirla col CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*<sup>2</sup>, (Napoli, 1935) I, 383, « la natura speciale di alcuni diritti » fa sì che la forza della decisione non possa non venir estesa oltre le parti in causa [v. anche, per tutti, COSTA, *L'intervento coatto*, (Padova 1935) 77 s.].

Lo stesso ALLORIO, *Lo cosa giudicata*, cit., 269, il quale è tra i più decisi negatori dell'ammissibilità dell'estensione del giudicato oltre le parti in causa, non esclude che « un'attenta indagine della materia amministrativa potrebbe rivelare la presenza di qualche ipotesi, nella quale la questione della legittimità o illegittimità dell'atto amministrativo si presenti così rigidamente unitaria e talmente inscindibile di fronte ai più interessati (ossia di fronte ai più aventi diritto a promuovere l'annullamento dell'atto), che i loro diritti d'impugnativa si profilino, anziché come paralleli, addirittura come diritti concorrenti: sicché possa presentarsi qualche caso di allargamento della cosa giudicata ». E anzi egli riconosce che nel caso dello scioglimento di un corpo organizzato si viene proprio a contatto di un atto « veramente unico e indivisibile » (nota 46 a p. 270).

<sup>67</sup> Che il giudicato sull'atto generale debba esplicitare la propria azione *erga omnes*, viene comunemente riconosciuto, sia in dottrina (cfr., per tutti, ZANOBINI, *Corso*, cit., 2, 375; COSTA, *L'intervento*; cit., 78 s.; v. tuttavia, *contra*, ALLORIO, *Lo cosa giudicata*, cit., 268), che in giurisprudenza [cfr. *Cons. di Stato*, *V. sez.*, 19 aprile 1912, nel *Foro it.* (1912) 3, c. 368; *IV. sez.*, 24 febbraio 1937, nel *Foro amm.* (1937) I, 1, c. 163]. Nè il principio può risultare incrinato dalla circostanza — esattamente avvertita dal RANELLETTI, *Le guarentigie*, cit., 511, — che l'irregolarità derivante all'atto generale dal contemplare tra i destinatari una categoria di persone non legittimate passivamente possa far sì che esso venga caducato per quanto riguarda l'azione esplicita nei confronti di tali persone, e non nei confronti degli altri destinatari. Ciò non rappresenta una eccezione al principio: ma inerisce alla regola « *utile per inutile non vitiatur* » (per una recente applicazione giurisprudenziale della quale, v. *Cons. di Stato*, *IV. sez.*, 24 giugno 1941, nella *Riv. di dir. pubbl.* (1941) 2, 436).

[a] Una ulteriore maturazione di pensiero mi ha di recente portato a ritenere — in contrasto con l'orientamento comune — che il soggetto leso da una

ferenziazione della categoria dell'atto collettivo rispetto alla seconda delle categorie con le quali potrebbe venir invocata una affinità : quella dell'atto plurimo. E con ciò risulta pienamente giustificata la sua collocazione autonoma nel quadro della teoria generale dell'atto giuridico.

---

norma regolamentare non sia in grado di conseguire addirittura la soppressione della norma stessa [SANDULLI, *Questioni in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro it.* (1952) I, 1078 s.].

È noto che l'invalidità dei regolamenti non può esser fatta, per regola, valere dai soggetti colpite; se non in occasione dell'impugnativa degli atti applicativi di essi, dai quali l'interessato sia stato danneggiato. La eliminazione delle conseguenze del regolamento invalido si raggiunge semplicemente attraverso la impugnativa dell'atto applicativo, e non attraverso un'impugnativa *ex se* del regolamento. L' annullamento dell'atto applicativo peraltro avviene esclusivamente in relazione a un vizio suo proprio — non importa se tale vizio sia poi quello derivantegli dall'aver dato applicazione a un regolamento invalido. E, come in tutti i casi di annullamento di atti difettosi per invalidità derivata (e cioè derivante da presupposti mancanti o viziati), non si estende anche al presupposto. Il regolamento rimane quindi, a ogni altro effetto, in vita e operante.

Alla stregua dei concetti ora esposti, non può dunque ritenersi esatta in linea assoluta l'affermazione che l'impugnativa del regolamento da parte di uno dei soggetti che ne siano stati lesi importi, ove accolta, la caducazione del regolamento, *erga omnes*. Come si è detto, un'impugnativa *ex se* dei regolamenti non è normale. L'affermazione può quindi valere, se mai, soltanto per quei casi eccezionali, nei quali un regolamento sia immediatamente lesivo di interessi di terzi, indipendentemente da qualsiasi atto applicativo [su tali casi v. DE GENNARO, *L'impugnabilità dei regolamenti organici*, in *Riv. pubbl. imp.* (1943) II ss..]

[La presente nota è stata aggiunta in questa sede : essa è nuova rispetto al testo originario del 1943].

## Abilitazioni. Autorizzazioni. Licenze

Pubblicato in

*Studi in Onore di Francesco Messineo*  
Milano, 1958, III, pp. 351-362

*Rassegna di Diritto Pubblico*  
Napoli, 1958, pp. 3-16



**SOMMARIO:** 1. Crisi del concetto di autorizzazione amministrativa. Necessità di caratterizzazione delle figure, prossime, dell'abilitazione e della licenza. — 2. Abilitazioni, autorizzazioni, licenze *ad personam* e *propter rem*. — 3. L'abilitazione. — 4. L'autorizzazione. — 5. La licenza. — 6. Provvedimenti di natura mista. — 7. Rilevanza della distinzione delle tre figure.

1. — In presenza di una notevole crisi del concetto di autorizzazione amministrativa, in un recente saggio mi sono sforzato di dimostrare la persistente vitalità e l'importanza attuale di quella nozione, cercando di definirne i contorni e di delinearne i caratteri di individuazione rispetto a varie altre figure di atti amministrativi — allora sommariamente descritte — con le quali esistono punti di contatto <sup>(1)</sup>.

Ai fini di una più precisa e definitiva delimitazione delle categorie è però necessario cercare di caratterizzare con maggiore nettezza la posizione dei provvedimenti di abilitazione, di autorizzazione, di licenza, figure la prima e la terza delle quali (e quindi i rispettivi caratteri distintivi dalla seconda) non sono state finora adeguatamente puntualizzate <sup>(2)</sup>.

I provvedimenti rientranti nelle tre categorie vengono per lo più designati, in modo indiscriminato, ora come autorizzazioni, ora come licenze. E non v'è tema di sbagliare di troppo se si afferma che appunto alla mancata discriminazione di queste tre categorie si deve la crisi concettuale che travaglia la nozione dell'autorizzazione amministrativa. Ecco perché è importantissimo definirne gli elementi distintivi.

Si tratta di provvedimenti che condizionano in modo diverso la possibilità giuridica di particolari azioni umane, incidendo quindi

---

<sup>(1)</sup> SANDULLI. *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1937, pp. 784 ss. A tale scritto si rinvia anche per indicazioni bibliografiche.

<sup>(2)</sup> V. peraltro *op. cit.*, *sub nota prec.*, pp. 788 ss., dove tuttavia, riguardo ai provvedimenti di abilitazione e di licenza — che non formavano oggetto diretto di studio — hanno potuto esser formulate delle osservazioni soltanto parziali e approssimative.

nella sfera delle libertà individuali. E la puntuale individuazione della loro essenza è indispensabile anche e soprattutto al fine di chiarire fin dove sia ammissibile che la legge condizioni, attraverso di essi, dei diritti costituzionalmente garantiti.

2. — Tutte e tre le categorie in questione, nel condizionare — di volta in volta in modo istantaneo o permanente — determinate azioni umane, possono farlo (a differenza dalla concessione, dalla delega, dall'ammissione) con riferimento al soggetto oppure *ob rem*. La regola generale è peraltro nel primo senso.

Hanno solitamente carattere personale i provvedimenti che la legge raggruppa sotto la denominazione comprensiva di autorizzazioni di polizia (art. 8 T.U. 18 giugno 1931 n. 773): infatti la legge ne subordina il rilascio a particolari condizioni soggettive (artt. 11, 131, ecc.) (<sup>2-bis</sup>). Hanno invece carattere reale, in quanto vengono concesse esclusivamente in considerazione della cosa in relazione alla quale l'azione autorizzata deve essere svolta (e ineriscono quindi a questa e non alla persona che della cosa disponga; onde sono ambulatorie, trasferendosi con la cosa, senza bisogno di uno speciale atto di trasferimento, o, come nel linguaggio dei pratici suol dirsi, di « voltura »), ad es., le « licenze » edilizie (art. 31 L. 17 agosto 1942 n. 1150) (<sup>3</sup>), le « autorizzazioni » di abitabilità (art. 221 T.U. 27 luglio 1934 n. 1265), le « autorizzazioni » a modificare lo stato di immobili d'interesse artistico e storico (art. 18 L. 1 giugno 1939 n. 1089) o di interesse paesistico (art. 7 L. 29 giugno 1939 n. 1497), le « licenze » di esportazione di cose mobili d'interesse artistico e storico (art. 36 L. 1 giugno 1939 n. 1089), l'inclusione dei prodotti medicinali nell'elenco di quelli dei quali è autorizzata la vendita (art. 187 T.U. 27 luglio 1934 n. 1265), il « nulla osta » per la rappresentazione in pubblico di pellicole cinematografiche (art. 3 Reg. appr. con D.Lgt. 24 settembre 1923 n. 3287), la « licenza » di circolazione degli autoveicoli (artt. 65 ss. T.U. 8 dicembre 1933 n. 1740).

Nei casi in cui sia *propter rem*, il provvedimento di abilitazione, di autorizzazione, di licenza, quasi attribuisce una qualità alla cosa.

Nei casi stessi non sarebbe legittimo rifiutare, per ragioni ine-

(<sup>2 bis</sup>) VIRGA, *La potestà di polizia*, Milano, 1954, 136, e ivi indicazioni.

(<sup>3</sup>) V. al riguardo SANDULLI, *Intervento*, nel « Convegno di dir. amm. in materia di licenze edilizie » (S. Remo, 14-16 dicembre 1956), in *Atti del Convegno*, Città di Castello, Roma, 1957, 158.

renti non alla cosa ma al soggetto richiedente, il provvedimento richiesto.

3. — Passando all'analisi delle singole categorie che ci si è proposti di esaminare, cominciamo dai provvedimenti di abilitazione.

Questi sono l'estrinsecazione di una potestà amministrativa, che ha la funzione di condizionare l'esercizio di un diritto a un preventivo riscontro di carattere tecnico circa la sussistenza, nel soggetto interessato, o nelle cose implicate, delle condizioni volute dalla legge (vale a dire circa l'idoneità tecnica di persone o di cose). Riscontro di idoneità voluto dalla legge in funzione di interessi pubblici, di volta in volta di ordine generale — quali la sicurezza e l'incolumità, la sanità e l'igiene, la fede pubblica — ovvero di ordine particolare al singolo settore di cui trattasi (p. es. la conservazione dei mercati internazionali e l'incremento delle esportazioni; il miglioramento della produzione; il mantenimento e l'elevazione del livello culturale della popolazione, ecc.).

I provvedimenti in questione sono delle manifestazioni di volontà (volte a rimuovere limiti all'esercizio di diritti altrui), basate su previ accertamenti o valutazioni di ordine tecnico (\*). Una volta constatata — mediante accertamento — o ritenuta sussistente — mediante valutazione — la presenza delle condizioni volute dalla legge (idoneità) — accertamento e valutazione da compiere alla stregua di regole puramente tecniche — l'autorità è rigorosamente tenuta a concedere l'abilitazione. Nessuna valutazione, o nessuna ragione di ordine amministrativo, possono interferire al riguardo. Tra il diritto soggettivo e la possibilità del suo esercizio vi è qui il solo diaframma del necessario controllo tecnico della sussistenza delle condizioni volute dalla legge.

Dal punto di vista amministrativo il provvedimento è rigorosamente vincolato: esso può essere rifiutato soltanto per ragioni di ordine tecnico: anzi, soltanto per *quelle* particolari ragioni di ordine tecnico di volta in volta considerate dalla legge. Il rifiuto per valutazioni di ordine amministrativo sarebbe quindi sicuramente *contra jus*. E, risolvendosi nella illegittima lesione di un diritto soggettivo (condizionato nella sua espansione esclusivamente al riscontro di elementi di ordine tecnico), obbligherebbe l'Am-

---

(\*) Sulla differenza tra accertamenti e valutazioni tecniche v. SANDULLI, *Manuale di dir. amministrativo*, 4ª ed., Napoli, 1957, pp. 252 s.

ministrazione responsabile al risarcimento del danno (previo, naturalmente, l'annullamento del provvedimento di rifiuto da parte del giudice degli interessi, dato che l'illegittimità dell'esercizio di un potere pubblico effettivamente spettante alla Amministrazione — quale è quello di accordare la necessaria abilitazione — si concreta nella violazione di un interesse legittimo e non di un diritto soggettivo, e dato che di tali violazioni è competente a giudicare unicamente quel giudice, anche quando rispetto a esse siano conseguenziali delle questioni di diritti soggettivi <sup>(5)</sup>).

A parte i casi nei quali nessuno potrebbe pensare alla appartenenza dell'atto alla categoria delle autorizzazioni (p. es., il conferimento dell'abilitazione all'esercizio professionale: L. 8 dicembre 1956 n. 1378; la patente di abilitazione alla guida di autoveicoli: artt. 82 ss. T.U. 8 dicembre 1933 n. 1740; l'iscrizione nel registro delle fabbriche di conserve alimentari preparate con sostanze vegetali: art. 2 Reg. 14 ottobre 1926 n. 1927), vale la pena di sottolineare che hanno natura di provvedimenti abilitativi molti provvedimenti che nella legislazione vengono designati col nome di autorizzazione, o con nomi che fanno pensare a provvedimenti autorizzativi: così, ad es., l'« autorizzazione » al baliatico (art. 309 T.U. 27 luglio 1934 n. 1265), l'« autorizzazione » ad abitare case di nuova costruzione (c.d. « licenza di abitabilità ») (art. 221 stesso T.U.), le « autorizzazioni » dell'autorità sanitaria per l'apertura di alberghi (art. 231 stesso T.U.), per la fabbricazione di vaccini, virus, sieri, tossine e simili, nonché per lo smercio degli stessi prodotti preparati all'estero (artt. 180-81 stesso T.U. e R.D. 18 giugno 1905 n. 407), per la produzione e la vendita di presidi medici e chirurgici (art. 189 T.U. san. e R.D. 6 dicembre 1928 n. 3112), per l'apertura e l'esercizio di ambulatori, case e istituti di cura o di assistenza ostetrica, gabinetti di analisi cliniche e simili (art. 193 T.U. san.), di stabilimenti balneari, termali, idropinici, idroterapici, radioterapici, ecc. (art. 194 stesso T.U.), e consimili provvedimenti dell'autorità sanitaria (p. es., artt. 161, 199 T.U. san.; artt. 29 e 33 Reg. per la vigilanza sanitaria sulle carni 20 dicembre 1928 n. 3298; artt. 1 ss. e 22 Reg. 9 maggio 1929 n. 994 sulla vigilanza igienica del latte destinato al consumo diretto), la « licenza » di circolazione per gli

---

<sup>(5)</sup> Cfr. SANDULLI, *Collegamenti e consequenzialità tra diritti e interessi e relativa rilevanza ai fini delle competenze giurisdizionali*, in *Giustizia civile*, 1958, I, 212 ss.

autoveicoli (artt. 65 ss. T.U. 8 dicembre 1933 n. 1740), la « licenza » per l'esercizio di ascensori e montacarichi (art. 2 L. 24 ottobre 1942 n. 1415), l'« autorizzazione » per l'esecuzione in serie di strutture di cemento armato precomprese (art. 3 D.C.P.S. 20 dicembre 1947 n. 1516).

4. — Mentre nei casi di provvedimenti abilitativi l'esercizio del diritto è condizionato da un riscontro di carattere tecnico, in numerosissimi casi il raffronto cui la legge condiziona l'esercizio del diritto ha natura puramente amministrativa. È questo il caso dei veri e propri provvedimenti autorizzativi.

La funzione di essi consiste nel rendere possibile in una certa direzione, per l'innanzi preclusa, il concreto esercizio di un diritto, previa discrezionale valutazione della rispondenza delle condizioni soggettive e oggettive, di volta in volta richieste, a quei particolari interessi collettivi, a tutela dei quali la potestà autorizzatoria fu predisposta dall'ordinamento. Valutazione dunque limitata anche qui ai requisiti; ma basata su una discrezionalità amministrativa, ancorata a specifici interessi pubblici, risultanti di volta in volta da testi legislativi in modo esplicito (p. es., art. 70 T.U. 18 giugno 1931 n. 773 per gli spettacoli e i trattenimenti pubblici; art. 3 Reg. appr. con D.Lgt. 24 settembre 1923 n. 3287 per piccole cinematografiche da rappresentare in pubblico), ovvero desumibili per implicazione dai compiti istituzionali dell'autorità competente al rilascio dell'autorizzazione (p. es., art. 1 T.U. cit. per la generalità delle « autorizzazioni di polizia ») o di quelle competenti a porre in essere gli atti — per lo più consultivi — preordinati, oppure dal modo di composizione degli organi che provvedono, o anche dalle indicazioni che devono essere contenute nella domanda dell'interessato, o infine dalle finalità della legge nel cui corpo la disposizione che prevede l'autorizzazione è inserita (p. es. art. 31 legge urbanistica 17 agosto 1942 n. 1150; art. 7 L. sulle bellezze naturali 29 giugno 1939 n. 1497).

Come già altra volta si disse, i provvedimenti autorizzativi vanno tenuti ben distinti da quelli di dispensa (o permessi in deroga) <sup>(6)</sup>. L'autorizzazione presuppone una sfera d'azione istituzionalmente libera, se pure condizionata; la dispensa presuppone un divieto con riserva di permesso, vale a dire una sfera istituzional-

(6) SANDULLI, *Notazioni*, cit., 798.

mente preclusa, in seno alla quale l'autorità può consentire l'azione soltanto in via derogatoria (pertanto non può dirsi che la dispensa operi in relazione a preesistenti diritti). Al riguardo è però da tener presente che il carattere di generale liceità o di generale illiceità dell'attività non può esser desunto soltanto dalle formule usate nei testi legislativi. In numerosi casi, nei quali la legge dice che è vietato esercitare una determinata attività salvo che se ne sia ottenuta licenza, il provvedimento amministrativo destinato a consentire l'attività non ha natura di permesso in deroga (dispensa), ma è una vera e propria autorizzazione (p. es., artt. 46 e 47 T.U. di pubblica sicurezza 18 giugno 1931 n. 773: fabbricazione, deposito, vendita, ecc. di prodotti esplosivi; artt. 68 ss. stesso T.U.: rappresentazioni teatrali, cinematografiche e simili in luogo pubblico o aperto al pubblico; art. 89 stesso T.U.: vendita di bevande eccedenti i 21 gradi di alcool; art. 4 D.L. 26 settembre 1930 n. 1458: vendita nel medesimo spaccio di carni di diverse specie animali; art. 1 D.Lgt. 26 aprile 1946 n. 343: esportazione di preziosi) (1). Il carattere di generale liceità dell'attività, e quindi la natura di autorizzazione del provvedimento destinato a consentire l'esercizio, va invece ricavato dalle linee direttrici del sistema, vale a dire dal fatto che questo risulti orientato favorevolmente e non sfavorevolmente nei confronti di una determinata attività, e in conseguenza che il provvedimento di consenso all'esercizio di questa appaia destinato a secondare alquanto di normale, anziché a introdurre una deroga ai principi.

Oltre agli esempi che già si è avuto occasione di fare, hanno certamente natura autorizzativa la generalità delle « autorizzazioni di polizia » (p. es., le « licenze » per i pubblici esercizi: art. 86 T.U. di P.S.; le « licenze » per l'esercizio della tipografia e delle arti affini: art. 111 stesso T.U.): salvo quanto riguarda le persone cui si riferiscono gli artt. 11 e 131 T.U. cit., e salvo diverse specifiche indicazioni esplicite o implicite, il rilascio di esse è subordinato infatti unicamente alla valutazione amministrativa della mancanza di ragioni di incompatibilità con le finalità istituzionali della pubblica

---

(1) Nonostante che la formula legislativa sia più o meno identica, sono invece veri e propri casi di dispensa i provvedimenti destinati a consentire la raccolta e la detenzione di armi da guerra (art. 28 T.U.P.S.), gli spari e i fuochi d'artificio (art. 57 stesso T.U.), le collette e le questue (art. 156 stesso T.U.), la tumulazione di cadaveri in località diverse dai cimiteri (art. 341 T.U. san., con rif. all'art. 340).

sicurezza, quali risultano dall'art. 1 del T.U. (ordine pubblico, sicurezza ed incolumità dei cittadini, rispetto della proprietà) (arg. *ex* artt. 70, 123, ecc.). Tra i casi appartenenti ad altri campi, possono esser ricordati, ad es., il « nulla osta » per le pellicole cinematografiche da rappresentarsi in pubblico (art. 3 Reg. appr. con D.Lgt. 24 settembre 1923 n. 3287), il quale viene concesso previa valutazione discrezionale della conformità della pellicola ai principi del buon costume, del decoro nazionale, ecc.; l'iscrizione nell'albo degli esportatori di prodotti ortofrutticoli (cui l'art. 3 L. 24 giugno 1942 n. 896 condiziona l'esercizio della esportazione), la quale viene accordata, tra l'altro, sulla base di una valutazione discrezionale circa l'affidamento, che gl'interessati diano, « di svolgere un lavoro di esportazione rispondente alle direttive impartite dalle autorità preposte alla disciplina ed al miglioramento dell'esportazione » (art. 4 L. cit.); la « licenza edilizia » (art. 31 L. 17 agosto 1942 n. 1150), la quale viene accordata, tra l'altro, sulla base di una valutazione discrezionale circa la rispondenza della costruzione, nella sua unità e nel complesso della zona, a giusti criteri estetico-urbanistici.

I provvedimenti di autorizzazione sono caratterizzati dal fatto di condizionare l'esercizio del diritto alla constatazione della rispondenza dei requisiti (di volta in volta inerenti al soggetto agente, all'oggetto implicato, alle modalità dell'azione, ecc.) a quei particolari interessi pubblici, a protezione dei quali l'ordinamento prescrive il riscontro. Anziché un riscontro di carattere tecnico ricorre qui un riscontro alla stregua di valutazioni di ordine amministrativo (discrezionalità amministrativa). Tuttavia, una volta che questo sia risultato favorevole, l'Amministrazione, non diversamente che nei casi di riscontro tecnico (proprio dei provvedimenti abilitativi), è *tenuta*, verso l'interessato, a concedere l'autorizzazione: altrimenti viene indirettamente a lederne un diritto. Di conseguenza, colui al quale sia stata negata, ad es., una licenza edilizia, o l'autorizzazione a una rappresentazione teatrale, per interessi (sia pure pubblici, ma) diversi da quelli che potevano condizionare il consenso dell'autorità, ha àdito ai tribunali ordinari per ottenere il risarcimento del danno (previo, naturalmente, accertamento, da parte del giudice amministrativo, dell'illegittimità del rifiuto).

5. — Ciò chiarito, risulta che non si è in presenza di veri e propri provvedimenti autorizzativi tutte le volte che la discrezionalità dell'autorità amministrativa nel consentire l'esercizio di una

particolare attività attenga non tanto o non soltanto alla valutazione della sussistenza di quelle specifiche condizioni d'interesse pubblico, cui l'ordinamento subordina la possibilità dell'esercizio stesso, ma investa addirittura, in pieno, l'opportunità dell'esercizio dell'attività di cui trattasi.

Qui, il fatto stesso che la valutazione, circa l'*opportunità* che l'attività venga svolta (*Bedürfnissprüfung*), è rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione, postula istituzionalmente, nell'interessato al consenso di questa, la mancanza di un preesistente diritto a svolgere l'attività. Esiste infatti una incompatibilità istituzionale tra diritto soggettivo e condizionamento dell'esercizio di esso a una valutazione discrezionale altrui circa l'opportunità dell'esercizio stesso. Può parlarsi della esistenza di un diritto quando sia rimessa alla discrezionalità amministrativa la valutazione, alla stregua dell'interesse pubblico, della sussistenza dei presupposti per l'esercizio di esso (come avviene per l'iscrizione nell'albo degli esportatori ortofrutticoli); può parlarsene anche quando la discrezionalità amministrativa condizioni le modalità di esercizio del diritto (come avviene per la licenza edilizia); ma non può certamente parlarsene allorché la discrezionalità amministrativa incida addirittura sull'opportunità dell'esercizio del (preteso) diritto. A questo punto l'essenza del diritto risulta infranta e snaturata: cioè non si è più in presenza di un diritto.

Qui la funzione del provvedimento amministrativo non consiste più — come avviene per l'autorizzazione — nella rimozione di un limite all'esercizio di un preesistente diritto. Il provvedimento infatti non opera eliminando un impedimento all'attività del titolare di un diritto, bensì agisce ammettendo un soggetto a operare in un settore — cui sovrintende l'Amministrazione — per l'innanzi precluso alla sfera giuridica di lui.

Il campo delle licenze — nel quale qui ci troviamo — è strettamente affine a quello delle concessioni costitutive (\*). Rispetto a queste, le licenze si differenziano infatti unicamente perché consentono ai privati attività che, seppur sovrintese dall'Amministrazione, non attengono alla sfera di disposizione propria di questa.

Ben può dirsi che quella delle licenze è una figura intermedia tra le autorizzazioni e le concessioni. A differenza dall'autorizzazione, la licenza apre al destinatario un settore di attività prima estraneo al

(\*) Cfr. SANDULLI, *Notazioni*, cit., pp. 790 s.

campo del proprio patrimonio giuridico (e in ciò si avvicina alla concessione). A differenza dalla concessione essa però non conferisce al destinatario qualcosa che rientri nel potere di disposizione dell'Amministrazione; bensì si limita (in ciò avvicinandosi all'autorizzazione) a consentirgli la possibilità di espandere la propria sfera d'azione in un certo campo a lui *aperto* dall'ordinamento, ma (e in ciò v'è differenza rispetto all'autorizzazione) non *attribuito* a lui come inerente al suo patrimonio giuridico. Il che comporta che, diversamente da quanto avviene per le concessioni, l'Amministrazione è tenuta a dar conto delle ragioni per le quali ritenga di rifiutare la licenza a chi, essendovi legittimato, ne abbia avanzato richiesta.

Alla stregua dei concetti esposti, sembra debbano esser classificati tra le licenze, e non tra le autorizzazioni, il « permesso » di ricerca mineraria (artt. 4 ss. D.Lgt. 29 luglio 1927 n. 1443), l'« autorizzazione » all'apertura di istituti d'istruzione privata (art. 237 Reg. 26 aprile 1928 n. 1297 per le scuole elementari; art. 3 L. 19 gennaio 1942 n. 86 per le scuole medie; art. 5 L. 4 giugno 1934 n. 977 per le scuole musicali; art. 2 D.L. 2 dicembre 1935 n. 2081 per le scuole artistiche), l'« autorizzazione » all'importazione e all'esportazione di energia elettrica (artt. 133 ss. T.U. 11 dicembre 1933 n. 1775), quella per gli impianti termici per la produzione di energia elettrica destinata alla distribuzione (art. 211 stesso T.U.), la preventiva « approvazione » dei progetti delle opere da eseguire negli immobili di riconosciuto interesse artistico e storico (art. 18 L. 1 giugno 1939 n. 1089) o paesistico (art. 7 L. 29 giugno 1939 n. 1497), la « licenza » per l'apertura dei negozi di vendita al pubblico (art. 3 D.L. 16 dicembre 1926 n. 2174), quella per l'apertura temporanea di pubblici esercizi in occasione di fiere, mercati e simili o per la durata di stagioni climatiche o di cura (art. 103 T.U. di P.S.), la « licenza » per l'importazione di olii minerali (artt. 2 ss. e 15 D.L. 2 novembre 1933 n. 1741), la « concessione » per trasformarli, rettificarli o elaborarli (artt. 4 ss. e 15 stesso D.L.) e quella per l'impianto e la gestione di depositi e di distributori automatici di oli minerali, lubrificanti e carburanti (artt. 11 e 15 stesso D.L.), l'« autorizzazione » all'apertura di istituti di credito e relative sedi, filiali, succursali, agenzie, dipendenze e recapiti (art. 28 L. 7 marzo 1938 n. 141), le « licenze » d'importazione (art. 1 D.L. 3 novembre 1935 n. 1891), il « nulla osta » per la costruzione o la destinazione di locali a sale cinematografiche e per l'esercizio di cinematografi (artt. 21 ss. L. 29 dicembre 1949 n. 958), l'« au-

torizzazione all'istituzione e all'esercizio di stabilimenti di stagionatura e di assaggio delle sete (art. 9 D.L. 19 ottobre 1933 n. 1956).

In tutti tali casi l'Amministrazione dispone di una notevole discrezionalità nell'*an*, in ordine all'attività di cui trattasi. Ciò peraltro non vuol dire che essa possa a suo libito negare o concedere la licenza. Se vuole negarla, essa non può basarsi infatti se non su quelle particolari ragioni d'interesse pubblico, in funzione delle quali di volta in volta l'ordinamento dispose la necessità del preventivo consenso dell'Amministrazione. Ove si regoli altrimenti, essa opera illegittimamente (senza però ledere diritti soggettivi, come avverrebbe invece nel caso di diniego di autorizzazione).

6. — Non di rado un medesimo provvedimento amministrativo, destinato a consentire l'esplicazione di una particolare attività, è condizionato, a un tempo, da accertamenti e valutazioni tecniche e da valutazioni di ordine amministrativo. Così dicasi, ad es., per le licenze edilizie, le quali sono condizionate da un lato dalle regole tecniche dell'igiene e della scienza delle costruzioni, e dall'altro dalle regole di buona amministrazione inerenti all'urbanistica.

Siccome i provvedimenti amministrativi, nel caso che siano estrinsecazione di poteri diversi, traggono la propria natura dal più ampio di tali poteri, è chiaro che in simili casi il provvedimento avrà natura autorizzativa e non abilitativa. Ciò non toglie, peraltro, che nei casi stessi le regole, da tenere a base dei singoli riscontri da operare in vista della legittima emanazione del provvedimento, dovranno essere di volta in volta quelle della tecnica o quelle della buona amministrazione, a seconda del carattere tecnico o amministrativo degli accertamenti e delle valutazioni volute dall'ordinamento in relazione ai singoli profili interessati. E il sindacato di legittimità da esercitare nei confronti del provvedimento adottato dall'Amministrazione dovrà avere diversa portata a seconda del diverso profilo di volta in volta interessato.

Anche quando l'Amministrazione disponga, in ordine al proprio consenso, di un potere discrezionale nell'*an*, non è raro che, a un tempo, l'emanazione del provvedimento sia condizionata da accertamenti o valutazioni di ordine tecnico o amministrativo in relazione ai singoli presupposti. P. es., il « nulla osta » per l'istituzione di « centrali del latte », che sembra debba esser classificato tra i provvedimenti discrezionali nell'*an*, è subordinato a condizioni di ordine tecnico (artt. 2 - 3 L. 16 giugno 1938 n. 851); la « licenza » per l'aper-

tura di istituti di vigilanza e di investigazione privata, che certamente è discrezionale nell'*an* (art. 136, 2° co. T.U. di P.S.), è subordinata a valutazioni di ordine amministrativo e tecnico (artt. 134 e 136, 1° co. T.U. cit.).

In questi casi non v'ha dubbio che il provvedimento abbia natura di licenza (e non di autorizzazione o di abilitazione). Nondimeno l'Amministrazione non potrà avvalersi della propria discrezionalità relativa all'*an* per prescindere dagli accertamenti e dalle valutazioni di cui si è detto. Una volta che la propria valutazione discrezionale circa l'*an* (qualora possa esser formulata indipendentemente dalle altre valutazioni previste dalla legge) la conduca a conclusioni sfavorevoli, essa potrà senz'altro negare la licenza; ma quando la valutazione stessa si concluda favorevolmente, essa non potrà accordare la licenza se non previo adeguato riscontro, alla stregua delle regole tecniche e amministrative, di tutte le altre condizioni volute dalla legge.

7. — La distinzione dei provvedimenti di licenza da quelli autorizzativi e abilitativi ha grande importanza.

Come si è visto, queste due ultime figure di provvedimenti non sono incompatibili con l'essenza del diritto soggettivo. La licenza invece è incompatibile.

In correlazione con queste proposizioni deve affermarsi che, quando una fonte di produzione giuridica (p. es., legge costituzionale, legge ordinaria) assicuri un diritto a un soggetto, una fonte di grado inferiore (rispettivamente legge ordinaria, regolamento) ben può, in mancanza di diverse disposizioni, condizionare, in funzione di interessi pubblici qualificati e pertinenti, l'esercizio di quel diritto a provvedimenti abilitativi e anche a provvedimenti autorizzativi (\*); ma non può condizionarlo a un provvedimento discrezionale nell'*an*: cioè non può imporre che l'interessato si munisca di una licenza. Una simile norma snaturerebbe il diritto garantito al soggetto dalla fonte di grado superiore; eppertanto violerebbe quest'ultima.

Ecco perché, tutte le volte che la Costituzione assicura un diritto a un soggetto (p. es., artt. 19, 33, 49), non può una legge ordinaria imporgli la necessità di una licenza.

---

(\*) È fondamentale al riguardo la sentenza della Corte costituzionale 14 giugno 1956, n. 1. in *Giur. cost.*, 1956, 1.

Peraltro è da osservare che talune norme della Costituzione, pur riconoscendo un diritto o — il che è lo stesso — una « libertà », lasciano al legislatore ordinario, in funzione di particolari interessi pubblici, una facoltà di introdurre limitazioni talmente ampie, da far ritenere azzardata l'affermazione che essa non sia incompatibile con norme che prescrivano, in casi pertinenti, un provvedimento di licenza (p. es., artt. 16, 41).

## Considerazioni sul servizio di distribuzione automatica di carburanti\*

Pubblicato in

*Giustizia Civile*

Milano, 1958, I, pp. 1172-1174

\* *Nota a Cass.*, Sez. I, 24 giugno 1958, n. 2243, *ibid.*, p. 1172;  
la massima è riportata alla pagina seguente

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE I: 24 GIUGNO 1958 N. 2243; PRES. OGGIONI,  
EST. ROSSANO, P. M. POMODORO (CONCL. CONF.); SOC. VECOM (AVV.TI JACOBEL-  
LI, CORTESI) C. FUSTELLA (AVV.TI PORTO, MONTEL).

*Il provvedimento prefettizio che autorizza l'installazione di un distributore automatico di carburante ha l'efficacia di un'autorizzazione amministrativa e non di una concessione e quindi non legittima un'occupazione per pubblica utilità del suolo sul quale deve avvenire l'installazione.*

1. Il d.l. 2 novembre 1933 n. 1741, concernente la disciplina dell'importazione, della lavorazione, del deposito e della distribuzione degli oli minerali e dei carburanti, venne emanato in pieno regime di economia corporativa, e risulta manifestamente ispirato ai principi di tale sistema (cfr. PISCIONE, *Sulla disciplina dei distributori di carburante*, *Giur. compl. cass. civ.* 1951, III, 1253). Tanto la « licenza » per l'importazione degli oli minerali (artt. 1-3), quanto la « concessione » pel trattamento industriale di essi e dei residui provenienti dalla loro raffinazione (art. 4-10), e quelle per l'impianto e la gestione di depositi di oli minerali, lubrificanti e carburanti nonché di distributori automatici di carburanti (art. 11-14), sono di durata limitata e sono condizionati a valutazioni ampiamente discrezionali nell'an (art. 3, 5, 12), oltre che a specifici accertamenti circa la capacità tecnica ed economica del richiedente, e l'idoneità, l'economicità e la potenzialità degli impianti, si da rendere palese l'interesse legislativo a una organizzazione selezionata ed efficiente di quel particolare settore dell'approvvigionamento e del consumo. Interesse confermato da alcuni oneri specificamente imposti alle imprese, quali quelli di osservare un certo minimo di produzione (art. 15 regol. 20 luglio 1934 n. 1303), di costituire certe scorte intangibili (art. 3 lett. b, 5 lett. c, 12 lett. c, della legge e art. 32 regol.), di consentire la priorità della fornitura ai servizi statali e pubblici (art. 3 lett. e, 5 lett. c, 12 lett. d della legge e art. 38 regol.), di assicurare, su richiesta dell'Amministrazione, la esecuzione di convenzioni di interesse nazionale (art. 3 lett. f, 5 lett. c della legge e art. 39 regol.), ecc. Inoltre la legge prevede un intenso sistema di controlli continui di carattere tecnico ed economico sull'attività delle aziende.

Che ci si trovi in presenza di una strutturazione la quale implica il riconoscimento al settore, da parte dell'ordinamento, di una peculiare rilevanza, si da farlo considerare come dotato di particolare interesse pubblico, non è possibile negare (per casi analoghi di servizi privati di interesse pubblico e per la bibliografia al riguardo, vedi FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'Amministrazione e i privati*, Milano 1957, 92 ss., 124 ss.). Non si può invece affermare che l'ordinamento abbia considerato l'attività economica in questione come un vero e proprio servizio pubblico: non fosse altro che pel fatto che in ogni campo del settore ha lasciato totalmente ai privati l'iniziativa.

2. C'è peraltro non è sufficiente a far concludere che impropriamente il legislatore abbia a suo tempo configurato come « concessioni » i provvedimenti amministrativi destinati a consentire le attività di produzione, deposito e distribuzione delle sostanze di cui trattasi. (Così invece PISCIONE *op. cit.*, 1254; Russo, *In tema di concessioni per impianto di distributori di carburanti e diritti dei terz.*, *Giur. it.* 1956, I, 2, 1017; è noto che, oltre alle concessioni traslative, esistono quelle costitutive, le quali non attribuiscono l'esercizio di diritti propri dell'Amministrazione).

E fuori dubbio — come ha esattamente sottolineato la sentenza annotata — che il *nomen* attribuito dal legislatore non è decisivo per la determinazione della natura di un atto o di un istituto giuridico.

D'altra parte è chiaro che col nome di « concessione » il legislatore abbia inteso marcare con particolare evidenza la piena discrezionalità dei provvedimenti in questione e il peculiare regime di controlli e interventi statali ammessi nel settore, al quale attribuiva un eminente interesse pubblico.

Nè la discrezionalità della « concessione », nè l'intenso sistema di controlli e interventi sono però decisivi, per fare affermare o per fare escludere il carattere di concessioni in senso tecnico dei provvedimenti in esame. Da un lato, infatti, la discrezionalità dell'an, se è incompatibile coi provvedimenti di autorizzazione, è comune, oltre che alle concessioni, anche alle licenze (le quali ultime sono ben diverse dalle concessioni e si differenziano dalle autorizzazioni appunto per essere discrezionali nell'an: vedi SANDULLI, *Abilitazioni, autorizzazioni, licenze*, *Rass. dir. pubbl.* 1958, I, 8 ss.). Dall'altro, se un penetrante sistema di vigilanza è caratteristico dei rapporti di concessione amministrativa, non pochi sono i casi nei quali l'ordinamento sottopone a un intenso e penetrante sistema di controlli attività private non soggette a regime di concessione: ciò avviene generalmente nelle ipotesi di attività private di particolare interesse pubblico. Anzi — e val la pena di sottolinearlo — perchè un siffatto regime di soggezione a controllo si instauri, e cioè perchè si instauri tra l'Amministrazione e il privato quella speciale relazione che lo comporta, non è affatto necessario che il rapporto abbia tratto origine da un particolare atto amministrativo, ben potendo esso essersi instaurato in virtù del semplice fatto che il privato abbia iniziato

a esercitare quella certa attività che l'ordinamento assoggetta a controllo. Ad es., un rapporto di tal fatta sorgerebbe tra l'Amministrazione competente e il gestore di un istituto privato d'istruzione, quand'anche la legge non richiedesse affatto per l'attività in questione — che sempre l'ordinamento ha sottoposto a particolari oneri e ad intensa vigilanza — alcun provvedimento di autorizzazione o di licenza (non può esser seguito il FRANCHINI, *op. cit.*, 92 ss., quando afferma che in simili casi, quando sia necessario un provvedimento autorizzativo, sarebbe proprio questo a determinare tra l'Amministrazione e il privato un rapporto di supremazia speciale: la verità è che in quei settori di attività che l'ordinamento assoggetta a un sistema di oneri e di vigilanza particolarmente intensi, in quanto li considera di interesse pubblico, comincia ad assoggettare a controllo preventivo — mediante autorizzazione — prima di tutto lo stesso inizio dell'attività: ma ciò non significa affatto che sia tale autorizzazione — la cui natura e configurazione giuridica sono ben note — a costituire il rapporto di supremazia speciale tra Amministrazione e privato, il quale invece anche in tali casi sorge unicamente pel fatto dell'esercizio dell'attività: si tenga conto che, nonostante l'autorizzazione, l'attività potrebbe anche non essere esercitata, mentre, d'altro canto, l'attività potrebbe essere esercitata — sia pure illecitamente, ma nondimeno con l'obbligo di osservare tutte le prescrizioni della materia — malgrado la mancanza di autorizzazione).

3. Se le « concessioni » previste del d.l. 1741 del 1933 non possono esser configurate come mere autorizzazioni (pur restando aperto il problema della loro configurabilità come concessioni vere e proprie o come licenze: nel secondo senso v. SANDULLI, *op. cit.*, 11), è chiaro il valore innovativo della l. 23 febbraio 1950 n. 170, la quale dispone che « l'impianto e l'esercizio di apparecchi di distribuzione automatica di carburanti collegati ad un serbatoio la cui capacità non sia superiore ai dieci metri cubi, non sono più soggetti alla concessione di cui all'art. 11 del r.d.l. 2 novembre 1933 n. 1741 » (art. 1), e aggiunge che essi debbono essere invece « autorizzati dal Prefetto, previo accertamento dei requisiti richiesti dalla legge di pubblica sicurezza per le autorizzazioni di polizia e della osservanza delle altre disposizioni previste dal citato r.d. 2 novembre 1933 n. 1741 e del relativo regolamento, nonché dalle norme di sicurezza emanate dal Ministro dell'Interno in applicazione dell'art. 23 del r.d. predetto » (art. 2) (nel senso della innovatività, vedi MONTEL, *Sulla natura e portata del provvedimento prefettizio abilitante alla installazione su suolo privato di un impianto di distribuzione automatica di carburante*, in questa *Rivista* 1956, I, 1013, in nota alla pronuncia in senso contrario del Trib. Biella 5 marzo 1956).

L'innovatività di tali disposizioni inerte al fatto che in virtù di esse l'attività economica in questione non è più subordinata a un provvedimento amministrativo discrezionale nell'an (concessione o licenza), bensì semplicemente al preventivo riscontro (sia pure discrezionale) della sussistenza di requisiti e condizioni specificamente indicati dalla legge. Il che è proprio e tipico delle autorizzazioni (vedi SANDULLI, *op. cit.*, 5 ss.).

4. Ciò chiarito, è poi da osservare che nulla la legge del 1950 ha modificato del vecchio regime di oneri e controlli dell'attività di distribuzione automatica di carburanti, una volta che essa sia stata autorizzata (cfr., per *incidens*, Cons. Stato, Sez. V, 19 ottobre 1951 n. 917, *Giur. compl. cass. civ.* 1951, III, 1251; Id. 11 maggio 1956 n. 360, *Il Consiglio di Stato* 1956, I, 658).

Nè — come già si è notato — la sopravvivenza della vecchia disciplina è incompatibile col fatto che la « concessione » non sia più necessaria. L'antica disciplina non era infatti indissolubilmente collegata con l'atto di « concessione ». La trasformazione del regime di concessione (o di licenza) — meno consono a un sistema di economia tendenzialmente libera (art. 41 Cost.) — in regime di autorizzazione non importa infatti, di per sé solo, il venir meno del carattere di particolare interesse pubblico dell'attività in questione, nonché di tutto il sistema di controlli, di oneri, di facilitazioni, ecc., che esso comporta (vedi del resto espressamente l'art. 3 della legge del 1950).

5. Se così è, non è esatto che la legge del 1950 abbia fatto venir meno il carattere « di pubblica utilità » che l'art. 19 del d.l. del 1933 riconosceva all'occupazione del suolo pubblico o privato necessario per il collocamento di distributori automatici. Occupazione collegata, del resto, dal citato articolo, non al fatto puro e semplice della « concessione », bensì a uno specifico e diverso decreto prefettizio, rispetto al quale la « concessione » costitutiva (e ora l'autorizzazione costituisce) un puro e semplice requisito di legittimazione (v. anche l'art. 43 del regolamento, dal quale la distinzione dei due provvedimenti risulta ancor più evidente) (cfr. Cass. 8 ottobre 1953 n. 3217, in questa *Rivista* 1953, 3058; MONTEL, *op. cit.*, p. 1015).

## Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi

Publicato in

*Studi in Onore di Emilio Crosa*  
Milano, 1960, II, pp. 1511-1529

*Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*  
Milano, 1958, pp. 784-803



SOMMARIO: 1. L'attuale crisi concettuale della categoria dell'autorizzazione amministrativa. — 2. Gli strumenti mediante i quali la pubblica Amministrazione intende alla cura degli interesse pubblici. — 3. Importanza degli strumenti consistenti nell'esercizio di controlli su attività di soggetti particolari. I provvedimenti autorizzativi come specie di tale genere di strumenti. — 4. Distinzione di tali provvedimenti dai provvedimenti abilitativi, — 5. e delle licenze. — 6. Caratteri e funzione dei provvedimenti autorizzativi. — 7. Relazione funzionale tra l'autorizzazione e il diritto soggettivo il cui esercizio è da essa condizionato. — 8. Contenuto e causa dell'autorizzazione. — 9. L'autorizzazione come categoria generale e i singoli tipi di provvedimenti autorizzativi. — 10. Varie possibilità di classificazione dei provvedimenti autorizzativi. — 11. Carattere unitario della categoria generale delle autorizzazioni e distinzione della relativa figura da quelle della concessione, della delega, dell'ammissione, della dispensa. — 12. Particolarità del regime giuridico dei provvedimenti autorizzativi, in ordine: a) alla necessità di motivarne il rifiuto; b) all'apponibilità a essi di prescrizioni particolari; c) alla loro revocabilità; d) al diritto al risarcimento dei danni in caso di diniego o di revoca di essi.

1. Come ogni altra creazione dell'uomo, anche le categorie giuridiche attraversano i loro periodi di crisi. Frequenti spunti affioranti ormai da varie parti nella dottrina del diritto amministrativo segnalano come una categoria, che attraversa attualmente una fase di crisi concettuale, quella dell'autorizzazione (1).

---

(1) V. GASPARRI, *Considerazioni in tema di autorizzazioni*, in *Giur. Cass. Civ.*, 1947, III, p. 1125 ss.; M. S. GIANNINI, *Intorno all'autorizzazione all'apertura di sportelli*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1950, II, p. 305 ss.; FRANCHINI, *Le autorizzazioni amm. costitutive di rapporti giur. fra l'Amministrazione e i privati*, Milano, 1957, p. 5 ss. e nota 2 ivi. Una notevole testimonianza della rilevata situazione di crisi è data dal fatto che la natura della licenza edilizia — universalmente e tradizionalmente considerata come tipico atto di autorizzazione (v. per tutti, VIGNOCCHI, *Note sull'autorizzazione a costruire rilasciata dalle autorità municipali*, in *Foro Padano*, 1952, III, p. 9. ss.; CASALIN, *Le licenze edilizie*, Vicenza, 1957) — di recente, nella relazione sull'argomento presentata in un convegno di studi della materia da un provveduto cultore di diritto amministrativo, è stata ravvicinata — e quasi identifi-

Alla crisi di questa importante figura di atto amministrativo, da lungo tempo studiata a fondo (2), ha indubbiamente contribuito l'incalzante intensificarsi — proprio del tempo attuale — del fenomeno dell'interferenza dei pubblici poteri nell'attività degli altri soggetti — interferenza che assai frequentemente si manifesta (e sempre più intensamente è destinata a manifestarsi in virtù della piena realizzazione del sistema di economia mista contemplato dalla Costituzione (3) appunto a mezzo della necessità di provvedimenti autorizzativi (4). Proprio nell'aumento dei casi rientranti nella categoria — casi non sempre identici nella struttura, e non sempre collimanti sotto ogni profilo col paradigma tradizionale —, oltre che nella più volte constatata improprietà della terminologia legislativa (5), sono da ricercare le cause fondamentali degli attuali dubbi e dissensi.

Per quanto il settore degli atti amministrativi rappresenti il campo più progredito del diritto amministrativo, e per quanto non si possa

---

cata — a quella dell'atto di concessione (BENVENUTI, *I limiti dello « jus aedificandi » e la nat. giur. della licenza edilizia*, in *Atti del secondo convegno di diritto amministrativo in materia di licenze edilizie* (S. Remo, 14-16 dicembre 1956), Città di Castello, Roma, 1957, p. 25 ss.).

(2) Sono ormai remoti, ma pur sempre validissimi, gli studi del RANELLETTI, *Teoria gen. delle autorizzazioni e concessioni amm. Concetto e natura*, in *Giur. it.*, 1894; *Facoltà da esse create*, in *Riv. it. per le sc. giur.*, 1894-1897. Per la bibliografia successiva v. SANDULLI, *Il procedimento amm.*, Milano, 1940, nota 16 a p. 66 ss., cui adde VIGNOCCHI, *La natura giur. dell'autorizzazione amm.*, Padova, 1944; GASPARRI e FRANCHINI, *opp. citt.*, sub nota prec. (presso quest'ultimo, altre indicazioni); BODDA, *Autorizzazioni amministrative, con particolare riferimento alle licenze di commercio* (relazione al Convegno di dir. amm. di Roma, 7-8 marzo 1955), in *Nuova rass. di legisl., dottrina e giurisp.*, 1955, p. 1451 ss.

(3) Cfr. BODDA, *op. cit.*, p. 1452.

(4) V., anche per altre indicazioni, SPAGNUOLO-VIGORITA, *Aspetti giur. della disciplina dell'iniziativa privata*, in *Dir. dell'econ.*, 1955, p. 989 s., e, per una particolare figura di autorizzazione in materia economica, *Considerazioni in tema di forme, finalità ed organi della disciplina pubbl. dell'attività econom.*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 386 ss.

(5) Anche senza contare la frequente e continua confusione legislativa tra autorizzazione e licenza (sulla cui distinzione v. *infra*, n. 5), basterà ricordare che non di rado le leggi parlano di autorizzazione a proposito di riconosciuti casi di concessione (p. es., per l'apertura di farmacie: art. 104 ss., t.u. 27 luglio 1934, n. 1265), e viceversa (p. es., gli art. 11 ss., d.l. 2 novembre 1933, n. 1741 definiscono concessione l'autorizzazione all'impianto di distributori di carburanti e oli minerali).

quindi non condividere l'idea che esso non costituisce ormai più il punto vitale degli studi di tale scienza (6), non può tuttavia dubitarsi che quel settore attenda — particolarmente sotto il profilo della individuazione e della delimitazione dei singoli tipi di atti — di essere ulteriormente sondato. Non deve perciò meravigliare se — a sessant'anni dalla completa e mirabile trattazione che dell'argomento fece un illustre Maestro (7), di recente scomparso, e nonostante le frequenti trattazioni che all'argomento la dottrina ha successivamente e anche di recente dedicate — si lasci avvertire l'esigenza di fare — con riferimento allo stato attuale del nostro sistema normativo e dei nostri studi — il punto su quella importante categoria di provvedimenti dell'Amministrazione che sono le autorizzazioni (8). Data la seria crisi che la figura attraversa e le ragioni che tale crisi hanno determinata, non potrà essere considerato fuori luogo un nuovo studio dell'argomento, anche se per avventura il suo risultato dovesse esser quello di confermare — in contrasto coi frequenti dubbi affioranti al riguardo (9) — la validità attuale dei concetti ispiratori e della direttiva di fondo degli insegnamenti tradizionali.

2. Gli strumenti, attraverso i quali la pubblica Amministrazione provvede agli interessi collettivi che l'ordinamento confida alle sue cure — e cioè gli strumenti attraverso i quali provvede all'esplicazione della sua funzione —, sono della più varia indole.

Nel sistema della vita della collettività sociale, voluto e retto dall'ordinamento giuridico, molti campi di attività sono riservati alla pubblica Amministrazione, assumendo, di volta in volta, i caratteri di funzioni o servizi pubblici; e, di volta in volta, l'Amministrazione li persegue direttamente (p. es., sicurezza pubblica, alcune attività di amministrazione pubblica del diritto privato; e, rispettivamente, ser-

---

(6) V., per tutti, PETERS, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlin-Göttingen, Heidelberg, 1949, p. 151.

(7) RANELLETTI, *opp. cit.*, sub nota 2.

(8) Le incertezze della materia sono comuni alla dottrina straniera. V., p. es., NEBINGER, *Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1949, nota 7 a p. 205.

(9) V. gli autori *citt.*, sub nota 1.

vizi di igiene e sanità, di assistenza e beneficenza, di istruzione ed educazione, di viabilità, trasporto, comunicazione, ecc.), ovvero li persegue a mezzo di sostituti (facendosi cioè sostituire nell'esercizio di essi da soggetti estranei: p. es., le funzioni di amministrazione pubblica del diritto privato, esercitate a mezzo dei notai; i servizi di trasporto, comunicazioni e teletrasmissioni, ecc., esercitati a mezzo di concessionari). Oltre ai compiti pei quali prevede e dispone l'assunzione — diretta o indiretta — delle relative attività da parte dell'apparato pubblico, l'ordinamento considera però di interesse collettivo (e cioè di interesse pubblico) molte attività di soggetti estranei all'Amministrazione (p. es., attività degli istituti di credito, delle società cooperative, dei liberi professionisti). Come pure considera di interesse collettivo — per ragioni della più varia indole (moralità, sicurezza, tutela della fede pubblica, igiene, benessere economico della collettività, conservazione del patrimonio culturale della nazione, ecc.) — che singole attività di interesse privato di soggetti particolari vengano svolte con categoriche limitazioni — di volta in volta spaziali, temporali, modali —, indicate dall'ordinamento stesso.

3. A tutela degli interessi collettivi avuti di mira, l'ordinamento, in entrambi gli ultimi casi, preordina strumenti di diritto pubblico, destinati — di volta in volta col mezzo della prevenzione o con quello della repressione — ad assicurarne il rispetto da parte dei singoli operatori.

Nell'uno, come nell'altro caso, indifferentemente se l'interesse pubblico da tutelare sia quello a che vengano realizzate nel modo più soddisfacente, da parte degli operatori estranei all'apparato pubblico, le rispettive attività di interesse collettivo, ovvero quello a che determinate attività dei privati vengano svolte in modo da salvaguardare quegli interessi collettivi coi quali possano venire in conflitto, i mezzi tecnici impiegati dall'ordinamento sono i medesimi (10), e rientrano in quella che per tradizione si è abituati a denominare funzione di controllo. Si pensi, tra le altre manifestazioni del fenomeno, alle autorizzazioni occorrenti per l'apertura di istituti di credito, e di nuovi

---

(10) Cfr., pur nella diversa impostazione, M. S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 307.

sportelli da parte degli istituti di credito già esistenti (art. 28 l. 7 marzo 1938 n. 141), alla vigilanza esercitata sulle società cooperative (d.lg. 14 dicembre 1947 n. 1577), ai provvedimenti abilitativi e di ammissione occorrenti per l'iscrizione negli albi professionali (p. es., d.l. 26 novembre 1933 n. 1578, più volte modificato e d.lg. 22 gennaio 1934, per l'esercizio delle professioni forensi), alle licenze per l'apertura di negozi di vendita al pubblico (d.l. 16 dicembre 1926 n. 2174), di pubblici esercizi (art. 86 t.u. 18 giugno 1931 n. 773), di cinematografi (art. 68 e 80 t.u. ult. cit.; d.l. 10 settembre 1936 n. 1946; art. 21 l. 29 dicembre 1949 n. 958), alle licenze edilizie (art. 31 l. 17 agosto 1942 n. 1150), alla abilitazione alla guida di autoveicoli (art. 82 t.u. 8 dicembre 1933 n. 1740), ecc.

I provvedimenti autorizzativi trovano il loro posto appunto nel quadro dei ricordati strumenti. Essi comprendono, oltre alla generalità dei provvedimenti che comunemente vengono designati col nome di autorizzazioni o di licenze (così, p. es., per riferirci a esempi già fatti, le autorizzazioni all'apertura di istituti di credito, le licenze di commercio, le licenze edilizie), tutti i provvedimenti necessariamente preventivi di consenso di autorità amministrative a che un certo soggetto possa svolgere una determinata attività, cui sia legittimato (11).

4. Vanno invece tenuti distinti dai provvedimenti autorizzativi quegli atti — comunemente designati col nome di atti di abilitazione —, in virtù dei quali, previo accertamento della loro idoneità, ai soggetti interessati viene consentito — sempre che concorrano le altre condizioni volute dalla legge (come, p. es., la successiva ammissione negli appositi Ordini o Collegi professionali (12)) — l'esercizio

---

(11) Per i nulla osta, v. SANDULLI, *Il procedimento amm.*, cit., nota 7 a p. 272; per gli altri atti di assenso necessariamente preventivo, v. la stessa opera, pp. 66 e 280.

(12) Tale ammissione ha luogo in virtù dell'atto di iscrizione nell'apposito albo. Il quale atto *aggiunge* al soggetto un'ulteriore qualità: lo *status* di appartenente all'Ordine professionale. Tale *status* comporta l'assoggettamento di lui all'ordinamento particolare, e quindi alla regolamentazione e alla disciplina dell'Ordine, il quale costituisce dei suoi appartenenti un corpo unitario, ed, entro certi limiti, giuridicamente autonomo, autarchico, e finanziariamente

di determinate attività, di volta in volta a titolo professionale (dichiarazione di abilitazione all'esercizio professionale), o no (p. es., dichiarazione di abilitazione alla guida di autoveicoli, alla condotta di caldaie a vapore, ecc.). Tra tali atti vanno fatte rientrare anche le dichiarazioni di idoneità degli allievi alla fine di corsi di studi o dopo il compimento di esami, sempre che la dichiarazione di cui trattasi rappresenti condizione di abilitazione a ulteriori studi, o ad altre particolari attività, anche se non professionali.

A differenza dei provvedimenti autorizzativi, che — come si vedrà (n. 6) — si basano su una valutazione, istituzionalmente discrezionale, dell'autorità amministrativa, in ordine alla compatibilità dell'attività di un certo soggetto con uno specifico interesse pubblico, i provvedimenti abilitativi non comportano alcuna discrezionalità di raffronto tra l'attività da consentire e un interesse collettivo. Si basano invece esclusivamente sul riconoscimento di una certa idoneità del soggetto, alla stregua di accertamenti e valutazioni di carattere tecnico; e, in conseguenza di tali accertamenti, riconoscono al soggetto una qualità nuova (hanno dunque valore costitutivo), la quale viene ad *aggiungersi* agli attributi della sua personalità. A differenza dell'atto autorizzativo (n. 6), quindi, l'atto abilitativo non trova nel soggetto un preesistente sostrato di diritto soggettivo che costituisca valido, anche se non operante, elemento di legittimazione in ordine all'attività di cui si tratta; ma per la prima volta gli conferisce una posizione di vantaggio che per l'innanzi era assolutamente estranea alla sfera giuridica di lui.

5. Un fenomeno analogo suole prodursi per alcuni provvedimenti che comunemente sogliono esser considerati come autorizzazioni, o a queste assimilati, ma, pur essendo anch'essi discrezionali, e, pur basandosi anch'essi su un raffronto fra l'interesse privato all'esercizio dell'attività da consentire e l'interesse pubblico a tutela del quale l'intervento dell'autorità è previsto, si differenziano dai provvedimenti meramente autorizzativi proprio perchè espandono la sfera giuridica

---

auto-sufficiente. — È inspiegabile come gli atti di iscrizione negli albi professionali siano stati da taluno classificati come provvedimenti autorizzativi (così, ad es., VIGNOCCHI, *La natura giur.*, cit., 23, e, già prima, VITTA, *ivi cit.*).

del soggetto in uno spazio che non rientra nel suo ambito giuridico istituzionale, e la cui conquista rappresenta perciò un vero e proprio accrescimento di tale ambito.

La licenza di porto d'armi (art. 42 t.u. 18 giugno 1931 n. 773), la licenza all'apertura di una casa di meretricio (che la legge chiama « dichiarazione di locale di meretricio »: art. 190 ss. t.u. ult. cit.), le licenze per guardie giurate e per istituti di vigilanza e di investigazione privata (art. 133 ss. stesso t.u.), a differenza degli atti autorizzativi veri e propri, non si limitano a consentire al soggetto la possibilità di operare nell'ambito delle facoltà connaturali alla sua originaria posizione giuridica, ma gli conferiscono delle facoltà estranee a posizioni giuridiche preesistenti, e cioè facoltà nuove. Non può dirsi che il porto d'armi, l'esercizio di locali di meretricio, ecc., siano manifestazioni di diritti fondamentali dell'individuo, nè comunque di altri diritti in lui preesistenti (13).

Si tratta cioè di atti strettamente affini alle concessioni costitutive, pur differenziandosene pel fatto che queste presuppongono l'attribuzione al privato da parte dell'Amministrazione non di un semplice consenso a una attività, ma di qualcosa che, pur non appartenendo alla Amministrazione, rientra tuttavia nel potere di disposizione di essa (p. es., concessioni di onorificenze; concessioni di esercizi farmaceutici; concessioni esclusive di pesca nelle acque territoriali) (14).

6. A differenza dalle altre figure considerate (provvedimenti abilitativi e licenze), lo schema tipico degli atti autorizzativi prevede sempre la preesistenza, nel beneficiario del provvedimento, di una

---

(13) Per una impostazione su simili basi della differenziazione tra autorizzazioni e licenze, v. già qualche cenno in SANDULLI, *Intervento nel ricordato Convegno di diritto amministrativo sulle autorizzazioni amministrative, in Nuova rass. di legisl., dottrina e giurisp.*, 1955, p. 1473 s., nonchè *Manuale di dir. amm.*, 4<sup>a</sup> ed., Napoli, 1957, p. 299. Per una impostazione della differenziazione tra autorizzazioni e licenze su basi assolutamente diverse, e non accettabili, v. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione, in Archivio giur.*, LXXI, 1903, p. 42 ss.

(14) Sulle quali, v. ZANOBINI, *Corso di dir. amm.*, I, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 1954, p. 263 s.; SANDULLI, *Manuale*, cit., p. 299, su posizioni non perfettamente coincidenti.

posizione di diritto soggettivo, ma, in pari tempo, l'impossibilità della libera espansione di essa — vale a dire del concreto esercizio del diritto — nella particolare direzione cui l'atto autorizzativo si riferisce, se e fin quando l'autorità competente all'autorizzazione non abbia proceduto al necessario riscontro tra l'esercizio del diritto stesso da parte del suo titolare e quel particolare interesse pubblico a tutela del quale la funzione autorizzativa fu predisposta dall'ordinamento, e, constatato, nella propria discrezionale valutazione, che essi non siano in conflitto (15), non abbia dato il proprio assenso all'espansione del diritto.

In sostanza è da considerare esatto quanto è stato riconosciuto da vecchia data, e viene tuttora ammesso, si può dire, senza contrasti, che la funzione dei provvedimenti che ci occupano è quella di consentire che un soggetto, cui l'ordinamento riconosce un particolare, preesistente titolo di legittimazione, operi alcunchè (di volta in volta *una tantum*, o continuativamente) in base a esso.

Indubbiamente l'autorizzazione va dunque compresa tra i provvedimenti destinati ad *avvantaggiare* la sfera giuridica del destinatario (16). Essa però non amplia la sfera dei diritti soggettivi di lui, e tanto meno può dirsi che lo faccia attraverso una diminuzione della sfera giuridica dell'Amministrazione (17).

---

(15) Per simile configurazione dell'istituto, v. DONATI, *op. cit.*, p. 52, e, da ultimo, FRANCHINI, *op. cit.*, p. 25 ss. Nella recente dottrina straniera, v., per tutti, RUCK, *Schweizerisches Verwaltungsrecht*, I, 3<sup>a</sup> ed., Zürich, 1951, p. 99. Circa il carattere necessariamente discrezionale dei provvedimenti autorizzativi, v., esattamente, FRANCHINI, *op. cit.*, nota 56 bis a p. 29 s., e presso di lui indicazioni di dottrina in senso diverso. Ma v. già DONATI, *op. cit.*, p. 42 ss. Altre indicazioni in argomento presso ORUSA, *Cessione delle licenze commerciali e delle autorizzazioni di polizia*, in *Dir. dell'economia*, 1957, p. 475 s.

(16) V., per tutti, PETERS, *op. cit.*, p. 155.

(17) In tali sensi, invece, con riferimento alle c.d. licenze edilizie, BENVENUTI, *op. cit.*, p. 25, sulla base di una presa di posizione e di una dimostrazione che non possono essere condivise. Secondo il valoroso autore, siccome, col concedere la licenza edilizia, il Comune, non potendo ormai più disporre dei propri poteri in ordine al bene, verrebbe a « diminuire » la propria sfera d'influenza, la licenza avrebbe natura analoga alla concessione.

Ora, che una volta concessa l'autorizzazione a costruire il Comune non disponga più del potere di negarla (o di accordarla se non a particolari condizioni), e che pertanto in relazione al bene *de quo* il proprio potere di disposi-

Che gli atti autorizzativi presuppongano nel destinatario una posizione di diritto soggettivo, e non si risolvano nella creazione di nuovi diritti soggettivi, è facilmente dimostrabile attraverso un esame delle varie fattispecie normative. A es., il commercio, l'attività creditizia, l'attività scolastica, l'attività costruttiva sul suolo di cui si abbia la disponibilità, rappresentano, rispettivamente, i primi due l'esplicazione del diritto fondamentale di libertà di iniziativa economica (garantito e regolato dall'art. 41 Cost.), la terza l'esplicazione di un diritto fondamentale garantito dall'art. 33 Cost., e l'ultima una delle estrinsecazioni di un diritto civile in ordine al suolo su cui si costruisce (che l'art. 42 Cost. prevede e l'art. 832 cod. civ. riconosce e garantisce). Al diritto di iniziativa economica, al diritto d'apertura di istituti di istruzione, al diritto di proprietà gli atti autorizzativi, destinati, rispettivamente, a consentire l'apertura di un nuovo istituto di credito o di un nuovo negozio o di una nuova scuola, o la costruzione di un nuovo edificio, non aggiungono alcunchè di nuovo: i rispettivi diritti rimangono quelli che erano (18).

zione in materia edilizia resti diminuito, nessuno potrebbe negare. Ma ciò avviene in tutti i casi in cui l'autorità pubblica *munere suo functa est*. E, se dovesse ritenersi che in tutti i casi in cui ciò avviene si sia in presenza di provvedimenti di concessione, o affini a tale categoria (come la riferita opinione menerebbe a concludere), si rischierebbe di abbracciare in quest'ultima la più gran parte degli atti amministrativi, rinunciando in tal modo alla necessaria discriminazione delle varie figure, che, con grande pazienza e attraverso sottili indagini, la dottrina, in oltre mezzo secolo di ricerche, è venuta delineando. Nè va trascurato che una tesi, la quale porta alla conclusione che tutte le volte che eserciti il proprio potere ponendo in essere provvedimenti destinati ad avvantaggiare la sfera giuridica dei privati, la pubblica Amministrazione subisca una « diminuzione della (propria) sfera d'influenza », e perciò « perda » qualcosa, immiserisce materialmente e moralmente la pubblica Amministrazione. La quale, per contro, anche allorquando effettivamente, nell'esercizio della propria funzione, *aliquid amittit* a vantaggio dei privati, mai può dirsi che subisca una « diminuzione » della propria « sfera d'influenza »: anche in tal modo infatti essa assolve la sua funzione, e, pure se dà, non perde (persino allorquando accorda una concessione traslativa, l'Amministrazione non subisce una « diminuzione », ma non fa altro se non porre in essere uno degli strumenti attraverso i quali le è dato di perseguire la sua funzione, e cioè di operare, e quindi di *edificare*).

(18) Recenti esposizioni dei vari atteggiamenti assunti dalla dottrina circa la funzione dell'autorizzazione rispetto al diritto del quale essa condiziona l'esercizio, in SANDULLI, *Il procedimento amm.*, cit., nota 16 a p. 66 ss.; FRANCHINI, *op. cit.*, p. 10.

7. Ciò che di *nuovo* si produce in conseguenza degli atti autorizzativi (ai quali quindi non può esser contestata forza *costitutiva*) attiene alle facoltà da essi rispettivamente suscitate (19), le quali solo *potenzialmente* erano contenute nei rispettivi diritti, e per diventare *attuali* — e cioè per poter essere *esercitate* mediante l'esplicazione delle attività a esse proprie — abbisognavano appunto, a tutela dell'interesse pubblico specificamente considerato da una norma limitativa di quei diritti, del consenso dell'autorità a che i diritti stessi avessero la loro concreta espansione.

È noto che i diritti soggettivi sono delle situazioni giuridiche *statiche* (20): essi identificano la posizione fatta dall'ordinamento a un soggetto rispetto ad altri soggetti (uno o più o tutti) con riferimento a particolari oggetti: descrivono cioè uno stato *di relazione* (21) dei rispettivi titolari, di volta in volta con singoli componenti della collettività, o con tutti i componenti della collettività. La posizione (statica) di diritto soggettivo costituisce il presupposto e il sostrato delle posizioni (dinamiche) di potestà e di facoltà (22). Queste ultime rappresentano le forze operative che ai titolari di singoli diritti vengono riconosciute (e dei rispettivi diritti rappresentano estrinsecazione), perchè essi possano operare nel mondo esterno, nell'un caso mediante atti giuridici (volti istituzionalmente a produrre delle modificazioni nel mondo dei rapporti giuridici), nell'altro caso mediante mere attività materiali (non destinate di per sè sole a produrre modificazioni giuridiche e a ripercuotersi al di fuori della sfera del soggetto che le pone in essere) (23).

(19) Si parla qui di *facoltà* in senso comprensivo, idoneo a indicare la situazione giuridica che sta a base tanto della possibilità di produrre delle mere modificazioni nella realtà materiale (facoltà in senso stretto), quanto della possibilità di produrre delle modificazioni nella realtà giuridica (potestà). Cfr. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amm.*, Milano, 1956, pp. 55, 62.

(20) GUARINO, *Potere giur. e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, p. 25 estr.; SANDULLI, *Manuale*, cit., p. 59 s.

(21) Le norme che contemplano e regolano diritti soggettivi vengono infatti configurate come norme *di relazione*. V. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, 1954, p. 33 ss.

(22) Contra CASSARINO, *op. cit.*, p. 61 ss., il quale configura la facoltà come posizione giuridica statica.

(23) SANDULLI, *loc. ult. cit.*

Che la figura che tradizionalmente si suole designare come diritto sogget-

Orbene, senza operare minimamente sulla pertinente posizione di diritto soggettivo del destinatario, l'atto autorizzativo si limita a operare nel campo delle posizioni dinamiche (poteri o facoltà) che la presuppongono. E vi opera appunto in quanto l'ordinamento considera l'atto autorizzativo come fatto determinante in ordine alla possibilità di esercizio di un certo potere o di una certa facoltà, che fin da prima avevano nel diritto soggettivo il proprio fondamento, e fin da prima albergavano in esso in stato di latenza.

La fattispecie alla quale la possibilità di esercizio del potere o della facoltà soggetti ad atto autorizzativo si collega è dunque complessa; ed è costituita dalla presenza di una posizione di diritto soggettivo, e, in aggiunta, dal sopravvenire dell'atto autorizzativo.

La funzione di questo consiste perciò nel realizzare un elemento costitutivo della fattispecie prevista perchè le attività inerenti al potere o alla facoltà, in cui il diritto soggettivo si esprime, possano essere esercitate (e in questo senso può anche non considerarsi inesatta, se pur vaga, insufficiente e incompleta (24), la formula tradizionale, secondo la quale l'autorizzazione consisterebbe nella «rimozione di un limite all'esercizio di un potere»). Ma — a differenza di altri provvedimenti amministrativi (tra i quali, a es., oltre alle concessioni,

---

tivo si risolve in un complesso di facoltà (e potestà) è fenomeno di non recente constatazione (v. DUSI, *Diritti subbiettivi e facoltà giuridiche*, in *Studi senesi*, 1902). V. ora CASSARINO, *op. cit.*, p. 66 ss., il quale porta la tesi alle ultime conseguenze, configurando le singole facoltà come figure autonome. È frequente, comunque, anche presso autori di tendenze meno radicali, il riconoscimento della natura composita di figure giuridiche tradizionalmente considerate come entità semplici e unitarie (in relazione al diritto di proprietà, v., p. es., PUGLIATTI, *Interesse pubbl. e interesse privato nel diritto di proprietà*, nel vol. *La proprietà del nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 45; *La proprietà e le proprietà*, *ivi*, p. 280).

Si accetti o non la concezione tradizionale — secondo la quale le figure giuridiche tradizionalmente designate come diritti soggettivi (proprietà, diritti fondamentali, ecc.) sarebbero delle figure semplici e unitarie — la tesi accolta nel testo non ne resta influenzata. Tanto nell'un caso, quanto nell'altro, la figura unitaria di diritto soggettivo, o le singole figure particolari di diritto soggettivo nelle quali la prima sia da considerare scomposta, rappresentano invariabilmente delle posizioni statiche, costituenti il presupposto e il sostrato delle facoltà e dei poteri a essi inerenti.

(24) Cfr. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., in nota a p. 67.

rientrano, a mio avviso, gli atti — sopra ricordati — di abilitazione e di licenza) — in ordine alla produzione dell'effetto giuridico che col suo venire in essere si produce (possibilità che il soggetto autorizzato eserciti il potere) l'atto autorizzativo non rappresenta l'elemento decisivo, non potendo non configurarsi come rapporto di accessorio a principale quello tra l'atto autorizzativo e il potere o la facoltà da esercitare, preesistenti all'atto, e di cui questo si limita a condizionare l'esercizio.

Il meccanismo attraverso il quale operano i provvedimenti autorizzativi è dunque questo: un atto amministrativo che aderisce a una preesistente posizione altrui di diritto soggettivo, integrando in tal modo la fattispecie complessa cui l'ordinamento collega la possibilità che alcuni poteri o facoltà propri di quel diritto vengano esercitati (ciò vale a escludere che volontà autorizzante e volontà autorizzata possano esser considerate come componenti di un unico atto (25): la volontà autorizzante è soltanto un necessario presupposto di legittimità dell'atto del soggetto autorizzato).

8. In tal modo si descrive però soltanto l'aspetto strutturale della fattispecie, e non anche il profilo contenutistico. Perché il quadro sia completo, occorre ulteriormente spiegare che il contenuto dell'atto autorizzativo consiste nella volontà — formatasi alla stregua del raffronto, concluso in senso favorevole, tra l'attività da autorizzare e l'interesse pubblico posto a base della potestà autorizzativa — di consentire a che effettivamente il diritto, il cui esercizio è interessato dall'autorizzazione, possa espandersi in una certa direzione (26).

La causa dell'atto, poi, ha per oggetto appunto il consenso, in sede di controllo preventivo, in funzione di un particolare interesse pubblico (27), a che il destinatario eserciti quella particolare attività di sua pertinenza che l'atto specifica.

9. Quanto precede importa che, se esiste *una categoria unitaria* sotto la quale tutti gli atti autorizzativi possono essere compresi, essa

---

(25) Tesi definitivamente dimostrata nel classico lavoro del DONATI più volte citato.

(26) Cfr., con diversa formulazione, DONATI, *op. cit.*, p. 22.

(27) Cfr. FRANCHINI, *op. cit.*, p. 35 ss.

non rappresenta che una categoria di ordine generale: in effetti i *tipi* di atti autorizzativi sono tanti, quante sono le attività, in ordine alle quali l'ordinamento prevede degli atti autorizzativi (e che rappresentano quindi l'oggetto dell'autorizzazione), e gli interessi pubblici a tutela dei quali è prevista la necessità dell'atto autorizzativo (28).

Pur nella fedeltà ai caratteri comuni della categoria generale, i provvedimenti autorizzativi si distinguono dunque (non diversamente da come, a es., in seno alla categoria generale del contratto di soccida si distinguono i singoli tipi di contratto di soccida — semplice, parziaria, con conferimento di pascolo — che gli art. 2171 sgg. cod. civ. prevedono) per i rispettivi caratteri particolari. I quali trovano la loro base e la loro ragione di identificazione nell'oggetto dell'interesse pubblico che il singolo atto autorizzativo è destinato a servire (igiene, conservazione del patrimonio artistico nazionale, ecc.) e nella sostanza dell'attività autorizzata (apertura di esercizi pubblici, vendita di opere d'arte, ecc.).

10. Sulla base di questi elementi caratterizzatori — interesse protetto e sostanza dell'attività autorizzata — dovrebbe dunque operare chi volesse procedere a una classificazione dei provvedimenti autorizzativi sotto il profilo contenutistico. Ma non sulla base di essi soltanto. Altri importanti aspetti del contenuto degli atti autorizzativi sono quello attinente alla *latitudine* del potere dell'Amministrazione in ordine alla concessione dell'autorizzazione — profilo che dà luogo alla distinzione tra autorizzazioni più o meno intensamente discrezionali, di volta in volta, nell'*an*, nel *quando*, ecc. —; quello attinente al lato *modale* dell'autorizzazione (di volta in volta rigorosamente predeterminato dal legislatore, o rimesso alla scelta dell'Amministrazione autorizzante, sì da lasciarle possibilità di valutazione in ordine al *quomodo*, al *quantum*, ecc.); quello attinente alla natura di mere *attività materiali* (p. es., licenza di commercio) o di *atti giuridici* dell'oggetto dell'autorizzazione (p. es., vendita di cose d'interesse artistico o storico).

11. L'ampia e varia gamma degli atti degni di esser compresi

---

(28) Per tale criterio, cfr. SPAGNUOLO-VIGORITA, *Aspetti giur. della disciplina dell'iniziativa priv.*, cit., p. 983 ss., e ivi indicazioni.

nella figura in esame non snatura peraltro la categoria concettuale dell'atto autorizzativo, nè vale a farle perdere la sua unità. Quali che possano essere l'interesse tutelato, l'attività autorizzata, la latitudine dei poteri dell'Amministrazione, immancabilmente la struttura e la funzione dell'autorizzazione si conservano quelle descritte, e mantengono inalterati i propri caratteri individuatori rispetto alle altre categorie di atti amministrativi. Di qui la previsione che la categoria in questione è destinata a superare la crisi concettuale, che attualmente sembra adombrarne il destino.

L'atto autorizzativo non potrà mai confondersi col provvedimento di concessione, perchè, a differenza del primo, quest'ultimo dà sempre luogo, nel destinatario, alla nascita di *nuovi* diritti (29). Esso non potrà nemmeno confondersi col provvedimento di delegazione, perchè questo dà sempre luogo nel destinatario a potestà non inerenti alla sua preesistente posizione giuridica (30). Nè potrà confondersi col provvedimento di ammissione, perchè questo dà sempre luogo nel destinatario a un nuovo *status*, o quanto meno a una nuova posizione di soggezione speciale (31). E neanche potrà confondersi col provvedimento di dispensa, perchè questo, risolvendosi nel consentire una attività istituzionalmente vietata (32) (33) (mentre l'autorizzazione

(29) Sulle concessioni amministrative, oltre agli scritti del RANELLETTI, ricordati *sub* nota 2, e alla trattazione del DE VALLES, *I servizi pubblici*, nel *Trattato* dell'ORLANDO, VI, 2<sup>a</sup>, p. 567 ss., mancano altri cospicui contributi. Sui diritti nascenti dalle concessioni di beni pubblici, v. SILVESTRI, *Natura giur. dei diritti nascenti dalle concessioni amm. di beni demaniali*, Milano, 1950.

(30) Non può essere condivisa la contraria opinione di FRANCHINI, *La delegazione amministrativa*, Milano, 1950, p. 73 ss. Una volta accolta la tesi che la delega conferisce al destinatario poteri prima non appartenentigli, non è il caso di affrontare il problema se si tratti di poteri altrui (secondo la nota tesi del TOSATO, *Le leggi di delegazione*, Padova, 1931, p. 90), o di poteri propri (così, sulle orme di ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 199, v. di recente LIGNOLA, *La delegazione legislativa*, Milano, 1956, p. 149).

(31) SANDULLI, *Manuale*, cit., p. 298. Si tenga presente quanto sottolineato sopra, *sub* nota 12.

(32) Cfr. BODDA, *La dispensa amministrativa*, Torino, 1943; FRANCHINI, *Le autorizzazioni amm.*, cit., p. 30 s.

(33) Non hanno dunque a vedere con le dispense qui esaminate quelle che consistono nell'esonero dall'osservanza di un dovere (p. es., servizio militare, pagamento di un tributo). V. SANDULLI, *Manuale*, cit., p. 300 s.

consiste nell'assenso a un'attività istituzionalmente lecita, anche se necessariamente condizionata da interessi pubblici), viene in sostanza a creare nel destinatario dei diritti prima assenti (34), in modo analogo a quanto si è visto per la licenza. Circa poi le differenze sostanziali tra autorizzazione da un lato e atti di abilitazione e di licenza, dall'altro, già se ne è fatto cenno (n. 4 e 5).

12. Quanto si è venuto esponendo dà ragione delle particolarità del regime giuridico degli atti autorizzativi — regime che, nella sua totalità, non coincide con quello di alcuna delle altre figure di provvedimenti amministrativi di cui si è parlato, anche se sotto alcuno dei singoli profili può corrispondere al regime dell'una o dell'altra figura.

a) Il fatto che l'autorizzazione presuppone un diritto soggettivo, sia pure in attesa di espansione — in quanto condizionato dalla valutazione da parte del pubblico potere della compatibilità con l'interesse pubblico dell'esercizio diviso dal suo titolare —, fa sì che, in caso di diniego del provvedimento autorizzativo, l'autorità amministrativa, venendo a sacrificare (non consentendogli di espandersi secondo la propria istituzionale capacità) il diritto di cui trattasi, sia tenuta a spiegare le ragioni del diniego (35). La motivazione è infatti dovuta in tutti i casi di provvedimenti destinati a sacrificare posizioni di diritto soggettivo (36).

(34) P. es., l'art. 338 t.u. 27 luglio 1934, n. 1265 pone un divieto di costruzioni entro il raggio di 200 metri dai cimiteri, e prevede che in casi eccezionali il Prefetto possa dispensare dall'osservanza di tale divieto. È evidente che in un simile caso il provvedimento prefettizio viene ad ampliare la sfera del diritto del proprietario del bene, in ordine al quale, derogando al divieto, la dispensa viene concessa.

(35) La giurisprudenza ha avuto modo di fare frequente applicazione di tale principio particolarmente in materia di c.d. licenze di commercio e licenze edilizie. Per quanto riguarda la prima, v., i richiami giurisprudenziali in BODDA, *Autorizzazioni amministrative*, cit., p. 1460 s., cui *adde*, tra le più recenti decisioni, Cons. di Stato, V sez., 9 febbraio 1957, n. 29, in *Giur. Cons. di Stato*, 1957, I, 170; 16 febbraio 1957, *ibidem*, p. 179; per quanto riguarda le seconde, v., p. es., Cons. di Stato, V sez., 9 settembre 1953, n. 565, in *Giur. Cons. Stato*, 1953, I, 814; 5 maggio 1954, n. 448, *ivi*, 1954, p. 546; 7 luglio 1954, n. 487, *ibidem*, p. 767; 9 giugno 1956, n. 502, *ivi*, 1956, p. 716; 21 dicembre 1956, n. 1134, *ibidem*, p. 1457.

(36) V., p. es., la seconda delle decisioni in materia di licenze edilizie ricordate *sub nota prec.*, e, in dottrina, per tutti, SANDULLI *Manuale*, cit., p. 274 s.

Anche nel caso di provvedimenti di dispensa, di licenza, di ammissione, di delega, di concessione, l'Amministrazione può esser tenuta a spiegare le ragioni del diniego; ma ciò è sempre dovuto ad altre ragioni, e generalmente ai limiti posti dalla legge alla discrezionalità dell'Amministrazione. Quanto ai provvedimenti abilitativi, essendo essi condizionati soltanto da ragioni tecniche, la motivazione del diniego è sempre necessaria, e risiede nel giudizio valutativo della idoneità dell'interessato da parte dell'Amministrazione.

b) La medesima ragione importa che l'atto autorizzativo non tollerì un contenuto eventuale sfavorevole al destinatario, se non entro i confini in cui le limitazioni o gli oneri imposti con un simile contenuto non possano considerarsi lesivi del diritto alla cui espansione l'atto tende (37). E, d'altro canto, importa che, tutte le volte che attraverso l'apposizione di oneri o limiti particolari, e comunque attraverso altre prescrizioni particolari, possano venir meno le ragioni ostative che altrimenti sussisterebbero per la concessione dell'autorizzazione, l'Amministrazione sia obbligata ad accordare l'autorizzazione, sia pure introducendo nel provvedimento siffatte prescrizioni (38). Nell'uno, come nell'altro caso, naturalmente, sempre che non si tratti di atti autorizzativi speciali, i quali non tollerino alcun genere di prescrizioni eventuali.

Salvo casi particolari, ben più ampia è la possibilità di un contenuto eventuale pei provvedimenti di dispensa e di licenza, e in particolare per quelli di delega e di concessione. Più limitata è invece in generale la possibilità di un contenuto eventuale pei provvedimenti di ammissione e di abilitazione, essendo il contenuto di questi, per solito, rigidamente prefissato dalla legge.

c) Siccome il beneficiario dell'autorizzazione, il quale, sulla base di questa, dando piena espansione al proprio diritto, abbia esercitato l'attività autorizzata, fruisce, nell'esercizio di tale attività e nel godimento dei risultati di essa, degli ordinari attributi di un diritto riconosciuto dall'ordinamento, ne deriva che un eventuale provve-

---

(37) Circa l'apponibilità alle autorizzazioni di clausole particolari, v., anche per indicazioni, FRANCHINI, *Le autorizzazioni amm.*, cit., p. 57 ss., e presso di lui indicazioni.

(38) SULSER, *Bedingung und Auflage*, Aarau, 1919, p. 23.

dimento di revoca della autorizzazione, colpendolo in tali attributi, verrebbe a lederlo in un vero e proprio diritto. Ecco perchè, mentre nulla può impedire che l'autorità competente *annulli* l'atto autorizzativo, qualora sia stato illegittimamente concesso (l'illegittimità infatti non è idonea a generare diritti soggettivi aventi carattere di definitività (39)); come pure nulla impedisce che, venute meno le condizioni personali e ambientali nel concorso delle quali l'autorizzazione potè venire legittimamente accordata, l'autorità, riesaminata la situazione, provveda alla *rimozione* di un provvedimento autorizzativo a carattere permanente (40); per contro, in base al principio per cui l'Amministrazione incontra, nella sua potestà di revoca, una insuperabile limitazione nella presenza di diritti soggettivi (41) — onde, fuori dei casi nei quali (e sempre per ragioni sopravvenute) sia istituzionalmente consentita (p. es., in materia di concessioni di beni e servizi pubblici), non è ammessa la revoca degli atti la cui emanazione abbia dato vita a posizioni di diritto soggettivo —, non è possibile *revocare* per motivi di opportunità un atto autorizzativo. Se con quest'ultimo atto il diritto, con la eliminazione dell'ostacolo che in precedenza vi si opponeva, ebbe piena espansione, la posizione soggettiva del titolare del diritto condizionato dall'autorizzazione è, dopo il venire in essere dell'autorizzazione, identica a quella del titolare di un diritto in nessun modo condizionato. Ecco perchè, come la revoca dell'atto amministrativo in quest'ultimo caso non è ammessa, del pari non può esserlo nel primo.

Il problema della revocabilità non sorge affatto pei provvedimenti di abilitazione, dato che — come si è visto — essi non implicano alcuna discrezionalità amministrativa. In relazione agli altri provvedimenti, che nel corso del presente studio abbiamo raffrontati con

---

(39) V., per tutti, SANDULLI, *Manuale*, cit., p. 310 e ivi indicazioni di giurisprudenza.

(40) L'ipotesi è espressamente prevista dall'ult. comma dell'art. 11 t.u. 18 giugno 1931, n. 773 per le autorizzazioni di polizia. Impropriamente ALESSI, *La revoca degli atti amm.*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1956, p. 109, inquadra il caso in questione negli schemi della revoca. Circa la distinzione della rimozione dalla revoca e dall'annullamento, v. SANDULLI, *Manuale*, cit., p. 309.

(41) V., per tutti, SANDULLI, *Manuale*, cit., p. 307 s. *Contra*, ALESSI, *op. cit.*, p. 108 ss.

l'autorizzazione (licenze, dispense, ammissioni, concessioni, deleghe), si può osservare che, pur non ricorrendo per la revoca di alcuno di essi la ragione che alla revoca si frappone per le autorizzazioni (in quanto nessuno di essi ha per funzione l'espansione di un diritto preesistente), in alcuni casi — e particolarmente in quelli di dispensa, di licenza e di ammissione, nonché in taluni casi di concessione (p. es., di onorificenze) — la revocabilità è impedita dal fatto che si tratta di provvedimenti, i quali vengono a determinare nel soggetto delle posizioni di diritto incondizionato, le quali non possono esser legittimamente sacrificate se non da provvedimenti di annullamento o di rimozione.

d) Indubbiamente il titolare di un diritto, legittimato a ottenere l'autorizzazione necessaria per l'esercizio del diritto stesso, è portatore di un mero interesse legittimo in ordine alla emanazione e al contenuto del provvedimento autorizzativo (42): il potere pubblico di autorizzazione viene esercitato infatti, dall'Amministrazione, primariamente, in funzione dell'interesse pubblico a tutela del quale e in relazione al quale è da compiere il raffronto dell'attività da autorizzare. Nondimeno, siccome la potestà autorizzativa impinge nella sfera dei diritti soggettivi (in quanto questi ultimi subiscono una limitazione proprio in conseguenza della necessità dell'autorizzazione), e siccome la potestà stessa può esprimersi in un provvedimento di contenuto negativo solo in quanto il rifiuto venga pronunciato in funzione dell'interesse pubblico a tutela del quale la limitazione venne posta dall'ordinamento, l'eventuale diniego della autorizza-

---

(42) È pacifico (e ogni citazione è quindi superflua) che la competenza a giudicare della legittimità di un diniego di autorizzazione, come della legittimità delle clausole apposte a un atto autorizzativo, sia del Consiglio di Stato, e non dei Tribunali ordinari. Circa la natura di interesse legittimo della pretesa al rilascio delle c.d. licenze edilizie, v. VIGNOCCHI, *Note sull'autorizzazione a costruire*, cit., p. 9. Particolare, ma non meritevole di adesione, la tesi di AMORTH, *Il silenzio dell'autorità amm. di fronte alla richiesta di un'autorizzazione*, in *Foro it.*, 1949, I, 148 ss., e *Diritti soggettivi e interessi legittimi in materia di licenze edilizie*, in *Atti del secondo convegno di dir. amm.*, cit., p. 58, secondo la quale sarebbe da configurare un diritto del richiedente non alla autorizzazione, bensì a una pronuncia dell'autorità amministrativa sulla richiesta di autorizzazione.

zione in nessun modo correlato con tale interesse, o comunque posto in essere *contra jus* (43), venendo in sostanza a incidere, sacrificandolo, su un diritto soggettivo, dà diritto al titolare di questo di esser ristorato del danno derivatogliene (art. 2043 c.c.) (44). E — dato che la revoca dell'autorizzazione non è ammessa (v. *supra*, lett. prec.) — altrettanto è a dire nel caso di revoca dell'autorizzazione già concessa (45).

Alle altre categorie di provvedimenti che si son venute raffrontando con le autorizzazioni — nessuna delle quali presuppone una preesistente situazione di diritto soggettivo — non si estendono, in caso di illegittimo diniego, le medesime conclusioni (46). Nel caso di illegittima revoca di tali provvedimenti, le conclusioni invece coincidono con quelle del caso di revoca di autorizzazioni, sempre che dai provvedimenti in questione siano nati diritti soggettivi, che la revoca sia venuta a sacrificare (\*).

---

(43) Cfr., pel caso di diniego non motivato di autorizzazione, prendendo però le mosse dal particolare punto di vista che si è riferito *sub nota* prec., AMORTH, *loc. cit.* ivi.

(44) SANDULLI, *Manuale*, cit., p. 497.

(45) Cfr. Trib. Trento, 18 aprile 1956 (malamente annotata da FRANCHI), in *Giur. it.*, 1957, I, 2, c. 391, con riferimento a un caso di ritiro di licenza di commercio.

(46) Neanche per i provvedimenti abilitativi possono, al riguardo, ammettersi conclusioni diverse. Cfr., per quanto sulla base di motivazione inadeguata, Trib. Bologna 29 maggio 1950 e App. Bologna, 3 gennaio 1953, ricordate nella Relazione dell'Avvocatura dello Stato, *Il contenzioso dello Stato negli anni 1951-55*, Roma, 1957, p. 156 s.

(\*) Successivamente all'elaborazione di questo studio (1957), ulteriori meditazioni sull'argomento hanno condotto l'a. a modificare alcuni dei punti di vista in esso enunciati. Vedasi lo scritto *Abilitazioni - Autorizzazioni - Licenze*, negli *Studi in onore di F. Messineo*, III, Milano, 1958, p. 351 ss.



Precisazioni in tema  
di mancanza di potere ed inesistenza  
dell'atto amministrativo

Pubblicato in

*Il Foro Amministrativo*

Milano, 1964, II, pp. 200-206

\* *Nota* a Cass., Sez. Un., 10 giugno 1964, n. 1427, pubblicata per esteso  
in nota allo scritto, *ibid.*, p. 199;  
le massime sono riportate alle pagine seguenti

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE CIVILI: 10 GIUGNO 1964 N. 1427; PRES. TORRENTE, EST. IANNELLI, P. M. CRISCUOLI (CONCL. CONF.); SOC. ITAL. STRADE FERRATE DEL MERIDIONE (AVV. TUMEDEI) C. MINISTERO TRASPORTI (AVV. DELLO STATO).

*Per affermare la giurisdizione del giudice ordinario, in tema di concessione-contratto, che, come è noto, ha una struttura bilaterale riconducibile alla coesistenza di due rapporti, uno di natura pubblica e l'altro di natura privata, non basta che si neghi il potere di cui l'atto impugnato costituisce l'estrinsecazione, ma occorre, invece, qualificare giuridicamente la questione prospettata, tenendo conto dei termini in cui questa, in relazione alle deduzioni formulate, risulta concretamente impostata, per potere stabilire, in rapporto a ciò ed in sostanziale aderenza alla legge, ossia alla disciplina della materia, se l'interesse individuale che si pretende leso, al momento in cui l'atto fu emanato, sia in realtà configurabile, obiettivamente, come diritto soggettivo e non come interesse legittimo, a seconda che difetti o sussista invece il potere dell'amministrazione di incidere sulla posizione soggettiva del privato. Il diritto soggettivo si affievolisce nella sua consistenza, per degradare a interesse legittimo, ogni qualvolta all'amministrazione sia stato conferito il potere discrezionale di incidere sul rapporto controverso, modificandolo o eliminandolo.*

*La giurisdizione spetta al giudice amministrativo quando la controversia ha per oggetto un preteso esercizio scorretto del potere discrezionale, sotto il profilo della competenza, della forma e del contenuto, con particolare riguardo all'eccesso di potere nelle sue diverse manifestazioni, cioè quando oggetto della controversia è il modo di essere, l'esercizio dell'azione amministrativa. Spetta, invece, al giudice ordinario, nella ipotesi in cui il privato contesti in radice la stessa esistenza del potere discrezionale dell'amministrazione di disporre del diritto soggettivo, ovvero sostenga che il potere medesimo è stato applicato assolutamente al di fuori dei limiti tassativi che ne consentono l'esercizio.*

*All'amministrazione, quale parte nel rapporto di una concessione-contratto, può riconoscersi un potere discrezionale, in dipendenza dell'aspetto pubblicistico insito nel detto rapporto, ossia per ragioni attinenti al pubblico interesse, solo se l'indicato potere sia di fatto ammesso specificamente, di guisa che essa possa prendere le sue determinazioni con gli strumenti ap-*

*prestati all'uopo dall'ordinamento positivo, attraverso gli organi a ciò designati e con le particolari potestà attribuite dalla legge.*

*L'art. 7 del t.u. del 1912 n. 1447, che regola la complessa materia delle concessioni ferroviarie, autorizza la P.A. a sospendere, per determinate esigenze superiori, l'esercizio di una ferrovia in concessione.*

*La P.A. non può imporre al concessionario della ferrovia di assicurare le comunicazioni con servizi automobilistici in sostituzione del treno, nei casi di pubblica calamità o di interruzione di servizi pubblici di trasporto per forza maggiore; ma può legittimamente ratificare l'operato dello stesso concessionario, che, in caso di interruzione del servizio ferroviario, a titolo provvisorio ha assicurato spontaneamente le comunicazioni con servizio automobilistico*



1. La Costituzione non usa l'espressione « atti amministrativi » se non nel 1° comma dell'art. 125 (il quale si occupa del controllo statale sugli atti amministrativi delle Regioni). Ma ciò è sufficiente a dimostrare che essa ne accoglie il concetto. Però quale

(\*) Pubblichiamo per esteso il testo della sentenza:

« Il ricorso è privo di fondamento.

« Deve rilevarsi, anzitutto, che il Consiglio di Stato ha puntualmente avvertito che, sebbene « menzionati in unico atto, i provvedimenti adottati dal Ministro dei trasporti, nel caso in oggetto, « erano stati due: il primo avente ad oggetto la sospensione temporanea del servizio ferroviario « limitata al trasporto di persone ed il secondo concernente la sostituzione, anch'essa temporanea, del servizio sospeso con quello automobilistico, che veniva affidato alla società ricorrente. « Basti dire che la distinzione discendeva, in effetti, sia da una successione, se non temporale, certamente concettuale delle due determinazioni del Ministro e dalla diversità delle caratteristiche « oggettive dei due servizi (l'uno su ferrovia e l'altro su strada, con percorsi, mezzi e modalità differenti), sia dalla circostanza, per la distinzione dell'una situazione giuridica rispetto all'altra, che « il servizio sostitutivo di quello sospeso avrebbe potuto essere affidato ad altri piuttosto che alla « società ricorrente.

« Non s'è trattato, pertanto, contrariamente alla deduzione di quest'ultima, della semplice « sostituzione di un servizio con un altro, la cui mancata previsione legislativa dovrebbe poter così « legittimare la tesi dell'inesistenza del potere, ma della temporanea sospensione del servizio ferroviario, alla quale avrebbe fatto seguito la sostituzione, essa pure temporanea, con un servizio automobilistico, anche se il secondo provvedimento veniva a rivestire carattere derivato rispetto al « primo.

« Per quanto concerne, poi, la questione di fondo, va osservato, anzitutto, che per affermare « la giurisdizione del giudice ordinario, in tema di concessione-contratto, che, com'è noto, ha una « struttura bilaterale, riconducibile alla coesistenza di due rapporti, l'uno di natura pubblica e l'altro « di natura privata, non basta che si neghi il potere di cui l'atto impugnato costituisce l'estrinsecazione, ma occorre, invece, qualificare giuridicamente la questione prospettata, tenendo conto dei « termini in cui questa, in relazione alle deduzioni formulate, risulta concretamente impostata, per « potere stabilire, in rapporto a ciò ed in sostanziale aderenza alla legge, ossia alla disciplina della « materia, se l'interesse individuale che si pretende leso, al momento in cui l'atto fu emanato, sia, « in realtà, configurabile, obiettivamente, come diritto soggettivo e non come interesse legittimo, a « seconda che difetti o sussista, invece, il potere dell'Amministrazione di incidere sulla posizione « soggettiva del privato.

« Va, indi, richiamato il principio fondamentale che il diritto soggettivo si affievolisce nella « sua consistenza, per degradare ad interesse legittimo, ogni qualvolta all'Amministrazione sia stato « conferito un potere discrezionale che l'abbia autorizzata ad incidere sul rapporto giuridico « controverso, modificandolo od eliminandolo, insieme con la costante giurisprudenza di queste sezioni « unite, secondo la quale la giurisdizione spetta al giudice amministrativo, quando la controversia « ha per oggetto un preteso esercizio scorretto del potere discrezionale, sotto il profilo della competenza, della forma e del contenuto, con particolare riguardo all'eccesso di potere nelle sue diverse « manifestazioni, ovvero sia quando ciò che costituisce oggetto della controversia è il modo di essere, « l'esercizio dell'azione amministrativa, mentre la giurisdizione è del giudice ordinario, nell'ipotesi « in cui il privato contesti *in radice* la stessa esistenza di un potere discrezionale dell'Amministrazione di disporre del diritto soggettivo, ovvero sostenga che il potere medesimo è stato applicato « assolutamente al di fuori dei limiti tassativi che ne consentono l'esercizio.

« Ciò posto è da rilevare, quanto al primo dei due provvedimenti in questione, relativo alla « sospensione della linea ferroviaria, che la società ricorrente censura giustamente la decisione impugnata, nella parte in cui essa, dopo avere affermato che è consentito al Ministro dei trasporti di « sospendere temporaneamente l'esercizio di una ferrovia in concessione, tale potestà ha fatto discendere non già dall'esistenza di una norma di legge, che espressamente la prevede, ma, piuttosto,

concetto? Evidentemente quello ricevuto dalla giurisprudenza e dalla dottrina al tempo della elaborazione della Carta costituzionale.

Ciò importa che nell'attuale ordinamento l'atto amministrativo ha conservato gli stessi caratteri sostanziali e gli stessi attributi che agli atti di tale specie solevano esser riconosciuti anteriormente all'entrata in vigore della Costituzione. In particolare, i provvedimenti, che sono la categoria più importante della specie, hanno conservato gli attributi della imperatività e della esecutività (nonchè — per quelli per la cui esecuzione sia richiesta una qualche collaborazione dei destinatari — l'ulteriore frequente attributo della esecutorietà, occorrente a far fronte ai casi in cui tale collaborazione manchi). Attributi tramandati, nel nostro ordinamento, agli atti amministrativi, non senza evo-

« dall'ampio potere della continua vigilanza che lo Stato ha sulle concessioni dei pubblici servizi in « generale e su quella del servizio ferroviario in particolare, avendo inferito da questo che al Mini- « stro sia permesso, nella sua discrezionalità insindacabile, adottare qualunque provvedimento in « materia con il solo limite che non gli sia espressamente vietato.

« Invero, a confutazione di un siffatto principio, è appena il caso di osservare che alla ammi- « nistrazione, quale parte nel rapporto di una concessione-contratto, in tanto può riconoscersi un « potere discrezionale, in dipendenza dell'aspetto pubblicistico insito nel detto rapporto e quindi per « ragioni attinenti al pubblico interesse, in quanto l'indicato potere sia, di fatto, ammesso specifica- « mente, di guisa che essa possa prendere le sue determinazioni con gli strumenti apprestati al- « l'uopo dall'ordinamento positivo, attraverso gli organi a ciò designati e con le particolari potestà « attribuitele dalla legge.

« Tuttavia, come la stessa ricorrente riconosce, anche se ne contesta il fondamento, la deci- « sione impugnata poggia non soltanto sulla detta affermazione di principio ma anche sul richiamo « che essa fa all'art. 79 del testo unico del 1912 cit., il quale prevede espressamente il potere « dell'amministrazione di sospendere, per determinate esigenze superiori, l'esercizio di una fer- « rovia in concessione. Orbene proprio su questo punto la decisione non è censurabile e si regge « lo stesso, indipendentemente dall'errore della prima argomentazione.

« Infatti la norma indicata, come già accennato, autorizza il governo di disporre, per mi- « sura di ordine pubblico o per la difesa dello Stato, la temporanea sospensione dell'esercizio di « una ferrovia in concessione; e che, nel caso concreto, la sospensione fosse giustificata, perchè « ne ricorrevano i presupposti — anche se questo non è un profilo che attenga alla giurisdizione « e all'esistenza del potere ma se mai al suo uso — è cosa che la decisione impugnata ha messo « in evidenza con il riferimento alla situazione di fatto venutasi a determinare a seguito del di- «astro del 23 dicembre 1961 il quale, per avere provocato la morte di 81 persone ed il grave « ferimento di altre 27, suscitò, per un evento così grave, un turbamento profondo nella popo- « lazione locale, estrinsecatosi in clamorose manifestazioni, con atti anche di violenza e di danno « agli impianti e ad altre opere ferroviarie di Soveria Mannelli, tanto da essere state denunciate « varie persone al Procuratore della Repubblica di Nicastro, per il delitto di cui all'art. 431 c.p.

« Il rilievo della società ricorrente che la norma in parola attribuisce il mentovato potere « non al Ministro dei trasporti ma al governo non sembra che regga. Indubbiamente il governo, « composto, com'è, dal Presidente del Consiglio e dai Ministri, che costituiscono insieme il Con- « siglio dei Ministri, è un organo complesso, risultante da più organi con attribuzioni proprie, « l'uno dei quali, il Consiglio dei Ministri, è organo collegiale, mentre gli altri sono organi indi- « viduali, talchè, anche se si escluda che il legislatore abbia inteso adoperare, nell'art. 79 del « t.u. cit., il termine "governo" in una ampia accezione, con riferimento, invece che all'organo « nella sua composizione collegiale, al potere esecutivo, del quale il Ministro dei trasporti è par- « tecipe, con una proprio sfera di competenza, nella quale, come nella materia di che trattasi, « agisce singolarmente, potrà dirsi che il provvedimento di sospensione della linea ferroviaria in « concessione avrebbe dovuto, nella specie, essere adottato dall'organo collegiale e non già dal « Ministro dei trasporti. Ma, in tal caso, il provvedimento stesso sarebbe viziato non da incom- « petenza assoluta (che si ha quando l'organo amministrativo emana un atto in materia attribuita « ad altro potere dello Stato oppure in materia assolutamente estranea alle attribuzioni dell'organo), « bensì da incompetenza relativa, che si ha, appunto, nel rapporto tra più organi amministrativi « o tra più persone giuridiche pubbliche nell'esercizio di poteri amministrativi. E, trattandosi di « incompetenza relativa, rispetto al provvedimento emanato non v'è dubbio che ricorressero i pre- « supposti dell'esistenza del potere discrezionale dell'amministrazione di emanare l'atto impugnato « e, quindi, i presupposti della giurisdizione del giudice amministrativo.

« Quanto al secondo provvedimento, relativo alla sostituzione temporanea della linea fer-

luzione, dalla tradizione normativa preunitaria, risalente a sua volta al diritto dello Stato precostituzionale e al diritto francese.

È necessario però precisare — chè su questo punto non esiste concordia di idee — che cosa intendevasi — e perciò sia oggi da intendere — per atto amministrativo (1). Una dottrina molto autorevole vorrebbe infatti escludere che si abbia atto amministrativo addirittura tutte le volte che l'autorità autrice dell'«atto» posto in essere abbia agito senza averne il potere. In simili casi ci si troverebbe sempre, necessariamente, in presenza di un «comportamento senza potere», e mai di un atto amministrativo (2).

«roviana con quella automobilistica, è da osservare che è fondata, anche qui, la censura della «ricorrente circa l'inapplicabilità, alla specie, dell'art. 23 l. 28 settembre 1939 n. 1822, che il «Consiglio di Stato ha, invece, richiamato a sostegno della sua decisione, ove si consideri che «la norma riguarda, in effetti, i concessionari dei servizi automobilistici e non i concessionari «dei servizi ferroviari, posto che soltanto chi abbia già un'attrezzatura idonea all'assolvimento «di un servizio del primo tipo può essere soggetto al potere di imposizione previsto dalla norma, «ossia tenuto ad assicurare i servizi di comunicazione automobilistica in casi di pubblica calamità «o di interruzione dei servizi pubblici di trasporto per cause di forza maggiore. Nondimeno la «decisione impugnata si regge egualmente, anche per questa parte, avendo riguardo alla situazione «di fatto, qual'è stata accertata dalla medesima. Risulta, infatti, che, a seguito della interruzione «del servizio ferroviario, la sostituzione con quello automobilistico ebbe luogo per iniziativa della «stessa società ricorrente, onde venire incontro alle esigenze delle popolazioni dei centri rimasti «privi di collegamento, per modq che il provvedimento ministeriale, intervenuto dopo, non ha «potuto operare che nel senso di una approvazione di quell'iniziativa, convalidandola allo stesso «titolo provvisorio, per il quale essa era stata presa.

«La suddetta circostanza di fatto, che è riconosciuta, del resto, dalla ricorrente, sia nella «memoria difensiva (fol. 14) sia nelle note di udienza, esclude, infatti, che l'amministrazione abbia prescritto alla società concessionaria la sostituzione della linea ferroviaria con quella automobilistica e che la società fosse stata la destinataria del potere impositivo di cui all'art. 23 della «legge n. 1822 del 1939. Conseguentemente deve negarsi che la amministrazione abbia adottato, «unilateralmente, una determinazione incompatibile con il contenuto della concessione-contratto «incidendo sul diritto soggettivo della società, non potendosi ritenere, ovviamente, tale quella che «è stata, dopo tutto, una ratifica, da parte della prima, dell'operato che la seconda ha ravvisato «di intraprendere spontaneamente, in dipendenza del rapporto contrattuale che la legava all'Amministrazione concedente». (Omissis)

(1) Le idee enunciate in proposito, in questo scritto vogliono essere lo svolgimento e il chiarimento di concetti espressi in precedenti scritti (cui si fa rinvio per la ulteriore letteratura): *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi*, in *Rass. dir. pubbl.* 1948, I, 25 ss.; *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, ivi 1949, I, 125 ss.; *Sulla competenza a giudicare del mancato riconoscimento da parte dei Comuni delle obbligazioni contratte sotto il regime repubblicano fascista*, in *Foro it.* 1949, III, 32 ss.; *Manuale di diritto amministrativo*, 8ª ed. Napoli 1964, 364 ss., 694 ss., 722 ss.; *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli 1963, 44 ss. V. anche *In tema di diritti e interessi correlati al potere di scorporo in attuazione della riforma fondiaria in Sicilia*, in *Foro it.* 1956, I, 10; *Lesione di diritti soggettivi per l'esercizio di potestà pubblica nondum nata*, in *Giust. civ.* 1958, I, 2029; *Sulla posizione giur. dei proprietari di immobili soggetti a trasformazione per l'attuazione dei piani regolatori*, in *Riv. giur. edilizia* 1958, II, 52 ss.; *Giurisdizione civile e amm. in caso di rifiuto e limitazioni di autorizzazioni a costruire*, in *Giust. civ.* 1959, I, 543; *Mancaza della dichiarazione di pubbl. utilità e potere di espropriazione*, ivi 1960, I, 881; *Espropriazioni per la edificazione di comparti di piano regolatore e competenza giurisdizionale*, ivi 1961, I, 223.

(2) Tale dottrina fa capo a M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Encicl. diritto*, IV (1959), 191 s. (ma v. già cenni nelle *Lezioni di dir. amministrativo*, I, Milano 1950, partic. 426 ss.), *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.* 1964, n. 25 (p. 80 s. dell'estratto). Essa viene generalmente seguita dai giuristi della sua scuola: PERAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano 1962, 380 ss. e partic. 390 ss.; PEREZ, *I vizi dell'atto amm. conseguenti alla pronuncia di incostituzionalità delle leggi*, in *Foro it.* 1964, III, 366. V. anche, tra gli altri, MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del «potere esecutivo»*, in *Giur. cost.* 1963, 1748 ss. e ivi note. Presso tali autori si trova l'affermazione che la riferita dottrina risulta accolta dalla giurisprudenza; ma un attento esame di questa non autorizza una simile affermazione. Si consultino al riguardo, per non far riferimento che alla giurisprudenza più recente, le sentenze della Corte di cassazione 14 luglio 1960 n. 1920, in *Giust. civ.* 1961, I, 97;

In tal modo si trascura però il dato normativo, quale risulta dalle leggi e dalla giurisprudenza (3).

È noto che quando la pubblica Amministrazione incide sfavorevolmente nella sfera dei singoli senza averne il potere, essa viene a ledere dei diritti soggettivi e non degli interessi legittimi (come invece accade allorché l'Amministrazione fa uso illegittimo — o eventualmente non conveniente — di un potere a essa effettivamente spettante). Orbene, la legge sul contenzioso amministrativo (art. 4 e 5) configura espressamente come atto amministrativo l'atto lesivo di diritti posto in essere in veste d'autorità dalla pubblica Amministrazione (4), e la tradizione giurisprudenziale è costante nei medesimi sensi (5).

Ciò significa che, se è esatto dire che, lì dove manchi il potere, l'Amministrazione non è in grado di determinare mediante un proprio atto d'imperio quel fenomeno che — con descrizione pittoresca, ma ellittica e non puntuale — viene da taluni definito come « degradazione » del diritto soggettivo (ad interesse legittimo) — il che si suole esprimere, secondo la concettualità tradizionale, dicendo che solo in presenza di un potere (effettivamente spettante all'Amministrazione) di incidere su un diritto soggettivo, quest'ultimo « affievolisce » ad interesse legittimo — non è altrettanto esatto affermare che, perciò appunto, in simili casi non può mai accadere di trovarsi in presenza di un atto amministrativo. Una siffatta proposizione postula una necessaria concomitanza tra atto amministrativo ed effettiva sussistenza del corrispondente specifico potere, mentre — come or ora si è detto — una simile concomitanza è estranea al sistema vigente. Nel quale, a es., il decreto di espropriazione posto in essere senza potere (p. es., per inidoneità dell'oggetto) è nondimeno un atto amministrativo, come tale imperativo ed esecutivo: tanto da produrre senz'altro il trasferimento di proprietà, e da mantenerne gli effetti, nonostante la dichiarazione, da parte del giudice civile, della sua illegittimità (si pensi a es. — secondo la ormai costante giurisprudenza della Corte di cassazione — al caso di una espropriazione, in base alla l. n. 2359 del 1865, di un'area non dichiarata di pubblica utilità o della quale sia scaduta la dichiarazione di pubblica utilità; ma si pensi anche al caso — ancor più sicuro — in cui, in base alla medesima legge, oltre allo stabile che costituisca l'oggetto principale dell'espropriazione, siano stati espropriati altresì i mobili in esso contenuti); e tanto che, per fare venir meno gli anzidetti effetti è indispensabile o un nuovo atto amministrativo che rimuova quel decreto o lo modifichi (art. 4, 2° comma, l. cont. amm.), o una decisione del giudice amministrativo che abbia analogo contenuto (art. 27 n. 4 t.u. Cons. Stato).

2. I casi di comportamento senza potere non si risolvono dunque sempre e necessariamente in carenza dell'atto amministrativo, con conseguente mancanza di forza imperativa e di esecutività.

L'inesistenza dell'atto amministrativo — espressione che sta ad indicare la assoluta irriconoscibilità della qualifica di atto amministrativo a un comportamento cui (da parte

---

25 novembre 1964 n. 2731, *ivi* 1962, I, 18; 17 febbraio 1962 n. 318, *ibidem*, 1072; 12 maggio 1962 n. 983, *ibidem*, 1913; 23 marzo 1964 n. 662, *ivi* 1964, I, 1443; 23 marzo 1964 n. 663, *ibidem*, 1135.

(3) Il rilievo, già contenuto nel secondo degli scritti indicati *sub* nota 1, è condiviso da CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1952, 644 s.

(4) Si tenga anche presente che l'art. 17 del t.u. sullo statuto giur. degli impiegati civili dello Stato (d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3) non esime gli impiegati dall'obbedienza agli ordini superiori lesivi di diritti altrui.

(5) V. la giurisprudenza ricordata *sub* nota 2.

dell'Amministrazione o di altri) si pretenderebbe che la qualifica stessa fosse riconosciuta (non sono dunque ipotesi di inesistenza dell'atto amministrativo, ma ipotesi di « fatto arbitrario » quelle — cui la giurisprudenza e la dottrina francesi riservano il nome di *voie de fait* — che si realizzano quando l'Amministrazione, avvalendosi della propria autorità, pretende di operare nella realtà effettuale delle modifiche — p. es., l'occupazione di un fondo — che non sarebbero consentite se non sul presupposto di un atto amministrativo mai emanato; ma è « via di fatto » altresì la pretesa di porre in esecuzione un « atto » inesistente), non presuppone necessariamente una carenza di potere. Anche taluni casi di cattivo esercizio di un potere effettivamente esistente (difetti del comportamento) si risolvono in inesistenza dell'atto: è causa di inesistenza, pur non avendo attinenza con l'esistenza del potere, l'inosservanza della forma prescritta *ad substantiam*. È pacifico tuttavia che una notevole parte dei casi di inesistenza dell'atto dipendono da carenza del potere.

L'argomento attende ancora uno studio approfondito; ma non v'ha dubbio che sussistono moltissimi campi e moltissimi oggetti, in relazione ai quali l'una o l'altra autorità amministrativa *effettivamente* non dispone di alcuna possibilità di porre in essere atti con forza imperativa e di imporre come esecutivi gli atti stessi. A parte i casi di invasione della sfera di attribuzioni di altri Poteri dello Stato, nessuno penserebbe mai di riconoscere forza imperativa e possibilità di esecuzione alla nomina di un insegnante di un istituto di istruzione effettuata da un soprintendente ai monumenti, a una espropriazione disposta da un provveditore agli studi, alla promozione di un ufficiale di marina decretata da un direttore generale del Ministero delle finanze, all'imposizione di un vincolo paesistico effettuata da un questore. In ipotesi di tal fatta l'esorbitanza dalla sfera di attribuzioni propria dell'organo agente è di tanto clamorosa evidenza da importare addirittura l'esclusione di ogni possibilità di riferimento dell'« atto » posto in essere all'Amministrazione; e ciò spiega la mancanza di imperatività e di esecutività. Una più penetrante analisi volta a definire specificamente e puntualmente sul piano teorico come e quando ciò avvenga esigerebbe che fosse affrontato con adeguata profondità l'impegnativo argomento dell'organizzazione giuridica dello Stato e degli enti pubblici, con riferimento alle singole articolazioni di essi. Qui ci si potrà limitare a notare che generalmente gli uffici ausiliari (uffici con compiti consultivi e istruttori, archivi, organi di controllo, ecc.), essendo del tutto sforniti della possibilità di porre in essere atti imperativi ed esecutivi, sono privi di ogni effettività di potere in ordine ad « atti » di tal genere da essi posti in essere fuori dell'ambito delle proprie limitate attribuzioni: onde, quando gli uffici stessi ne ponessero in essere, gli « atti » stessi dovrebbero esser considerati giuridicamente inesistenti come atti amministrativi. E si potrà aggiungere che generalmente deve dirsi altrettanto per gli « atti » posti in essere fuori del limitato ambito delle proprie attribuzioni dagli organi dell'Amministrazione « attiva » a competenza circoscritta a un settore di contenuta estensione (p. es., soprintendenti ai monumenti, provveditori agli studi), mentre la regola opposta dovrebbe valere, di solito, per quegli organi in quali sono forniti di una competenza « generale », tale da abbracciare — sia pure soltanto nel concorso di particolari situazioni di ambiente, di tempo e di circostanze — la universalità, o quasi, della materia amministrativa (l'esempio più sicuro è quello dei prefetti, naturalmente entro i limiti territoriali della provincia); onde perciò appunto sono forniti di una vasta possibilità di tradurre in effetti i propri atti anche in difetto della situazione di fatto richiesta. Condizione, quest'ultima, che è da ritenere presente, in linea di massima, anche per i vari organi degli enti territoriali (consiglio; giunta; presidente o sindaco), dato che ciascuno di essi (quando per competenza diretta, quando per competenza vicaria o surrogatoria, quando in virtù della rappresentanza nei rapporti esterni) si può dire, con una certa approssi-

mazione, che copra l'intera area delle attribuzioni dell'ente. Quanto ai singoli Ministri, se può, in via di principio, ammettersi che la stessa condizione ricorre con riferimento agli atti di competenza di tutti gli organi centrali e periferici a essi sottoposti, sembra invece da escludere che (salvo forse — ma pure non senza limiti — il Ministro dell'interno, in considerazione dei poteri gerarchici che ha rispetto ai prefetti e di quelli previsti dall'art. 216 t.u. p.s.) essi dispongano, in linea di massima, della possibilità di porre in essere atti suscettibili di esser portati a esecuzione in qualsiasi campo della pubblica amministrazione (compresi quelli rientranti nella sfera di attribuzioni degli altri dicasteri): onde sarebbe difficile, a es., pensare a una mera incompetenza relativa e non a uno straripamento di potere (tale da dar luogo perciò alla inesistenza dell'«atto») in presenza di un decreto col quale il Ministro del bilancio o quello della giustizia disponesse una espropriazione per la realizzazione di un'opera di pubblica utilità.

In tutti i casi, di cui finora si è discusso, la mancanza di potere dell'autorità che pose in essere l'«atto» è di tale rilievo, da fare addirittura escludere che questo possa esser riferito all'Amministrazione e possa esser configurato come atto amministrativo (al di là di certi limiti l'organo non è più autorità, e perciò non «rappresenta» più l'Amministrazione).

3. Non sempre però — come si è già avvertito — la carenza del potere importa che l'atto posto in essere dall'organo amministrativo sia da considerare inesistente come atto amministrativo.

A questo punto affiora il problema — toccato dalla sentenza in rassegna — della distinzione dei casi in cui si è in presenza di una mera incompetenza relativa da quelli in cui si è effettivamente in presenza di una mancanza di potere. Nel primo caso il potere amministrativo non solo esiste in sé, ma rientra appunto nella sfera d'azione del plesso organizzatorio cui appartiene l'autorità che lo esercita; e, anche se l'esercizio ne spetta a un'autorità diversa da quest'ultima, nondimeno questa dispone della possibilità di porre in essere atti imperativi ed esecutivi (siamo cioè fuori del caso — già esaminato — dello straripamento di potere): è il caso della deliberazione adottata dalla giunta comunale anziché dal consiglio (o viceversa), del decreto di trasferimento di un insegnante emesso dal provveditore agli studi anziché dal Ministro della pubblica istruzione (o viceversa), del diniego di approvazione di una delibera comunale espresso dal prefetto anziché dalla giunta provinciale amministrativa.

In simili ipotesi si dice, in dottrina e in giurisprudenza, — con evidente riferimento al plesso organizzatorio unitariamente inteso — che il vizio attiene (non alla esistenza di potere) bensì all'esercizio del potere. Viene infatti in questione un potere effettivamente attribuito al plesso amministrativo in seno al quale venne esercitato; ma l'esercizio di esso non ebbe luogo, in seno a questo, *rite et recte*.

4. I casi in cui invece può effettivamente dirsi di essere in presenza di un atto amministrativo, nonostante che l'autorità la quale lo pose in essere non ne avesse il potere (casi di atti che, quando incidano su diritti altrui, si risolvono necessariamente nella lesione di questi ultimi), non concretano mai un'ipotesi di incompetenza, nè assoluta (altrimenti l'atto amministrativo non potrebbe avere esistenza giuridica), nè relativa (altrimenti non si sarebbe in presenza di un caso di mancanza di potere).

Si tratta essenzialmente dei casi in cui l'autorità amministrativa abbia operato in una sfera in cui, pur disponendo in essa di effettività di potere autoritativo (e cioè della possibilità di porre in essere atti amministrativi, in quanto tali imperativi ed esecutivi), non disponeva — e non per mera causa di incompetenza relativa — della

possibilità di porre in essere atti del contenuto di quello adottato (p. es., comminazione di una sanzione pecuniaria non prevista pel caso in questione o applicata in misura maggiore di quella prevista), ovvero non disponeva, in riferimento all'oggetto, della possibilità di porre in essere un atto del tipo di quello adottato (p. es., espropriazione di beni mobili in occasione dell'espropriazione per pubblica utilità dell'immobile nel quale essi si trovino; requisizione di beni immobili in proprietà anzichè in uso).

In questi casi la carenza del potere, se dà luogo alla lesione di diritti, non per ciò si risolve in inesistenza giuridica dell'atto. Tanto che, come si è già ricordato (n. 1), una volta intervenuta, a opera del giudice civile, la dichiarazione dell'illegittimità dell'atto, nondimeno quest'ultimo rimane in vita e continua a produrre i propri effetti, fin quando non venga posto nel nulla dall'autorità amministrativa o dal giudice amministrativo.

Non è possibile dunque negare, in casi del genere, la presenza di un atto amministrativo, affermando l'esistenza di un semplice « comportamento senza potere ».

Nè può dirsi che tale affermazione urti irrimediabilmente contro il principio di legalità. Sembra da accogliere la tesi secondo cui tale principio va inteso, anche nel nostro ordinamento, nel senso che nessuna autorità amministrativa può legittimamente operare se non sulla base di un potere previsto e concesso dalla legge<sup>(6)</sup>. Ma non si può dimenticare che le conseguenze della illegalità non possono ricavarsi se non dalla legge. E, come si è visto, non può negarsi che il vigente diritto positivo attribuisce alla Pubblica Amministrazione (perchè ricorra quel certo minimo di condizioni cui si è accennato) la possibilità di esercitare l'*imperium* (salvo subirne le conseguenze) anche quando sia sfornita del potere che in concreto abbia preteso di esercitare.

---

(6) In argomento si veda Fots, *La « riserva di legge »*, Milano 1963, partic. cap. II.



## Documento (Diritto Amministrativo)

Publicato in

*Enciclopedia del Diritto\**

Milano, 1964, vol. XIII, p. 607-622

\* Estratto con paginatura autonoma



**SOMMARIO:** 1. Argomento. Terminologia. — 2. I documenti appartenenti allo Stato e agli altri enti pubblici. Varietà del loro regime giuridico. — 3. Tutela dei documenti privati di interesse storico. — 4. Acquisizione allo Stato di documenti altrui. — 5. Tenuta dei documenti recenti e remoti degli uffici pubblici. Documenti « pubblici » (di pubblico dominio) e « non pubblici »: regole fondamentali. — 6. I documenti posti al servizio di una funzione di « pubblicità » (« conoscibilità legale »), come documenti di pubblico dominio fin dall'origine. — 7. Altri documenti istituzionalmente di pubblico dominio fin dall'origine. — 8. Documenti non di pubblico dominio, dei quali l'amministrazione è tenuta a rilasciare copia e notizie su richiesta degli interessati. — 9. Segue su richiesta di altre amministrazioni. — 10. La regola della discrezionalità amministrativa nel concedere conoscenza, copia o attestazione di documenti per i quali non esista un dovere in tal senso. — 11. I funzionari competenti a concedere conoscenza, copia o attestazione di documenti. — 12. I rimedi giuridici contro il rifiuto amministrativo. — 13. I poteri dei giudici in ordine ai documenti appartenenti alla pubblica amministrazione.

1. *Argomento. Terminologia.* — La presente trattazione è dedicata ai documenti appartenenti alla pubblica amministrazione, tanto se formati dal potere pubblico (in quanto autore — direttamente o a mezzo di estranei esercenti pubbliche funzioni, come ad esempio i notai, i capitani di navi e di aeromobili — dell'atto consacrato nel documento o della mera notizia enunciata nel documento), come se formati da altri soggetti e acquistati dall'amministrazione (perché enunciati atti o comunicazioni altrui indirizzati a pubblici uffici o destinati a esser conservati in pubblici uffici — e perciò acquisiti *ipso iure* all'ufficio con la ricezione di essi —, o perché acquistati ad altro titolo, in via di lascito, donazione, compravendita, espropriazione, requisizione, confisca, ecc.). Peraltro si prescindereà, di massima, dal trattare particolarmente dei documenti inseriti in raccolte di archivio (v. ARCHIVI DI STATO).

Ci si occupa qui dei documenti in quanto « cose ».

Il recente d.P.R. 30 settembre 1963, n. 1409 (legge delegata, emanata in virtù dell'ampia delega concessa al Governo con l. 17 dicembre 1962, n. 1863, e contenente norme relative all'ordinamento e al personale degli archivi di Stato) ha notevolmente semplificato e chiarito la materia, che in base alla precedente normazione (l. 22 dicembre 1939, n. 2006) era disciplinata in modo piuttosto confuso, oscuro, e tecnicamente insoddisfacente.

Mentre la legislazione precedente usava una terminologia non uniforme né univoca, parlando di « atti », « documenti », « carte », « scritture » (e impiegando, per giunta, tali termini in un senso non coincidente nemmeno con quello proprio della scienza diplomatica),

la nuova legge parla esclusivamente di « documenti », intendendo in tal modo abbracciare, in modo comprensivo, ogni sorta di oggetti suscettibili, per tradizione, di costituire « materiale archivistico ». Vi rientrano dunque, oltre agli « atti » in senso stretto (documenti contenenti atti giuridici), ogni sorta di « carte » (materiale documentale cartaceo, di qualsiasi provenienza, anche se parziale, frammentario e non identificato, tanto se contenga scritti — eseguiti a mano o con mezzi meccanici —, quanto se contenga disegni, fotografie, ecc.), destinati a esser conservati al fine di tramandare (in funzione probatoria o in funzione storica) i fatti in essi rappresentati o che essi appaiono suscettibili (sia pure potenzialmente) di contribuire a rappresentare.

La legislazione amministrativa riguardante i documenti si occupa soltanto di quelli cartacei (o racchiusi in materiali — quali la pergamena e simili — che, specialmente in passato, assolvevano, ai fini della scrittura, una funzione analoga alla funzione ora assolta dalla carta; non anche di quelli lapidei, lignei, ecc., né dei materiali fotografici, cinematografici, ecc., i quali — sia gli uni, sia gli altri — non ricadono sotto la sua disciplina. Essa non si occupa neppure del materiale bibliografico, in quanto i libri, che costituiscono quest'ultimo, non sono, generalmente, documenti nel senso di cui si è detto (v. BIBLIOTECA).

La legislazione amministrativa riguardante i documenti si occupa, in modo particolare, oltre che degli archivi — pubblici e privati (ma, di questi ultimi, solo quando siano « di notevole interesse storico ») —, anche dei « singoli documenti » appartenenti allo Stato e agli altri enti pubblici (territoriali e non territoriali), e di quelli che, pur appartenendo a privati, siano da considerare « di notevole interesse storico ».

2. *I documenti appartenenti allo Stato e agli altri enti pubblici. Varietà del loro regime giuridico.* — A parte le disposizioni dell'art. 822 e dell'art. 824 c.c., in base alle quali i documenti facenti parte delle raccolte degli archivi (sia « di deposito » che « correnti ») dello Stato e degli altri enti territoriali (v. ARCHIVI DI STATO) hanno, indipendentemente dal loro contenuto, natura demaniale e sono soggetti al regime dei beni demaniali (v. BENI PUBBLICI, § 18) (v. ora anche l'art. 18 commi 1 e 2 d.P.R. n. 1409, cit.), vale anche per tutti i documenti facenti parte di

raccolte degli archivi di enti pubblici non territoriali, e inoltre per tutti i «singoli documenti» comunque appartenenti a enti pubblici (sia territoriali che non territoriali) la regola dell'inalienabilità» (art. 18 comma 3 d.P.R. n. 1409, cit.). La quale si collega all'interesse particolare che i documenti che le appartengono rivestono per la pubblica amministrazione, in un primo tempo soprattutto dal punto di vista funzionale, in un secondo tempo prevalentemente dal punto di vista storico-culturale; e comporta l'impossibilità giuridica dell'alienazione dei documenti in questione, e la nullità assoluta (per inidoneità dell'oggetto) di ogni eventuale atto di alienazione di essi da parte dell'ente proprietario.

A quanto precede inerisce che quei documenti appartenenti ad enti pubblici, i quali — tanto se costituenti, quanto se non ancora costituenti elementi di un archivio — non siano soggetti al regime del demanio, sono da configurare tutti come beni patrimoniali indisponibili, essendo fuori discussione la loro destinazione a un «servizio pubblico» (art. 826 comma 3 e 830 comma 2 c.c.) (v. BENI PUBBLICI, § 27). È il caso di sottolineare, in proposito, che la nuova normazione ha fatto venir meno i notevoli dubbi che la l. n. 2006, cit., lasciava aperti circa la soggezione al regime patrimoniale disponibile di una qualche parte dei documenti di proprietà degli enti pubblici (dubbi alimentati dall'incertezza circa il significato in cui gli art. 9 e 10, l. n. 2006, cit., parlavano di documenti «pertinenti» allo Stato e agli altri enti pubblici).

È da ritenere che l'inalienabilità sia un attributo anche degli «atti pubblici» redatti e custoditi (fino al momento della consegna all'ufficio pubblico competente) da pubblici ufficiali estranei all'organizzazione della pubblica amministrazione (quali i notai, i comandanti di navi ed aeromobili). La regola dell'inalienabilità — la quale era espressamente enunciata per gli atti notarili nell'art. 9 comma 2 l. n. 2006, cit., sugli archivi di Stato, recentemente abrogata — è da ritenere inerente alla funzione stessa dei documenti in questione, destinati fin dall'origine a un servizio pubblico e predestinati a passare necessariamente negli archivi dello Stato.

I documenti appartenenti agli enti pubblici perdono la qualità di «documenti» e cessano di esser soggetti al corrispondente regime giuridico unicamente in virtù dello «scarto», il quale ha luogo, per i documenti

stessi, in base a un vero e proprio provvedimento amministrativo di sclassificazione (v. BENI PUBBLICI, § 32). Le carte sclassificate cessano di appartenere all'archivio, o, rispettivamente, cessano di esser considerate come «documenti singoli»; e perciò perdono, di volta in volta, la qualità della demanialità o della semplice inalienabilità, passando — nell'un caso come nell'altro — nella categoria dei beni del patrimonio disponibile, con conseguente possibilità di libera determinazione, da parte dell'amministrazione proprietaria, circa l'uso cui destinarle (l'art. 73 d.P.R. n. 1409, cit., ha abrogato il r.d. 31 agosto 1933, n. 1313, il quale riservava al Ministro per l'interno di determinare «se le carte da eliminare debbano essere bruciate, macerate o cedute in libero uso»).

Le deliberazioni di «scarto» dei documenti conservati negli archivi di Stato vengono adottate dal Ministro per l'interno su conforme parere della giunta del consiglio superiore degli archivi; quelle relative allo «scarto» dei documenti conservati negli uffici giudiziari e amministrativi dello Stato vengono adottate dallo stesso ministro, su proposta delle commissioni di sorveglianza dei rispettivi archivi, o, in mancanza, di altre apposite commissioni (sentita, quando il ministro lo ritenga necessario, la giunta del consiglio superiore degli archivi) (art. 25-27 d.P.R. n. 1409, cit.).

Un'operazione di scarto è comunque obbligatoria tutte le volte che debbano essere effettuati versamenti di documenti dai singoli uffici statali agli archivi di Stato (art. 23 comma 3).

A quest'ultima operazione sono soggetti anche i documenti del Ministero della difesa, nonostante che essi siano esentati, dallo art. 27 comma 2, dalle procedure estemporanee di scarto previste dagli art. 25-27. Invece i documenti del Ministero degli affari esteri, essendo addirittura esclusi dall'obbligo del versamento agli archivi di Stato (art. 23 comma 4), sono assolutamente esenti da procedure di scarto a opera di organi estranei.

Siccome le disposizioni ora esaminate, in materia di scarto di documenti, riguardano unicamente gli uffici delle amministrazioni statali e gli uffici giudiziari, a esse non sono soggetti i documenti delle Camere del Parlamento, della Presidenza della Repubblica, della Corte costituzionale, del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, del Consiglio superiore della magistratura,

della Corte dei conti, dato che tali organi né sono amministrazioni dello Stato, né appartengono all'ordine giudiziario. I documenti di tali organi non sono dunque soggetti alle operazioni di scarto previste dall'art. 27 d.P.R. n. 1409, cit., se non in occasione del versamento agli archivi di Stato, ai sensi dell'art. 23. È peraltro da escludere che prima di tale versamento i menzionati organi possano effettuare degli « scarti » per propria autonoma determinazione.

I documenti degli enti pubblici diversi dallo Stato vengono « scartati », sempre che ciò appaia necessario, con provvedimento motivato dei rispettivi organi deliberanti, soggetto all'approvazione dell'autorità di vigilanza cui l'ente è sottoposto, e previo nulla-osta del sovrintendente archivistico competente per territorio (art. 35).

L'art. 19 d.P.R. n. 1409, cit., affida ai sovrintendenti archivisticisti la tutela dei documenti (di archivio o « singoli » appartenenti allo Stato, che comunque si trovino fuori degli archivi dello Stato; tutela da esercitare (anche quando, non trattandosi di documenti appartenenti ancora a un archivio, essi non abbiano natura demaniale) sia attraverso i mezzi posti dalle leggi civili a difesa della proprietà e del possesso, sia attraverso i mezzi amministrativi posti a difesa della proprietà pubblica (art. 823 comma 2 c.c.) (v. BENI PUBBLICI, § 29).

Per quanto riguarda i documenti di proprietà di altri enti pubblici, l'art. 20 d.P.R. n. 1409, cit., muove dal concetto che tale tutela spetta agli enti stessi (essa va esercitata nelle stesse forme ammesse per gli altri beni pubblici: v. BENI PUBBLICI, § 29); ma aggiunge che i sovrintendenti archivisticisti, qualora accertino che siffatti documenti si trovino indebitamente in possesso altrui, ne informano immediatamente l'ente proprietario perché provveda alla tutela dei propri diritti, e notificano in pari tempo al detentore l'obbligo di restituzione.

**3. Tutela dei documenti privati di interesse storico.** — Il d.P.R. n. 1409, cit., ha opportunamente introdotto una notevole semplificazione nella materia dei documenti di interesse storico in possesso di privati, la quale era regolata in passato in modo tutt'altro che chiaro e aveva dato luogo a delicati casi giudiziari e a notevoli dibattiti dottrinali (1). La l. n. 2006, cit., da un lato, con-

siderava infatti di proprietà dello Stato, oltre ai documenti d'ufficio, tutti gli « atti che interessano lo Stato », comunque « detenuti per causa delle proprie funzioni » da pubblici funzionari o da « altre persone che abbiano incarichi pubblici, o connessi con questioni di pubblico interesse » (art. 12 e 13 lett. b e c) — il che suscitava complessi problemi, collegati soprattutto alla difficoltà di stabilire se e quali atti non ufficiali in possesso di pubblici funzionari o di altri potessero essere considerati come atti che « interessano lo Stato » —; dall'altro sottoponeva a uno speciale regime giuridico le carte di proprietà privata « di particolare interesse storico » (art. 25), anche quando per esse non fosse intervenuto un provvedimento amministrativo di dichiarazione di « interesse particolarmente importante » (art. 22) — con conseguenti enormi incertezze circa la sussistenza, nelle singole carte, della anzidetta qualità, e della soggezione di esse al corrispondente regime giuridico.

Il d.P.R. n. 1409, cit., mentre da un lato ha chiaramente escluso che possano essere considerati di proprietà pubblica documenti diversi da quelli redatti dagli uffici o destinati agli uffici o in altro modo acquistati dall'amministrazione, ha d'altro lato escluso che i documenti di proprietà privata siano soggetti a un regime particolare, salvo che sia intervenuto uno speciale provvedimento di dichiarazione « di notevole interesse storico ».

Dispone l'art. 36 che « è compito dei sovrintendenti archivisticisti dichiarare, con provvedimento motivato da notificare in forma amministrativa, il notevole interesse storico di archivi o di singoli documenti, di cui siano proprietari, possessori o detentori, a qualsiasi titolo, i privati ». E l'art. 37 aggiunge, al comma 1, che i privati proprietari, possessori o detentori, a qualsiasi titolo, di archivi di cui facciano parte documenti di data anteriore all'ultimo settantennio (e cioè di data anteriore al 15 novembre 1893, giacché il d.P.R. n. 1409, cit., è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 31 ottobre 1963) hanno l'obbligo, entro tre anni dall'entrata in vigore del decreto stesso (e cioè entro il 15 novembre 1966), e, in caso di successiva acquisizione, entro 90 giorni

Cass. 29 marzo 1956, n. 896, in *Foro amm.*, 1956, II, I, 244, e, a proposito del carteggio del maresciallo Graziani, Cass. 3 agosto 1957, n. 3303, in *Giust. civ.*, 1957, I, 1657.

(1) V., a proposito del carteggio Mussolini-Petacci,

da questa, di darne notizia per iscritto al sovrintendente archivistico e al prefetto della provincia; e, al comma 2, che i sovrintendenti archivistici accertano d'ufficio l'esistenza di archivi o di singoli documenti anche di data più recente, di cui siano proprietari, possessori o detentori, a qualsiasi titolo, i privati, e di cui sia presumibile il notevole interesse storico. I successivi due commi dell'art. 37 prevedono a loro volta un obbligo di coloro che esercitano il commercio di documenti, e dei titolari di case di vendita, come pure dei pubblici ufficiali preposti alle vendite mobiliari, di comunicare al competente sovrintendente archivistico l'eventuale esistenza di documenti tra gli oggetti che hanno in vendita. In tal modo viene a esser facilitato l'apprendimento, da parte dell'organo competente, dell'esistenza di documenti suscettibili di interessare dal punto di vista storico e quindi di esser fatti oggetto di dichiarazione di notevole interesse storico.

Il comma 5 dell'art. 37 dispone a sua volta che il sovrintendente può notificare, entro tre mesi dalle comunicazioni riguardanti la messa in vendita di cui ora si è detto, « i provvedimenti di sua competenza », e cioè la dichiarazione di notevole interesse storico, dandone anche notizia al prefetto (ai fini della vigilanza sulla osservanza dei divieti che ne derivano); e aggiunge che « il silenzio del sovrintendente vale come autorizzazione alla vendita ». Ciò significa che i documenti offerti in vendita (nei quali appunto perciò può essere ipotizzato un qualche valore storico) non possono essere effettivamente venduti ove non siano trascorsi tre mesi dalla comunicazione al sovrintendente di cui si è detto, salvo che (anche prima) il sovrintendente abbia autorizzato espressamente la vendita.

Dall'anzidetto sistema risulta chiaro il carattere costitutivo del provvedimento di dichiarazione del notevole interesse storico, la cui analogia coi provvedimenti di dichiarazione di notevole interesse pubblico delle cose d'arte (v. COSE D'ARTE) è di immediata evidenza. Alla stregua della legge vigente nessun documento privato possiede dunque *ex se* il carattere di bene di interesse storico qualificato. Un documento può acquistare tale carattere unicamente in virtù della « dichiarazione », la quale è un provvedimento incidente sul regime dominicale del bene e che ha alla sua base una valutazione di ordine squisitamente tecnico-amministrativo (in ordine alla sussistenza di un grado di interesse

storico che sia tale da farlo considerare « notevole » ai fini della tutela pubblica).

Invece la notificazione della dichiarazione agli interessati (proprietari, possessori, detentori) non è un elemento integrativo della fattispecie attributiva della nuova *qualitas*. Non diversamente dagli altri provvedimenti incidenti sfavorevolmente sui diritti relativi a beni, anche la « dichiarazione » in esame non è infatti un atto la cui operatività sia condizionata dalla notificazione agli aventi diritto sul bene (2). La notifica ha semplicemente la funzione di rendere edotti della nuova *qualitas* del bene i soggetti interessati, con la conseguenza che, soltanto dopo il suo intervento, costoro (salvo che siano altrimenti informati della avvenuta dichiarazione) possono essere chiamati a rispondere (sul piano amministrativo, penale, ecc.) degli eventuali fatti, posti in essere in contrasto col nuovo regime giuridico del bene.

La dichiarazione di notevole interesse storico non è provvedimento definitivo. Contro di essa gli interessati debbono infatti ricorrere, prima di poter adire la via giurisdizionale, al Ministro per l'interno, il quale decide udita la giunta superiore degli archivi (si tratta di un ricorso gerarchico atipico, il quale si estende anche al merito).

Il regime giuridico dei documenti di proprietà privata dichiarati di notevole interesse storico — tanto se siano, quanto se non siano raccolti in archivi — comporta per i privati proprietari, possessori o detentori, prima di tutto (art. 38), l'obbligo di:

a) conservarli, ordinarli e inventarli, o consentire che vi provveda il sovrintendente archivistico (al quale deve essere comunque inviata copia dell'inventario, con rimborso, da parte sua, del costo);

b) permettere agli studiosi che ne facciano motivata richiesta tramite il sovrintendente (e cioè la cui richiesta sia stata ritenuta da quest'ultimo degna di essere accolta), la consultazione dei documenti (fatta eccezione di quelli che il sovrintendente abbia acconsentito — con proprio provvedimento — a riconoscere riservati): la consultazione può avvenire (a scelta del privato) mediante riproduzione fotografica eseguita a cura del sovrintendente, o mediante temporaneo deposito dei documenti presso il locale archivio

(2) Cfr. SANDULLI, *Natura e funzione della notifica e della pubblicità delle cose private d'interesse artistico o storico qualificato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 1022; Id., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1962, 346.

di Stato, o in altro modo concordato tra il privato e il sovrintendente (le spese sono in ogni caso a carico del richiedente);

c) comunicare al sovrintendente entro 30 giorni la perdita o la distruzione dei documenti, nonché il trasferimento di essi in altra sede;

d) effettuare il restauro dei documenti deteriorati o consentire che vi provveda il sovrintendente (la legge non dice a chi spetti in quest'ultimo caso la spesa: sembra tuttavia da ritenere che essa sia a carico dello Stato);

e) dare previa notizia al sovrintendente di ogni passaggio (a titolo oneroso o gratuito, e anche se effettuato per i canali di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 37, di cui si è detto) della proprietà, del possesso o della detenzione dei documenti (a propria volta gli acquirenti a titolo di eredità o di legato e il notaio, in caso di suo intervento, sono tenuti a darne immediata comunicazione al sovrintendente);

f) non trasferire all'estero i documenti se non con l'autorizzazione della sovrintendenza, che esercita le funzioni di ufficio di esportazione;

g) non smembrare gli archivi per i quali sia stato imposto il vincolo della organicità;

h) non effettuare «scarti» se non con l'autorizzazione del sovrintendente (il quale può eventualmente disporre il deposito presso il competente archivio di Stato dei documenti proposti per lo scarto: art. 42; in tal caso i privati non perdono la proprietà dei documenti: art. 39; ed è da ritenere che possano sottrarsi al deposito rinunciando allo scarto);

i) consentire al sovrintendente di procedere (previa intesa) a visite per accertare l'adempimento degli anzidetti obblighi.

Dei documenti (contenuti o non in archivi) dichiarati di notevole interesse storico i privati proprietari, possessori o detentori possono chiedere il deposito presso gli archivi di Stato competenti per territorio, i quali — nulla disponendo la legge al riguardo — sembra che non possano sottrarsi all'esaudimento della richiesta (art. 39; arg. anche *ex art.* 34). Comunque i privati conservano i loro diritti sui documenti depositati, e possono in qualunque tempo chiedere di rientrare in possesso di essi (rimanendo in tal caso, naturalmente, assoggettati agli obblighi previsti dall'art. 38 e or ora riferiti).

In taluni casi il deposito, anziché facoltativo, è coattivo. A parte il caso dei documenti

proposti per lo «scarto» (cui ha riguardo l'art. 42 e del quale già si è fatto cenno poc'anzi, *sub h*), l'art. 43 contempla la possibilità che il Ministro per l'intero disponga (su proposta del sovrintendente e su conforme parere della giunta del consiglio superiore degli archivi) il deposito nell'archivio di Stato competente di quegli archivi o documenti privati dichiarati di notevole interesse pubblico, per i quali i privati, nonostante la diffida ricevuta dal sovrintendente, persistano nell'inosservanza degli obblighi di conservazione, ordinamento, inventario e restauro, senza permettere al sovrintendente di provvedere direttamente, come pure di quegli archivi e documenti per i quali i privati contravvengano ai divieti di esportazione non autorizzata, di smembramento o di «scarto».

È da ritenere che anche il deposito coattivo — che è da considerare una misura cautelare e non repressiva — abbia, istituzionalmente, carattere non definitivo. Esso può esser fatto cessare dall'amministrazione quando i privati interessati diano sufficiente affidamento del venir meno delle ragioni che ne determinarono l'adozione (si pensi al caso in cui al proprietario inosservante ne sia succeduto un altro).

A parte la tutela sul piano amministrativo, di cui si è detto, i documenti privati d'interesse storico (anche se non dichiarati espressamente tali) godono di una — per vero piuttosto limitata e insufficiente — protezione da parte della legge penale. L'art. 733 c.p. dispone infatti che chiunque «distrugge, deteriora o comunque danneggia» una cosa propria «di cui gli sia noto il rilevante pregio», è punito, se dal fatto deriva un «documento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale», con l'arresto fino a un anno e con l'ammenda non inferiore a lire centomila; ed aggiunge che il giudice può ordinare la confisca della cosa deteriorata o comunque danneggiata (v. *Cose D'ARTE*).

Da quanto precede emerge che i documenti singoli e gli archivi privati dichiarati di notevole interesse storico sono da ascrivere alla categoria dei beni privati d'interesse pubblico (v. *BENI PUBBLICI*, § 3).

4. *Acquisizione allo Stato di documenti altrui.* — L'art. 40 d.P.R. n. 1409, cit., conferisce al Ministro per l'intero il diritto di esercitare la «prelazione» nei confronti dei documenti, anche se non ancora dichiarati di notevole interesse storico, comunque of-

ferti in vendita ai sensi dei commi 3 e 4 dell'art. 37, sopra ricordati, nonché nei confronti di tutti i documenti dichiarati di notevole interesse storico comunque destinati a passare (per atto tra vivi o *mortis causa*) nella proprietà, nel possesso o nella detenzione di altri (con riferimento a quest'ultimo caso sembra da ritenere che, quando il trasferimento non riguardi la proprietà, ma soltanto il possesso o la detenzione, il « diritto di prelazione » non possa essere esercitato se non ai fini del possesso o della detenzione, e non della proprietà). Tale potere d'imperio di natura ablatoria (la cui essenza e la cui disciplina non coincide con quella del potere di identico nome previsto per le cose d'arte: v. COSE D'ARTE, § 5) vien meno quando non sia esercitato entro tre mesi dalle comunicazioni (di cui si è detto al § 3) previste dall'art. 37 commi 3 e 4, e dall'art. 38 lett. e (v. anche l'art. 37 comma 5).

A differenza della legislazione anteriore (art. 22 l. n. 2006, cit.) e della legge sulla tutela delle cose d'arte (art. 31 ss. l. 1 giugno 1939, n. 1089), il d.P.R. n. 1409, cit., non contiene disposizioni circa i modi di determinazione dell'indennità nei casi di prelazione (e si noti che — diversamente da quanto si verifica per le cose d'arte — nella più gran parte delle ipotesi di prelazione da esso previste manca un prezzo concordato tra soggetti privati, che possa rappresentare base indicativa del corrispettivo dovuto dalla amministrazione). Né la materia può essere oggetto delle disposizioni regolamentari da emanare ai sensi dell'art. 73 comma 2 dello stesso decreto. In tale situazione sembra da ritenere che il termine « prelazione » sia stato usato in modo non del tutto appropriato e che — in base ai principi della materia delle espropriazioni — l'indennità debba essere determinata in base al valore reale, la determinazione spetti al ministro in quanto autorità espropriante, il pagamento debba essere effettuato anteriormente alla presa di possesso della cosa, e le eventuali opposizioni contro il prezzo — di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria — non incidano in alcun modo sul trasferimento all'amministrazione dei diritti acquistati mediante l'esercizio della prelazione.

A garanzia del diritto di prelazione dello Stato l'art. 41 d.P.R. n. 1409, cit., stabilisce la nullità delle alienazioni non precedute dalle notificazioni previste dall'art. 37 commi 3 e 4, e dall'art. 38 lett. e, nonché di quelle effettuate prima del termine concesso al ministro

per l'esercizio del potere di prelazione. Si viene in tal modo a instaurare una vera e propria situazione di temporanea inalienabilità dei beni esposti alla possibilità di prelazione. La nullità prevista dall'art. 41 è da considerare quindi come una nullità assoluta per inidoneità (temporanea) dell'oggetto del negozio.

A parte il potere di prelazione (il quale può essere esercitato solo in correlazione con altri trasferimenti od offerte di trasferimento), l'art. 45 d.P.R. n. 1409, cit., contempla un vero e proprio potere di espropriazione degli archivi e dei documenti dichiarati di notevole interesse storico. Tale potere spetta anch'esso al ministro, e va esercitato in conformità della legge del 1865 sulle espropriazioni per l'esecuzione di opere di pubblica utilità (v. ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ), previa dichiarazione di pubblica utilità fatta dallo stesso ministro, su conforme parere del consiglio superiore degli archivi.

Della confisca dei documenti di interesse storico deteriorati o danneggiati da chi ne abbia la detenzione già si è fatto cenno al § 3.

**5. Tenuta dei documenti recenti e remoti degli uffici pubblici. Documenti « pubblici » (di pubblico dominio) e « non pubblici »: regole fondamentali.** — Alla tenuta dei documenti degli enti pubblici provvedono solitamente, quando essi riguardino affari in corso o di recente espletamento, i medesimi uffici competenti alla trattazione di tali affari, giacché l'utilizzazione di quei documenti continua generalmente a essere strumentale per gli uffici stessi. Sono questi che conservano (per lo più in appositi « fascicoli » destinati ognuno a un « affare », e a mezzo dei propri archivi « correnti », nei quali i fascicoli sono raggruppati per « classis », e queste, a loro volta, per « categorie ») gli originali, ed eventualmente le copie, degli atti (« esterni » ed « interni ») e delle comunicazioni a essi risalenti, come pure gli atti dei privati e di altri enti ed uffici a essi indirizzati, o depositati presso di essi per esser « conservati », e i documenti allegati, e — per lo più in copia — quelli formulati dagli altri uffici i quali comunque siano stati chiamati a interloquire nell'affare. Fin quando tali documenti non siano versati all'archivio « corrente », o quando, successivamente, ne siano richiamati, la responsabilità della loro conservazione fa carico agli agenti o ai funzionari che ne abbiano la detenzione per

ragione del proprio ufficio (per ricezione, trasmissione, copia, istruzione, consultazione, riscontro, ecc.).

I documenti riguardanti le pratiche meno recenti vengono generalmente trasferiti, per la conservazione, dagli archivi « correnti » agli archivi « di deposito » (in base all'art. 5 all. 1, reg. com. prov. gli archivi « generali o di deposito » delle prefetture raccolgono i documenti relativi agli « affari » ultimati da tre anni). Dagli archivi « di deposito » essi passano poi generalmente, quando è da presumere che abbiano perduto interesse funzionale per i rispettivi uffici, agli archivi « storici » (al riguardo v. ARCHIVI DI STATO, § 2).

Si è già detto che la conservazione dei documenti meno recenti assolve una funzione prevalentemente (quasi esclusivamente) storico-culturale, sebbene ad essa si accompagni una utilità giuridica quando quei documenti vengono invocati come titoli o elementi di prova di posizioni giuridiche contestate nonostante la loro remota origine. La conservazione dei documenti più recenti redatti dagli uffici pubblici o a essi indirizzati assume invece esclusivamente (o quasi) una funzione giuridica e tecnica, racchiudendo tali documenti, in originale o in copia, a un tempo, da un lato, i titoli costitutivi, modificativi o estintivi di situazioni giuridiche in atto o recenti, nonché gli atti e gli elementi probatori dei fatti presupposti da tali titoli, dall'altro gli elementi tecnici dell'azione amministrativa. Di qui l'immensa importanza della loro conservazione e custodia, allo scopo di consentire, al momento opportuno, di attingere, nelle forme di volta in volta ammesse dalla legge, presso gli uffici che li conservano, le notizie — complete o sommarie — occorrenti circa ciò che in essi si contiene.

In considerazione dell'interesse storico-culturale che può muovere alla conoscenza di documenti remoti degli enti pubblici, questi sogliono essere resi di pubblico dominio dopo un certo periodo dal loro venire in essere. A tal fine gli archivi di Stato sono generalmente aperti al pubblico (v. ARCHIVI DI STATO).

È noto che gli archivi di Stato (che sono essenzialmente archivi « antichi ») sono destinati a raccogliere, oltre al materiale documentale degli archivi degli Stati italiani preunitari, anche quello proveniente dagli archivi « di deposito » dei vari uffici statali: infatti l'art. 23 d.P.R. n. 1409, cit., dispone

che gli organi legislativi, giudiziari e amministrativi dello Stato (a eccezione del Ministero degli affari esteri) debbono trasferire (dai rispettivi archivi « di deposito ») agli archivi di Stato competenti per territorio tutti i documenti relativi agli affari « esauriti » da oltre 40 anni (le liste di leva e di esenzione sono però versate 70 anni dopo l'anno di nascita della classe cui si riferiscono; e gli atti notarili vengono conservati dagli archivi notarili fino a 100 anni dopo la cessazione dall'esercizio professionale dei notai che li ricevettero); peraltro la disposizione consente al sovrintendente all'archivio centrale dello Stato e ai direttori degli archivi di Stato di accettare versamenti di documenti più recenti, allorché vi sia « pericolo di dispersione o di danneggiamento » (si pensi ai casi di calamità naturali). Inoltre l'art. 24 prevede l'immediato versamento agli archivi di Stato di tutti gli archivi degli uffici statali soppressi. A sua volta l'art. 32 prevede l'immediato versamento agli archivi di Stato degli archivi degli enti pubblici estinti (salvo che si renda necessario il trasferimento totale o parziale dei relativi documenti ad altri enti: si pensi specialmente agli enti successori); e l'art. 34 consente agli enti pubblici di chiedere di depositare presso gli archivi di Stato i documenti dei loro archivi che, per riguardare affari esauriti da oltre 40 anni, dovrebbero, in linea di massima, esser destinati a costituire separate sezioni di archivio degli enti stessi (sezioni di carattere « antico »). Appartengono ancora agli archivi di Stato tutti gli altri documenti che lo Stato abbia acquistati da terzi a qualsiasi titolo (per successione, donazione, compravendita, prelazione, espropriazione, confisca, ecc.). Infine è da ricordare che gli archivi di Stato detengono a titolo di deposito i documenti di proprietà di privati i quali volontariamente o coattivamente li abbiano depositati presso di essi (§ 3).

Orbene, l'art. 21 d.P.R. n. 1409, cit., dispone che tutti i documenti conservati negli archivi di Stato sono « liberamente consultabili »; e l'art. 22, il quale estende la disposizione alla generalità degli archivi degli organi dello Stato e degli altri enti pubblici, sembra da intendere nel senso che i documenti conservati in qualsiasi pubblico archivio sono liberamente consultabili a partire dal momento in cui avrebbero dovuto esser versati all'archivio di Stato — e cioè (come si è spiegato) a partire dal quarantesimo anno dall'« esaurimento » dell'« affare » cui si rife-

riscono —, anche se tale versamento in effetti non ebbe a verificarsi. Fanno peraltro eccezione alla regola della libera consultabilità: a) i documenti « di carattere riservato » relativi alla « politica estera o interna dello Stato », i quali diventano consultabili solo 50 anni dopo la loro data (si ricordi però che, ai sensi dell'art. 23 comma 1, i documenti del Ministero degli esteri, di norma, non vengono versati agli archivi di Stato) (la valutazione circa il carattere « riservato » e circa l'appartenenza del documento alla materia della « politica estera o interna dello Stato » ha carattere tecnico-amministrativo, ed è rimessa al direttore dell'archivio); b) i documenti « riservati » relativi a « situazioni puramente private di persone », i quali diventano consultabili dopo 70 anni dalla loro data (l'ipotesi è facilmente verificabile per i documenti di provenienza privata, ma è possibile anche per quelli di provenienza pubblica) (a differenza dal caso di cui si è detto *sub a*, qui la valutazione circa il carattere « riservato » del documento e il carattere « puramente privato » della « situazione » non ha carattere tecnico-amministrativo: onde, attenendo alla sfera del riserbo privato, è da ritenere che di ogni abuso possa esser chiamato a conoscere il giudice ordinario); c) i documenti dei processi penali (non però le sentenze e le ordinanze, che sono pubbliche, salvo quelle pronunciate a porte chiuse), i quali diventano consultabili 70 anni dopo la data di conclusione del processo (si tenga presente anche l'art. 164 c.p.p.).

Per motivi di studio il Ministro dell'interno può tuttavia permettere — previo parere del direttore dell'archivio di Stato competente, e udita la giunta del consiglio superiore degli archivi — la consultazione di documenti di carattere riservato anche prima della scadenza degli anzidetti termini (art. 21 comma 2). Stavolta viene in questione un potere discrezionale, di fronte al quale anche il diritto di riserbo privato affievolisce. Ma a garanzia di quest'ultimo l'art. 21 comma 3 dispone che i depositanti e coloro che donano o vendono o lasciano in eredità o legato documenti agli archivi di Stato possono porre la condizione della assoluta non consultabilità di tutti o di parte dei documenti dell'ultimo settantennio. Aggiunge peraltro che, naturalmente, nessuna limitazione (neanche quella stabilita in via generale dal comma 1 dell'art. 21) opera nei riguardi dei soggetti anzidetti, delle altre persone da essi designate, e, quando trattasi di documenti con-

cernenti oggetti patrimoniali, degli aventi causa dai soggetti stessi, interessati, per il titolo di acquisto, a quei documenti.

Dei documenti dei quali viene ammessa — in via generale o eccezionale — la consultazione, è consentita agli interessati, presso gli archivi di Stato, la visione, la fotografia e l'estrazione di copie non formali, avvalendosi, eventualmente, anche degli speciali servizi di riproduzione fotografica e meccanica degli archivi (art. 84 e 91 r.d. 2 ottobre 1911, n. 1163; art. 12 comma 2 lett. d d.P.R. n. 1409, cit.) (v. ARCHIVI DI STATO, § 11-13). Il rilascio di copie o di certificazioni ufficiali relative a siffatti documenti può rendersi invece necessario (ed è ugualmente offerto agli interessati) in quei casi in cui vi siano esigenze giuridiche (art. 29 d.P.R. n. 1409, cit.).

Per l'esame, da parte degli interessati (non legittimati dalle ragioni di cui ai commi 2 e 4 dell'art. 21 d.P.R. n. 1409, cit.), dei documenti che non siano ancora di pubblico dominio per non esser trascorso il tempo previsto dalla legge, e per la possibilità che di essi vengano rilasciati copie, estratti, certificazioni o notizie, vigono regole particolari, variabili in relazione ai diversi tipi di documenti e alle esigenze cui essi sono destinati a servire. In mancanza di regole particolari — le quali facciano considerare certi atti come pubblici fin dall'origine — vige però per tali documenti il principio della non pubblicità (art. 21 e 22, cit., con riferimento all'art. 23).

6. *I documenti posti al servizio di una funzione di « pubblicità » (« conoscibilità legale »), come documenti di pubblico dominio fin dall'origine.* — Dalle disposizioni di cui si è riferito risulta dunque che in via di principio i documenti di data non remota in possesso di pubblici uffici non sono di pubblico dominio, nel senso che chiunque possa pretendere di averne visione o almeno notizia (completa o sia pure sommaria).

Sono peraltro numerose le disposizioni particolari, in base alle quali certi documenti posti in essere da pubblici uffici o da essi conservati, anche se di data recente, sono da considerare posti — in varia forma — a disposizione di chi desideri conoscerli, o, quanto meno, di chi abbia un interesse qualificato a conoscerli.

Ciò vale in primo luogo, per regola generale, per tutti i documenti posti istituzionalmente al servizio di una funzione di « publi-

cità » e cioè destinati (attraverso la raccolta degli « originali », di « copie » complete o « per estratto », di riassunti o di mere indicazioni sommarie) alla realizzazione della « conoscibilità legale » di certi atti, fatti o situazioni (3) (v. COPIA; REGISTRAZIONE).

Per norma chiunque lo desideri (anche se non vi abbia un interesse rilevante) può avere conoscenza di tali documenti. Ciò inerisce appunto alla funzione della « pubblicità » (nel senso anzidetto), e si realizza di massima attraverso la possibilità di accedere (nelle ore d'ufficio) nella sede dove i documenti vengono conservati, e di averne diretta e immediata visione. Tra i documenti ai quali si applica la regola anzidetta sono da ricordare i registri dello stato civile (art. 450 c.c.), i quali comprendono i registri di cittadinanza, di nascita, di matrimonio, di morte (art. 14 ord. stato civ.; i registri delle persone giuridiche (art. 33-34 c.c.; art. 29 disp. att. c.c.); i registri delle imprese (art. 2188 ss., 2195 ss. c.c.); i registri immobiliari (art. 2673 c.c.); i registri riguardanti la matricola e i diritti reali relativi a certi beni mobili quali le navi (art. 2693 c.c., art. 137, 146-148, 233, 238, 242, 244, 250, 279 c. nav.), gli aeromobili (art. 753, 848, 853, 857, 859, 865 c. nav.), gli autoveicoli (art. 11 d.l. 15 marzo 1927, n. 436 e art. 20 r.d. 29 luglio 1927, n. 1814); i registri dei brevetti per marchi d'impresa (art. 79 t.u. 21 giugno 1942, n. 929; art. 63 ss. d.P.R. 8 maggio 1948, n. 795) e quelli dei brevetti di invenzioni industriali (art. 96 d.lg. 29 giugno 1939, n. 1127 e art. 91 r.d. 5 febbraio 1940, n. 244); il registro delle opere protette ai sensi della legge sui diritti d'autore (art. 103 l. 22 aprile 1941, n. 633 e art. 41 e 43 r.d. 18 maggio 1942, n. 1369).

Alla possibilità di prender visione dei registri di cui si è detto — la quale per lo più si estende ai documenti sulla base dei quali furono effettuate le registrazioni — si accompagna solitamente (e anzi talvolta esiste pur dove la prima manca) quella di ottenere copia completa o per estratto degli atti conservati in essi o allegati ad essi, ovvero certificazione (soprattutto se negativa) circa il contenuto dei registri (v. CERTIFICAZIONE).

Siccome i pubblici registri preordinati a fini di « conoscibilità legale » assolvono es-

senzialmente un servizio pubblico posto (con espreso carattere di « doverosità » per gli uffici) a disposizione della generalità e, indistintamente, di tutti i componenti di essa — e anzi in favore di alcuni di essi (quelli direttamente interessati) taluni registri assolvono anche una funzione probatoria di particolare intensità (si pensi ai registri dello stato civile: art. 451 c.c.) —, è da ritenere che con l'instaurazione del relativo servizio l'ordinamento sia venuto a conferire a tutti i soggetti un vero e proprio diritto « civico » alla sua utilizzazione (e quindi, di volta in volta, a prender visione dei documenti, a ottenere le copie, gli estratti, i certificati indicati dalla legge o ricavabili dalla funzione stessa del servizio — salvo le limitazioni legislative, del tipo, ad esempio, di quella contenuta nell'art. 185 ord. stato civ., il quale richiede l'autorizzazione del procuratore della Repubblica per il rilascio di estratti di atti dello stato civile in forma integrale).

Il diritto civico in questione (il quale è condizionato di solito dalla necessità di pagare certi « diritti » di natura tributaria) non può peraltro — non diversamente dalla generalità dei diritti civici — esser configurato come un vero e proprio diritto soggettivo: e in effetti le leggi, pur parlando generalmente di un dovere dell'amministrazione allo svolgimento del servizio, evitano di chiamare diritto la correlativa posizione soggettiva degli interessati (è stato sottolineato in proposito — v. COPIA E COLLAZIONE DI ATTI PUBBLICI, § 2 — che, mentre l'art. 743 c.p.c. parla semplicemente di un « dovere » dell'ufficio di rilasciare le copie degli atti di cui sia depositario, l'art. 746 chiama « diritto » solo la pretesa degli interessati di collazionare con l'originale le copie ottenute). Alla configurazione della posizione soggettiva degli interessati come diritto soggettivo è di ostacolo il fatto che non esistono diritti soggettivi dei singoli in ordine all'esercizio delle funzioni pubbliche (4).

La posizione giuridica degli interessati in ordine all'espletamento, da parte dei pubblici poteri, del servizio in esame è nondimeno una posizione soggettiva assistita da una notevole protezione da parte dell'ordinamento, dovendo esser configurata — proprio in considerazione del fatto che l'ordi-

(4) Per più ampi svolgimenti, cfr. SANDULLI, *Note sulla natura dei diritti civici*, in *Foro it.*, 1952, I, 1345; ID., *Brevi osservazioni in tema di pretese private all'esercizio delle funzioni pubbliche*, in *Giust. civ.*, 1960, I, 2091.

(3) PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, I, Milano, 1957, 217 s., 270 s. e *passim*; ID., *Conoscenza*, in questa *Enciclopedia*, IX, § 37, d.

namiento, nell'istituire e nel regolare il servizio, mostra di prendere in particolare considerazione gli interessi dei singoli — come un vero e proprio interesse legittimo (interesse protetto dall'ordinamento, sia pure soltanto attraverso le norme regolatrici dell'«azione» amministrativa) (v. INTERESSE: *diritto amministrativo*).

È da sottolineare, anzi, che alla posizione soggettiva degli interessati, in ordine all'espletamento del servizio pubblico di cui trattasi, l'ordinamento conferisce, accanto alla protezione giuridica propria degli interessi legittimi (accordata nei confronti dell'amministrazione), una ulteriore protezione (accordata nei confronti dei titolari dell'ufficio preposto al servizio), statuendo che tutti i depositari pubblici autorizzati dalla legge a spedire copia degli atti che detengono, qualora non rilascino copia autentica di tali atti (« ancorché l'istante o i suoi autori non siano stati parte nell'atto »), sono obbligati in proprio al pagamento dei danni e delle spese (art. 743, cit.; v. anche gli art. 2674-76 c.c. per i conservatori dei registri immobiliari e l'art. 60 c.p.c. per i cancellieri). Ci troviamo cioè in presenza di un caso in cui il medesimo comportamento viene configurato, a un tempo, come fatto dell'amministrazione lesivo di un interesse legittimo e come fatto personale del pubblico ufficiale generatore di un'obbligazione risarcitoria (la quale invece è quanto meno dubbio che si estenda anche all'amministrazione, date le incertezze che regnano circa l'esistenza di un diritto al risarcimento dei danni derivanti dalla lesione di interessi legittimi (5)).

**7. Altri documenti istituzionalmente di pubblico dominio fin dall'origine.** — Oltre ai documenti destinati al servizio di « conoscenze legali », anche altri documenti di data recente in possesso di pubblici poteri sono istituzionalmente di dominio pubblico: anzi (meglio) sono di pubblico dominio gli atti o i fatti in essi contenuti o indicati.

Vengono stavolta in considerazione tutti gli atti normativi, giurisdizionali, amministrativi, gli avvisi, gli atti dei privati, dei quali l'amministrazione è tenuta a dar notizia al pubblico nella sua generalità, di volta in volta, mediante « pubblicazione » (che è

cosa diversa dalla « pubblicità », di cui si è parlato al § 6: v. CONOSCENZA, § 43) nella Gazzetta Ufficiale, nei bollettini ufficiali, in organi di stampa di larga diffusione, mediante affissione negli albi pretori, mediante deposito, permanente o per un periodo di tempo limitato, in appositi uffici, a disposizione del pubblico.

Non sempre i documenti contenenti l'originale di tali atti — o almeno una copia di essi — vengono, in tali casi, posti permanentemente a disposizione del pubblico (come avviene nei casi di « pubblicità », di cui si è parlato in precedenza). Per gli atti, avvisi, ecc., inseriti integralmente in pubblicazioni, e particolarmente in pubblicazioni ufficiali (Gazzetta Ufficiale, bollettini ufficiali), una esigenza di conoscibilità permanente praticamente non sorge, dato che gli interessati sono in grado di venire facilmente a conoscenza, attraverso la pubblicazione ufficiale, anche in qualsiasi momento successivo, del testo ufficiale dell'atto. Per i rimanenti atti, avvisi, ecc., coesistono casi in cui il documento che li contiene (sia in originale, sia in copia) è accessibile a qualsiasi cittadino negli uffici dove gli atti sono depositati (per esempio le sentenze e gli altri provvedimenti dei giudici, sempre ostensibili nelle rispettive cancellerie: art. 133 c.p.c., art. 151 c.p.p.; le raccolte dei regolamenti comunali e provinciali e delle relative tariffe: art. 62 comma 6 e 131 comma 6 t.u. com. prov. 1934 sostituito dagli art. 21 e 22 l. 9 giugno 1947, n. 530) oltre a dover essere rilasciato in copia a chi ne faccia richiesta (per i provvedimenti dei giudici, v. l'art. 744 c.p.c.; per gli atti pubblici depositati presso i notai, v. gli art. 67-69 l. notarile 16 febbraio 1913, n. 89, salvo l'eccezione prevista dall'art. 743 comma 2 c.p.c., per i testamenti pubblici durante la vita del testatore), con casi in cui ai singoli non è consentito se non di ottenere una copia autentica (o, eventualmente, un'attestazione) dell'atto (v. per esempio, per le deliberazioni comunali e provinciali, gli art. 62 comma 5 e 131 comma 5, cit., modificato come si è detto, nonché l'art. 52 comma 5 reg. com. prov.). Comunque sembra possibile enunciare la regola che — in mancanza di diverse disposizioni più favorevoli o più restrittive — gli uffici depositari siano, quanto meno, tenuti a rilasciare le copie o gli estratti o gli attestati, dei propri e degli altri atti depositati presso di essi, dei quali sia prescritta la pubblicazione (e che, per ciò solo, sono da ritenere

(5) Si consultino in proposito *Atti del Convegno di diritto amministrativo* (Napoli 26-28 ottobre 1963), « *Risarcibilità dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi ad opera della pubblica amministrazione* », Milano, 1964.

di pubblico dominio, e quindi non segreti, né riservati), quando ne venga fatta richiesta dai soggetti che vi abbiano un interesse. In favore della esistenza di una regola siffatta depone, tra l'altro, l'art. 50 comma 2 reg. ass. benef., in base al quale, «dei verbali delle deliberazioni che non sono soggette a pubblicazione, non può essere rilasciata copia, consentita lettura o riferito il contenuto senza il consenso dell'amministrazione o dell'autorità governativa»: la disposizione implica infatti — se pure in modo non perfetto dal punto di vista tecnico — che per le deliberazioni soggette a pubblicazione gli uffici siano tenuti senz'altro al rilascio delle copie richieste.

A ogni modo anche nei casi or ora riferiti, dovunque vi sia un dovere dell'amministrazione di lasciar prendere visione o di rilasciar copie, estratti, attestazioni circa i documenti di cui trattasi, la correlativa posizione soggettiva degli interessati si qualifica in modo non diverso da quanto si è visto a proposito dei casi di servizi pubblici preordinati alla creazione di «conoscenze legali».

8. *Documenti non di pubblico dominio, dei quali l'amministrazione è tenuta a rilasciare copia e notizie su richiesta degli interessati.* — A parte le regole fin qui enunciate, un analogo dovere dell'amministrazione (sempre correlato con un corrispondente diritto civico degli «aventi diritto») di rilasciare copie — integrali o per estratto — di documenti in suo possesso, o quanto meno di attestare fatti e fornire informazioni di fatti risultanti da documenti in suo possesso, sussiste — anche quando non risulti espressamente enunciato dalla legge (come avviene invece, per esempio, per i certificati anagrafici: art. 29 d.P.R. 31 gennaio 1958, n. 136) — in tutti quei casi in cui norme particolari impongano agli interessati, per il conseguimento di certi risultati ammessi, incoraggiati, o addirittura disposti tassativamente dalla legge (per esempio, ammissione ad esami o a concorsi, iscrizione in istituti di istruzione o in albi professionali, assegnazione di alloggi popolari ed economici, attribuzione di concessioni, promozioni, benefici di carriera, scatti di stipendi, ecc.), la dimostrazione di requisiti o stati di fatto (per esempio, titolo di studio, compimento di certi trattamenti profilattici, stato di famiglia, residenza, condizione patrimoniale, stato professionale, stato di servizio, benemerienze militari, iscrizione in albi, ecc.), che, essendosi

realizzati presso una pubblica amministrazione (per esempio, istituto d'istruzione, forze armate, ente pubblico datore di lavoro o detentore di albo) o essendo stati ufficialmente riscontrati da parte di una pubblica amministrazione, specificamente qualificata e attrezzata a tal fine (per esempio ufficio anagrafico), ed essendo conseguentemente registrati presso di essa, è da ritenere che appunto perciò debbano necessariamente — o, quanto meno, primariamente — essere attestati mediante una prova documentale risalente all'amministrazione. Anche con riferimento a documenti di tal fatta l'art. 29 d.P.R. 3 maggio 1957, n. 686 (reg. esec. t.u. imp. civ. St.) allude a un obbligo dell'amministrazione di rilasciare all'impiegato le «copie degli atti cui abbia diritto».

Allo stesso modo l'amministrazione è tenuta a rilasciare alle parti che ne facciano richiesta le copie degli atti pubblici contenuti nei contratti, che, per essere stati redatti con l'intervento di un proprio funzionario in veste di ufficiale rogante, siano «conservati» presso di essa (art. 95 reg. cont.). E altrettanto dicasi per gli atti di carattere privato, in possesso dell'amministrazione, in relazione ai quali l'art. 21 comma 4 d.P.R. n. 1409, cit., consente la possibilità di consultazione presso i pubblici archivi.

Ai casi fin qui esaminati, nei quali il funzionale dovere dell'amministrazione di fornire la copia di un documento in suo possesso discende dal correlato interesse giuridico dei privati cui il documento si riferisce, è da assimilare il caso risultante dalle disposizioni che impongono ai ricorrenti innanzi al Consiglio di Stato e alle giurisdizioni subordinate di depositare in giudizio una copia del provvedimento amministrativo impugnato (art. 36 comma 4 t.u. Cons. St., e art. 8 comma 1 r.d. 26 giugno 1924, n. 1058, t.u. G.p.a. in sede giurisdizionale). Né la norma dell'art. 19 reg. proc. Cons. St. (e dell'art. 21 r.d. 17 agosto 1907, n. 643, reg. proc. G.p.a. in sede giurisdizionale), secondo la quale «la mancanza del deposito del provvedimento impugnato non importa decadenza se dipenda dall'impossibilità di produrlo a causa del rifiuto dell'amministrazione alla domanda di rilascio della copia di essa», può essere intesa nel senso di una possibilità per l'amministrazione di sottrarsi discrezionalmente al rilascio della copia richiesta. L'essenzialità e insostituibilità della conoscenza di quel documento da parte del

giudice ai fini cognitori fa escludere assolutamente l'attendibilità di una siffatta interpretazione. Perciò è da ritenere che, non diversamente dagli altri casi dianzi esaminati in cui sussiste un dovere in tali sensi, l'amministrazione che si sottragga al rilascio della copia del documento occorrente a fini d'impugnativa incorre — salvo il caso di idonee ragioni discriminative — in un illecito, e il funzionario responsabile commette il reato previsto dall'art. 328 c.p.

Analogo discorso è da fare per il caso in cui l'amministrazione statale rifiuti di consentire a un proprio impiegato civile di prender visione dei rapporti informativi che lo riguardano o degli indici del fascicolo personale, o di rilasciargli gli estratti dello stato matricolare o le copie di altri atti « cui abbia diritto » (art. 54-55 t.u. imp. civ. St. e art. 29 d.P.R. n. 686, cit.).

9. (Segue): *su richiesta di altre amministrazioni.* — Un ulteriore dovere di rilasciare notizie relative a documenti in loro possesso deriva alle varie amministrazioni dalla necessità di informare altre amministrazioni di fatti a loro conoscenza e per i quali non siano tenute a osservare un obbligo di segreto assoluto. Un esempio paradigmatico è offerto al riguardo dall'art. 40 t.u. imp. dr., in base al quale le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici che effettuano riscossioni e pagamenti per conto di categorie di interessati (salvo l'istituto centrale di statistica e gli ispettori del lavoro per quanto riguarda le rilevazioni di loro competenza, gli istituti di credito per quanto riguarda i rapporti coi clienti, gli istituti di assicurazione per quanto riguarda i rapporti con gli assicurati sulla vita, e gli uffici postali per quanto riguarda la loro attività di credito e risparmio) sono tenuti a fornire all'amministrazione finanziaria, « anche in deroga a contrarie disposizioni legislative, statutarie e regolamentari », gli elenchi nominativi delle riscossioni dei pagamenti effettuati, nonché tutti gli elementi, dati ed informazioni in loro possesso riguardanti singoli contribuenti o categorie di contribuenti. Ma esistono numerosi altri casi. Basti ricordare per tutti l'art. 2 d.P.R. 2 agosto 1957, n. 678, sulle documentazioni amministrative e la legalizzazione delle firme, in base al quale i requisiti della cittadinanza, della buona condotta e dell'assenza di precedenti penali per l'emanazione di provve-

dimenti a richiesta o nell'interesse di privati sono accertati d'ufficio dall'amministrazione che deve emettere il provvedimento, nonché l'art. 6 l. 24 dicembre 1954, n. 1228, sull'anagrafe della popolazione, in base al quale « gli ufficiali di stato civile devono comunicare il contenuto degli atti dello stato civile e delle relative annotazioni all'ufficio d'anagrafe del comune di residenza delle persone cui gli atti o le annotazioni si riferiscono » (v. anche gli art. 10 e 17 d.P.R. n. 136, cit.).

10. *La regola della discrezionalità amministrativa nel concedere conoscenza, copia o attestazione di documenti per i quali non esista un dovere in tal senso.* — A parte i casi di cui finora si è parlato, si può dire esistente, per la generalità dei documenti in possesso della pubblica amministrazione, ove si precinda da quelli per i quali vi sia un vincolo di segretezza (di essi è vietata ogni notizia), e da quelli per i quali vi siano altri divieti (per esempio, l'art. 32 d.P.R. n. 136, cit., enuncia il divieto di ammettere le persone estranee all'ufficio anagrafico, anche se interessate, a consultare le schede anagrafiche; l'art. 76 r.d. 30 dicembre 1923, n. 3269, sulla tassa di registro, vieta il rilascio senza autorizzazione del pretore di copie ed estratti dei contratti ed atti presentati per la registrazione a soggetti diversi dalle parti o dai loro aventi causa), la regola della discrezionalità nell'ammetterne l'esame (diretto o mediato) da parte degli interessati nella sede in cui essi sono conservati e nel rilasciarne copia, estratti o notizie più sommarie (v. CERTIFICAZIONE).

Nel senso della esistenza di una siffatta regola depongono, tra l'altro, le disposizioni dell'art. 50 comma 2 r.d. n. 99, ricordato più sopra sotto altro profilo, l'art. 82 comma 4 reg. com. prov., l'art. 76 l. n. 3269, cit., l'art. 6 comma 3 d.P.R. 2 agosto 1957, n. 678, contenente norme sulle documentazioni amministrative e sulla legalizzazione delle firme, l'art. 165 c.p.p. La prima di esse statuisce che dei verbali delle deliberazioni non soggette a pubblicazione non può esser rilasciata copia, consentita lettura o riferito il contenuto « senza il consenso dell'amministrazione o dell'autorità governativa », e in tal modo ammette che le anzidette autorità possano discrezionalmente accordare il loro consenso (si noti che la disposizione aggiunge che « il rifiuto deve essere dato per iscritto »). In base alla seconda, fuori dei casi di rilascio obbligatorio di copie, oggi

regolati dall'art. 62 t.u. com. prov. 1934, il segretario comunale può rilasciare « copie degli atti » quando vi sia un ordine scritto del sindaco o della giunta municipale. L'art. 76 l. n. 3269, cit., dispone che gli uffici del registro « sono autorizzati a rilasciare alle parti contraenti e agli aventi causa da essi estratti e copie delle scritture private e degli atti esteri presentati ai loro uffici per la registrazione, nonché copia delle note di registrazione di qualunque contratto pubblico o privato ». L'art. 6 d.P.R. n. 678, cit., prevede un apposito regolamento, il quale dovrà stabilire « i casi in cui possono essere rilasciate copie di documenti doganali ». L'art. 165 c.p. infine prevede un potere discrezionale del giudice in ordine al rilascio di copie, estratti e certificati relativi a singoli atti del processo penale.

**11. I funzionari competenti a concedere conoscenza, copia o attestazione di documenti.** — Il dovere di tenere i documenti a disposizione di coloro che sono ammessi a prenderne visione, come quello di rilasciarne copie, estratti ed attestazioni sono posti — salvo diverse disposizioni — a carico dei funzionari che hanno la responsabilità dell'archivio o dell'ufficio dove i documenti sono depositati (art. 743 c.p.c.): segretari comunali, cancellieri, ecc. Ferma restando tale competenza per quanto riguarda l'esecuzione (6), il potere di autorizzare la visura dei documenti o di disporre il rilascio di copie, estratti ed attestazioni, nei casi in cui la concessione di tali autorizzazioni abbia natura discrezionale, spetta invece — in mancanza di diverse disposizioni — ai funzionari cui è commessa la responsabilità del ramo di servizio (e cioè cui compete di provvedere in ordine al ramo di servizio) interessato dal documento. Per i documenti conservati negli archivi storici l'autorizzazione compete però al Ministro dell'interno (art. 14 comma 3 e 7 l. n. 2006, cit.).

**12. I rimedi giuridici contro il rifiuto amministrativo.** — Per i rimedi giuridici che gli interessati hanno a propria disposizione nel caso di rifiuto da parte dei « pubblici depositari » di rilasciare le copie dei documenti in loro possesso, per le quali il rilascio è

doveroso, v. COPIA E COLLAZIONE DI ATTI PUBBLICI (7).

Per i casi in cui manchi un dovere giuridico dell'amministrazione in ordine al rilascio della copia, e quest'ultimo sia rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione, in mancanza di altre disposizioni non sarà possibile altro rimedio che quello dell'impugnativa per vizi di legittimità dell'atto — sempre che questo sia diventato definitivo — innanzi al giudice degli interessi legittimi, e cioè innanzi al Consiglio di Stato (art. 26 t.u. Cons. St.).

Lo stesso rimedio è da ritenere esperibile — dato che mancano in proposito altre disposizioni — nel caso di diniego di accesso ai documenti, tanto se esista quanto se non esista un dovere giuridico dell'amministrazione in ordine all'ostensibilità dei documenti in questione.

Altrettanto vale per il rilascio di certificati. Per quelli di competenza dell'autorità comunale è dato un ricorso amministrativo (sia nel caso di rifiuto di rilasciarli, sia nel caso di errori di contenuto) alla giunta provinciale amministrativa, la quale ha il potere di sostituirsi all'autorità comunale; e contro i provvedimenti di essa è dato un ulteriore ricorso al Ministro dell'interno, competente ad adottare il provvedimento definitivo, a sua volta impugnabile innanzi al Consiglio di Stato (art. 63 t.u. com. prov. 1934; v. anche, per i certificati anagrafici, l'art. 31 d.P.R. n. 136, cit.). Poiché i ricorsi di cui si è detto riguardano soltanto le fattispecie di rifiuto o di errori dei « certificati » e « attestati », rilasciati « nei casi previsti dalla legge », e cioè soltanto di quelli « ammessi » (tanto di quelli « dovuti » — come appunto quelli anagrafici —, quanto di quelli semplicemente consentiti), essi non sono proponibili per far valere l'illegittimità del rilascio di certificati o attestati non consentiti dalla legge (per esempio, certificati rilasciati dal servizio anagrafico in ordine alle notizie delle quali l'art. 30 comma 2 d.P.R. n. 136, cit., espressamente interdice la certificazione da parte dell'autorità anagrafica).

**13. I poteri dei giudici in ordine ai documenti appartenenti alla pubblica amministrazione.** — A parte il dovere, e, rispettivamente, il potere discrezionale dell'amministrazione, di consentir visione, di volta in

(6) Si possono consultare in proposito le decisioni Cons. St., sez. V, 27 ottobre 1956, n. 929, in Cons. St., 1956, I, 1223; Cons. St., sez. V, 26 agosto 1960, n. 594, in Foro it., 1960, I, 161.

(7) In argomento v. pure Cons. St., sez. VI, 8 maggio 1963, n. 228, in Cons. St., 1963, I, 779.

volta a chiunque ne faccia richiesta o ai soggetti in alcun modo interessati, dei documenti che conserva, o di rilasciarne copia o attestazione, sono da considerare i casi in cui l'amministrazione è tenuta a esibire in giudizio i documenti stessi o a fornire ai giudici informazioni in ordine ad essi.

In questa sede non viene in considerazione il profilo processualistico del problema (v. per questo aspetto ISPEZIONE; RICHIESTA D'INFORMAZIONI); non si tratterà quindi della situazione processuale in presenza della quale il giudice può ordinare all'amministrazione gli adempimenti di cui si è detto, né dei casi in cui può ordinare gli uni o gli altri, né dell'interesse che i documenti debbono avere ai fini del processo perché l'ordine possa esser dato, né delle conseguenze processuali della mancata esibizione di essi da parte della pubblica amministrazione.

È il caso invece di sottolineare che l'ordine del giudice può intervenire tanto nei giudizi civili (art. 210 e 213 c.p.c.), quanto in quelli amministrativi (art. 44 t.u. Cons. St.; art. 26 r.d. n. 642, cit.; art. 14 r.d. n. 1058, cit.) e in quelli penali (art. 342 c.p.p.); e in tutti può intervenire tanto nei confronti dell'amministrazione che sia parte in causa, quanto nei confronti dell'amministrazione che si trovi rispetto al processo in posizione di terzo (ipotesi che può verificarsi anche quando nel giudizio sia parte un'amministrazione diversa).

L'ordine non può riguardare però documenti i quali racchiudano segreti politici o militari o altri segreti d'ufficio o professionali (art. 118 c.p.c. richiamato dall'art. 210; art. 342 c.p.p.); la regola è da ritenersi valida anche per il giudizio amministrativo: v. infatti anche gli art. 351 e 352 c.p.p.).

Con riferimento al giudizio civile (8) e allo stesso giudizio amministrativo (9) è stata anche negata la possibilità che il giudice disponga l'esibizione di documenti contenenti atti «interni» dell'amministrazione (coi quali non vanno confusi gli atti preparatori con rilevanza esterna: v. ATTO AMMINISTRATIVO). Data la mancanza di limitazioni di tal fatta nelle ricordate disposizioni legislative (le quali parlano genericamente di «documenti») è da ritenere però che la limitazione non abbia ragion d'essere. È vero che gli atti «interni» sono generalmente

«riservati» e che l'amministrazione non è tenuta a portare a conoscenza del pubblico o di singoli soggetti documenti riservati. Ma, come per gli altri documenti «riservati» non esiste nella legge alcun limite al potere del giudice, così un egual limite è da escludere per quelli contenenti atti «interni» (i quali peraltro assai difficilmente possono contenere decisivi elementi probatori). È rimessa comunque alla prudenza del giudice la consapevole valutazione dei casi nei quali sia proprio indispensabile l'ordine di esibizione di documenti contenenti atti «riservati», in quanto non possa farsi a meno di disporre l'esibizione dei documenti stessi. A tal riguardo hanno particolare importanza le disposizioni dell'art. 118 (richiamate dall'art. 210) e dall'art. 211 c.p.c., secondo le quali l'ordinanza di esibizione deve evitare di recar «grave danno» al destinatario di essa e deve cercare di «conciliare nel miglior modo possibile l'interesse della giustizia col riguardo dovuto ai diritti del terzo» (al quale essa sia destinata).

A parte le disposizioni alle quali da ultimo si è accennato, sono da ricordare il precetto dell'art. 210 c.p.c., in base al quale, se l'esibizione importi una spesa, questa deve essere anticipata dalla parte che la abbia chiesta, e quello dell'art. 212, il quale consente che il giudice ammetta l'esibizione, in luogo dell'originale, di una copia (anche fotografica) o di un estratto autentico del documento. Mentre quest'ultimo vale indubbiamente anche per il giudizio davanti ai giudici amministrativi, non altrettanto può dirsi per il primo, dato il metodo acquisitivo col quale in tale giudizio viene applicato il sistema istruttorio dispositivo (v. ISTRUZIONE: *Processo amministrativo*).

Nel giudizio civile l'amministrazione che non sia parte in causa può eventualmente far valere le ragioni ostative all'esibizione, secondo le regole dell'art. 211 c.p.c., il quale da un lato dispone (come già si è accennato) che il giudice «deve cercare di conciliare nel miglior modo possibile l'interesse della giustizia col riguardo dovuto ai diritti del terzo», aggiungendo che «prima di ordinare l'esibizione può disporre che il terzo sia citato in giudizio, assegnando alla parte istante un termine per provvedervi»; e dall'altro autorizza il terzo a fare opposizione contro l'ordinanza di esibizione, intervenendo nel giudizio prima della scadenza del termine assegnatogli (entrambi i procedimenti hanno carattere incidentale).

(8) SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, Milano, 1960, 166.

(9) Cons. St., sez. VI, 24 novembre 1954, n. 864, in *Giur. it.*, 1955, III, 81, e ivi nota redazionale.

In ogni caso nel giudizio civile e in quello amministrativo l'ordine di esibizione non ha carattere di titolo esecutivo, e non può esser posto in esecuzione coattivamente. Ciò non esclude però la doverosità della sua osservanza. Sicché nei confronti dei funzionari responsabili dell'inosservanza sono applicabili le sanzioni amministrative, penali e civili derivanti dalla violazione dei doveri d'ufficio.

Altrimenti stanno le cose nel giudizio penale, al quale gli «atti» e «documenti» esistenti presso i pubblici ufficiali, gli impiegati e gli incaricati di pubblici servizi, anche se appartenenti alla pubblica amministrazione, possono essere acquisiti mediante provvedimento di sequestro (art. 342 c.p.p.: in proposito v., anche per i modi di far valere la insequestrabilità dei documenti contenenti segreti politici, militari o comunque d'ufficio, o professionali, SEQUESTRO: *diritto penale*).

Al riguardo l'art. 343 c.p.p. dispone che «il giudice può far estrarre copie degli atti e dei documenti sequestrati, restituendo gli originali, e, quando mantiene il sequestro di questi, può autorizzare il cancelliere a rilasciare gratuitamente copie autentiche a coloro che li abbiano in deposito». Esso dispone inoltre che «i pubblici ufficiali possono rilasciare copie, estratti o certificati dei documenti loro restituiti dal giudice in originale o in copia, ma devono fare menzione in tali copie, estratti o certificati, del sequestro esistente». Aggiunge poi che «se il documento sequestrato fa parte di un volume o registro

da cui non possa esser separato e il giudice non ritiene di farne estrarre copia, l'intero volume o registro rimane in deposito giudiziario»: in tal caso «il cancelliere con l'autorizzazione del giudice spedisce agli interessati che li richiedono copie, estratti o certificati delle parti del volume o registro non soggette al sequestro, facendo menzione del sequestro parziale nelle copie, negli estratti e nei certificati».

FONTI. — Si fa rinvio ai testi legislativi citati nel corso della trattazione.

LETTERATURA. — Sulla materia dei § 1-4, v. (ma con riferimento alla precedente legislazione): FERRARA L., *Il caso Crispi e le carte dei pubblici funzionari*, Napoli, 1902; LEVI A., *Alcuni punti della questione degli archivi privati*, in *Arch. stor. it.*, 1936, 129 ss.; CASSESE, *Intorno al concetto di materiale archivistico e materiale bibliografico*, in *Notizie degli archivi di Stato*, 1949, 24 ss.; PRODOCIMI, *Dematerialità e pubblicità dei documenti di archivio*, ivi, 1953, 130 ss.; TORRENTE, *Sull'affievolimento di un diritto personalissimo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 283 ss.; CANTUCCI, *Sulla tutela giuridica degli atti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 548 ss.; ID., *Sulla tutela giuridica degli archivi privati*, in *Arch. stor. it.*, 1956, 150 ss.; ID., *In tema di reguisione di documenti da parte dello Stato*, in *Foro amm.*, 1956, II, 1, 245 ss.; SALERNI, *Le carte dei pubblici funzionari e il potere di disposizione dello Stato*, in *Rass. avv. St.*, 1956, 155 ss. Con riferimento al d.P.R. 30 settembre 1963 n. 1409, esiste finora il solo scritto di SALVATI, *La nuova legislazione archivistica*, Napoli, 1964.

Sulla materia dei § 5-13, oltre alle opere citate nelle note a piè di pagina, si fa rinvio alla letteratura di STOPPANI, *Certificazione*, in questa *Enciclopedia*, VI, 802 s., e di PETRUCCI, *Copia e collazione di atti pubblici*, ivi, X, 642; cfr. anche PUGLIATTI, *Conoscenza*, ivi, IX, 45 ss.



Note sul potere amministrativo  
di coazione

Pubblicato in

*Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*  
Milano, 1964, pp. 819-859



SOMMARIO: 1. Autotutela amministrativa e coazione amministrativa. — 2. Coazione amministrativa ed esecutorietà dei provvedimenti amministrativi. — 3. Coazione amministrativa ed esecuzione forzata amministrativa. Obblighi di non fare e coazione amministrativa. — 4. L'esecuzione forzata amministrativa nelle leggi preunitarie e nella legislazione del 1865. — 5. Eccezionalità di essa nel sistema legislativo del 1865, — 6. e nel sistema vigente, basato sul principio di legalità. — 7. Analisi delle ipotesi di esecuzione forzata amministrativa nell'ordinamento vigente, in relazione ai casi di violazioni di: A) obblighi di dare aventi ad oggetto: a) somme di danaro; — 8. b) beni determinati; — 9. B) obblighi di fare aventi a oggetto: a) prestazioni fungibili; — 10. b) prestazioni infungibili; — 11. C) obblighi di sopportare. — 12. La coazione amministrativa nei casi di violazione di obblighi di non fare. — 13. Criteri fondamentali dell'ordinamento vigente in materia di coazione amministrativa. — 14. Strumenti a disposizione della pubblica Amministrazione per l'esercizio della coazione in casi di emergenza.

1. La possibilità, per la pubblica Amministrazione, di esercitare concretamente la coercizione nei confronti degli amministrati, allo scopo di conseguire — vuoi mediante l'effettiva costrizione di questi al comportamento dovuto, vuoi mediante la realizzazione per altra via, a loro carico, degli effetti pratici che avrebbero dovuto esser conseguiti attraverso quel comportamento — gli obiettivi posti a fine dei doveri di diritto pubblico degli amministrati, alla cui osservanza essa è tenuta a sovrintendere, è espressione di quella che comunemente si suole indicare col nome di autotutela amministrativa <sup>(1)</sup>. Della quale sono altre manifestazioni i poteri della pubblica Amministrazione di convalidare, di modificare, di caducare (d'ufficio e su ricorso) gli atti am-

---

<sup>(1)</sup> BENVENUTI, *Autotutela*, voce della *Enc. del diritto*, IV, 1959, p. 553, e ivi nota bibliografica.

ministrativi invalidi o inopportuni, nonchè il potere di infliggere (di volta in volta nell'esercizio della supremazia generale o di quelle speciali) sanzioni agli amministrati responsabili di illeciti amministrativi <sup>(2)</sup>, il potere di adottare provvedimenti cautelari, quali sospensioni, sequestri, ecc. <sup>(3)</sup>.

L'argomento suole essere trascurato nella trattatistica, e in particolare in quella più recente, la quale si limita generalmente a enunciare il principio della esecutorietà degli atti (*rectius*, dei provvedimenti) amministrativi, predicando anzi tale principio come una regola generale del vigente diritto amministrativo <sup>(4)</sup>. Comunemente si in-

---

<sup>(2)</sup> Non si può accedere alla tesi secondo la quale le sanzioni amministrative sarebbero forme di esecuzione coattiva (BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, in *Studi senesi*, 1901, estr. 159 ss.; CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., I, 99 e 692 s.), e neanche alla tesi secondo cui esse sarebbero comunque mezzi coercitivi (FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 7<sup>a</sup> ed., München-Berlin 1958, 271). Se non può recarsi in dubbio che la previsione legislativa della pena rappresenta una forma di coazione psicologica (cfr. CAMMEO, *La esecuzione d'ufficio, specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, in *Giur. it.* 1929, III, 5), è impossibile tuttavia contestare tanto che l'inflizione di una pena rimane assolutamente estranea a quel fenomeno dell'adeguamento della realtà di fatto alla realtà giuridica che è essenziale momento di riconoscimento di ogni procedimento di « esecuzione » (v. più avanti nel testo, n. 3; contro la tesi che configura le pene come misure di esecuzione coattiva, v., tra gli altri, DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma 1917, 361; BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 550), quanto che essa non realizza quella concreta costrizione a tenere il comportamento dovuto o a subire che gli effetti di questo si realizzino per altra via a proprio carico, in cui, in generale, si concretano le misure di coercizione.

<sup>(3)</sup> È da escludere che attengano invece all'autotutela le eventuali misure di distruzione di beni (p. es., alimenti, medicinali), che pur possano accompagnarsi, per ragioni inerenti agli interessi di amministrazione attiva, all'adozione di provvedimenti di autotutela (quali la chiusura di esercizi pubblici a fini sanzionatori, ecc.).

<sup>(4)</sup> V., per tutti, MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 6<sup>a</sup> ed., Torino, 1909, 149; ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, 3<sup>a</sup> ed., Padova 1937, 284 s.; VITTA, *Diritto amministrativo*, I, 5<sup>a</sup> ed., riv. e agg. da CASSETTA, Torino 1962, 439 ss.; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, 7<sup>a</sup> ed., Milano 1954, 294 ss.; M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950, 422 s.; ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 3<sup>a</sup> ed., Milano 1960, 224 s.

Nella letteratura monografica, v., sulla esecutorietà degli atti amministrativi, specialmente BORSI, *L'esecutorietà*, cit.; DE VALLES, *La validità*, cit., 353 ss.;

segna — e ci si limita a insegnare — che i provvedimenti amministrativi, nella loro generalità, non solo sono *esecutivi* — potendo quindi (purchè non manchi alcuna condizione per la loro efficacia) farsi luogo legittimamente alla loro esecuzione per il solo fatto del loro esistere, eventualmente anche in pendenza del giudizio nel quale ne venga contestata la validità —, ma sono altresì *esecutori* — potendo, ove occorra, esser portati ad esecuzione mediante l'esercizio della coazione a opera della stessa Amministrazione.

2. Come ebbe ad avvertire il Cammeo <sup>(5)</sup>, la possibilità di realizzare coattivamente — ove sia necessario — le statuizioni di un provvedimento amministrativo non rappresenta, tuttavia, se non uno degli aspetti sotto cui il problema della coazione amministrativa può presentarsi.

I doveri di diritto pubblico degli amministrati (di dare, di fare, di non fare, di sopportare), dei quali l'Amministrazione è legittimata (e tenuta) a pretendere l'osservanza, non nascono infatti soltanto da provvedimenti amministrativi (nasce, p. es., direttamente dalla legge l'obbligo di non manomettere i beni pubblici); e inoltre, di quegli stessi che appaiono far capo a provvedimenti amministrativi, non si può dire che abbiano tutti immediata derivazione da questi (p. es., il dovere di cessare l'esercizio di una attività, l'autorizzazione alla quale sia stata annullata o revocata — non diversamente dal dovere di non esercitare una attività per la quale la necessaria autorizzazione non sia mai stata concessa — discende direttamente dalla legge e non dal provvedimento di revoca o di annullamento dell'autorizzazione). Nè il problema della coercizione amministrativa, nei confronti di coloro i quali non ottemperino ai doveri di diritto pubblico alla cui

---

ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano 1939, 125 ss.; CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano 1950, 232 ss.

In giurisprudenza v., p. es., Cons. Stato, Sez. V, 9 aprile 1949 n. 253, in *Foro amm.* 1949, I, 2, 298.

(5) CAMMEO, *Commentario*, cit., 689 s.; *La esecuzione*, cit., 12. Ma per la tesi opposta, v. in tono vivacemente polemico, BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, nel *Trattato di dir. amm.* dir. da Orlando, II, 2<sup>a</sup>, 243, in nota. Sulla questione v. anche TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova 1936, 87 s.; ROMANELLI, *L'annullamento*, cit., 126 s., nota 3; CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 239.

osservanza presiede l'Amministrazione, è un problema che si ponga in termini diversi, dato che non ve ne sarebbe ragione, a seconda che la fonte del dovere risieda in un provvedimento amministrativo o direttamente nella legge.

Il principio della esecutorietà dei provvedimenti amministrativi, nei limiti in cui può ammettersene l'operatività, non vuole (nè può) significare dunque altro, se non che, anche dei doveri degli amministrati che traggono origine da tali atti, l'Amministrazione può assicurare l'osservanza coi mezzi coattivi che sono messi a sua disposizione per conseguire gli obbiettivi posti a base dei doveri di diritto pubblico di cui essa è custode (cosa che invece generalmente non si verifica per i doveri nascenti dagli atti di diritto privato). Ciò comporta che il principio — il quale può interessare soltanto quei provvedimenti o quelle statuizioni da cui nascono dei doveri per gli amministrati (e non anche, naturalmente, quelli che attribuiscono dei diritti, quelli a contenuto autorizzatorio, ecc.) — non rappresenta se non uno dei profili del più vasto problema della coercizione amministrativa.

3. Chiarito che il problema della coercizione amministrativa non si identifica in quello della esecutorietà degli atti amministrativi, occorre però precisare ancora che esso non si esaurisce neanche in quello della esecuzione forzata amministrativa <sup>(6)</sup>.

L'esecuzione forzata viene in questione quando si tratti di assicurare la traduzione della realtà giuridica in realtà di fatto — fenomeno in cui si concreta ogni forma di « esecuzione » giuridica <sup>(7)</sup> —

<sup>(6)</sup> Sulla esecuzione forzata amministrativa nel diritto italiano la letteratura è tutt'altro che copiosa. Vedansi, in particolare, BORSI, *L'esecutorietà*, cit.; Id., *Fondamento giuridico dell'esecuzione forzata amministrativa*, in *Studi senesi* 1905; Id., *Le funzioni del Comune*, cit.; CAMMEO, *Commentario*, cit., 97 ss., 688 ss.; Id., *La esecuzione d'ufficio*, cit., 241 ss.; RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, nel *Trattato dell'Orlando*, cit., IV, 389 ss.; LUCIFREDI, *Le prestazioni obbligatorie in natura dei privati alle pubbliche amministrazioni. La teoria generale*, Padova, 1934, 163 ss.; BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 553. V. anche MONTESANO, *Sulla vestizione coatta della recluta e sull'uomo come oggetto di diritti*, in *Scritti giur. in mem. di P. Calamandrei*, I, Padova, 1958, 281 ss.

<sup>(7)</sup> Nel senso che l'attività di esecuzione consiste nel « trasformare il diritto in fatto », v., per tutti, MICHELI, *Esecuzione forzata*, in *Comm. al cod. civ.*, dir. da Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1953, ad art. 2910, p. 362; CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli 1959, 283 s.

mediante una operazione attiva (e cioè modificativa del mondo esterno), realizzata attraverso la coazione irresistibile, dell'obbligato riluttante, a subire che gli effetti reali cui il comportamento prescritto avrebbe dovuto portare vengano conseguiti altrimenti, a suo carico (e cioè con suo pregiudizio patrimoniale o personale): in tal modo l'obbligo originale (di *dare*, di *facere*, di *patri*) viene a trasformarsi fatalmente in un *patri debere* (di volta in volta, e talora gradatamente, *in patrimonium, in singulam rem, in personam*). L'esecuzione forzata amministrativa è poi caratterizzata dal fatto che l'obbligato riluttante è un amministrato, mentre la coazione viene esercitata nei suoi confronti, generalmente senza bisogno di autorizzazione dell'autorità giudiziaria, a opera della stessa Amministrazione preposta a vigilare sull'osservanza dell'obbligo originario <sup>(8)</sup>, e perciò da un soggetto che, in un modo o nell'altro, è da considerare vittima della (afferzata) trasgressione.

L'esecuzione forzata presuppone cioè, necessariamente, da un lato la trasgressione di un obbligo — di dare, di fare, di sopportare alcunchè (rispettivamente una cosa o un'azione) —, dall'altro una operazione attiva (nel senso sopra detto), volta ad attuare coattivamente nella realtà effettuale ciò che avrebbe dovuto essere realizzato spontaneamente dall'obbligato e non lo fu, o, quanto meno, alcunchè di strettamente prossimo (e di corrispondente) a ciò che avrebbe dovuto esser compiuto dall'obbligato.

Non può darsi invece esecuzione forzata degli obblighi di non fare (di astenersi dal fare): e ciò per l'evidente ragione che qui non è questione di realizzare alcunchè, ma anzi di impedire la realizzazione di alcunchè (e cioè di impedire la effettuazione di una azione che non è consentito compiere) <sup>(9)</sup>. Qui, all'opposto di quanto av-

---

<sup>(8)</sup> Non manca tuttavia qualche caso in cui la legge configura un provvedimento amministrativo come « titolo esecutivo » ai sensi del codice di procedura civile (art. 474), al fine di renderne possibile l'esecuzione forzata secondo le regole del diritto processuale civile, anziché per le vie amministrative. V., p. es., l'art. 113 l. 22 aprile 1941 n. 633, il quale attribuisce « forza di titolo esecutivo » al decreto di espropriazione di diritti d'autore, nonché l'art. 134 t.u. 28 aprile 1938 n. 1165 sull'edilizia popolare ed economica, il quale attribuisce la medesima forza alle decisioni ed ordinanze della Commissione di vigilanza per l'edilizia popolare ed economica.

<sup>(9)</sup> È da tener presente che non possono esser considerate come esecuzione

viene nei casi in cui è necessaria una esecuzione forzata, si tratta soltanto di difendere da alterazioni una realtà effettuale, la quale già corrisponde (non importa se in modo definitivo e irrevocabile) a ciò che (almeno per il momento) il diritto esige. Onde, diversamente dai casi di esecuzione forzata, la coazione (comportante ancora e sempre un *patri debere*) ha qui funzione preventiva e non repressiva e succedanea.

Lungi dal concretare un caso di esecuzione forzata, la coazione esercitata dall'Amministrazione per il conseguimento dell'osservanza di un obbligo di non fare viene a risolversi dunque, piuttosto, in una mera difesa dell'ordine amministrativo in atto. Difesa, la quale, per esser preordinata a impedire la realizzazione di una ingiusta offesa (trasgressione) di un bene (l'ordine amministrativo attuale) che la pubblica Amministrazione ha il compito (e perciò il dovere e il diritto) di custodire e presidiare, viene a concretare una fattispecie assimilabile a quella della legittima difesa (art. 52 cod. pen.) <sup>(10)</sup> <sup>(11)</sup>. Anzi essa concreta talvolta — quando nei confronti

---

forzata dell'obbligo di non fare la coazione a ripristinare o la sostituzione dell'Amministrazione o di altri nel ripristino di ciò che sia stato alterato in violazione di un obbligo di non fare. Infatti in simili casi il ripristino corrisponde a un obbligo di fare (sia pure in riparazione dell'inosservanza di un obbligo di non fare). La coazione al non fare non può essere realizzata quindi se non *prevenendo* la trasgressione e prima che questa si compia.

<sup>(10)</sup> Si tenga presente che anche FORSTHOFF, *Lehrbuch*, cit., 267 s., esclude la natura esecutiva degli interventi di polizia volti a impedire il prosieguo di un'attività non autorizzata; ma ciò fa sul presupposto che l'esecuzione esige necessariamente un atto amministrativo da eseguire (tesi da noi respinta al n. 2, e in relazione alla quale v. gli autori ivi cit. alla nota 5). Il punto di vista enunciato nel testo non importa adesione alla tesi (seguita da CAMMEO, *La esecuzione*, cit., 4, e talvolta condivisa anche dalla giurisprudenza: Cass. 25 ottobre 1954 n. 4091, in *Foro it.* 1955, I, 1182; 13 marzo 1957 n. 842, in *Riv. giur. edil.* 1958, I, 12; v. pure BENVENUTI, *I limiti dello jus aedificandi e la natura giur. della licenza edilizia*, in *Atti del secondo convegno di dir. amm. in materia di licenze edilizie*, Città di Castello-Roma 1957, 10 ss.), secondo la quale la pubblica Amministrazione vanterebbe un vero e proprio diritto all'osservanza da parte degli amministrati dei precetti di diritto amministrativo. Sembra più esatto ritenere invece che al dovere degli amministrati di osservare tali precetti non corrisponde necessariamente un diritto dell'Amministrazione (onde quei doveri non sono sempre anche obblighi verso di questa). L'Amministrazione vanta nondimeno sempre un vero e proprio diritto (estrinsecantesi attraverso i corrispondenti poteri) a sovrintendere all'osservanza, da parte degli amministrati, dei do-

del bene protetto l'Amministrazione vanti un vero e proprio diritto soggettivo — una autentica fattispecie di legittima difesa (si pensi a tutti i casi in cui gli agenti dell'Amministrazione proprietaria di un bene demaniale — corso d'acqua, strada, ecc. — si adoperino per impedire con la forza l'occupazione o la manomissione, che, del bene stesso, volessero essere realizzate, illecitamente, da altri).

Comunque, pur escludendo che, nei casi riferiti, in cui l'Amministrazione non agisca in difesa di un diritto, si sia in presenza della fattispecie della legittima difesa configurata dall'art. 52 cod. pen., non sembra possibile negare che anche in essi l'autorità amministrativa, la quale impieghi la forza fisica strettamente necessaria per respingere un'offesa all'ordine amministrativo in atto, *suo jure utitur*, e non incorre in illecito. Ciò si ricava abbastanza facilmente dall'intero contesto delle disposizioni degli artt. 51-53 cod. pen.

4. Mentre la regola della coercibilità amministrativa relativa ad obblighi di non fare ha una sufficiente e adeguata spiegazione e giustificazione in quanto or ora si è detto, la regola della possibilità

---

veri a essi imposti nei singoli settori affidati alle sue cure, ed a porre in essere i mezzi predisposti dall'ordinamento per il conseguimento della loro osservanza (cfr. la nota direzionale, *Circa un pretesto diritto del Comune all'osservanza dei propri regolamenti edilizi*, in *Riv. giur. edil.* 1958, II, 21 s.).

(<sup>11</sup>) Non sarebbe possibile invece far capo qui, immediatamente, all'art. 51 cod. pen. La discriminazione contemplata da quest'ultimo presuppone che il fatto — altrimenti illecito — sia stato posto in essere nell'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere. Ciò importa che la coazione, della quale ci si occupa, in tanto potrebbe esser discriminata ai sensi del citato articolo, in quanto già trovasse altrove il proprio titolo di legittimazione: in quanto cioè si potesse dimostrare, sulla base di *altre* norme, che l'attuare la coazione rappresenti l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere. Non basterebbe invece, ai fini della discriminante, l'esistenza del diritto o del dovere al servizio del quale la coazione venga esercitata.

Altrettanto è a dire con riferimento all'art. 53, 1° comma, cod. pen., il quale discrimina l'impiego delle armi e la coazione fisica nell'adempimento dei doveri d'ufficio, quando a tali estremi l'autorità amministrativa sia costretta dalla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza alla sua azione. Fuori dell'ipotesi della violenza (che qui non viene in considerazione) è da ritenere infatti che la norma in esame autorizzi le autorità amministrative alla coazione fisica soltanto quando si tratti di superare la resistenza a una operazione attiva di loro spettanza. Quest'ultima deve quindi trovare in altre norme la propria legittimazione.

dell'esecuzione forzata amministrativa, non basata sulla pronuncia di un giudice, nei confronti di coloro i quali siano incorsi in inottemperanza ai propri doveri di diritto amministrativo di dare, di fare o di sopportare, — regola la quale affonda le radici storiche nello Stato assoluto <sup>(12)</sup> —, ha la sua giustificazione attuale altrove.

La connaturalità di essa a ogni sistema in cui viga il principio della concentrazione dei poteri pubblici (e quindi ai reggimenti politici assolutistici) è evidente. La regola non fu scalfita però dagli ordinamenti instaurati in conseguenza della rivoluzione francese e delle conquiste napoleoniche, anche se tali regimi furono portati a operare una traslazione della sua *ratio* <sup>(13)</sup>, individuandola nel principio della divisione dei poteri (del quale è nota la superfetazione nelle ideologie del tempo <sup>(14)</sup>). Comunque essa vigea negli ordinamenti degli Stati italiani preunitari <sup>(15)</sup> (v., p. es., per il regno delle due Sicilie, la legge sull'amministrazione civile del 12 dicembre 1816, artt. 6, 43, 56, nonché artt. 11 e 12, relativi all'impiego della forza pubblica <sup>(16)</sup>).

---

<sup>(12)</sup> V. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 145; ID., *Fondamento*, cit., estr., 23, 43; CAMMEO, *La esecuzione*, cit., 19.

<sup>(13)</sup> Per considerazioni di ordine generale in ordine a siffatti fenomeni di traslazione, v. FORSTHOFF, *Lehrbuch*, cit., 18 ss. Sul tramandarsi della possibilità della coercizione amministrativa nell'ordinamento francese e in quelli germanici successivi al venir meno dello Stato assoluto, v. la letteratura straniera ricordata da CAMMEO, *La esecuzione*, cit., 19.

<sup>(14)</sup> V., anche per altre indicazioni, SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli 1963, 2 s.

<sup>(15)</sup> V., per es., ROMAGNOSI, *Principj fondamentali di diritto amministrativo*, Firenze, ed. 1844, 147, 176 ss. (con citazioni dal Repertorio del MERLIN); MANNA, *Principj di diritto amministrativo*, II, 3<sup>a</sup> ed., Napoli 1876, 264.

<sup>(16)</sup> Art. 6: « L'intendente invigila alla pubblicazione delle nostre leggi e decreti e dà le analoghe istruzioni per accelerarne ed assicurarne l'esecuzione... ».

Art. 11: « La gendarmeria, la legione provinciale e la pubblica forza interna sotto qualunque denominazione sono nella dipendenza ed a disposizione dell'intendente per lo servizio dell'amministrazione che gli è confidata... ».

Art. 12: « L'intendente può richiedere in iscritto al comandante della provincia la forza militare delle truppe del nostro esercito, che si trovano sotto i di costui ordini nella provincia medesima, semprechè il servizio pubblico lo esiga. Il comandante non può in verun caso negargliela ».

Art. 43: Il sottintendente è « ...incaricato di eseguire e far eseguire le leggi, i decreti e i regolamenti, ugualmente che le istruzioni e gli ordini che gli vengono comunicati dall'intendente... ».

I criteri liberali, che ispirarono la legislazione del regno di Sardegna nel decennio di preparazione dell'unità nazionale, e, subito dopo, la prima legislazione del regno d'Italia, appaiono però aver introdotto in proposito radicali innovazioni. La regola non figura, a es., enunciata in termini generali nella legge sarda 23 ottobre 1859 n. 3702 sull'ordinamento comunale e provinciale (v. invece, a titolo particolare, l'art. 101, relativo ai provvedimenti « contingibili ed emergenti » in materia di sicurezza, igiene ed edilizia, cui ora ha riguardo l'art. 55 t.u. com. e prov. del 1934), nè in quella 20 novembre 1859 n. 3754 sulle opere pubbliche (v. invece, a titolo particolare, l'articolo 373, corrispondente all'art. 378 della legge dei lavori pubblici, all. *F* alla legge 20 marzo 1865 n. 2248), e neppure nella legge 10 dicembre 1859 n. 3793 sull'ordinamento dell'amministrazione sanitaria (v., invece, a titolo particolare, l'art. 30, corrispondente all'art. 29 della legge sulla sanità pubblica, all. *C* alla cit. legge del 1865, modificato nella successiva legislazione <sup>(17)</sup>), anche se, per quanto riguarda i provvedimenti di polizia, viene enunciata con portata generale nella legge 15 novembre 1859 n. 3720 (artt. 6, 133, 137, corrispondenti agli artt. 9 e 15 dell'all. *B* alla cit. legge del 1865 <sup>(18)</sup>). La più evidente testimonianza dello spirito liberale che

---

« Il sottintendente dispone della forza interna e richiede la forza militare esistente nel distretto nel modo stabilito negli art. 11 e 12, sempre sotto gli ordini dell'intendente... ».

Art. 56: « ... Il sindaco esegue e fa eseguire nel comune le leggi, i decreti, i regolamenti ed ordini che gli vengono comunicati dal sottintendente.

« Quanto alla forza interna o militare esistente nel comune, il sindaco ne dispone o la richiede nel modo stabilito negli articoli 11 e 12, sempre però sotto gli ordini del sottintendente... ».

<sup>(17)</sup> Il testo del 2° comma dell'art. 30 cit. (puntualmente riprodotto nell'art. 29 della legge del 1865) era il seguente: « Quanto alle abitazioni ed ai siti destinati soltanto ad uso di privati, i sindaci potranno dare gli ordini opportuni, ed all'uopo farli eseguire d'ufficio, al fine di rimuovere le cause d'insalubrità al vicinato ».

<sup>(18)</sup> L'art. 9 della legge del 1865 stabiliva che « gli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza debbono vegliare all'osservanza delle leggi ed al mantenimento dell'ordine pubblico, e specialmente a prevenire i reati... uniformandosi a tal uopo alle leggi ed agli ordini dell'autorità competente ». Sugli artt. 1 e 15 v. più avanti, n. 5.

Non è esatta dunque l'affermazione di CAMMEO, *La esecuzione*, cit., 21, secondo la quale prima del t.u. 6 novembre 1926 n. 1848 la legislazione italiana

ispirò, a proposito della esecuzione forzata amministrativa, il corpo delle leggi del 1865, attraverso le quali fu realizzata nel nostro Paese l'unificazione della legislazione amministrativa, è data poi dall'articolo 7 dell'all. E — riguardante l'abolizione del contenzioso amministrativo — alla legge unificatrice 20 marzo 1865 n. 2248.

5. Col conferire all'autorità amministrativa il potere di disporre, anche in pendenza di giudizio, mediante decreto motivato, l'immediata esecuzione « dell'atto delle cui conseguenze giuridiche si disputa », l'art. 7 (il quale indiscutibilmente riguarda i provvedimenti amministrativi <sup>(19)</sup>) presuppone infatti che, dei doveri nascenti da atti dell'Amministrazione, normalmente quest'ultima non può pretendere l'osservanza nel corso del giudizio civile che investa la legittimità di quegli atti <sup>(20)</sup>; onde normalmente l'Amministrazione non può in pendenza del giudizio esercitare la coazione per il conseguimento dell'oggetto delle prestazioni inerenti a quei doveri (o dei succedanei previsti dalla legge).

Il convincimento che, ammessa la giurisdizione civile nei confronti di tutti i provvedimenti amministrativi incidenti nella sfera dei diritti soggettivi, dovesse conseguirne, in pendenza del giudizio, l'impossibilità per l'Amministrazione di dare esecuzione ai provvedi-

---

non prevedeva espressamente la possibilità della coazione nell'esercizio dei poteri di pubblica sicurezza.

<sup>(19)</sup> Su questo punto — generalmente contrastato in dottrina sulle tracce dell'insegnamento (non esente da petizioni di principio) di MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, 3. ed., 301 ss., di RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti di impero e di gestione*, negli *Studi in on. di V. Scialoja*, I, Milano 1903, 712 ss. e di CAMMEO, *Commentario*, cit., I, 708 s. —, i lavori preparatori della legge del 1865 sono inequivoci. Se ne possono vedere i passi salienti nello scritto di SAREDO, *Come deve esercitarsi il potere che l'articolo 7 della legge 20 marzo 1865, all. E, conferisce all'autorità amministrativa di disporre della proprietà privata?*, in *La legge 1884*, II, 502 ss. Nel senso del testo, cfr. TREVES, *La sospensione di diritto dell'esecutorietà degli atti amministrativi in pendenza di giudizio di fronte ai tribunali ordinari*, in *Riv. dir. pubbl.* 1934, I, 335 ss.

<sup>(20)</sup> In tali sensi v. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, Firenze 1879, III, 2., 586; TREVES, *La sospensione*, cit., 338; AZZARITI, *La esecuzione dell'atto amministrativo lesivo di diritti in pendenza del giudizio*, in *Foro it.* 1947, IV, 87 ss.; BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 554.

menti stessi, risultava già espresso nella relazione Boncompagni presentata alla Camera dei deputati del regno di Sardegna il 1° aprile 1851 in riferimento a una riforma legislativa (che allora non ebbe seguito, ed era incorporata nel progetto di nuovo ordinamento comunale e provinciale) precorritrice di quella del 1865. Nell'anzidetta relazione (ricordata espressamente nella relazione Borgatti del 7 maggio 1864, alla Camera dei deputati italiana, su quella che poi divenne la legge abolitiva del contenzioso amministrativo) si legge che, al fine di rimuovere, « nell'interesse generale », l'ostacolo derivante dai « principi del diritto comune » alla esecuzione degli atti amministrativi durante il giudizio civile, « basta concedere esecuzione forzata agli atti di amministrazione pubblica che possano avere una qualche urgenza »: infatti « con ciò non si lede la giustizia più che non si faccia quando colla espropriazione si toglie l'ostacolo che i diritti della proprietà privata opporrebbero all'eseguimento delle opere di utilità pubblica » (21). L'art. 243 di quel progetto di legge elencava poi addirittura i casi in cui l'autorità amministrativa poteva rendere esecutoria la propria decisione in pendenza di giudizio.

Si era convinti dunque fin da allora — e quel convincimento sfociò poi nell'art. 7 dell'all. E della legge 20 marzo 1865 n. 2248 — che la riforma che avrebbe sottoposto al sindacato dei giudici civili tutti gli atti incidenti nel campo dei diritti soggettivi, in tanto avrebbe avuto una sua coerenza politica (naturalmente ciò non vuol dire che una diversa soluzione sarebbe stata inconcepibile o impossibile), in quanto si uniformasse ai « principi del diritto comune », e che a tal fine fosse necessario riconoscere che in pendenza del giudizio era esclusa l'esecutorietà degli atti amministrativi denunciati, facendo salva la possibilità della esecuzione solo in casi eccezionali. E anzi quest'ultima possibilità fu molto contrastata (sembrando a taluni addirittura « a prima vista esorbitante »), sicchè si potè giungere ad affermarla solo a seguito di vivaci dibattiti parlamentari.

Ma, a parte ciò, nei rimanenti allegati della legge 20 marzo

---

(21) L'argomentazione risulta riecheggiata nel discorso del Mancini alla Camera dei deputati italiana nella seduta del 9 giugno 1863. Il passo è riportato da SAREDO, *Come deve esercitarsi il potere*, cit., 503.

1865 n. 2248, riflettenti gli altri settori dell'amministrazione nei quali si procedeva alla unificazione legislativa, una regola relativa alla possibilità della esecuzione forzata amministrativa non risulta formulata in termini generali — ma non illimitati — se non per ciò che riguarda l'esercizio della polizia di sicurezza (all. *B*, art. 15: « Per l'esecuzione degli ordini di pubblica sicurezza, quando siano insufficienti o non disponibili i reali carabinieri e le guardie di pubblica sicurezza, gli ufficiali che ne sono incaricati possono richiedere la milizia nazionale e la truppa regolare »; si tenga presente che, in base all'art. 1, l'« amministrazione di pubblica sicurezza » è « esercitata », sotto la direzione del ministro dell'interno, dei prefetti e dei sottoprefetti, « dall'arma dei carabinieri reali, e per ordine gerarchico dai questori, dagli ispettori, dai delegati ed applicati di pubblica sicurezza »). Negli altri allegati non si riscontrano se non ipotesi singole, più frequentemente collegate a situazioni di urgenza, di una esecuzione di tal fatta. Quelle, relative a casi urgenti, che più meritano di esser ricordate (a prescindere dal potere di emanare ordinanze necessitate previsto dall'art. 3 dell'all. *A*, progenitore dell'art. 19 del vigente t.u. com. e prov.), sono contenute nell'articolo 104 dell'all. *A* (richiamato anche nell'art. 76 dell'all. *F*, corrispondente all'art. 16 dell'attuale t.u. 8 dicembre 1933 n. 1740 sulla tutela delle strade), riguardante l'esecuzione d'ufficio dei provvedimenti contingibili e urgenti del Sindaco in materia di edilizia, polizia locale e igiene per ragioni di sanità e sicurezza (v. ora l'articolo 55 t.u. com. e prov. 1934), e nell'art. 378 dell'all. *F* riguardante l'esecuzione d'ufficio dei provvedimenti disposti dal prefetto o dal sindaco per la rimessione in pristino degli immobili demaniali manomessi (per altri casi, v. *infra*, n. 8). Casi eccezionali, cui era estranea l'urgenza, erano contemplati invece dall'art. 29 dell'all. *C* (il quale prevedeva l'esecuzione d'ufficio delle ordinanze del sindaco volte a rimuovere le cause di insalubrità nelle proprietà private), dall'art. 36 dell'all. *F* (il quale prevedeva l'esecuzione d'ufficio delle opere di ripristino dei muri di sostegno delle strade nazionali) e dall'art. 75 dello stesso allegato (il quale prevedeva l'esecuzione d'ufficio dell'obbligo dei proprietari latitanti di tagliare i rami sporgenti dai propri fondi sulle pubbliche strade).

Comunque, accanto a questi casi, ve ne erano — a conferma della regola generale, per cui le pretese della pubblica Amministrazione non sono per sè stesse esecutorie, e in mancanza di regole particolari soggiacciono alla disciplina comune — altri — meno accentuatamente derogatori alla disciplina comune —, in cui l'esecuzione amministrativa coattiva veniva, sì, espressamente ammessa, ma solo sul presupposto dell'accertamento giudiziario della intervenuta trasgressione (l'art. 76 dell'all. *F*, ora non più in vigore, disponeva che, nell'ipotesi di fabbricati pericolanti ai margini delle strade pubbliche, fuori dei casi d'urgenza, l'autorità amministrativa non potesse far altro, se non « provocare dal giudice competente la facoltà di demolirli a spese dello stesso proprietario »; l'art. 310 dello stesso allegato — tuttora in vigore — dispone che, salvo i casi urgenti, nell'ipotesi di contravvenzioni alle norme sulle servitù ferroviarie, l'autorità amministrativa non può ordinare la riduzione in pristino se non dopo che la contravvenzione sia stata dichiarata nel giudizio penale).

6. Questo sistema si è tramandato, nelle sue linee strutturali, fino ai giorni nostri. Onde può dirsi che anche oggi la possibilità di una esecuzione forzata da parte dell'autorità amministrativa non è da riconoscere fuori dei casi in cui sia in alcun modo — espressamente o implicitamente — prevista dalla legge.

Oltre che nella sopravvivenza di quelle delle disposizioni remote ricordate nel n. prec. che sono ancora in vigore, si hanno di ciò testimonianze particolarmente significative, a es., nell'art. 108 t.u. com. e prov. 1934 (risalente all'art. 72 r.d. 30 dicembre 1923 n. 2839, modificativo del sistema, ancor più vicino al « diritto comune », originariamente previsto dall'art. 169 dell'all. *A* alla legge del 1865) e nell'art. 8 della l. 20 dicembre 1932 n. 1849 sulle servitù militari (risalente all'art. 35 della l. 19 ottobre 1859 n. 3748). In base agli anzidetti articoli, in caso di fatti contravvenzionali, l'Amministrazione, a parte le ipotesi d'urgenza, non può porre in atto la procedura di esecuzione d'ufficio dei lavori occorrenti, se non quando sia intervenuta la condanna del contravventore in sede penale (anzi nell'ipotesi prevista dall'art. 8 l'esecuzione d'ufficio nei casi urgenti deve essere,

essa stessa, autorizzata dall'autorità giudiziaria). Per un caso analogo, v. gli artt. 45 e 51 d.l. 22 novembre 1937 n. 2105 sull'edilizia antisismica.

Disposizioni di tal fatta, valutate alla luce dei precedenti legislativi, non possono, senza incorrere in una petizione di principio, esser considerate come eccezioni a una pretesa regola generale nel senso della immediata esercitabilità della coazione amministrativa nei confronti dei trasgressori di doveri sulla cui osservanza la pubblica Amministrazione è tenuta a vigilare <sup>(22)</sup>. Esse vanno bensì considerate come espressioni del principio di legalità proprio dello Stato di diritto, e in particolare dello Stato parlamentare (basato sul primato del Parlamento), per cui i poteri della pubblica Amministrazione non esistono se non in quanto siano previsti e concessi dalla legge (sono tutti tipici e nominati) e vanno esercitati nell'ambito della legge e sotto il controllo di giudici indipendenti <sup>(23)</sup>. Principio risultante inequivocabilmente dalla Costituzione (parte I, e inoltre artt. 70, 76-78, 97, 101, 102, 113, 125, 130, 134), e che comporta necessariamente (tra l'altro) che l'Amministrazione, soggetta com'è alla legge, non dispone della possibilità di porre in essere mezzi coercitivi fuori dei casi in cui la legge, espressamente o per implicito, glie la conferisca <sup>(24)</sup>.

<sup>(22)</sup> Così invece partic. CAMMEO, *La esecuzione*, cit., 18 ss., 23 s.

<sup>(23)</sup> Sul principio di legalità in generale, e sulla sua evoluzione, v. specialmente EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, in *Conseil d'Etat, Etudes et documents*, 1957, 29 ss.; JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen 1961, 102 ss., e partic. 171 ss.; FOIS, *La « riserva di legge »*. *Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano 1963, 87 ss., e partic. 100 ss. (nonché nota 125 a p. 285 s.); MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del « potere esecutivo »*, in *Giur. cost.* 1963, 1756 ss.

Nel senso che nel nostro ordinamento il principio di legalità importa che l'impiego dei mezzi coercitivi da parte della pubblica Amministrazione non possa aver luogo fuori dei casi previsti dalla legge, cfr. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 553; M. S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma 1964, 80. È da sottolineare che il carattere eccezionale dell'impiego dell'esecuzione forzata amministrativa viene generalmente affermato negli ordinamenti che si basano sul principio di legalità: v., al riguardo, indicazioni sub nota seg.

<sup>(24)</sup> Analogamente, con riferimento al vigente diritto della Germania federale, FORSTHOFF, *Lehrbuch*, cit., 265, e ivi altre indicazioni alla nota 1, e, con riferimento al diritto francese, EISENMANN, *Le droit administratif*, cit. 37 (co-

Gli argomenti che si sogliono recare in favore della esistenza di una regola di portata generale nel senso della esercitabilità della coazione amministrativa nei confronti degli amministrati, in relazione all'inadempimento, da parte di questi, di obblighi di diritto pubblico <sup>(25)</sup>, non sono fondati su alcuna solida base.

Il meno consistente di tutti è proprio quello che, secondo i suoi sostenitori, dovrebbe essere l'argomento decisivo: quello in base al quale, essendo anche il potere amministrativo espressione della sovranità, sarebbe « logico » che, al pari delle altre funzioni sovrane, esso fosse « partecipe della facoltà di coercizione ». A parte il fatto che tanto il potere legislativo, quanto gli altri poteri dello Stato, non dispongono generalmente di una immediata possibilità di coercizione (esercitandosi l'attuazione coattiva delle leggi e delle sentenze solo a mezzo dell'autorità amministrativa, la quale, appunto e solo in virtù delle leggi, rappresenta il braccio secolare sia del Legislativo che del Giudiziario), è facile osservare, in contrario, che, in un ordinamento ancorato al canone fondamentale della legalità, della possibilità di coercizione dovrebbero disporre, in via di principio, soltanto gli organi della funzione giurisdizionale.

Quanto poi alle argomentazioni di ordine storico, le quali si richiamano al sistema giuridico preesistente allo Stato liberale (e che sarebbe stato ereditato da questo), secondo cui lo Stato, concentrando in sé tutto il potere, aveva il diritto di farsi ragione da sé, esse contrastano col dato effettuale della storia legislativa del nostro paese, quale risulta dall'esposizione che si è fatta ai nn. 4-5.

Nè può esser considerata espressione di un preteso diritto della Amministrazione di farsi ragione da sé il fatto che contro l'Amministrazione non sarebbe possibile l'esercizio delle azioni possessorie: tale impossibilità (del resto discussa) suol essere ricollegata infatti ai

---

munque, nel senso della eccezionalità della esecuzione forzata amministrativa sono unanimi la giurisprudenza e la dottrina francesi: v., anche per indicazioni, WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6. ed., Paris 1952, 425 s.; DUEZ e DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, Paris 1952, 525 ss., 871 s.; VEDEL, *Droit administratif*, 2. ed., Paris 1961, 162 ss.).

<sup>(25)</sup> BORSI, *L'esecutorietà*, cit., *passim*, ma partic. 56, 146; *Fondamento*, cit., 20 ss., 49 ss.; CAMMEO, *La esecuzione*, cit., 19 ss.

limiti che il giudice civile incontra nei confronti dell'Amministrazione e non al fatto che quest'ultima abbia il diritto di farsi ragione da sè. E, pur accettata l'esattezza della tesi che del reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni (artt. 392-93 cod. pen.) non possono esser chiamati a rispondere se non i privati, e pur dovendo riconoscersi che il reato di violenza privata (art. 610 cod. pen.) non riguarda se non i comportamenti di soggetti privati, non si può negare tuttavia che le analoghe fattispecie delle quali si renda responsabile un soggetto nell'esercizio delle funzioni amministrative sono nondimeno configurate dalla legge come reato (artt. 323, 606, 609, 615 cod. pen.).

Tanto meno possono essere addotti, poi, come argomenti validi, gli inconvenienti, che si determinerebbero nei singoli casi, qualora l'esercizio del potere amministrativo non fosse corroborato (anche fuori delle ipotesi di trasgressione, da parte degli amministrati, di obblighi di non fare, in relazione alle quali, come si vedrà, la possibilità della coercizione preventiva è regola generale) dalla possibilità della coercizione. A parte il fatto che *adducere inconueniens non est solvere argumentum*, è da ricordare che nei casi di emergenza l'autorità amministrativa ha sempre la possibilità di disporre — o di sollecitare dalle altre autorità amministrative competenti — la coercizione degli amministrati attraverso l'emanazione di ordinanze necessitate (n. 14). Con la conseguenza che nei casi impellenti l'efficienza del potere amministrativo non è destinata a rimanere menomata.

7. Volendo ora tracciare un quadro ordinato, per quanto sommario e senza pretese di completezza, dei casi e dei modi attraverso i quali, nell'ipotesi di inosservanza dei propri doveri da parte degli amministrati, il vigente ordinamento offre alla pubblica Amministrazione la possibilità di conseguire essa stessa, sia pure per una via succedanea, nelle forme dell'esecuzione coattiva, il risultato effettuale che attraverso l'adempimento di tali doveri si sarebbe dovuto realizzare, vi si può procedere sulla base della distinzione dei vari tipi di doveri trasgrediti.

A) *Violazioni di obblighi di dare*: a) *aventi a oggetto somme di danaro*. — Diversamente da quanto generalmente avviene per la ri-

scossione delle imposte indirette esatte direttamente dall'Amministrazione e per le così dette « entrate patrimoniali » dello Stato, dei minori enti territoriali e delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, nonchè per altre entrate pubbliche assimilate a queste ultime — per le quali è prevista una procedura esecutiva, privilegiata sì, ma assimilabile a quella giurisdizionale di diritto comune, dovendo l'ingiunzione (ordine) di pagamento (che è l'atto dell'autorità amministrativa con cui la procedura si apre) esser « vidimata e resa esecutoria dal pretore », dovendo la ripartizione del ricavato dell'esecuzione mobiliare esser disposta dal pretore, e dovendo l'esecuzione immobiliare effettuarsi davanti al tribunale (t.u. 14 aprile 1910 n. 639, per la riscossione delle entrate patrimoniali; art. 144 della legge di registro, appr. con r.d. 30 dicembre 1923 n. 3269, modif. con l'art. 1 r.d. 13 gennaio 1936 n. 2313 e con l'art. 40 d.l. 7 agosto 1936 n. 1639; art. 48 t.u. per la finanza locale appr. con r.d. 14 settembre 1931 n. 1175; art. 24 l. 17 luglio 1890 n. 6972 sulle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza; l. 6 marzo 1958 n. 177 sulla tassa comunale di occupazione di suolo pubblico; art. 8 l. 20 dicembre 1932 n. 1849 sulle servitù militari; art. 17 l. 1 giugno 1939 n. 1089 sulla tutela delle cose d'interesse artistico e storico; ecc.) —, per la riscossione delle imposte dirette e delle altre imposte introitate dall'esattore mediante ruoli, è prevista una speciale forma di esecuzione forzata amministrativa *in patrimonium* (la così detta esecuzione esattoriale), volta a realizzare, mediante la vendita coattiva dei beni del debitore, a opera dell'esattore delle imposte, il credito dell'Amministrazione, e sulla quale non interviene in alcun modo l'autorità giudiziaria (è da notare però che nella espropriazione immobiliare sembra da riconoscere natura amministrativa alla sola fase del procedimento che si conclude con la vendita e non anche a quella riguardante la ripartizione del ricavo <sup>(26)</sup>) (artt. 200 ss., t.u. sulle imposte dirette, appr. con d.p. 29 gennaio 1958 n. 645). Procedure identiche, a opera dell'Amministrazione, sono previste nei confronti dell'esattore e del ricevitore provinciale, i quali non effettuino nei termini i versamenti

---

(26) V., da ultimo, Cass. 19 giugno 1964, n. 1588, in *Giust. civ.* 1964, I, 1998, e ivi indicazioni di giurisprudenza anteriore.

dovuti all'erario (artt. 66 ss. e 128 t.u. sulla riscossione delle imposte dirette, appr. con d.p. 15 giugno 1963 n. 858). Inoltre particolari disposizioni estendono l'applicazione della stessa procedura ad altri crediti pecuniari della pubblica Amministrazione (v., p. es., l'art. 378 l. sui lavori pubblici, l'art. 5 t.u. di pubbl. sicurezza, l'art. 20 t.u. per la tutela delle strade, l'art. 55 t.u. com. e prov., l'art. 52 d.l. 22 novembre 1937 n. 2105 sulla edilizia antisismica, riguardanti tutti la riscossione dell'importo delle note delle spese sostenute per l'esecuzione d'ufficio).

Non mancano per contro specifiche disposizioni, che, pel conseguimento del pagamento di crediti pecuniari di diritto pubblico, impongono espressamente all'Amministrazione di avvalersi delle ordinarie procedure giudiziarie (v., p. es., per le pene pecuniarie per violazione delle leggi finanziarie, gli artt. 56 e 58 l. 7 gennaio 1929 n. 4). E questa è da ritenere la regola, in mancanza di disposizioni particolari del tipo di quelle di cui si è detto <sup>(27)</sup>;

8. b) *aventi a oggetto beni determinati*. — Gli obblighi di diritto amministrativo di dare cose determinate alla pubblica Amministrazione non sono nel nostro ordinamento molto frequenti, quando si ritenga — come sembra doversi fare <sup>(28)</sup> — che i provvedimenti di trasferimento coattivo della proprietà o di un diritto di uso (espropriazioni, requisizioni, ecc.), salvo casi particolari, non importano un obbligo siffatto, bensì semplicemente un *pati debere*, e precisamente l'obbligo di sopportare l'apprensione, da parte dell'Amministrazione, del bene, passato autoritativamente in proprietà o comunque a disposizione di questa per effetto dei provvedimenti stessi. È da considerare perciò come una eccezione a tale regola l'art. 14 t.u. 31 gennaio 1926 n. 452, sulla requisizione dei quadrupedi e dei veicoli per le forze armate, il quale contempla un « ordine di requisizione sotto forma di precetto personale, indicando nel medesimo la cosa da requisire ed *il luogo ed ora della consegna* » <sup>(29)</sup>.

<sup>(27)</sup> Cfr. CAMMEO, *La esecuzione*, cit., 21.

<sup>(28)</sup> *Contra*, però, CAMMEO, *Commentario*, cit., 695, nota 3; *La esecuzione*, cit., 23.

<sup>(29)</sup> Non sembra invece che deroghino alla regola generale gli artt. 7 e 8 dello stesso t.u., il primo dei quali prevede un obbligo di « presentare » i beni

Comunque, anche nel campo dei veri e propri obblighi di consegnare una cosa determinata, non mancano casi (eccezionali) in cui è ammessa la possibilità di una esecuzione coattiva in via amministrativa. La quale (appunto perchè l'obbligazione riguarda una cosa determinata) non può essere se non destinata a consentire all'autorità amministrativa lo spossessamento forzato (ricorrendo cioè eventualmente anche alla coazione fisica, e quindi all'impiego della forza pubblica <sup>(30)</sup>) e l'apprensione diretta della cosa di cui trattasi (v. *infra* n. 11).

A parte i casi di requisizioni per le forze armate (di cui già si è fatto cenno), per i quali la possibilità dell'apprensione immediata *manu militari* discende dalla tradizione, e si può dire che inerisca alla funzione del provvedimento <sup>(31)</sup>, la mente corre agli obblighi di consegna di cose previsti nei casi di pubblici disastri. In casi del genere, l'art. 28 d.l. 9 dicembre 1926 n. 2389 fa «obbligo a chiunque di consegnare immediatamente, a richiesta dei funzionari delegati dal Ministro per i lavori pubblici, materiali, mezzi d'opera, camions, automobili, coperte, indumenti, di cui sia in possesso». L'art. 62 t.u. sulle opere idrauliche approvato con r.d. 25 luglio 1904 n. 523 a sua volta dispone che «in caso di piena o di pericolo d'inon-

---

«chiamati a requisizione» nel luogo indicato (e non un obbligo di *consegnare* i beni *requisiti*), mentre il secondo disciplina le modalità della requisizione dei beni così «presentati». Altrettanto può dirsi a proposito dell'obbligo, imposto agli armatori e ai proprietari dall'art. 12 l. 13 luglio 1939 n. 1154, sulle requisizioni del naviglio mercantile, di «mettere a disposizione» dell'Amministrazione le navi e i galleggianti requisiti.

<sup>(30)</sup> Siccome della forza pubblica dispone in via generale il prefetto (articolo 19 t.u. com. e prov. 1934), mentre le altre autorità di pubblica sicurezza ne dispongono soltanto nell'esercizio delle rispettive funzioni (art. 1 e 5 t.u. pubbl. sicurezza), le rimanenti autorità amministrative che abbiano bisogno di impiegare la forza pubblica per una esecuzione amministrativa debbono farne richiesta al prefetto.

<sup>(31)</sup> Nel diritto francese esiste una espressa disposizione in tali sensi (l. 2 luglio 1877, ricordata da VEDEL, *Droit administratif*, cit., 162). È da tener presente che nel nostro diritto la possibilità dell'esecuzione coattiva è prevista espressamente per la requisizione degli alloggi per gli ufficiali e le truppe (sulla quale v. *infra*, n. 11), mentre l'impiego della forza viene considerato come accessorio caratteristico degli ordini militari (v. BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano 1962, *passim*, e partic. 70 s.).

dazione, di rotte di argini, di disalveamenti od altri simili disastri», chiunque, sull'invito dell'autorità governativa o comunale, è tenuto ad accorrere alla difesa, «somministrando tutto quanto è necessario e di cui può disporre», mentre «in qualunque caso d'urgenza» i Comuni interessati «sono tenuti a fornire quel numero di operai, carri e bestie che verrà loro richiesto». Analoghi obblighi potrebbero essere imposti, in caso di urgente necessità, nell'esercizio del potere di ordinanza ai sensi dell'art. 2 t.u. pubbl. sic. e dell'art. 19 t.u. com. e prov. del 1934. In tutti questi casi mancano espresse disposizioni nel senso dell'ammissione di una esecuzione forzata amministrativa. Ma tutte le volte che, per far fronte a situazioni di emergenza, la legge concede all'Amministrazione il potere di incidere, mediante ordinanze di necessità, nel campo dei diritti degli amministrati, è in *re ipsa* che in tale potere rientri anche — sempre che manchi ogni altra possibilità di conseguire il risultato — la possibilità che le ordinanze dispongano l'esecuzione mediante coazione fisica, *in rem*, e, se necessario, anche *in personam* (v. n. 14).

Non manca poi, anche fuori delle ipotesi di misure di urgente necessità, qualche raro caso particolare, in cui la possibilità della esecuzione amministrativa mediante coazione fisica risulta disposta al fine di far fronte all'inosservanza di un obbligo di consegnare un oggetto determinato, essendo considerata l'unico mezzo idoneo al conseguimento dello scopo. Merita una particolare menzione, in proposito, l'art. 8 l. 2 febbraio 1939 n. 374, sulla consegna obbligatoria degli stampati e delle pubblicazioni, il quale autorizza l'autorità amministrativa, in caso di mancata o imperfetta consegna degli esemplari dovuti da parte di chi è tenuto ad effettuarla, a procedere alla «esecuzione d'ufficio» (formula palesemente impropria, impiegata per indicare la possibilità dell'apprensione degli esemplari mediante coazione fisica).

9. B) *Violazioni di obblighi di fare: a) aventi a oggetto prestazioni fungibili.* — Allorquando la legge ammette l'esecuzione forzata amministrativa di obblighi di fare degli amministrati, aventi carattere fungibile (l'ipotesi riguarda gli obblighi di eseguire opere — attività e prestazioni connesse — suscettibili di essere realiz-

zate anche da persone diverse dall'obbligato, e abbraccia altresì i casi in cui le opere da eseguire siano destinate a ripristinare lo stato di cose alterato attraverso l'inosservanza di un obbligo di non fare), il mezzo concesso all'Amministrazione è necessariamente quello della così detta « esecuzione d'ufficio ».

Si tratta di un mezzo che è da considerare anch'esso di natura eccezionale, e consiste nella realizzazione del risultato effettuale — l'opera —, formante oggetto della mancata prestazione, a cura della stessa Amministrazione (di volta in volta direttamente — e perciò « in economia » — oppure mediante appalto ecc.), per regola (e cioè in mancanza di diverse disposizioni) previa assegnazione di un termine all'interessato perchè vi provveda a proprie cure, e comunque con diritto dell'Amministrazione a pretendere (e a conseguire coattivamente: v. n. 7) il rimborso della relativa spesa da parte dell'inadempiente <sup>(32)</sup>. È da sottolineare che l'esecuzione d'ufficio può comportare anche una coazione fisica, tutte le volte che le opere siano da realizzare su beni dei quali abbiano la detenzione soggetti diversi dall'Amministrazione, si tratti o non dell'obbligato, e che tali soggetti non pongano spontaneamente a disposizione i beni stessi (v. al riguardo, espressamente, a es., art. 5 t.u. pubbl. sic.; art. 20 t.u. com. e prov. 1934; art. 60 l. 1 giugno 1939 n. 1089) (v. anche più avanti, n. 11).

Le ipotesi più remote e più note sono quelle risalenti alla legge sui lavori pubblici (artt. 39, 76, 145, 310 e 378; le disposizioni già contenute nei primi due articoli sono ora contenute negli artt. 15 e 16 t.u. per la tutela delle strade, del quale v. anche l'art. 21: l'art. 20 del t.u. è invece una norma che riguarda soltanto la procedura dell'esecuzio-

---

<sup>(32)</sup> Secondo BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 148, CAMMEO, *La esecuzione*, cit., 23 s., LUCIFREDI, *Le prestazioni obbligatorie*, cit., 184 ss., l'esecuzione d'ufficio sarebbe nel nostro ordinamento un istituto di portata generale, che l'Amministrazione avrebbe a propria disposizione, anche in mancanza di specifiche norme, in tutti i casi di inadempienza, da parte degli amministrati, di obblighi di fare opere fungibili. Le norme che espressamente la prevedono, lungi dall'essere configurate come eccezioni a una regola in senso opposto, sarebbero da configurare, dato il loro elevato numero, come l'espressione di una regola generale nel medesimo senso (v. indicazioni di giurisprudenza *pro* e *contra* presso lo stesso CAMMEO, *op. cit.*, 3). Tale tesi implica però una petizione di principio e appare in contrasto col principio di legalità (v. *supra*, n. 6).

ne d'ufficio; la disposizione dell'art. 145 l. lav. pubbl. è ora contenuta nell'art. 49 t.u. sulla navigazione interna e sulla fluitazione, appr. con r.d. 11 luglio 1913 n. 959), nonchè quella ora regolata dagli articoli 20 e 55 t.u. com. e prov.

Le ipotesi riguardanti i lavori pubblici si riferiscono, rispettivamente, all'obbligo dei frontisti delle strade pubbliche di evitare che le siepi vive o i rami degli alberi si protendano oltre il ciglio stradale o comunque danneggino la strada (art. 15 t.u. per la tutela delle strade; l'articolo prevede anche il potere di ordinare — con possibilità di esecuzione d'ufficio — la potatura, il diradamento e la rimozione delle piantagioni capaci di ridurre la visibilità della strada, e perciò di render pericolosa la circolazione); all'obbligo degli stessi frontisti di fare in modo che i fabbricati e i muri lungo le strade non minaccino, con pericoli di rovina, l'incolumità pubblica, e di ottemperare agli eventuali ordini di abbattimento dei muri pericolanti (art. 16 stesso t.u.); all'obbligo di chiunque di non provocare, negli alvei dei fiumi navigabili, ostacoli impedienti la libera e sicura navigazione, e di rimuoverli (art. 49 t.u. sulla navigaz. interna e sulla fluitazione); all'obbligo dei frontisti di osservare le disposizioni a protezione delle servitù legali a favore delle ferrovie pubbliche (art. 310 l. lav. pubbl.); all'obbligo di chiunque di non alterare lo stato delle cose cui ha riguardo la legge sui lavori pubblici (e in particolare dei beni pubblici in essa considerati) (art. 378 l. lav. pubbl.). Negli ultimi casi l'esecuzione amministrativa d'ufficio, indipendentemente da una pronuncia giudiziaria, è ammessa peraltro soltanto ove concorrano ragioni d'urgenza <sup>(33)</sup>. Il che rappresenta una testimonianza del carattere eccezionale della misura. — Il principio espresso nell'art. 378 (mentre per ciò che riguarda le strade trova tuttora in quest'ultimo la sua disciplina) figura ora trasferito, per ciò che riguarda i beni del demanio marittimo, nel codice della navigazione (art. 54 — il quale peraltro ammette l'esecuzione d'ufficio indipendentemente dall'urgenza —; v.

---

<sup>(33)</sup> Inesattamente CAMMEO, *La esecuzione*, cit., 16 s., afferma che l'esecuzione d'ufficio ex art. 378 sarebbe esercitabile indipendentemente dalla presenza dell'urgenza. Così anche, in giurisprudenza, Cons. Stato, V sez., 5 febbraio 1932, in *Giur. it.*, 1932, III, 178. Nel senso del testo, invece, BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 555.

anche agli artt. 49, 55, 63, 64, 72, 73, 75, 77), per ciò che riguarda le vie di navigazione interna nel t.u. sulla navigaz. interna e sulla fluitazione (art. 57), per ciò che riguarda la generalità delle acque pubbliche nel t.u. sulle acque e sugli impianti elettrici appr. con r.d. 11 dicembre 1933 n. 1775 (art. 221). — È poi da tener presente che tanto l'art. 378 l. lav. pubbl., quanto le altre disposizioni da esso derivate e ora ricordate, trovano applicazione non soltanto allorchè si sia verificata una qualche innovazione materiale nello stato delle cose, ma anche qualora si sia verificata una semplice innovazione nello stato possessorio <sup>(34)</sup>. In armonia con l'enunciato principio della eccezionalità della coazione amministrativa, ciò comporta che la generica disposizione dell'art. 823 cod. civ., secondo la quale l'autorità amministrativa « ha facoltà » di « procedere in via amministrativa » per la « tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico », deve esser considerata non come una disposizione la quale conferisca senz'altro ad ogni autorità amministrativa il potere di riprender possesso con la forza dei propri beni, facenti parte del demanio pubblico, che si trovino a essere detenuti illegalmente da altri, bensì come una disposizione di rinvio alle numerose norme che specificamente prevedono l'esecuzione forzata amministrativa in difesa dei beni demaniali <sup>(35)</sup>. Onde, oltre che quando, pel ripristino, occorre realizzare delle opere, queste ultime possono essere applicate anche per la semplice tutela del possesso. La quale, peraltro, può essere sempre realizzata preventivamente anche attraverso quelle forme di difesa amministrativa che riguardano tutti i casi di obblighi degli amministrati di non fare (v. n. 12).

L'ipotesi prevista dagli artt. 20 e 55 t.u. com. e prov. riflette le « ordinanze di carattere contingibile e urgente in materia di edilità, polizia locale e igiene, per motivi di sanità o sicurezza pubblica ». Ordinanze le quali vengono eseguite d'ufficio quando non vi ottemperino i destinatari o quando l'urgenza non consenta dilazioni.

<sup>(34)</sup> V., da ultimo, Cons. Stato, V sez., 10 gennaio 1964 n. 1, in *Il Cons. St.* 1964, I, 46, e ivi in nota indicazioni di giurisprudenza anteriore.

<sup>(35)</sup> In tali sensi v. RESTA, *Commentario al cod. civ.*, dir. da Scialoja e Branca, ad art. 823, 3. ed., Bologna-Roma 1962, 98; BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 555. Nel senso della inesistenza di una regola generale del contenuto indicato nel testo, anteriormente al codice civile vigente, v. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova 1934, 423 ss.

L'art. 5 t.u. pubbl. sic. a sua volta prevede l'esecuzione d'ufficio di tutti i provvedimenti dell'autorità di pubblica sicurezza per i quali sia possibile tale tipo di esecuzione (p. es., ordinanze di distruzione e rimozione di esplosivi pericolosi: art. 56) <sup>(36)</sup>. Altri casi di esecuzione di ufficio sono previsti da! t.u. leggi sanitarie, appr. con r.d. 27 luglio 1934 n. 1265 (artt. 209, 217, 223, 224, 225, 227), dalla legge urbanistica 17 agosto 1942 n. 1150 (art. 32), della legge 1 giugno 1939 n. 1089 sulla tutela delle cose d'interesse artistico o storico (art. 60), dalla legge 29 giugno 1939 n. 1497 sulla protezione delle bellezze naturali (artt. 14 e 15), dal t.u. sulle acque e sugli impianti elettrici (art. 43), dal d.l. 22 novembre 1937 n. 2105 sull'edilizia antisismica (art. 51), dalla legge sulle servitù militari 20 dicembre 1932 n. 1849 (art. 8), dalla legge 1 giugno 1931 n. 886 sulle proprietà in zone militarmente importanti (art. 16; v. anche l'art. 35 del regol. appr. con d. Min. guerra 5 aprile 1933), dal r.d. 13 febbraio 1933 n. 215 sulla bonifica integrale (artt. 50, 52), e da numerose altre leggi (tra cui v., p. es., l'art. 11, 5. e 6. comma, cod. della strada: t.u. 15 giugno 1959 n. 393).

Dei casi di esecuzione amministrativa d'ufficio a seguito di pronuncia dell'autorità giudiziaria già si è fatto cenno ai nn. 5 e 6;

10. b) *aventi a oggetto prestazioni infungibili*. — L'esecuzione coattiva di obblighi di fare riguardanti attività nelle quali chi vi è tenuto non può esser sostituito da altri, risolvendosi necessariamente in una coazione fisica *in personam*, e incidendo perciò necessariamente nella sfera della dignità e delle libertà individuali, viene ammessa assai raramente dalla legge, con norme che non possono non esser considerate di stretta interpretazione <sup>(37)</sup> e incontrano rigorosi limiti nella Costituzione. Inoltre, dato che *nemo precise ad factum*

---

<sup>(36)</sup> Esattamente CAMMEO, *La esecuzione*, cit., 17, nota 32, ha posto in evidenza che la norma in questione non riguarda i casi di prestazioni infungibili (per l'esecuzione delle quali esistono nel t.u. pubbl. sic. disposizioni *ad hoc*, di cui si farà cenno in seguito).

<sup>(37)</sup> Cfr. (per quanto con alcune deroghe) CAMMEO, *La esecuzione*, cit., 22; LUCIFREDI, *Le prestazioni obbligatorie*, cit., 204 s., 207; e, più decisamente, MONTESANO, *La vestizione coattu*, cit., 283 ss.

*cogi potest*, le misure coattive che qui vengono in considerazione sono caratterizzate tutte dal fatto che la coazione non può andare oltre quel tanto che può condurre alla realizzazione del risultato indipendentemente da qualsiasi partecipazione della volontà dell'obbligato; e quindi — per passare dall'astratto al concreto — non può andare, generalmente, oltre il trasferimento del soggetto obbligato da un luogo a un altro, in corrispondenza di un obbligo (rimasto inosservato) del soggetto stesso di spostare la propria persona in obbedienza a un ordine ovvero in riparazione della precedente trasgressione di un divieto di spostamento (questo è infatti l'unico obbligo di *facere* contemplato dall'ordinamento generale, il cui obbietto sia suscettibile di esser realizzato anche senza e contro la volontà dell'obbligato — e perciò, sostanzialmente, attraverso un *pacti*)<sup>(38)</sup>.

Viene qui subito alla mente la traduzione coattiva, a opera degli agenti della forza pubblica, davanti ai Consigli di leva, ai fini dell'arruolamento, degli iscritti nelle liste di leva che, non presentandosi all'esame personale per l'arruolamento, siano incorsi nel fatto (peraltro non ancora accertato) della renitenza (artt. 135-138 d.p. 14 febbraio 1964 n. 237). Alla misura del «fermo» (che è una misura di esecuzione coattiva di polizia giudiziaria: art. 222 e 235 s. cod. proc. pen.) si aggiunge in tali casi quella della «traduzione», che è una misura di esecuzione coattiva di polizia amministrativa (la quale

---

<sup>(38)</sup> Non mancano invece, nell'ambito di ordinamenti particolari, casi riflettenti obblighi di altro contenuto. Vien fatto di pensare all'obbligo dei militari, dei ricoverati in case di cura per alienati, dei detenuti in case di pena, di indossare l'uniforme prescritta (sulla coercibilità di esso, per quanto riguarda i militari, v. — ma in senso contrario — MONTESANO, *La vestizione coatta*, cit., 283 ss., dove v. anche notevoli considerazioni sul principio *nemo precise ad factum cogi potest*: p. 288 ss., nonché G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, in *Studi giur. in memoria di F. Vassalli*, II, Torino 1960, 1682 s.). In diritto privato la mente corre agli obblighi dei soggetti sottoposti alla patria potestà (anch'essi inerenti ad una «istituzione» particolare — quella familiare — rispetto alla quale l'ordinamento generale rimane indifferente, purchè non siano oltrepassati i limiti della liceità: v. S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, voce *Poteri. Potestà*, n. 1). — Sui limiti che il principio di legalità incontra negli ordinamenti interni, v. FOIS, *La «riserva di legge»*, cit., 96 s. Vedasi anche JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, cit., 260 ss., con riferimento, in generale, ai rapporti di supremazia speciale.

in tanto può non esser considerata contrastante con l'art. 13 Cost., in quanto venga realizzata entro i limiti di tempo concessi da tale articolo per il fermo di polizia <sup>(39)</sup>). Una volta, poi, che il Consiglio di leva abbia pronunciato l'arruolamento del renitente, incorporandolo nelle forze armate (art. 137), l'obbligo fondamentale del soggetto verso l'Amministrazione cessa di essere un obbligo di fare, e diventa essenzialmente un obbligo di *patri* (quello di sottostare alla disciplina militare, adempiendo tutti i doveri di tale stato), e trova la sua radice nell'art. 52 Cost. <sup>(40)</sup>.

A parte il caso di renitenza di leva, la misura della traduzione coattiva a opera degli agenti dell'Amministrazione non può esser ritenuta legittima se non per l'accompagnamento alla frontiera degli stranieri espulsi dallo Stato mediante provvedimento di polizia, e perciò non più ammessi a soggiornare nello Stato (1° e 2° comma dell'art. 150 t.u. pubbl. sic.; v. anche l'art. 152) <sup>(41)</sup>. Negli altri casi essa urta contro il precetto dell'art. 13 Cost. Onde, a es., non può esser considerata legittima la disposizione dell'art. 15 t.u. pubbl. sic., che prevede l'accompagnamento per mezzo della forza pubblica davanti all'autorità di pubblica sicurezza di chi non abbia ottemperato all'invito di presentarsi all'autorità stessa <sup>(42)</sup>.

<sup>(39)</sup> Si tenga presente, in proposito, la sent. Corte cost. 23 giugno 1956, n. 2, in *Giur. cost.* 1956, 561, che ha dichiarato illegittima la traduzione coattiva dei soggetti rimpatriati con foglio di via obbligatorio. V. anche Corte cost. 30 maggio 1963 n. 72, *ivi*, 1963, 592. V. inoltre Corte cost. 30 giugno 1960 numero 45, *ivi*, 1960, 683.

<sup>(40)</sup> In argomento vedasi BACHELET, *Disciplina militare*, cit., 13 ss. e *passim*. All'affermazione enunciata nel testo non contraddice il fatto che nell'obbligo di *patri* in questione trovano radice altri obblighi, essenzialmente di fare e di non fare.

<sup>(41)</sup> È da tener presente che la giurisprudenza non riconosce agli stranieri un diritto soggettivo all'ingresso e al soggiorno nel territorio dello Stato (l'articolo 16 Cost. riguarda infatti soltanto i cittadini): Cons. Stato, ad. plen., 15 settembre 1956 n. 12, in *Il Cons. St.* 1956, I, 1113. Nel senso però che, nonostante ciò, l'accompagnamento dello straniero alla frontiera inciderebbe sulla libertà personale, e perciò urterebbe contro l'art. 13 Cost., G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giur. in mem. di P. Calamandrei*, cit., estr. 49.

<sup>(42)</sup> La questione di legittimità costituzionale dell'art. 15 t.u. pubbl. sic., sollevata con ordinanza 27 giugno 1960 del Pretore di Venezia (in *Giur. cost.* 1961, 222), non è stata risolta dalla Corte costituzionale per ragioni di rito (ord.

Un altro mezzo di esecuzione amministrativa di un obbligo di fare (consistente nell'allontanamento dal luogo *de quo*) mediante coazione fisica *in personam* è quello attraverso il quale si procede all'attuazione dell'invito allo scioglimento delle riunioni e assembramenti in luogo pubblico o aperto al pubblico, che siano in alcun modo degenerati in fatti illeciti o siano diventati pericolosi per l'ordine pubblico o la sicurezza dei cittadini (artt. 20-24 t.u. pubbl. sic.). Analoga è la misura dello sgombero con la forza dei locali di pubblico spettacolo nel caso di tumulti o disordini, o di pericolo per l'incolumità pubblica, o di offese alla morale e al buon costume (art. 82 stesso t.u.). Altrettanto è a dire per l'allontanamento degli stranieri dai luoghi nei quali sia stato ad essi vietato di soggiornare (art. 148). Altra misura del medesimo genere è lo sgombero forzato delle persone, per ragioni di incolumità, da zone e luoghi sinistrati o dove ci sia pericolo di rovina: misura che può essere disposta, di volta in volta, in base agli artt. 19, 20 e 55 t.u. com. e prov. Si possono anche ricordare l'allontanamento forzato dalle strade ferrate (e non soltanto da quelle pubbliche: v. art. 165 t.u. 9 maggio 1912 n. 1447) delle persone che vi si siano introdotte abusivamente (articolo 303 l. lav. pubbl.), nonchè l'espulsione dall'aula consiliare, per ordine del sindaco, delle persone dell'uditorio che siano causa di disordine (art. 297 t.u. com. e prov. 1915). In tutti i casi da ultimo riferiti le misure attuate si risolvono nel puro e semplice allontanamento da un luogo e non nella traduzione in un luogo determinato: sembra perciò da escludere che esse ricadano sotto il divieto disposto dall'art. 13 Cost.

Sono anche da ricordare la possibilità che hanno gli agenti preposti alla polizia stradale di costringere a fermarsi coloro i quali siano incorsi in infrazioni alle norme sulla circolazione (art. 136, lett. a, cod. della strada e art. 596 reg. appr. con d.p. 30 giugno 1959 n. 420), nonchè la possibilità, di cui dispone la guardia di finanza, di fermare le navi, quando vi siano indizi di contrabbando, e di scortarle alla più vicina dogana per i necessari accertamenti (artt. 32 e 36 l. do-

---

27 febbraio 1962, n. 12, *ivi*, 1962, 124). Nel senso del testo, G. VASSALLI, *La libertà personale*, cit., 35.

ganale 25 settembre 1940 n. 1424; v. anche art. 6 l. 4 marzo 1958 n. 100) <sup>(43)</sup>.

11. C) *Violazioni di obblighi di sopportare.* — Vengono infine in considerazione i casi (anch'essi eccezionali come quelli relativi al campo degli obblighi di fare) in cui è ammessa l'esecuzione forzata amministrativa di obblighi di *pati*.

Persino in relazione agli obblighi di quest'ultima categoria rientranti nella sfera della polizia di sicurezza è da escludere — analogamente a quanto si è visto per gli obblighi di fare cose infungibili — che l'autorità di pubblica sicurezza disponga della possibilità di esercitare la coazione fisica mediante l'impiego della forza pubblica fuori dei casi in cui la legge espressamente lo consenta.

Prescindendo dall'arresto, dal fermo, dalla perquisizione e dal sequestro previsti nei casi di flagranza o di sospetto di reato — i quali rientrano nelle funzioni di polizia giudiziaria (artt. 222, 224, 226, 235-37 cod. proc. pen.; v. anche l'art. 33 l. 7 gennaio 1929 n. 4, sulla repressione delle violazioni delle leggi finanziarie) —, merita una speciale menzione, in proposito, la disposizione dell'art. 16 t.u. pubbl. sic., in base alla quale gli agenti di pubblica sicurezza hanno facoltà di accedere in qualunque ora nei locali di esercizio di attività soggette ad autorizzazioni di polizia, al fine di assicurarsi dell'adempimento delle prescrizioni che in essi sono da osservare (v. inoltre, p. es., gli artt. 38 e 81). Onde la possibilità di esercitare, se necessario, la coazione fisica *in rem*, e, se indispensabile, anche *in personam* (art. 53 cod. pen.).

Analoghi obblighi, coercibili mediante la forza, di sopportare che pubblici funzionari accedano in locali o fondi o visitino oggetti di propria pertinenza, per l'esercizio di specifiche forme di vigilanza o di controllo, o di altre particolari ingerenze, sono previsti, a es., dall'art. 35 della cit. legge 7 gennaio 1929 n. 4, riguardante la possibilità, per gli agenti di polizia tributaria, di accedere in qualunque ora negli esercizi pubblici e in ogni locale adibito ad azienda in-

---

<sup>(43)</sup> Il potere di « scortare » la nave non sembra urtare contro l'art. 13 Cost., in quanto non concreta un accompagnamento coattivo, bensì un semplice controllo sull'osservanza dell'ordine di spostamento.

dustriale o commerciale per eseguirvi verifiche e ricerche; dagli artt. 32, 36, 42 legge doganale, riguardanti la visita e i controlli delle navi da parte della guardia di finanza ai fini della prevenzione del contrabbando; dall'art. 34 d. Min. guerra 5 aprile 1933 (già cit.), riguardante la possibilità di accedere sui luoghi al fine di vigilare sull'osservanza del regime giuridico delle proprietà nelle zone militarmente importanti; dall'art. 261 t.u. leggi san., il quale ammette implicitamente la possibilità che con particolari ordinanze dell'autorità sanitaria venga disposta, in caso di malattie infettive a carattere epidemico, la visita (eventualmente anche coattiva) delle case, in vista delle misure occorrenti per evitare la diffusione delle malattie stesse (v. anche gli artt. 255 e 264-65). Per quanto per esse non sia prevista espressamente la possibilità di una coercizione diretta, sembra inoltre che tale possibilità sia *in re ipsa* (sempre, naturalmente, ricorrendo, per l'impiego della forza pubblica, all'autorità che ne dispone) in tutti i casi, in cui leggi generali o speciali prevedano ispezioni e visite a cose o persone per ragioni di sanità e igiene pubblica (p. es., artt. 29, 31-32, 242, 262 t.u. leggi san.).

Altrettanto sembra da ritenere (ma non senza perplessità) — apparendo essenziale sotto il profilo funzionale —, a es., per ciò che riguarda la vigilanza sulle malattie e i parassiti delle piante (art. 3 l. 18 giugno 1931 n. 987), nonchè la vigilanza sulle costruzioni in corso di esecuzione da parte dell'autorità comunale (art. 32 l. urbanistica).

Del pari è da ritenere ammesso l'esercizio della coazione fisica per render possibile l'accesso agli immobili privati di coloro i quali sono incaricati degli accertamenti occorrenti in vista della esecuzione delle occupazioni d'urgenza (e della compilazione degli stati di consistenza) ai sensi degli artt. 71 e 76 l. 25 giugno 1865 n. 2379 e delle altre disposizioni analoghe (p. es., art. 3 legge doganale), ovvero della esecuzione di requisizioni d'urgenza. Non sembra per contro ammesso in via di regola l'esercizio della coazione fisica (onde, in caso di necessità, occorre far capo ad altre disposizioni: v. n. 14) per l'esecuzione del decreto prefettizio che autorizza l'accesso ai fondi privati dei tecnici incaricati di procedere alle operazioni planimetriche e agli altri lavori necessari per la compilazione

dei progetti occorrenti in vista delle espropriazioni per la realizzazione di opere di pubblica utilità (art. 7 l. 25 giugno 1865, cit.; infatti l'art. 8 si limita a prevedere, per chi si opponesse a tale accesso, l'applicazione di disposizioni penali).

A parte la coercizione fisica del potere di visita e di accesso, esistono diversi altri casi di obblighi di *patti*, l'osservanza dei quali può essere imposta coattivamente.

Possono essere ricordate, a titolo di esempio, a proposito dei casi relativi a obblighi di sopportare alcunchè nei confronti di cose di propria pertinenza, la realizzazione *manu militari* delle demolizioni prescritte dall'autorità militare, per esigenze inerenti ai luoghi, nelle zone militarmente importanti (art. 24 d. Min. guerra 5 aprile 1933, cit.); quella delle demolizioni disposte in caso di urgente necessità per ragioni di sicurezza o di altro genere nell'esercizio del potere di emanare ordinanze necessitate (art. 2 t.u. pubbl. sic.; artt. 19, 20 e 55 t.u. com. e prov. 1934; ecc.: in casi siffatti la possibilità di disporre lo impiego della coazione fisica inerisce alla funzione stessa della misura); quella dell'abbattimento e della distruzione degli animali infetti di peste bovina, pleuropneumonia contagiosa e morva, disposti dall'autorità sanitaria al fine di impedire la diffusione della malattia (art. 265 t.u. leggi sanitarie), quella dei trattamenti sanitari agli animali, imposti dalla medesima autorità nel caso di malattie infettive (art. 264 stesso t.u.), nonchè quella della disinfezione e della distruzione di oggetti disposte, ancora dall'autorità sanitaria, al fine di impedire la diffusione delle malattie infettive degli uomini e del bestiame (artt. 261 e 264). La stessa possibilità sussiste, probabilmente, anche per le misure di disinfezione, cura e distruzione, da parte dei delegati del Ministero dell'agricoltura e delle foreste, di piante, semi e materiali, al fine di evitare la diffusione di malattie e parassiti delle piante (art. 3 l. 18 giugno 1931 n. 987). Inoltre essa è data per realizzare: il taglio degli argini di golena nei casi di piena di fiumi o torrenti, disposto per assicurare la conservazione degli argini maestri (art. 101 t.u. opere idrauliche); le misure disposte dal Ministro della pubblica istruzione nei casi urgenti per assicurare la conservazione e impedire il deterioramento delle cose d'interesse artistico e storico non appartenenti allo Stato (art. 14 e 15 l. 1 giugno 1939 n. 1089); la rimozione e il trasporto alla depositoria comunale dei veicoli lasciati in

sosta nei centri abitati in zone di sosta vietata (art. 115 cod. della strada); le occupazioni e requisizioni di beni altrui disposte con carattere d'urgenza (artt. 71 e 76 l. 25 giugno 1865 n. 2359; artt. 28 e 30 d.l. 9 dicembre 1926 n. 2389; art. 3 l. doganale; ecc.) <sup>(44)</sup>; il fermo e sequestro di animali abbandonati che si trovino nei recinti ferroviari (art. 303 l. lav. pubbl. e 165 t.u. 9 maggio 1912 n. 1447); le requisizioni di alloggi in favore degli ufficiali e delle truppe dell'esercito (artt. 5 e 8 d.l. 26 luglio 1917 n. 1513); i sequestri disposti dall'autorità sanitaria (p. es., artt. 101, 126, 188, 189 t.u. leggi san.; artt. 1 e 16 l. 30 aprile 1962 n. 283) o da altre autorità amministrative nei casi previsti dalla legge (anche per le misure di tal fatta la possibilità dell'esecuzione coattiva è da ritenere inerente alla natura e alla funzione stessa dell'istituto); l'impiego dei beni altrui ai fini dell'esecuzione d'ufficio delle opere che chi vi era obbligato abbia omesso di effettuare (art. 5 t.u. pubbl. sic.; artt. 20 e 55 t.u. com. e prov.; ecc.: v. *supra*, n. 9); la chiusura di locali ed esercizi (di cui si farà cenno al n. seg. a proposito degli obblighi di non fare).

Tra i casi relativi a obblighi, coercibili fisicamente, di sopportare alcunchè riguardo alla propria persona — casi da considerare, oltre che eccezionali, di stretta interpretazione, in quanto incidono nella sfera d'azione degli artt. 2, 3, 13, 16, 32 Cost. —, possono esser ricordati il fermo e il ricovero in casa di cura per alienati, disposti in via provvisoria dall'autorità locale di pubblica sicurezza nei casi urgenti (art. 2 l. 14 febbraio 1904 n. 36); i trattamenti sanitari, l'isolamento, ecc., eventualmente disposti, con espressa autorizzazione all'esercizio della coazione fisica *in personam*, nelle ordinanze emanate dall'autorità sanitaria, al fine di impedire la diffusione di malattie infettive a carattere epidemico (art. 261 t.u. leggi sanitarie; ma della legittimità costituzionale di questo articolo è lecito dubitare sotto il profilo qui in esame, data la genericità della formulazione, che sembra porlo in contrasto col principio della riserva di legge enunciato nell'art. 32 Cost.; si noti che analoghe misure potrebbero

---

<sup>(44)</sup> È da escludere invece la possibilità dell'esecuzione amministrativa forzata per conseguire il possesso dei beni che abbiano formato oggetto di espropriazione. *Contra* CAMMEO, *La esecuzione*, cit., 18, 23; LUCIFREDI, *Le prestazioni obbligatorie*, cit., 203 s., e nota 1 a p. 204.

esser disposte dal prefetto o dal sindaco ai sensi degli artt. 19, 20, 55 t.u. com. e prov.; e v. pure l'art. 255 t.u. leggi san.); l'imposizione di rilievi segnaletici, che l'autorità di pubblica sicurezza può disporre nei confronti di persone pericolose o sospette (art. 4 t.u. pubbl. sic.)<sup>(45)</sup>; il ritiro della patente di guida di autoveicoli o motoveicoli (che è da ritenere possibile eseguire anche coattivamente, da parte degli organi di polizia, nei casi preveduti dall'art. 80, ult. comma, cod. della strada e nei casi di sospensione e revoca, purchè nel momento dell'adozione della misura la patente si trovi esposta alla vista degli agenti e non si renda perciò necessaria una perquisizione personale o domiciliare, dato che a questa si opporrebbero gli artt. 13 e 14 Cost. <sup>(46)</sup>).

12. Come si è avvertito al n. 3, gli obblighi di non fare degli amministrati non sono tali che il loro oggetto possa esser realizzato mediante esecuzione forzata. Ciò non esclude peraltro che possa essere esercitata la coazione amministrativa nei confronti dei soggetti tenuti a osservarli e colti nell'atto di violarli.

Siccome gli obblighi in esame riguardano il comportamento attuale (e non anche i risultati dell'azione vietata, i quali possono invece esser presi a presupposto e ad oggetto di un obbligo di rimuoverli, che, come si disse al n. 9, è un obbligo di fare), la coazione qui non può esser rivolta se non ad impedire la trasgressione. Perciò appunto si è detto a suo tempo che si tratta di una coazione preventiva (rivolta a prevenire un illecito o la continuazione di un illecito).

La coazione, appunto perchè immediatamente rivolta ad impe-

---

<sup>(45)</sup> La coercibilità fisica di tale imposizione (per la quale v. pure CAM MEO, *La esecuzione*, cit., 10) risulta dal fatto che, secondo l'art. cit. nel testo, nei confronti delle persone ivi indicate può essere ordinato che esse « siano sottoposte » a rilievi segnaletici (e non semplicemente che esse « si sottopongano » a tali rilievi). Circa i limiti, in cui la possibilità che l'autorità di pubblica sicurezza sottoponga taluno a rilievi segnaletici non contrasta con l'art. 13 Cost., v. Corte cost. 27 marzo 1962, n. 30, in *Giur. cost.* 1962, 240 e 30 maggio 1963 numero 74, *ivi*, 1963, 620.

<sup>(46)</sup> Ogni possibilità di perquisizione sulla persona è da ritenere preclusa persino al passaggio della linea doganale, come pure per qualsiasi finalità fiscale, salvo che venga esercitata negli stretti limiti delle funzioni di polizia giudiziaria (artt. 224 cod. proc. pen. e 33 l. 7 gennaio 1929 n. 4).

dire il compimento dell'azione vietata, non può esser realizzata qui se non mediante la forza fisica. La quale può, in caso di necessità, essere spinta fino alla coazione *in personam*, e, in casi estremi, sino all'impiego delle armi (p. es., art. 158 t.u. pubbl. sic.; artt. 1, 3, 6 l. 4 marzo 1958 n. 100 sull'uso delle armi da parte dei militari e degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria in servizio alla frontiera e in zona di vigilanza doganale; v. anche il regol. 18 giugno 1931 n. 787 sugli istituti di prevenzione e di pena, per ciò che riguarda i tentativi di evasione dei detenuti; v. infine, in termini generali, con riferimento alle ipotesi di esercizio necessitato della coazione fisica, l'art. 53, 1° comma, cod. pen.).

Vengono qui in considerazione, da un lato, tutti i divieti di carattere generale attinenti al mantenimento dell'ordine pubblico, alla sicurezza e incolumità dei cittadini, alla tutela della proprietà; dall'altro, tutti quelli che, per ragioni particolari, escludono lo svolgimento di determinate attività (di volta in volta, attività vietate in modo assoluto, attività per le quali manchi la necessaria autorizzazione, attività delle quali sia stata ordinata dall'autorità giudiziaria o amministrativa, con provvedimento esecutivo, la cessazione o la sospensione): divieti, la cui inosservanza concreta, nella maggior parte dei casi, anche un illecito penale.

L'impedire l'esplicazione (l'inizio o la continuazione) dell'azione vietata rappresenta, per l'autorità preposta al settore, a un tempo, l'adempimento di un dovere e l'esercizio di un diritto: il dovere di presiedere al mantenimento dell'ordine amministrativo in atto, e conseguentemente il diritto (che ha per presupposto tale dovere) di difendere l'ordine stesso da ingiuste offese.

La mente corre immediatamente all'art. 1 t.u. pubbl. sic., in base al quale l'autorità di pubblica sicurezza « veglia al mantenimento dell'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità e alla tutela della proprietà; cura l'osservanza delle leggi e dei regolamenti... ». Norma costitutiva, per l'anzidetta autorità, nella sfera di sua competenza, del dovere e del diritto di cui sopra, e che, coordinata con quella che conferisce al prefetto (preposto alla pubblica sicurezza: art. 1 cit.) la disponibilità della forza pubblica (art. 19 t.u. com. e prov. 1934), e con quella che esclude la punibi-

lità dei pubblici ufficiali i quali usino la coazione fisica quando vi siano costretti dalla necessità di vincere la resistenza all'autorità nell'esercizio delle sue funzioni (art. 53 cod. pen.), importa (prescindendo dall'esercizio dell'attività di polizia giudiziaria: art. 222 cod. proc. pen.; v. anche, p. es., art. 19 t.u. pubbl. sic.), in primo luogo, la legittimità dell'impiego della forza pubblica e della coazione fisica — quando gli ammonimenti scritti e verbali si siano rivelati insufficienti — al fine di impedire l'inizio e di conseguire la cessazione delle attività e dei comportamenti non consentiti, rientranti nel settore amministrativo della pubblica sicurezza; in secondo luogo, la possibilità per gli altri organi amministrativi, responsabili dei diversi settori nei quali stia per verificarsi, o sia in corso, a opera degli amministrati, la trasgressione di un divieto di fare, di chiedere e all'autorità di pubblica sicurezza, e di ottenere da questa — allorchè gli ammonimenti scritti e verbali si siano rivelati insufficienti — l'intervento della forza pubblica, per impedire l'imminente trasgressione o per costringere il trasgressore a desistere dall'azione lesiva in atto, assicurando (eventualmente anche mediante piantonamento) l'osservanza delle altre misure di volta in volta previste dalla legge ed adottate a tal fine (quali la chiusura del locale di esercizio, il sequestro del materiale di esercizio, e simili).

Si pensi, a es., per ciò che riguarda le attività vietate, nei confronti delle quali può intervenire direttamente l'autorità di pubblica sicurezza, alle riunioni in luogo pubblico non preavvertite o che siano state espressamente vietate (art. 18 ss. t.u. pubbl. sic.), alla raccolta non autorizzata di armi e munizioni da guerra (art. 28 stesso t.u.), alle passeggiate in forma militare con armi (art. 29), alla fabbricazione e al commercio di armi senza licenza (art. 31), alla vendita ambulante di armi (art. 37), alla fabbricazione e alla vendita non autorizzate di esplosivi (art. 46), allo svolgimento di spettacoli e trattenimenti pubblici non autorizzati (art. 68), all'espatrio clandestino (art. 158), al ritorno, del soggetto allontanato per misura di prevenzione (ai sensi della l. 27 dicembre 1956 n. 1423), nel comune dal quale sia stato disposto l'allontanamento (art. 2 l. cit.), all'allontanamento del soggetto obbligato (in base alla medesima legge) al soggiorno in un determinato luogo, dal luogo stesso

(art. 5), alla guida di autoveicoli e motoveicoli da parte di persone non abilitate (art. 80 cod. della strada).

Per ciò che riguarda poi le attività vietate, relative a settori il presidio dei quali compete ad autorità diverse da quelle di pubblica sicurezza, si pensi, a es., con riferimento alla materia sanitaria, all'esercizio abusivo delle professioni sanitarie (artt. 100-101 t.u. leggi san.), della produzione (a fini industriali) di medicinali (art. 161 stesso t.u.), vaccini, virus, sieri, tossine e simili (artt. 180 e 188), della fabbricazione e del commercio di presidi medici e chirurgici (articolo 189); alla gestione abusiva di ambulatori, case o istituti di cura medico-chirurgica e simili (art. 193), stabilimenti balneari, termali, idroterapici, di cure fisiche e affini (art. 191), stabilimenti di produzione e di smercio di acque minerali (art. 199), alberghi non in regola con le prescrizioni igieniche (art. 232); alla fabbricazione e al commercio di alimenti non in regola con le prescrizioni sulla genuinità e salubrità (artt. 242-43), ecc. Si pensi inoltre, con riferimento alla materia edilizia, all'osservanza dell'obbligo di sospensione dei lavori da parte dei contravventori alle norme sull'edilizia antisismica (art. 47 d.l. 22 novembre 1937 n. 2105, il quale prevede espressamente — ma pleonasticamente — che la « effettiva sospensione dei lavori » sia assicurata a cura del Prefetto « per mezzo degli agenti della forza pubblica »), nonchè all'osservanza dell'obbligo di non eseguire lavori edilizi senza licenza o la cui licenza sia stata sospesa (artt. 31-32 e 41, lett. b, l. 17 agosto 1942 n. 1150), come pure all'osservanza dell'obbligo di non eseguire costruzioni in zone d'interesse paesistico senza la necessaria autorizzazione (artt. 7 e 15 l. 29 giugno 1939 n. 1497 e art. 734 cod. pen.).

Si pensi, infine, con riferimento alla circolazione stradale, all'osservanza dell'obbligo di non far sostare i veicoli in aree non consentite (artt. 3, 4, 115 cod. strada). Obbligo, la trasgressione del quale rappresenta la violazione di un vero e proprio diritto soggettivo, tale essendo, rispetto alla strada, la posizione giuridica dell'ente proprietario. Con la conseguenza che le misure adottate da quest'ultimo, al fine di impedirne la trasgressione, sono da configurare come autentiche forme di legittima difesa (n. 3).

Sembra sia da configurare come obbligo di *non facere* anche

quello di non far transitare colli attraverso la linea doganale senza averli presentati alla visita di dogana (art. 20 l. 25 settembre 1940 n. 1424): onde qui il *patis* (consistente nell'assoggettamento alla visita) rappresenta un mero onere, come tale insuscettibile, in sè, di coazione fisica (quindi non può esser sottoposto a coazione fisica chi, non volendo sottoporsi alla visita, rinunci ad attraversare la linea doganale, e cioè ne desista prima dell'attraversamento).

Da quanto si è detto risulta che il campo degli obblighi di non fare è quello dove più diffuso e più vasto è il potere di realizzazione di misure coattive *in rem* (p. es., rimozione d'autorità di un veicolo in sosta in zona vietata) e *in personam* (p. es., impedimento, con la forza, che si avanzi verso una zona di riunione vietata). Lungi dal rappresentare un'anomalia, la cosa però si spiega col fatto che qui l'Amministrazione opera in difesa (contro l'ingiusta offesa) dell'ordine amministrativo effettivamente in atto, e non in vista dell'attuazione di una modificazione di esso. Non deve dunque meravigliare se gli agenti di pubblica sicurezza, mentre non possono, senza un ordine o un mandato dell'autorità giudiziaria, mettere le mani addosso a chi si assume aver commesso un reato — salvo il caso che la flagranza continui —, ben possono, per contro, nell'esercizio della polizia preventiva, e in funzione impeditiva, mettere le mani addosso a chi, pur senza aver commesso o star commettendo un reato, sia colto nell'atto di intraprenderne la commissione (p. es., stia per lanciare un sasso contro una persona o una vetrina, stia per introdursi in un luogo precluso al pubblico, stia togliendo la museruola a un cane).

13. Riepilogando e concludendo circa la possibilità dell'impiego di mezzi coercitivi da parte della pubblica Amministrazione nei confronti degli amministrati riluttanti all'osservanza dei propri obblighi, circa l'entità di tali mezzi e circa i casi nei quali è dato impiegarli, si possono formulare le proposizioni che seguono.

Tanto le ideologie che ispirarono l'ordinamento amministrativo dello Stato italiano unificato e la normativa in cui esse si espressero, quanto i principi costituzionali attuali e la normativa vigente cospirano nel senso della eccezionalità delle procedure di esecuzione for-

zata amministrativa. Onde, a parte i casi di trasgressione di obblighi di non fare (nei quali l'Amministrazione opera per impedire la violazione dell'ordine amministrativo in atto), è da escludere che la pubblica Amministrazione possa applicare mezzi coercitivi in mancanza di norme particolari che espressamente o implicitamente li ammettano.

I mezzi di esecuzione forzata amministrativa che il vigente ordinamento conosce non sono molti. Taluni sono tipici e nominati (anche se di varia specie), e sono i procedimenti di espropriazione forzata di beni (n. 7) e i procedimenti detti di esecuzione d'ufficio (n. 9). Altri sono atipici, e sono quelli che si concretano in una coazione materiale immediata, indipendentemente dalla emanazione di appositi atti.

In questi ultimi casi l'azione coercitiva può, di volta in volta, essere esercitata sulle cose o sulle persone. In effetti si tratta di quei medesimi mezzi, che l'Amministrazione può porre in essere per impedire la trasgressione di obblighi di non fare.

Mentre però per impedire quest'ultima trasgressione essi possono essere realizzati senz'altro (al fine limitato che la misura si prefigge) sulle cose o sulle persone (e anzi — sempre che ve ne sia possibilità — preferibilmente e primieramente sulle prime), trovando in ogni caso la propria giustificazione nella disposizione dell'art. 52 cod. pen. discriminatrice della legittima difesa (la quale non distingue tra interventi sulle cose e sulle persone), nei rimanenti casi, fuori delle ipotesi per cui valgono disposizioni particolari, l'impiego di mezzi di tal fatta è implicitamente ammesso, ma soltanto come *ultima ratio*, da una disposizione di carattere generale, la quale riguarda unicamente la possibilità di una *vis corpori afflicta*: si tratta del 1° comma dell'art. 53 cod. pen., in base al quale « non è punibile il pubblico ufficiale che, al fine di adempiere un dovere del proprio ufficio, fa uso ovvero ordina di far uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica, quando vi è costretto dalla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza all'autorità ».

Di conseguenza nei casi di esecuzione forzata un'azione coattiva *in rem* (p. es., apprensione diretta della cosa) in tanto sarà possibile, in quanto una norma particolare la contempra esplicitamente o al-

meno implicitamente (come, p. es., è a dire per tutti i casi di esecuzione mediante espropriazione forzata e di esecuzione d'ufficio: nn. 7 e 9), ovvero in quanto sia strumentale ai fini del consentito esercizio di una coazione *in personam* (p. es., forzamento di un uscio per raggiungere l'infermo da sottoporre coattivamente a un trattamento sanitario obbligatorio o al trasferimento in un luogo di isolamento).

È evidente e noto comunque che, in tutti i casi in cui sia ammessa una misura coattiva *in rem* (e lo è anche nei casi di esecuzione in *patrimonium*, dopo il pignoramento, e perciò la specificazione, dei beni), ad essa si accompagna necessariamente la possibilità della coazione *in personam* quando da parte di taluno si opponga resistenza personale alla prima (art. 53, 1° comma, cod. pen.).

Dal sistema legislativo risulta una vera e propria gradualità nell'impiego dei mezzi coercitivi da parte dell'Amministrazione. Quelli di coazione diretta (e non *in patrimonium*) — comprensivi dell'esecuzione d'ufficio e della coercizione materiale immediata *in rem* o *in personam* —, e più segnatamente quelli di coazione sulla persona (che incidono sui beni della dignità e delle libertà individuali, particolarmente protetti dalla Costituzione), sono concessi all'Amministrazione solo quando lo scopo da conseguire non sia assolutamente raggiungibile per altra via <sup>(47)</sup>. Ecco perchè essi non vengono mai concessi (se non in via sussidiaria, *ex* art. 53 cod. pen.) per le obbligazioni di dare somme di danaro, in quanto l'esecuzione delle prestazioni dovute in base a tali obbligazioni può esser conseguita in modo pienamente soddisfacente attraverso le procedure — più liberali, in quanto prossime alle procedure civilistiche — di espropriazione forzata dei beni del debitore.

Per la medesima *ratio* non è dato ricorrere alla coazione diretta *in personam*, se non quando si tratti di superare una resistenza fi-

---

<sup>(47)</sup> Cfr., per tutti, LUCIFREDI, *Le prestazioni obbligatorie*, cit., 201, e nota 2 *ivi*. Altrettanto è a dire per il diritto francese (WALINE, *Traité élémentaire*, cit., 426; VEDEL, *Droit administratif*, cit., 167 s.) e per quello tedesco (FORSTHOFF, *Lehrbuch*, cit., 270, 273). Presso tali autori v. anche osservazioni circa l'esigenza di gradualità da osservare nell'applicazione delle misure coercitive, dalle più tenui a quelle più energiche, e circa l'applicabilità della coazione diretta, e in particolare di quella sulla persona, solo in casi estremi.

sica (passiva o attiva) della persona alla realizzazione di una coazione *in rem* (p. es., opposizione all'ingresso nel locale dove si trovano i mobili da sottoporre a espropriazione forzata, o nel fondo nel quale sia da effettuare la esecuzione d'ufficio di una riduzione in pristino o la occupazione d'urgenza), ovvero quando la misura da realizzare concreti un'operazione che tocchi appunto la persona (p. es., scioglimento di un assembramento proibito, trattamento sanitario obbligatorio).

Ed è sempre la medesima ispirazione a far sì che, salvo casi di emergenza (p. es., art. 55 t.u. com. e prov., art. 378 l. lav. pubbl.), il sistema escluda che il ricorso all'esecuzione d'ufficio abbia luogo senza che siano stati prima invitati gli interessati a eseguire essi stessi le opere di cui trattasi (oltre agli articoli or ora citati, v., p. es., l'art. 5 t.u. pubbl. sic.), e che la coazione *in personam*, e particolarmente l'uso delle armi, abbia luogo senza un previo invito alla desistenza dal comportamento da reprimere (p. es., artt. 22-24 t.u. pubbl. sic.; artt. 5-6 l. 4 marzo 1958 n. 100) e quando sia possibile conseguire altrimenti lo scopo (v. artt. 52-53 cod. pen.; art. 158, 3° comma, t.u. pubbl. sic.), graduando rigorosamente le misure *in corpus*, dalle più modiche alle più gravi, in proporzione delle esigenze del caso (artt. 52-53 cod. pen.).

Sono questi i presupposti ideologici e i lineamenti del sistema; ed essi danno ragione del fatto che, mentre per le obbligazioni di dare somme di danaro sono ammesse soltanto forme di esecuzione forzata amministrativa *in patrimonium* (le quali, non discostandosi molto da quelle che vengono poste in essere in sede giudiziaria, vengono considerate dal legislatore con minor disfavore e sono abbastanza frequenti), e per gli obblighi di fare cose fungibili sono ammesse soltanto procedure di esecuzione d'ufficio (anch'esse abbastanza frequenti), la coazione materiale immediata (*in rem* o *in personam*) — che è l'unica possibile nei casi di obblighi di dare e di fare cose determinate (e anzi, per quanto riguarda questi ultimi, può riflettere soltanto gli spostamenti della persona) nonché degli obblighi di non fare e di sopportare — è (e particolarmente la coazione sulla persona) assai meno frequente (salvo quanto si è detto per gli obblighi di non fare), importando di necessità l'impiego

della forza. Dal quale lo Stato di diritto tendenzialmente rifugge, quando l'impiego stesso non sia stato autorizzato dal giudice, o non sia volto a evitare turbative dell'ordine esistente in atto ovvero a superare la resistenza ad altre forme coercitive ammesse dalla legge (v. infatti gli artt. 51, 53, 606 e 609 cod. pen. e l'art. 5 t.u. pubbl. sic.).

14. Le conclusioni accolte non importano che l'esercizio della funzione amministrativa sia da considerare insufficientemente dotata di energici strumenti. Anche fuori dei casi in cui la pubblica Amministrazione dispone in via ordinaria di mezzi coercitivi, e di quelli in cui può ricorrervi in ipotesi d'urgenza in base a norme particolari, essa ha infatti la possibilità di far ricorso a mezzi di tal genere in applicazione di ordinanze necessitate, tutte le volte che ve ne sia impellente bisogno, per gravi ragioni, e che la cosa non urti contro precetti costituzionali (e quindi, in particolare, non collida contro riserve di legge e non incida sulle libertà personali oltre quel che la Costituzione permette).

Così, avvalendosi dell'art. 19 t.u. com. e prov., il prefetto può, quando ne ricorrano gli estremi e si versi in ipotesi di urgente necessità, ordinare l'occupazione immediata dell'immobile espropriato che il precedente proprietario rifiuti di rilasciare <sup>(48)</sup>, o dell'immobile demaniale dato in concessione, alla cui rioccupazione da parte dell'Amministrazione si opponga il concessionario; in caso di urgenza e grave necessità pubblica, avvalendosi dell'art. 2 t.u. pubbl. sic., il prefetto può disporre l'apprensione, con la forza, delle armi detenute da privati, delle quali per ragioni di ordine pubblico sia stata ordinata la consegna ai sensi dell'art. 40 stesso t.u., senza che il relativo ordine sia stato osservato dai destinatari; in caso di gravi e urgenti ragioni sanitarie, avvalendosi dell'art. 20 t.u. com. e prov., il prefetto può disporre la esecuzione d'ufficio delle opere occorrenti per la provvista dell'acqua potabile in un comune che, pur essendone

---

<sup>(48)</sup> Ritiene invece CAMMEO, *La esecuzione*, cit., 18 (nota 39), e 23, che i provvedimenti espropriativi comportino (non diversamente dalle requisizioni d'urgenza) la possibilità dell'immediata apprensione da parte dell'Amministrazione.

privo, non abbia ottemperato all'ordine ricevuto a tal riguardo ai sensi dell'art. 248 t.u. leggi san.; per analoghe ragioni, il sindaco, avvalendosi dell'art. 55 t.u. com. e prov., può disporre lo sgombero con la forza delle case dichiarate inabitabili, per le quali sia rimasta inosservata l'ordinanza di sgombero adottata ai sensi dell'art. 222 t.u. leggi san.; ecc.

Ma, a parte le riferite disposizioni predisposte per singole esigenze di emergenza di varia indole, l'Amministrazione può avvalersi, in tutti i casi di « grave necessità pubblica », di qualsiasi natura, che non consentano indugio, di quella norma di portata universale che è l'art. 7 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, scritta per riconoscere, all'autorità amministrativa, nel momento stesso che si affermava la mancanza di una regola generale nel senso della esecutorietà degli atti amministrativi, il potere di operare immediatamente *in rem*, onde realizzare — anche in pendenza di giudizio — la « esecuzione dell'atto delle cui conseguenze giuridiche si disputa » <sup>(49)</sup>.

---

<sup>(49)</sup> Nel senso del carattere sostanziale, e non meramente procedurale, della disposizione, v. l'illustrazione, alla stregua dei lavori preparatori, fatta da SAREDO, *Come deve esercitarsi il potere*, cit.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO  
DEPARTMENT OF CHEMISTRY  
5301 SOUTH CAMPUS DRIVE  
CHICAGO, ILLINOIS 60637  
TEL: 773-936-3700

MEMORANDUM FOR THE RECORD  
DATE: 10/15/1964  
SUBJECT: [Illegible]

[Illegible text follows]

Deliberazione di negoziare  
e negozio di diritto privato  
della pubblica Amministrazione

Pubblicato in

*Rivista Trimestrale di Diritto  
e Procedura Civile\**

Milano, 1965, pp. 1-10

\* Estratto con paginatura autonoma



SOMMARIO: 1. Estraneità ed autonomia di regime giuridico della delibera di negoziare e del negozio di diritto privato della pubblica amministrazione: necessità di ricercare esclusivamente nel diritto privato le regole di vita e di operatività di quest'ultimo. — 2. Necessità di configurare come caso di rappresentanza senza potere quello in cui il negozio privatistico sia stato posto in essere in mancanza della preventiva necessaria delibera o sul presupposto di una delibera inefficace o successivamente annullata. — 3. Segue. — 4. Segue. — 5. Identità di soluzione nel caso di delibera riscontrata invalida, e perciò disapplicata, dal giudice ordinario. — 6. Inapplicabilità nei casi considerati dalla regola dell'art. 2377 c.c. che fa salvi i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti posti in essere in esecuzione della delibera. Applicabilità delle regole sulla responsabilità precontrattuale: rinvio.

1. — È noto che, specialmente (ma non soltanto) da parte di quelle pubbliche amministrazioni nelle quali il potere deliberativo compete ad organi collegiali, i negozi di diritto privato sogliono esser posti in essere da organi (generalmente individuali) diversi da quelli deliberativi, e dopo che sia intervenuta, a opera di questi ultimi, una apposita deliberazione (di negoziare), di volta in volta esplicita o implicita. La necessità della previa adozione di un atto deliberativo sussiste tuttavia anche in taluni casi in cui la competenza deliberativa spetta allo stesso organo qualificato a porre in essere il negozio di diritto privato (basti pensare ai casi in cui un ente pubblico venga amministrato in regime commissariale).

La deliberazione di cui si è detto ha natura di provvedimento amministrativo e rappresenta, per lo più, l'atto « principale » di un procedimento amministrativo, anche se non sempre l'atto terminale del procedimento stesso (spesso infatti l'atto deliberativo è soggetto all'approvazione di altre autorità). Tale atto amministrativo è, a un tempo, provvedimento « normativo » (nel senso che statuisce autoritativamente ciò che può o/e deve esser fatto in nome e per conto del-

l'amministrazione in ordine al negozio di cui trattasi e rappresenta perciò la *norma agendi* per chi deve porre in essere il negozio) e legittimante (nel senso che da esso nascono, per l'organo qualificato a porre in essere il negozio — anche quando sia lo stesso organo deliberante — i necessari poteri).

La presenza di un siffatto provvedimento è assai più frequente di quanto talvolta si ritiene, essendo prescritta tutte le volte che (in base a norme operanti nell'ordinamento generale) un negozio di diritto privato non può esser posto in essere da una pubblica amministrazione se non a séguito di ponderazioni e vagli particolari, destinati a tradursi in motivazioni, pareri e controlli (e perciò giuridicamente rilevanti), ed essendo, siffatte garanzie dell'ordinato svolgersi dell'attività amministrativa, previste in ordine all'attività negoziale non soltanto degli enti pubblici di più remota origine e più dettagliata disciplina (enti territoriali e altri enti locali), ma anche della generalità degli altri enti pubblici solitamente operanti in veste autoritativa (per es., enti previdenziali), e persino in vista di non piccola parte dell'attività negoziale svolta da enti pubblici nell'esercizio di imprese (per es., si pensi all'esercizio di particolari forme di credito di favore — quali il credito agrario, quello industriale, ecc. — da parte di istituti di credito di diritto pubblico) (1).

La dottrina è venuta chiarendo che la procedura ordinata all'adozione degli atti deliberativi in vista dell'esercizio di attività negoziale di diritto privato rimane del tutto estranea a quest'ultima, e che, mentre la prima è completamente governata dal diritto amministrativo, la seconda è soggetta esclusivamente al diritto privato, al quale, allorché opera *iure privatorum*, l'amministrazione viene (spontaneamente ma necessariamente) a sottomettersi (2). È nel diritto privato e non nel diritto amministrativo che va cercata dunque la disciplina dei negozi di diritto privato dell'amministrazione, anche se in tale ricerca non vanno trascurati — e anzi vanno tenuti ben

(1) Cfr. V. SPAGNUOLO-VIGORITA, *Profili giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a privati*, Napoli, 1964, pp. 77 ss., 93 ss.; ma diversamente M. S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, *passim*; Id., *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964, p. 62 s.

(2) In tali sensi, v. ampiamente GIANNINI, *L'attività amministrativa*, cit., pp. 7 ss., 48 ss.; ma già, tra gli altri, SANDULLI, *Spunti sul regime dei contratti di diritto privato della p.a.*, in *Foro it.*, 1953, I, c. 1585 ss.; V. SPAGNUOLO-VIGORITA, *Rilevanza di elementi extratestuali ai fini della interpretazione e della validità dei contratti privati della p.a.*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1961, III, p. 516 ss.

presenti — i dati strutturali dell'ente di cui trattasi, le cui regole, naturalmente, sono regole di diritto pubblico. Nel diritto privato vanno perciò rinvenute le regole relative alla esistenza, alla validità, all'efficacia, alla ratifica, ecc., del negozio; ma, al fine di rinvenirle — e, in particolare, al fine di stabilire in quale direzione si debba cercarle —, è indispensabile individuare e conoscere le regole pubblicistiche relative all'organizzazione dell'ente, e muovere da esse.

2. — Il punto che a tal fine richiama maggiormente l'attenzione, e rappresenta la chiave di volta del problema, è la posizione dell'agente cui è da riconoscere la « rappresentanza » a negoziare; e, con essa, le condizioni in presenza delle quali la rappresentanza stessa può esser riconosciuta.

Sono le norme organizzatorie (di volta in volta legislative o statutarie) a indicare l'agente abilitato a rappresentare il singolo ente pubblico nei rapporti esterni e perciò a realizzare i negozi di diritto privato imputabili ad esso. Allorquando — come solitamente avviene per gli enti pubblici tradizionali — la norma organizzatoria esige un previo atto deliberativo, o addirittura indica per la negoziazione un agente diverso da quello dotato del potere di deliberare la negoziazione (si noti però che, dal punto di vista giuridico, non si diversifica rispetto ai casi in cui si verifica una coincidenza tra potere deliberativo e potere di negoziare quello in cui, pur essendovi un atto deliberativo, magari con la partecipazione di più persone, e addirittura un procedimento all'interno dell'organizzazione amministrativa — come solitamente avviene, ad es., nell'esercizio, da parte di istituti bancari di diritto pubblico, del credito di diritto comune —, tutto ciò non acquista rilevanza esterna, o ne acquista soltanto ai fini del controllo dell'attività dell'ente pubblico di cui trattasi e non anche ai fini dei rapporti coi terzi <sup>(3)</sup>), qual'è, alla stregua del diritto privato, la posizione dell'organo qualificato alla negoziazione prima (senza) di essere stato « autorizzato » a negoziare, e cioè prima (senza) che sia intervenuta, (in sede e veste autoritativa) a opera dell'organo competente (sia esso lo stesso organo qualificato a negoziare, sia un organo diverso), la delibera di far luogo alla negoziazione?

Sembra evidente che, pur essendo « qualificato » per la negoziazione — in quanto è esso che l'ordinamento designa a concludere i negozi —, l'organo in questione, non potendo per ciò solo esser conside-

(3) GIANNINI, *L'attività amministrativa*, cit., p. 8 e *passim*.

rato « investito », in atto, della possibilità di negoziare per conto dell'ente (4), non può neanche esser considerato ancora investito della « rappresentanza » dell'ente (che sta appunto ad indicare la possibilità di porre in essere atti senz'altro imputabili a questo). A proposito di tale impossibilità si è tentato, in passato, di utilizzare il concetto di incapacità (di agire): ma si tratta di ordine concettuale inappropriato, poiché l'incapacità (di agire) sta ad indicare l'inedoneità all'esercizio di qualsiasi diritto destinato a estrinsecarsi attraverso atti giuridici, anche se proprio del soggetto, mentre qui viene in considerazione una inidoneità riflettente l'esercizio di diritti che non sono propri di colui che viene considerato inidoneo (l'agente), bensì dell'ente per conto del quale egli pretende di operare. Appropriato appare invece il riferimento al concetto di « rappresentanza », il quale riguarda appunto la possibilità di agire in luogo di un soggetto diverso, cui gli effetti dell'atto posto in essere dovranno essere riferiti. Concetto che anche in diritto privato viene utilizzato, oltre che per indicare la posizione di un soggetto, gli effetti negoziali del cui operato vengono riferiti a un soggetto diverso, altresì per indicare la posizione del titolare dell'ufficio, gli effetti negoziali del cui operato vengono riferiti all'ente (vale a dire la posizione di « competenza » a esprimere l'ente nei rapporti esterni) (5).

Or dunque, allorché il titolare dell'organo qualificato ad operare nei rapporti esterni non possa operare a tal fine se non a séguito (e in attuazione) di un atto deliberativo (proprio o di un altro organo), pur non potendo negarsi che sia esso (ed esso soltanto) l'organo « qualificato » alla « rappresentanza » dell'ente, non può tuttavia affermarsi che prima dell'atto deliberativo esso sia già in grado di operare per conto dell'ente, e cioè sia in condizione di far imputare all'ente il proprio operato. Ricorre cioè, in testa all'organo qualificato a operare nei rapporti esterni, lo schema concettuale della rappresentanza; ma la fattispecie costitutiva della posizione giuridica di « rappresentante » non è completa se non quando sia venuto in vita l'atto deliberativo. Che poi quest'ultimo sia talvolta di competenza dello stesso organo qualificato a rappresentare l'amministrazione nel negozio, non può esser considerato decisivo in senso opposto, ove si consideri che (non altrimenti da quanto accade nei casi in cui

(4) Per tale ordine di concetti, v. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, p. 282.

(5) V., p. es., BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*<sup>2</sup>, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1950, p. 573.

la competenza deliberativa spetti a un organo diverso) in quell'organo, allorché pone in essere l'atto deliberativo, si identifica l'ente pubblico nella sua veste autoritativa.

Questo è l'ordine di idee nel cui quadro occorre ragionare a proposito dell'attività negoziale degli enti pubblici nel campo del diritto privato. Parlare, in proposito, di « competenza » e non di « rappresentanza », e configurare come vizio di « incompetenza » quello che si verifica quando la fattispecie di cui si è detto non si sia realizzata, sarebbe invece impossibile, giacché il diritto privato e la disciplina privatistica del negozio giuridico ignorano tali schemi concettuali. Per ragionare in termini validi pel diritto privato occorre dunque tradurre in termini di « rappresentanza »-« difetto di rappresentanza » ciò che sul piano del diritto amministrativo sarebbe da considerare come « competenza »-« incompetenza ».

3. — Il diritto privato configura come affetti da annullabilità relativa i negozi posti in essere da chi non abbia la capacità di agire (art. 1425 c.c.), come pure quelli posti in essere dai soggetti legittimati (titolari del diritto o loro rappresentanti legali) senza le necessarie autorizzazioni delle autorità tutelari (o, nel caso dei rappresentanti legali, al di là dei limiti entro cui la rappresentanza opera) (artt. 322, 323, 427 c.c.). Configura invece come assolutamente inopéranti nei confronti del « rappresentato » — salvo che vengano ratificati da costui — i negozi posti in essere in nome e nell'interesse di lui da chi (pur non essendo rappresentante legale) abbia agito come rappresentante senza averne ricevuto procura o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli con la procura (artt. 1388 e 1398-1399 c.c.) (6).

In mancanza di disposizioni *ad hoc* per i negozi posti in essere, in nome dei rispettivi enti, dagli amministratori di persone giuridiche private e di enti di diritto privato privi di personalità, al di là dei limiti dei poteri che agli amministratori stessi spettino istituzionalmente (in quanto derivanti direttamente dalla legge, o dallo statuto dell'ente, o da una delibera cui la legge o lo statuto facciano rinvio), si sogliono poi applicare anche a tali negozi le regole degli atti posti in essere dal rappresentante senza potere (7). E ciò, anche se poi, con

(6) Bibliografia in SPAGNUOLO-VIGORITA, *Rilevanza*, cit., p. 539, nota 38.

(7) MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 166 s., con indicazioni; RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1950, p. 186 ss.; circa l'applicabilità, anche a proposito degli amministratori delle persone giuridiche, degli schemi della rappresentanza, v., per tutti, BETTI, *op. cit.*, p. 573.

poca coerenza, da taluno si nega l'applicabilità delle medesime regole nel caso di invalidità (e di conseguente annullamento *ex artt.* 23 e 2377-2378 c.c.) delle deliberazioni degli organi le cui previe determinazioni sono decisive, per l'organo dotato della « rappresentanza », in ordine alla possibilità e al contenuto dei negozi da porre in essere <sup>(8)</sup>.

Orbene: l'assimilazione dei negozi posti in essere dall'amministratore cui non siano stati conferiti, in sede deliberativa, i necessari poteri (o, il che è lo stesso, al di là dei poteri attribuiti) — assimilazione, la quale non può non riguardare anche i casi (da ultimo riferiti) in cui la preordinata deliberazione legittimante sia stata riconosciuta invalida e annullata (facendo in tal modo venir meno *ex tunc* i poteri originariamente sussistenti) — ai casi di rappresentanza senza potere (artt. 1398-1399) appare pienamente giustificata; e deve trovare applicazione (mancando ogni base per una disciplina diversa) anche a proposito dei negozi di diritto privato degli enti pubblici <sup>(9)</sup>. Una assimilazione ai negozi posti in essere dall'incapace, o per conto dell'incapace senza le necessarie autorizzazioni degli uffici tutelari, sarebbe infatti priva di ogni fondamento.

Il vizio che rende annullabili questi ultimi negozi non inerisce a un difetto di legittimazione: anche gli atti « autorizzativi » — volti a « integrare » la capacità — non attengono alla legittimazione: non sono essi infatti a « determinare » il *contenuto* del negozio, poiché operano invece soltanto sulla *possibilità* che il contenuto negoziale, voluto — e perciò « determinato » — dai soggetti in possesso della legittimazione, diventi effettuale (non incidono cioè sulla scelta negoziale — vale a dire sul *quid* —, bensì esclusivamente sull'*an*).

Non diversamente da quanto avviene nei casi di rappresentanza senza potere, cui hanno riguardo gli artt. 1398-1399 c.c., nei casi di negozi posti in essere dagli amministratori di un ente in difetto delle necessarie deliberazioni destinate a stabilire quali negozi convenga

---

<sup>(8)</sup> MINERVINI, *op. cit.*, p. 134 ss., afferma che i vizi delle delibere assembleari di poi annullate dovrebbero essere configurati, rispetto ai negozi posti in essere dagli amministratori delle società per azioni sul presupposto di quelle delibere, puramente e semplicemente come vizi di « presupposti », risolvendosi perciò — non diversamente da quanto si verifica nel caso di atti amministrativi per la cui emanazione non siano state osservate le regole del procedimento necessario — in mere cause di invalidità-annullabilità dei negozi stessi.

<sup>(9)</sup> Cfr. SPAGNUOLO-VIGORITA, *Rilevanza*, cit., p. 539; *Profili giuridici*, cit., p. 95 s.

porre in essere ed a fissarne il contenuto, il difetto — appunto perché consiste nella determinazione del contenuto negoziale in mancanza del necessario provvedimento normativo e legittimante — ha invece tutt'altro carattere, e attiene alla legittimazione. Di qui la giustificazione della assimilazione del regime di esso a quello dei casi di rappresentanza senza potere, che sono anch'essi casi di vizio di legittimazione.

4. — È sulla base delle premesse svolte che ci si deve accostare al problema delle conseguenze derivanti al negozio privatistico posto in essere da un ente pubblico dal fatto che ciò sia avvenuto (a opera dell'organo « qualificato ») in mancanza della necessaria delibera, o sulla base di una delibera inefficace o invalida.

Sembra chiaro che, alla stregua dell'ordine concettuale accolto, nei primi due casi, non potendo considerarsi perfezionata e comunque operante la fattispecie costitutiva della « rappresentanza » in testa all'agente « qualificato », il negozio dovrà essere considerato posto in essere da chi era sfornito di rappresentanza, e perciò privo di titolo (di legittimazione) a operare per conto dell'ente (e facendo conseguentemente risalire all'ente gli effetti del proprio operato). Siamo cioè in presenza dello schema del *falsus procurator* (artt. 1398-1399 c.c.); e il negozio non potrà operare nei confronti dell'ente se non sulla base di una successiva ratifica, posta in essere dall'organo « qualificato », sul presupposto di una delibera effettivamente operante.

Più delicato si presenta, a prima vista, il problema, in relazione ai casi in cui la delibera sia semplicemente invalida. Anche in tali casi però non è troppo difficile pervenire all'esatta soluzione, quando si ragioni sulla base della premessa che, essendo la delibera titolo di legittimazione al negozio — in quanto senza di essa non si perfeziona la fattispecie che attribuisce la « rappresentanza » all'agente « qualificato » —, ogni suo vizio non può non ripercuotersi sul negozio (non diversamente da quanto avviene per i vizi della procura).

Il caso più semplice è quello in cui la delibera riconosciuta invalida sia stata annullata (dall'autorità amministrativa o dal giudice amministrativo, e in ogni caso secondo le regole proprie degli atti amministrativi). In tal caso, dato che l'annullamento opera *ex tunc*, la delibera sarà da considerare come mai venuta in vita, e, qualsiasi abbia potuto essere la ragione dell'annullamento, il negozio sarà da trattare come posto in essere senza potere (e perciò da un *falsus pro*

*curator*); e quindi non potrà esser ritenuto produttivo di effetti nei confronti dell'ente. Anche qui, ancora una volta, soltanto una ratifica, « con l'osservanza delle forme prescritte per la conclusione di esso » (art. 1399 c.c.), potrebbe rivitalizzare il negozio *ex tunc*.

È chiaro che, così stando le cose, non può dubitarsi che l'inoperatività del negozio potrà esser fatta valere da ognuna delle parti, e anzi da qualunque interessato.

5. — Rimane da trattare del caso in cui la delibera non sia stata annullata, ma sorga — nel giudizio civile — questione circa la invalidità di essa e la possibilità di disapplicarla, considerandola, con riferimento al negozio *de quo*, *tamquam non esset*. È possibile sollevare tale questione? È possibile farlo per qualsiasi vizio della delibera? Possono sollevarla tutte le parti?

È da ritenere che, a parte le possibilità di annullamento, i vizi della delibera di negoziare possono anche esser fatti valere in giudizio, chiedendosi la disapplicazione di quella delibera (*tamquam non esset*) ai sensi dell'art. 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo. Anche in tal caso, ove l'anzidetta richiesta venga accolta, il negozio privatistico posto in essere sulla base della delibera invalida dovrà esser trattato nell'ambito del giudizio *de quo* — non diversamente dalle ipotesi considerate in precedenza — come un negozio posto in essere da un *falsus procurator*.

Ciò comporta, tra l'altro, che, ai limitati effetti del giudizio *de quo*, il vizio del negozio potrà esser fatto valere in qualunque tempo (fermi restando naturalmente gli effetti determinatisi *medio tempore* in conseguenza delle intervenute prescrizioni nei rapporti instaurati attraverso di esso; e ferma, inoltre, la possibilità di invocare, al di là di certi limiti di tempo, la convalidazione della delibera invalida — la quale, come fa venir meno l'annullabilità di quest'ultima, così ne impedisce la disapplicazione<sup>(10)</sup>).

Quanto ai soggetti legittimati a far valere in giudizio i vizi della delibera al fine di farne discendere la disapplicazione — e, conseguentemente, l'inoperatività del negozio —, sembra da escludere che possano esservene altri al di fuori dell'amministrazione della cui delibera (e del cui negozio) si tratti. Come i vizi della procura non

<sup>(10)</sup> Sulla convalidazione degli atti amministrativi, v., per tutti, SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*<sup>6</sup>, Napoli, 1964, p. 395 s.

possono esser fatti valere se non dalla parte rappresentata nella stipulazione del negozio in virtù di quella procura <sup>(11)</sup>, allo stesso modo i vizi della delibera destinati a ripercuotersi sui poteri dell'agente che abbia rappresentato l'amministrazione nel negozio di diritto privato non possono esser fatti valere se non dall'amministrazione stessa (arg. anche *ex art. 23, comma 1°, c.c.*). Le garanzie realizzate attraverso l'osservanza delle disposizioni riguardanti l'emana-zione di quella delibera hanno infatti per funzione essenziale la tutela di interessi pubblici commessi alle cure dell'amministrazione (e degli organi preposti a controllarne l'operato); (a diverse conclusioni sarebbe costretto a pervenire chi seguisse l'orientamento secondo cui la disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi rappresenta per i giudici un dovere da esercitare *ex officio* <sup>(12)</sup>).

Quanto poi ai vizi della delibera che possono esser fatti valere ai fini della sua disapplicazione — e perciò della inoperatività del negozio (da considerare consequenzialmente posto in essere da un *falsus procurator*) — essi sono tutti quelli dai quali possa essere affetta la delibera di cui trattasi, nessuno escluso, e compreso quindi il vizio di eccesso di potere <sup>(13)</sup>.

6. — Merita, infine, di esser segnalata la non applicabilità, nella materia in esame, della disposizione dell'art. 2377, comma 3°, c.c., la quale, nel caso di annullamento di una deliberazione assembleare di una società per azioni, fa salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione di quella deliberazione. A parte ogni dubbio circa l'estensibilità di tale regola alla generalità delle persone giuridiche, appare chiaro che essa non può essere comunque estesa agli enti pubblici <sup>(14)</sup>, non potendo ammettersi, in mancanza di norme univoche in tali sensi, una preminenza della tutela della buona fede dei terzi sul rispetto delle garanzie — volute a tutela

---

<sup>(11)</sup> Cfr. MOSCO, *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*, Napoli, 1961, p. 255.

<sup>(12)</sup> Così CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, p. 131 ss., con indicazioni circa la dottrina *pro* e *contra*.

<sup>(13)</sup> Circa l'accertabilità del quale da parte dei giudici ordinari, v., anche per altre indicazioni, il recente volume di DELFINO, *L'eccesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*, Napoli, 1963; per alcuni spunti problematici utilizzabili nella materia in esame, v. SPAGNUOLO-VIGORITA, *Profili giuridici*, cit., pp. 99-111.

<sup>(14)</sup> Cfr. SPAGNUOLO-VIGORITA, *Rilevanza*, cit., p. 538, nota 37.

di interessi collettivi — inerenti al modo di formazione degli atti di quegli enti <sup>(15)</sup>.

A questo punto affiora, piuttosto, il problema di una eventuale responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, la quale, nel porre in essere il negozio di diritto privato (di poi constatato inoperante) nonostante i vizi intervenuti nel procedimento amministrativo preordinato al negozio stesso, sia incorsa in colpa per inosservanza dell'art. 1337 c.c., nonché dei limiti dell'anzidetta responsabilità. Problema che non è il caso di affrontare in questa occasione, ma che la dottrina e la giurisprudenza più recenti tendono a risolvere, in via generale, in senso positivo, salvo la persistenza di notevoli incertezze per ciò che riguarda i limiti <sup>(16)</sup>.

---

<sup>(15)</sup> In proposito v. anche GIANNINI, *L'attività amministrativa*, cit., p. 26 s.

<sup>(16)</sup> M. S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in onore di A. C. Jemolo*, III, Milano, 1963, p. 263 ss.; SANTUCCI, *Considerazioni in tema di « culpa in contrahendo » della p.a.*, in *Foro it.*, 1964, I, c. 901; Cass., 8 maggio 1963, n. 1142, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1699; 11 ottobre 1963, n. 2711, ivi, 1964, I, c. 901; 20 gennaio 1964, n. 128, in *Mass. Foro it.*, 1964, c. 34; App. Palermo, 7 giugno 1963, in *Giur. sic.*, 1964, p. 435; per la dottrina e la giurisprudenza anteriori, v. indicazioni in VELA, *Riflessi giurisprudenziali in tema di responsabilità precontrattuali della p.a.*, in *Riv. giur. edilizia*, 1963, I, p. 901.

# Procedimento amministrativo

Pubblicato in

*Novissimo Digesto Italiano\**

Torino, 1966, vol. XIII, pp. 1021-1026

\* Estratto con paginatura autonoma



**BIBLIOGRAFIA.** — Nella letteratura italiana: CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, 1911-14 (ristampa a cura di MIELE, Padova, 1960, pag. 501 e segg.); BRACCI, *L'atto complesso in diritto amministrativo*, 1927 (ristampa a cura di CANTUCCI, Firenze, 1961, pag. 108 e segg.); FORTI, « *Atto* » e « *procedimento* » amministrativo (*Riv. Dir. Pubbl.*, 1930, I, 349 e segg.); G. MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo* (*Foro It.*, 1933, III, 375 e segg.); GASPARRI, *Studi sugli atti giuridici complessi*, Pisa, 1939, pag. 39 e segg.; SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, 1940 (ristampa, Milano, 1959); M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, pag. 261 e segg.; BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo* (*Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, 126 e segg.); CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, pag. 121 e segg.; GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, 1957, pag. 13 e segg.; BENVENUTI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale* (*Atti del «convivium» regionale di studi giuridici [Trento, 28 giugno 1957]*, Trento, 1958, pag. 49 e segg.); M. S. GIANNINI, *L'attività amministrativa (Lezioni)*, Roma, 1962, pag. 103 e segg.; PASTORI, *Introduzione generale alla parte prima (La procedura amministrativa negli ordinamenti contemporanei)* del volume *La procedura amministrativa*, a cura dello stesso Autore, pubblicato per iniziativa dell'Istituto per la scienza dell'amministrazione pubblica, Milano, 1964; SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 8<sup>a</sup> ediz., Napoli, 1964, pag. 354 e segg.; F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1965, particolarmente cap. III della parte II (pag. 331 e segg.); ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, pag. 224 e segg.

Per la letteratura e per la legislazione straniere si fa rinvio all'opera del PASTORI citata. Una esposizione dei principi accolti dalla giurisprudenza belga in materia di procedimento amministrativo può vedersi in BUCH e DUMONT, *La procédure d'élaboration des actes des autorités administratives* (*Cons. Stato*, 1965, II, 205 e segg.).

**SOMMARIO.** — 1. Nozione e funzione del procedimento amministrativo. — 2. Le fasi del procedimento amministrativo. — 3. Ricchezza e varietà di tipologia dei procedimenti amministrativi. — 4. Talune distinzioni di carattere generale dei procedimenti amministrativi. — 5. Le singole fasi del procedimento amministrativo: a) la fase preparatoria e i suoi diversi stadi. — 6. b) La fase costitutiva. — 7. c) La fase di integrazione dell'efficacia. — 8. L'ordine di successione dei singoli momenti del procedimento e le conseguenze della inosservanza di esso. — 9. Relatività del concetto di procedimento. Procedimenti e sub-procedimenti. — 10. Il problema della impugnabilità dei singoli atti del procedimento.

**1. L'azione della pubblica Amministrazione, ordinata alla adozione di provvedimenti ed altri atti giu-**

ridici — siano essi atti amministrativi (autoritativi o no), siano atti di diritto privato —, si svolge generalmente attraverso procedimenti, e cioè attraverso sequenze di atti — ed operazioni (per es., notificazioni, pubblicazioni) — tra loro collegati funzionalmente in vista e al servizio dell'atto « principale ». Ciò è dovuto a molteplici esigenze, proprie dell'azione della pubblica Amministrazione: quella di acclamamento, valutazione e ponderazione dei vari dati di fatto e dei vari interessi da tener presenti nel determinarsi nell'uno o nell'altro senso, quella della coordinazione dell'operato o dei punti di vista delle varie autorità preposte ai diversi interessi pubblici impegnati nel singolo caso, quella della correlazione con l'operato di autorità preposte a settori collegati, quella dei controlli assegnati dall'ordinamento (in funzione di preminenti interessi pubblici) ai singoli centri di potere, quella dell'ammissione degli interessati a far sentire e valere le proprie ragioni e i propri interessi, o addirittura — quando si tratti di porre in essere atti che richiedano una pluralità di consensi — a concorrere alla formazione del voluto.

Tali esigenze comportano, da un lato, la frequente partecipazione alla sequenza di più soggetti od organi (i quali a tal fine pongono in essere, rispettivamente, uno o più atti giuridici — di volta in volta in veste di cooperazione primaria o secondaria, e di volta aventi natura pubblicistica o privatistica —, o partecipano a porli in essere); dall'altro la frequenza di casi in cui l'autorità competente a porre in essere l'atto « principale » non può pervenirvi se non dopo aver posto in essere una serie di altri atti e/od operazioni ordinati a quel fine e aventi una propria autonomia strutturale (anche se non funzionale).

Nè un procedimento (giuridicamente rilevante) ricorre nei soli casi in cui la sequenza effettivamente realizzata fosse (espressamente o implicitamente) prevista dall'ordinamento (sì che il procedimento debba esser considerato « necessario »). Esso ricorre anche in quei casi in cui nella sequenza si siano inseriti atti non « necessari », sempre che questi abbiano inciso in alcun modo sul risultato finale (si pensi, a es., a una gara « ufficiosa » svolta in vista della stipulazione

di un contratto a trattativa privata). E ricorre altresì in quei casi in cui nella sequenza si siano inseriti, e non siano rimasti senza ripercussioni, atti che non sarebbe stato consentito inserirvi (casi di procedimento a serie soprannumeraria impossibile).

Non può invece parlarsi di un procedimento giuridicamente rilevante a proposito degli atti interni dei quali l'autorità amministrativa abbia ritenuto di avvalersi in vista del risultato conclusivo: infatti gli atti interni rimangono irrilevanti sotto il profilo in esame, assumendo tutta la responsabilità delle loro ripercussioni nei rapporti esterni l'organo esterno che ne abbia fatto proprio il contenuto.

2. Occorre altresì sottolineare che un procedimento amministrativo non si riscontra soltanto in quei casi in cui si realizza una fattispecie a formazione successiva (e cioè in quei casi in cui gli atti ed operazioni propriamente « operativi » sull'effetto giuridico siano più d'uno — non importa poi se confluiscono o non in un unico atto « composto »). Accade infatti frequentemente che, nella sequenza di atti e operazioni, che si realizzano in vista di un certo risultato di diritto amministrativo, ne vengano posti in essere (nella fase iniziale) alcuni destinati a restare fuori degli elementi propriamente operativi sull'effetto giuridico (e perciò a non far parte della fattispecie), limitandosi ad assolvere una funzione meramente « preparatoria », e precisamente a predisporre la situazione storico-ambientale soltanto in senso alla quale la fattispecie potrà realizzarsi legittimamente.

Tali atti ed operazioni, che (pur caratterizzandola) rimangono estranei alla fattispecie, rientrano nella più vasta categoria dei « presupposti »; e si segnalano, rispetto agli altri presupposti, pel fatto di venire in essere in stretta e immediata funzione della fattispecie in vista della quale si realizzano, e di esaurire la propria funzione nell'esser preordinati alla realizzazione di essa.

In seno alla sequenza di un procedimento amministrativo è dato riscontrare, dunque, (ma non sempre si riscontrano), da un lato, elementi meramente preparatori, e, dall'altro, elementi effettivamente operativi sull'effetto giuridico.

E, siccome questi ultimi a loro volta possono essere, oltre che elementi propriamente « costitutivi » dell'effetto giuridico, anche meri elementi « integrativi dell'efficacia » (o « dichiarativi » — inteso quest'ultimo aggettivo nel significato particolare di elemento che si limita a « condizionare » l'efficacia senza essere esso stesso costitutivo dell'effetto giuridico) — elementi i quali si distinguono da quelli costitutivi pel fatto che, una volta che essi siano venuti in essere, l'effetto giuridico opera con decorrenza dal momento del venire in essere degli elementi costitutivi (o dell'ultimo di essi) —, ne risulta che gli atti e le operazioni che confluiscono nel procedimento possono essere o elementi preparatori, o elementi costitutivi o elementi integrativi dell'efficacia. E anzi, siccome a questa partizione di carattere sostanziale degli atti e delle operazioni che si succedono nel procedimento corrisponde, di massima, un ordine temporale, in quanto gli elementi preparatori — come il nome stesso dice — sono destinati a preparare l'ambiente a quelli in funzione dei quali vengono in essere (e cioè agli elementi della fattispecie) e quelli integrativi dell'efficacia solitamente seguono nel tempo gli elementi costitutivi, la partizione stessa trova rispondenza — quando concorrono, con gli elementi costitutivi, anche elementi preparatori ed elementi integrativi dell'efficacia — in una ripartizione del procedimento in tre distinte fasi, ciascuna delle quali è caratterizzata appunto dalla funzione sostanziale degli elementi che in essa vengono in vita: fase preparatoria, fase costitutiva, fase di integrazione dell'efficacia.

La presenza di tutte le anzidette fasi in un procedimento amministrativo, se è frequente — ed anzi addirittura normale —, nondimeno è eventuale, e non necessaria.

Non mancano infatti casi in cui un effetto giuridico viene (legittimamente) realizzato in virtù di un atto amministrativo individuale venuto in essere non sulla base di un procedimento (casi in cui un'autorità individuale *uno actu* prende l'iniziativa e provvede: per es., ordinanze e altri provvedimenti d'urgenza). Nè mancano casi di atti composti (atti complessi, atti composti in senso stretto: decreti presidenziali,

deliberazioni collegiali, ecc.) posti in essere senza che vi sia stata alcuna attività preparatoria, e il procedimento formativo dei quali si esaurisce nella sequenza dei singoli componenti dell'atto composto. Inoltre è possibile imbattersi in casi in cui, pur non fondendosi gli atti e le operazioni, che compaiono nel procedimento, in un unico atto composto, essi sono tuttavia da considerare, tutti allo stesso modo, elementi costitutivi dell'effetto giuridico (si pensi a un provvedimento d'urgenza adottato *illico et immediate* — per es., ordine di riduzione in pristino — ma abbisognevole di notificazione perchè ricettizio: provvedimento e notificazione sono qui entrambi elementi costitutivi dell'effetto giuridico, il quale non può cominciare a operare se non dal momento della notificazione). In tutti questi casi, quando la fattispecie non abbisogni neanche di essere integrata da elementi d'efficacia, il procedimento comprende una sola fase e si esaurisce in essa.

Ciò non toglie peraltro che, siccome, pur non essendo necessaria, essa è tuttavia normale, la ripartizione del procedimento amministrativo nelle tre fasi di cui si è detto può essere additata come nota paradigmatica della intera categoria sotto il profilo strutturale. E difatti viene comunemente accettata come tale dalla dottrina.

**3.** Prima di fermare l'attenzione su una più specifica puntualizzazione delle singole fasi di cui si è detto, è indispensabile però precisare che, rispetto ai procedimenti giurisdizionali (generalmente chiamati « processi » e ordinati alla emanazione dei provvedimenti giurisdizionali) e a quelli legislativi (ordinati all'emanazione degli atti legislativi) — i quali, sia gli uni che gli altri, sono caratterizzati da una tipologia piuttosto limitata (essendo poche le autorità competenti a provvedere e i tipi di provvedimenti in vista dei quali i procedimenti si svolgono) —, i procedimenti amministrativi si distinguono per la vastità e la varietà della loro gamma tipologica.

Le quali si spiegano con la molteplicità dei tipi di autorità (centrali e locali, individuali e collegiali, rappresentative e non rappresentative, tecniche e non tecniche, ecc.), con la copia e varietà degli interessi

impegnati, con le esigenze garantistiche, con la diversità degli obiettivi da realizzare, delle modalità per conseguirli, della natura e degli effetti degli atti da porre in essere. Per limitarsi a una esemplificazione riferita ai casi più noti, basti ricordare i procedimenti disciplinari, quelli di espropriazione, quelli di imposizione di vincoli su beni, quelli di decisione di ricorsi, quelli di certificazione.

Nel nostro ordinamento (a differenza che in altri: Austria, Stati Uniti, Spagna, Jugoslavia, Cecoslovacchia, Polonia, ecc.) non esiste una disciplina di una qualche ampiezza, che possa esser considerata comune alla generalità dei procedimenti amministrativi, ma ciascun procedimento ha regole sue proprie. Lì dove manchi una normativa specifica, il modo di giungere alla realizzazione della fattispecie è lasciato perciò alla discrezione dell'autorità competente, tenuta soltanto all'osservanza di qualche fondamentale principio generale — quali quello che impone di tener presenti tutti gli interessi pubblici e privati rilevanti nel singolo caso (per contro la giurisprudenza suole escludere la natura precettiva della disposizione del 1° comma dell'art. 3 della legge sul contenzioso amministrativo, e quindi la portata universale della regola del contraddittorio in vista della emanazione di atti amministrativi) e quello che impone l'astensione dei funzionari che abbiano un interesse nella materia su cui si tratta di provvedere o siano strettamente legati a persone interessate —, e di qualche sporadico principio particolare — quale quello che esige, in vista dell'adozione di provvedimenti sanzionatori, la contestazione dell'addebito.

4. Nondimeno è possibile segnalare talune distinzioni di carattere generale dei procedimenti amministrativi. Ciò, a prescindere da una classificazione dei procedimenti in relazione alla natura e alla funzione degli atti e dei risultati in vista dei quali si svolgono (al qual riguardo è possibile distinguere — e sono stati distinti in dottrina — procedimenti permissivi, concessori, ablatori, decisori, certificatori, di accertamento, ecc.). Classificazione la quale può dar luogo alla formulazione di regole particolari per ciascuno dei tipi di procedimento in tal modo individuati: ma

su tali regole non è il caso di soffermarsi in questa sede, dati i limiti segnati alla presente voce nell'economia del *Digesto*, e dato che questa ha di mira piuttosto il profilo strutturale che quello sostanziale e funzionale delle sequenze procedurali, il quale deve invece essere studiato con riferimento ai singoli provvedimenti ed atti in cui i procedimenti sfociano (v. *Autorizzazione* (Diritto amministrativo); *Concessioni* (Diritto amministrativo); *Certificati ed attestati*; *Decisione amministrativa*; *Disciplina nella pubblica amministrazione*; *Espropriazione per pubblica utilità*, ecc.).

Tra le distinzioni di carattere generale richiamano in particolar modo l'attenzione quella tra procedimenti da iniziare d'ufficio e procedimenti promovibili soltanto a istanza di parte, nonchè quella tra procedimenti contenziosi e procedimenti non contenziosi.

La caratteristica sulla quale si fonda la prima non ha bisogno di particolare illustrazione. Vale la pena tuttavia di sottolineare che la distinzione si basa non tanto sul fatto che in concreto vi sia stata una istanza di parte, quanto sul fatto che il procedimento debba o non esser posto in moto necessariamente allorchè vi sia stata un'istanza di parte (l'istanza rimane cioè irrilevante — e assume il ruolo di mera denuncia — in quei casi in cui il procedimento sia suscettibile di esser promosso d'ufficio e non debba necessariamente esser messo in moto allorquando essa vi sia stata).

La seconda distinzione — da tener separata dalla prima — mira a contrapporre agli altri procedimenti quelli nei quali viene ammesso il contraddittorio degli interessati (*Parteiengehör, Hearing*), consentendo a questi (anche quando il procedimento sia stato promosso d'ufficio) di prospettare, prima della decisione, di volta in volta per iscritto o a voce, le proprie osservazioni e le proprie ragioni. Questi tipi di procedimento, che possono esser designati come contenziosi, e negli ordinamenti di autentica democrazia sono espressione di spiccata evoluzione garantistica (mentre negli altri svolgono un ruolo essenzialmente strumentale al servizio delle finalità dei pubblici poteri), diversamente che in altri Paesi (sono da ricordare in proposito particolarmente la legge austriaca generale

del 1925 e quella statunitense del 1946; ma anche in ordinamenti meno aperti alla democrazia esistono leggi generali ispirate alla « contenziosità » dei procedimenti amministrativi: così, particolarmente, in Jugoslavia, in Polonia, in Cecoslovacchia, in Spagna) non possono purtroppo esser considerati, nel nostro sistema attuale, se non come manifestazioni episodiche. Ne rappresentano i più noti esempi i procedimenti disciplinari, quelli espropriativi, quelli di decisione di ricorsi (non mancano peraltro anche esempi di procedimenti di tipo concessorio a carattere contenzioso: si pensi a quelli per la concessione di acque e a quelli per la concessione di autolinee).

Comunque è da lamentare che un procedimento contenzioso non sia previsto come necessario, nel nostro ordinamento, neppure per tutti i provvedimenti aventi carattere di immediata esecutività destinati a incidere sfavorevolmente su diritti (per es., non è prescritto nè per la revoca, nè per l'annullamento d'ufficio, e neanche per l'imposizione di vincoli di interesse artistico e storico).

5. Venendo ora all'esame delle singole fasi dei procedimenti amministrativi, e prendendo le mosse dalla fase preparatoria — caratterizzata, come si è detto, dal fatto che gli atti e le operazioni che in essa compaiono assolvono, nei confronti dell'atto « principale », la funzione di presupposti —, è da notare che in essa è dato, a sua volta, distinguere diversi (possibili) stadi (o sottofasi): quello dell'iniziativa, quello dell'istruttoria, quello predecisorio, quello della determinazione del contenuto dell'emanando atto « principale ». In questa sede non ci si potrà soffermare dettagliatamente sui singoli atti che è possibile riscontrare in questa fase, nè del resto su quelli delle altre fasi: ai singoli atti sono dedicate infatti specifiche voci di questa raccolta. Qui ci si dovrà limitare a indicare quali atti si incontrano generalmente nelle singole fasi.

Con riferimento allo stadio dell'iniziativa va notato che generalmente non è dato riscontrare uno stadio autonomo siffatto allorquando l'iniziativa venga presa direttamente dalla stessa autorità competente a provvedere (e ciò anche se questa autorità sia stata sollecitata a tale scopo mediante una mera denuncia da

parte di privati o mediante una richiesta informale da parte di un ufficio non qualificato istituzionalmente). Non mancano però casi in cui, pur quando l'iniziativa sia presa dalla stessa autorità competente a provvedere, essa si concreta in un atto autonomo: ciò accade comunemente quando debba svolgersi una istruttoria con la partecipazione di elementi estranei: si pensi alla contestazione degli addebiti, che è l'atto con cui hanno inizio i procedimenti sanzionatori; si pensi inoltre ai casi in cui l'autorità competente a provvedere si rivolga (non importa se per obbligo o per libera scelta) a un organo consultivo per sentirne il parere.

A prescindere da questi casi, gli atti di iniziativa, che generalmente si incontrano nella parte iniziale della fase preparatoria, sono le istanze (o domande) degli interessati (che sono atti di diritto privato), nonchè le richieste e le proposte di altri uffici pubblici, sempre che (nell'uno, come nell'altro caso) si tratti di atti che (anche se non « necessari » perchè la procedura possa essere iniziata) l'autorità competente a provvedere sia tenuta a prendere in considerazione una volta che siano venuti in essere. A differenza dalle domande e richieste, le quali importano per l'autorità che le riceve il dovere di dar senz'altro corso al procedimento — salvo concluderlo in senso negativo in caso di infondatezza della istanza o nel caso che l'accoglimento abbia carattere discrezionale, e salvo il caso di invalidità della domanda o richiesta (nel quale essa può esser dichiarata inammissibile) —, sembra che generalmente le proposte importino, per l'autorità competente a provvedere, soltanto la necessità di vagliare l'opportunità di dar corso al procedimento (onde non dovrebbero esser considerate vere e proprie proposte le cosiddette proposte « vincolanti »).

È opportuno tuttavia avvertire che in materia la terminologia legislativa non è sempre univoca e appagante. Anzi in essa ci si imbatte non di rado anche in altri nomi — come quelli di invito, voto, segnalazione, denuncia, istanza, esposto — per designare atti del tipo delle proposte, delle richieste, delle domande. Anche i ricorsi (o reclami) non sono se non delle domande aventi un contenuto particolare, es-

sendo volti a richiedere il riesame (o, in taluni casi, la revisione) di un atto, o, comunque, la risoluzione di una controversia.

Lo stadio dell'istruttoria — quando un'istruttoria sia necessaria ed assurga a propria autonomia giuridica (infatti l'istruttoria potrebbe anche rivestire, e frequentemente riveste, carattere interno) — presuppone già superato (lì dove vi sia) quello dell'iniziativa. In mancanza di diverse disposizioni, l'istruzione è di competenza della medesima autorità che è competente all'adozione dell'atto in funzione del quale si svolge il procedimento, e si risolve nel compimento degli atti necessari a riscontrare ed a vagliare i dati di fatto e gli interessi rilevanti in ordine all'atto da adottare e ai suoi presupposti di fatto e di diritto. Ciò può avvenire o attraverso l'esame dei documenti (di volta in volta esibiti spontaneamente dagli istanti o da altri interessati o da altre autorità, ovvero richiesti dall'autorità procedente), oppure attraverso l'ispezione o l'esame di cose o di persone. È da ritenere che l'autorità amministrativa disponga del più ampio potere d'iniziativa in ordine agli atti istruttori (nell'istruttoria amministrativa si applica cioè il principio inquisitorio) (1), nonché del potere di libera valutazione delle prove.

Appartengono allo stadio predecisorio, innanzitutto, i pareri (v. *Parere*), eccettuati quelli «vincolanti» (i quali non sono veri e propri pareri, ma sono elementi determinanti il contenuto dell'atto «principale»: si tratta di vere e proprie «deliberazioni preliminari»).

È sempre nello stesso stadio che — quando ciò sia disposto dalla legge o venga consentito dall'autorità competente — gli interessati sono ammessi a prospettare e difendere, talvolta in contraddittorio tra di loro, le proprie ragioni (n. prec.).

L'ultimo stadio della fase preparatoria (quando vi sia) comprende anche (quando vi siano) quegli atti, i quali, pur essendo distinti dall'atto «principale» (che sopraggiungerà nella fase costitutiva), e non essendo essi stessi «costitutivi» dell'effetto giuridico,

---

(1) F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1965, particolarmente cap. III della parte II, pag. 335 e segg.

hanno la funzione di determinare tassativamente il contenuto che poi l'atto « principale » dovrà assumere. Si tratta cioè di atti a effetto « determinante » (del contenuto), ma non « costitutivo » (degli effetti) (1).

I casi in cui il fenomeno si riscontra non sono frequenti. Normalmente infatti il contenuto dell'atto « principale » viene determinato — senza che ciò si risolva nel porre in essere (in uno stadio o in un momento a sè stante) un atto *ad hoc* — dalla stessa autorità, o dalle stesse autorità competenti a emanarlo. Qualche volta però la legge prevede che l'atto « principale » debba necessariamente uniformarsi al contenuto di un atto anteriore — di volta in volta la deliberazione di un altro organo (in genere, ma non sempre, collegiale: si pensi, rispettivamente, ai decreti presidenziali previa delibera del Consiglio dei Ministri e a quelli su semplice proposta ministeriale, i quali, gli uni come gli altri, debbono conformarsi al contenuto della determinazione ministeriale, collegiale o, rispettivamente, individuale), ovvero l'accordo raggiunto tra l'organo competente per l'atto « principale » e un altro soggetto od organo (è questo il caso degli atti per i quali è richiesto il previo « concerto » tra più organi o più enti) (2). Orbene, in questi casi si ha un distacco tra il momento della « determinazione » del contenuto dell'atto (che si inserisce nella fase preparatoria) e quello « costitutivo » degli effetti della fattispecie (il quale, per es., nel caso dei decreti presidenziali, è il decreto firmato dal Presidente della Repubblica e controfirmato dal Ministro o dai Ministri proponenti).

6. Conclusa la fase preparatoria (quando vi sia) si svolge la fase « costitutiva » del procedimento.

Con grande frequenza — e nella generalità dei casi in cui l'atto « principale » è di competenza di un ufficio individuale (per es., autorizzazione comunale a costruire, decreto di espropriazione per la esecuzione di opere di pubblica utilità, provvedimento di deci-

---

(1) Sulla distinzione, vedi SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 8<sup>a</sup> ediz., Napoli, 1964, pag. 349, con altre indicazioni in nota.

(2) Vedi SANDULLI, *Manuale cit.*, pag. 350, con altre indicazioni in nota.

sione di un ricorso gerarchico) — tale fase si esaurisce nella emanazione di un atto « semplice » (atto posto in essere da una sola persona fisica in una volta sola). Presenta invece minore semplicità in quei casi in cui, pur esaurendosi essa nel solo atto « principale », questo è un atto « composto » (in senso ampio), e cioè, di volta in volta, un atto complesso (categoria nella quale sono da comprendere i contratti, gli accordi, gli atti collegiali), un atto composto in senso stretto (categoria rappresentata essenzialmente dagli atti che si perfezionano con la partecipazione, in veste documentante — per lo più verbalizzante —, di altre persone fisiche), ovvero, quando se ne ammetta la figura, un atto continuato (per es., art. 23 T. U. e art. 24-25 Regol. di pubblica sicurezza).

In casi meno frequenti la fase costitutiva presenta poi una complessità ancora maggiore, in quanto in essa confluiscono atti e operazioni che non si fondono in un unico atto composto, ma conservano l'autonomia di elementi distinti dagli altri: così, nella celebrazione del matrimonio (v. *Matrimonio* [Diritto civile]), sono elementi costitutivi tanto le dichiarazioni dei nubenti — che sono atti negoziali di diritto privato e si fondono in un unico atto —, quanto la proclamazione dell'ufficiale dello stato civile — che è un atto amministrativo di certazione —; nelle deliberazioni collegiali lo sono tanto le operazioni di voto, quanto la proclamazione del risultato della votazione (nel sub-procedimento culminante nella quale figura come atto preparatorio lo scrutinio dei voti); nelle fattispecie di atti ricettizi lo sono tanto l'atto « principale », quanto le notificazioni di esso.

Diversamente dalla fase preparatoria e da quella integrativa dell'efficacia, la descrizione della fase costitutiva non offre l'occasione alla individuazione di singole figure di atti che sarebbero tipici della fase stessa. La posizione di elementi costitutivi dell'effetto giuridico può essere assunta infatti dalla generalità dei provvedimenti e degli atti in grado di produrre degli effetti di diritto amministrativo, sempre che non assolvano una funzione meramente accessoria di carattere preparatorio o di condizionamento dell'efficacia.

7. Nella fase di integrazione dell'efficacia il procedimento amministrativo si completa di quegli atti e operazioni che di volta in volta occorrono alla fattispecie perchè l'effetto giuridico che si collega agli elementi « costitutivi » possa diventare concretamente operante. Tale fase si riscontra cioè soltanto quelle volte che l'operatività della fattispecie è condizionata da elementi ulteriori rispetto a quelli « costitutivi », e non può prodursi (sia pure con decorrenza dal completamento della serie degli elementi « costitutivi », dato che l'effetto giuridico si collega alla forza propria di questi) se non col sopraggiungere di tali ulteriori elementi (i quali peraltro talvolta potrebbero anche precedere, nel tempo — come si verifica per alcuni assenti e nulla-osta —, il completamento della fase « costitutiva », senza che perciò possa dirsi che vengano in essere nel quadro di questa).

Gli atti ed operazioni che si incontrano nella fase in esame operano dunque tutti secondo il meccanismo delle « condizioni di efficacia ». Vi rientrano, da un lato, quegli atti di controllo preventivo, i quali condizionano non la validità ma l'efficacia degli atti soggetti al controllo e vengono posti in essere successivamente ad essi (approvazioni, visti, e simili). Vi rientrano inoltre quegli atti di adesione dei privati, che sono necessari perchè certi atti amministrativi produttivi di effetti nei loro confronti possano effettivamente operare (per es., accettazione di un incarico).

8. L'esame del profilo strutturale di un procedimento amministrativo non si esaurisce nella individuazione dei singoli elementi e delle singole fasi che lo compongono. Occorre altresì individuare l'ordine di successione dei diversi elementi che compaiono nelle singole fasi.

Come, infatti, la mancanza di uno degli elementi necessari vizia il procedimento e si risolve in vizio di tutti gli elementi successivi che avrebbero dovuto essere posti in essere sul presupposto di esso (elementi rispetto ai quali il primo si collocava come presupposto) e non potettero esserlo a causa della sua mancanza, allo stesso modo l'alterazione dell'ordine della serie può condurre ad identico risultato per gli atti e le

operazioni che avrebbero potuto legittimamente venire in essere soltanto sul presupposto del previo realizzarsi di quegli altri atti od operazioni che al momento del venire in essere di quelli mancavano ancora. Tale fenomeno si verifica non solo quando, in seno al procedimento, l'elemento mancante o non realizzato tempestivamente apparteneva alla fase preparatoria, ma anche quando eventualmente apparteneva a una fase diversa. La mancata osservanza dell'ordine necessario di successione opera infatti sempre, indistintamente, secondo il meccanismo dei vizi inerenti ai presupposti, e si risolve costantemente in violazione di legge.

Mentre la mancanza di un elemento preparatorio dà luogo però a quest'unica conseguenza, la mancanza di un elemento costitutivo (o il successivo annullamento di esso), oltre a produrre un effetto analogo nei confronti di quegli altri elementi costitutivi rispetto ai quali si poneva (anche) come presupposto, produce altresì la (ben più grave) conseguenza della imperfezione del corpo degli elementi costitutivi, e quindi l'inidoneità (almeno temporanea) alla produzione degli effetti propri della fattispecie mancata. A propria volta, la mancanza (o il successivo annullamento di un elemento di efficacia produce (oltre a riflessi analoghi a quelli propri degli atti preparatori, allorchè operi anche come presupposto di altri elementi) l'inoperatività della fattispecie.

Siccome poi è caratteristica di ogni sequenza procedimentale che i vizi dei singoli elementi che la compongono si ripercuotano su tutti gli elementi necessariamente successivi e rispetto ai quali i primi si ponevano come presupposti, è chiaro che i vizi stessi diano luogo alla invalidità di questi ultimi (invalidità derivata). Il che comporta che, in caso di invalidazione e rinnovazione del primo, questi, per diventare legittimi, dovranno esser rinnovati anch'essi.

9. Il concetto di procedimento è un concetto essenzialmente relativo. I procedimenti sono tanti, quante sono le fattispecie alla cui realizzazione non si perviene *uno actu*. È siccome singoli elementi di una sequenza procedimentale possono dar luogo ad effetti giuridici autonomi, indipendentemente dall'effetto che nascerà

a sequenza compiuta, e, anzi, siccome gli stessi effetti parziali, che si realizzano nel corso e nell'ambito di una sequenza procedimentale man mano che vengono in vita i singoli elementi della serie, possono esser considerati in sè e per sè, è chiaro che, con riferimento a tali effetti, rispettivamente particolari o parziali, dovrà essere considerato come fattispecie il complesso degli elementi produttivi di essi; con la conseguenza che dovrà essere considerato come procedimento preordinato a tale specifica fattispecie quello attraverso il quale quegli specifici elementi siano venuti in essere.

A parte ciò, è piuttosto frequente il caso di sub-procedimenti, e cioè di procedimenti che confluiscono, con una propria autonomia, in un procedimento volto a un effetto di maggior portata, essendo ordinati unicamente alla realizzazione di uno o più elementi di quest'ultimo (si pensi al sub-procedimento necessario per il compimento di un accertamento istruttorio o per un accertamento incidentale occorrente per la risoluzione di una questione pregiudiziale). È chiaro che gli eventuali difetti di tali sub-procedimenti, risolvendosi in vizi di quegli elementi del procedimento maggiore alla cui realizzazione sono volti, si ripercuoteranno negativamente su quest'ultimo, invalidandone gli atti posti in essere sul presupposto del risultato di essi.

**10.** Un punto saliente della teoria del procedimento amministrativo riguarda l'impugnabilità dei singoli atti della sequenza prima del compimento di questa, o indipendentemente dall'impugnativa dell'atto principale, ai fini della caducazione del risultato finale di essa.

La giurisprudenza ha formulato il principio della non impugnabilità per carenza d'interesse ad agire di tutti gli atti che assolvano una **funzione meramente preparatoria**, La tesi della non impugnabilità è esatta (sempre che sia mantenuta nei limiti entro cui i singoli atti non producano, oltre agli effetti meramente preparatori, altresì effetti immediatamente lesivi di interessi altrui). Ma va basata più che altro sul fatto che, fino al perfezionamento della fattispecie, non può considerarsi realizzata quella lesione di un interesse

sostanziale che il nostro ordinamento considera condizione essenziale di legittimazione per l'impugnativa di un atto amministrativo.

Ed è per la medesima ragione che, prima del perfezionamento della fattispecie, non possono essere impugnati neanche singoli atti aventi natura di elementi « costitutivi » o di elementi « d'efficacia » (1).

---

(1) In argomento vedi SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, pag. 219 e segg.

## La problematica dei controlli

Publicato in

*Contributi Italiani al XV Congresso Internazionale  
di Scienze Amministrative*

Roma, 1971, pp. 117-123



La materia dei controlli sulla pubblica amministrazione ha subito, col sottentrare dell'ordinamento repubblicano, consacrato nella costituzione del 1947, importanti — e anzi talvolta radicali — innovazioni.

Queste hanno i punti focali nell'affermazione del principio dello Stato di diritto (art. 113), nella costituzionalizzazione della regola dell'indipendenza della Corte dei conti (art. 100), nel potenziamento delle autonomie locali (artt. 5 e 117 ss.). Non può dirsi però che le previsioni costituzionali sono riuscite a tradursi tutte in strutture effettive, nè che gli assetti attuali delle diverse forme di controllo siano tutti soddisfacenti.

Per quanto riguarda i controlli esterni sull'azione degli organi dello Stato indubbiamente si sono fatti dei passi avanti.

Prescindendo qui dal riemergere del controllo politico del Parlamento (sia pur ridotto al controllo delle opposizioni, la validità del quale è anzi destinata ad affievolirsi allorché si affermino, come negli ultimi tempi talvolta si profila, metodi di tipo assembleare), si deve ammettere che la costituzionalizzazione dell'indipendenza della Corte dei conti — cui l'art. 100 Cost. riconosce la competenza al « controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo » e a « quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato », riferendo « direttamente » alle Camere sul risultato del riscontro eseguito — è venuta a potenziare in fatto, oltrechè in diritto, la funzione del controllo (si tenga tuttavia presente che il principio dell'indipendenza dell'istituto attende ancora di esser portato a tutte le conseguenze attraverso la revisione delle disposizioni dell'art. 7 del t.u. del 1934 sull'ordinamento della Corte riflettenti i poteri governativi di nominare alla carica di consigliere elementi estranei alla carriera senza neppur prescrivere un minimo di requisiti professionali, come pure di nominare agli uffici direttivi dell'alto consesso; nè il problema è da considerare completamente e definitivamente superato dalla sentenza n. 1 del 1967 della Corte costituzionale, la quale si è occupata semplicemente dell'immissione nella Corte dei conti di elementi non provenienti dalla carriera).

Occorre però considerare che solo per gli atti che comportano spesa il controllo di legittimità della Corte dei conti ha una notevole latitudine (estendendosi, sotto forma di intervento postumo, a tutta la gestione finanziaria dello Stato, e sotto forma di intervento preventivo a tutti gli atti statali che eccedono certi limiti di spesa o comportano l'assunzione di oneri permanenti). Altrimenti, soltanto i decreti firmati dal Capo dello Stato (e nemmeno tutti) sono soggetti al controllo (preventivo) della Corte. E, poiché nel nostro ordinamento la prescrizione della firma presidenziale degli atti governativi non rappresenta una regola universale (essendosi, le norme che la contengono, sommate nel tempo, alluvionalmente, le une alle altre, e risultando ispirate da concezioni ed occasioni difformi), ciò determina illogiche, e talvolta assurde, disparità (molti provvedimenti di modesta entità, previsti generalmente da leggi più remote, debbono portare la firma presidenziale, e sono soggetti perciò alla registrazione della Corte; altri, di grandissima portata, generalmente previsti da leggi più recenti, non abbisognano della firma presidenziale, e sfuggono perciò al sindacato della Corte). E quelle disparità, quella mancanza di una articolazione omogenea, si traducono in insufficienza, e perciò in inutilità, degli stessi controlli esercitati.

In un paese in cui la scarsa omogeneità del corpo sociale è degenerata in accentuati sfrangimenti delle forze politiche, che a loro volta hanno portato all'aggravamento del fenomeno della utilizzazione del potere statale come strumento di consolidamento delle rispettive fazioni, un controllo preventivo di legittimità, di tipo neutrale (come quello della Corte dei conti), esteso alla generalità dei provvedimenti definitivi (e perciò non soggetti a controlli all'interno della stessa Amministrazione), sarebbe invece veramente in grado di rafforzare la legalità (allo scopo di non rallentare l'azione amministrativa, esso esigerebbe tuttavia un adeguato potenziamento degli organi della Corte: un prezzo che ben meriterebbe peraltro di esser pagato, dato l'interesse che l'obbiettivo assume per l'intera comunità; d'altro canto la ricerca, in sede legislativa e in sede applicativa, di più snelle modalità di esercizio del controllo preventivo, di legittimità — pel quale ben potrebbe esser previsto che, a richiesta dell'Amministrazione, venisse espletato, per ciò che attiene ai contenuti, durante la fase preparatoria dei provvedimenti —, dovrebbe consentire il superamento delle possibili prevenzioni nei confronti del pericolo di nuove pastoie all'operato dei pubblici poteri; allo stesso tempo un siffatto metodo di esercizio del controllo preventivo della Corte potrebbe più facilmente accompagnarsi — e non soltanto in senso metaforico — con quello espletato non a garanzia dell'or-

dinamento, e perciò non essenzialmente con intenti legalitari — dalle Ragionerie dello Stato; controllo, la portata del quale dovrebbe, in ogni caso, essere limitata ai soli aspetti strettamente contabili).

Va da sè che quelle stesse esigenze di legalità che consigliano l'estensione della sfera d'azione del controllo preventivo di legittimità degli atti delle autorità statali, consigliano, a maggior ragione, a prender posizione contro l'illegittima prassi di dare esecuzione a provvedimenti non ancora registrati dalla Corte. Solo in caso di estrema e grave urgenza, e in casi di eccessivo ritardo dell'adempimento della registrazione, dovrebbe esser consentito — entro limiti fissati dalla legge — di far luogo all'esecuzione di atti non registrati.

Un altro punto all'attivo del nuovo ordine costituzionale è da considerare lo svuotamento dell'istituto dalla registrazione « con riserva » della sua originale capacità di rottura del sistema.

Indubbiamente questo antico istituto (nato perchè la « ragion di Stato » potesse prevalere sulla « ragion di diritto ») sopravvive tuttora. Tuttavia, oltre che davanti al Parlamento, il Governo risponde ormai anche in sede giurisdizionale (e i funzionari rispondono anche in sede penale e amministrativa) degli atti posti in esecuzione forzando il rifiuto di registrazione della Corte dei conti. Così esigono il principio di uguaglianza e quello di legalità, consacrati nella Costituzione (il secondo dei quali comporta, tra l'altro, che neanche per ragioni politiche sono ammessi atti *extra ordinem*), nonchè la regola della responsabilità dell'Amministrazione e dei funzionari per i fatti lesivi di diritti (art. 28 Cost.).

In tal modo l'istituto del visto con riserva è venuto a mutare dimensione, con la conseguenza che il Governo non dovrebbe farne uso se non al fine di far fronte (assumendosene la responsabilità) ad errori di diritto in cui la Corte dei conti potesse essere incorsa nella propria opera di riscontro.

Un ulteriore punto all'attivo della Costituzione è rappresentato dall'aver previsto un controllo della Corte sull'operato degli enti « ai quali lo Stato contribuisce in via ordinaria » (art. 100).

La legge che ha provveduto all'attuazione di tale principio (legge 21 marzo 1958, n. 249) configura il controllo in questione come successivo, ne esenta la generalità delle Regioni, tutti gli altri enti territoriali, le istituzioni di beneficenza, gli istituti di credito, e (con discutibile criterio) fa dipendere da un provvedimento governativo l'assoggettamento dei rimanenti enti al controllo.

Con provvida forzatura la giurisprudenza ha poi affermato che le irregolarità riscontrate nella gestione contabile in questi enti in sede di controllo possono avere la loro sanzione in quello stesso giu-

dizio amministrativo di responsabilità che la legislazione prevede espressamente per gli amministratori di danaro dello Stato.

Le carenze del sistema dei controlli sulla gestione degli enti e sulle imprese che debbono esser considerati per lo Stato come strumentali — soggetti che la dilatazione del fenomeno dello Stato-imprenditore è venuto ad accrescere, negli ultimi tempi, enormemente — rimangono però ugualmente molte, e sono accentuate fortemente dal fatto che la maggior parte delle imprese a mezzo delle quali operano i grandi e grandissimi enti pubblici economici sono organizzate ed agiscono secondo la normativa del diritto privato, sottraendosi in tal modo a qualsiasi penetrante riscontro di tipo pubblicistico.

Luci ed ombre esistono anche nel campo dei controlli sugli enti territoriali minori.

Le luci sono rappresentate dal fatto che la Costituzione non contempla più, non solo per gli atti delle Regioni, ma anche per quelli delle Province e dei Comuni, il controllo di merito mediante approvazione: una forma di controllo che era residuo dei tempi in cui gli enti locali erano soggetti al paternalismo dello Stato e quasi ne costituivano strumento, e mortificava profondamente la loro autonomia, condizionandone praticamente l'azione al beneplacito dell'autorità statale di controllo, spesso condizionato a propria volta dagli interessi politici dei partiti al Governo.

La Costituzione esige che il controllo di merito venga ormai esercitato nella ben più limitata e liberale forma dell'invito al ripensamento (« richiesta di riesame »: artt. 125 e 130); e opportunamente decentra alla Regione — cui la valutazione degli interessi locali appare più connaturale — tale forma di controllo nei confronti dei Comuni e delle Province. Il recente completamento dell'ordinamento regionale ha reso ormai imminente l'entrata in funzione di tale nuovo sistema (le cui disposizioni di attuazione erano state emanate diciotto anni fa: legge 10 febbraio 1953, n. 62).

Dove l'ordine previsto dalla Costituzione per il controllo sugli atti degli enti territoriali non appare soddisfacente è però in riferimento al controllo di legittimità.

Mentre opportunamente il controllo di legittimità è stato affidato alla Corte dei conti nei confronti degli atti di quattro delle Regioni ad autonomia speciale (Sicilia, Sardegna, Trentino-Alto Adige, Friuli-Venezia Giulia), per le rimanenti sedici Regioni esso è stato infatti affidato a distinti organi collegiali dello Stato, presieduti dal Commissario del Governo nella Regione, e i cui componenti sono in prevalenza di designazione governativa e di estrazione burocratica (art. 45 st. V. d'A.; art. 41 legge 10 febbraio 1953, n. 62).

È vero che il controllo di legittimità non potrà essere esercitato se non mediante annullamento degli atti illegittimi. Tuttavia l'esperienza del passato remoto e recente relativo alle Province, ai Comuni e alle istituzioni di assistenza e beneficenza, dimostra che anche un controllo di legittimità — quando non sia affidato a un organo obiettivo e neutrale del tipo della Corte dei conti — ben può essere distorto (attraverso lo strumento della accentuazione o dell'allentamento della diligenza e della severità) al servizio di interessi (generalmente partitici) estranei a quello della pura e piena legalità.

L'inconveniente si ripete (e forse addirittura si accentua) con l'affidamento a un organo collegiale della Regione del controllo di legittimità sugli atti delle Province e dei Comuni (artt. 55 e 56 legge n. 62 del 1953, cit., e analoghe disposizioni degli statuti delle Regioni ad autonomia speciale).

Quanto agli altri enti pubblici — centrali o locali — il controllo di legittimità sugli atti, lì dove è previsto (e la disorganica molteplicità delle forme ne costituisce forse il maggior difetto), continua a essere, generalmente, in balia dell'autorità governativa.

È vero che gli abusi del controllo possono esser corretti in sede di giurisdizione amministrativa. Ma, a parte i rallentamenti e gli altri inconvenienti che ciò comporta (i quali costituiscono anch'essi una diminuzione dell'autonomia), nessuno potrebbe negare che l'esistenza di controlli di legittimità non immuni « per costruzione » da interferenze politiche rappresenti per sé sola una incisione dell'autonomia.

A proposito del controllo sugli atti dei Comuni e delle Province affiora poi una perplessità. Può effettivamente dirsi che siano coerenti con l'art. 130 Cost. — il quale dispone che tale controllo deve essere esercitato da « un organo della Regione » — le disposizioni degli artt. 55 e 56 della citata legge n. 62 del 1953, che prevedono l'ingresso nelle Commissioni di controllo — accanto a tre rappresentanti della Regione e a un magistrato (il quale, data la veste neutrale della magistratura e il risalire della designazione al capo dell'ufficio giudiziario, dà luogo a minori dubbi) — di un membro « nominato » dal Commissario del Governo? È vero che l'art. 130 Cost. vuole che sia la legge dello Stato a regolare la composizione dell'organo. Ma ciò contribuisce a render più difficile l'ammettere che la legge istitutiva dell'organo potesse immettere in questo membri di nomina governativa. Se infatti nulla si oppone a che la Regione disponga che di un proprio organo facciano parte elementi della burocrazia statale (eventualmente anche di designazione statale), non appare invece facile ammettere che una legge statale, cui è

demandato dalla Costituzione il compito di regolare la composizione di un organo regionale, provveda chiamando a far parte di questo esponenti della burocrazia statale e di nomina statale.

Quanto si è detto a proposito degli atti degli enti minori, circa l'esigenza che, a salvaguardia dell'autonomia, il controllo di legittimità venga esercitato sempre da un organo estraneo alle competizioni politiche, dovrebbe valere anche per l'esercizio dei poteri di controllo sostitutivo in caso di omissione di atti obbligatori per legge (art. 19, comma 5, t.u. com. e prov. 1934 modif. con legge 8 marzo 1949, n. 277, e art. 104 stesso t.u.). Realizzato in tal modo il controllo sostitutivo non ripugnerebbe, in via di principio, neppure alla autonomia regionale, nonostante il carattere costituzionale di questa, se non fosse per la tassatività delle misure di controllo statale ammesse dagli artt. 125 e 126 Cost.

Ciò che si è detto a proposito dei controlli sugli atti e del controllo sostitutivo non può valere invece per il controllo *sull'attività*. Le misure in cui generalmente si risolvono nel nostro ordinamento i controlli sull'attività (i quali si esercitano attraverso l'esame continuo o saltuario dell'operato dell'amministrazione soggetta al controllo, nei cui confronti sono a tal fine ammesse anche ispezioni, indagini, ecc.) sono la sospensione a opera dell'autorità di controllo, o addirittura la sostituzione, degli organi ordinari, che abbiano male operato o non siano in grado di operare, mediante organi straordinari (destinati a durare per il tempo indispensabile alla nuova costituzione di quelli ordinari) (art. 126 Cost.; artt. 149 e 323 t.u. com. e prov. 1915).

E poiché tali misure possono essere adottate solo in casi gravi e presuppongono valutazioni di convenienza ai limiti della politica, appare appropriato che esse vengano adottate dal potere esecutivo, e cioè in una sede del cui operato si possa esser chiamati a rispondere sul piano politico.

Che poi nei confronti delle Province e dei Comuni gli anzidetti poteri siano stati conservati all'esecutivo dello Stato (art. 64 legge 10 febbraio 1953, n. 62) può servire come fattore di temperamento e di equilibrio all'attribuzione alla Regione (e non a un organo neutrale) del controllo sugli atti di quegli enti minori.

Ragioni di completezza e di efficienza del sistema dei controlli esigerebbero che esso venisse costantemente accompagnato dalla possibilità di chiamare a rispondere patrimonialmente gli amministratori che in sede di controllo siano stati colti in difetto. Di qui l'esigenza di integrare sotto questo profilo la giurisdizione contabile, attualmente per più versi lacunosa, fino a sottoporre ad essa, indistin-

tamente e automaticamente, l'operato di tutti gli amministratori di enti pubblici.

Un'alternativa potrebbe esser rappresentata dall'ammissione dell'azione popolare per far affermare la responsabilità di qualsiasi pubblico amministratore.



## Sul regime attuale del silenzio - inadempimento della pubblica Amministrazione

Publicato in

*Rivista di Diritto Processuale*  
Padova, 1977, pp. 169-194

*Il processo amministrativo*  
*Scritti in Onore di Giovanni Miele*  
Milano, 1979, pp. 501-525



1. — Nel lodevole intento di rendere più agevole, a chi è costretto a batterla, la via della giustizia amministrativa, intralciata oltre misura in passato dall'onere della previa consumazione dei rimedi amministrativi c.d. ordinari per poter adire il giudice o proporre il ricorso straordinario (art. 34, t. u. Cons. St.; art. 5, t. u. com. e prov. 1934), le leggi del 1971 di riforma della giustizia amministrativa hanno, da un lato, consentito di adire la via giurisdizionale anche senza la previa utilizzazione dei rimedi amministrativi, e, dall'altro, disposto che, in caso di silenzio dell'Amministrazione protrattosi oltre novanta giorni sul ricorso ad essa presentato, il ricorrente ha la possibilità di impugnare direttamente in sede giurisdizionale o straordinaria lo stesso provvedimento invano impugnato in sede amministrativa (art. 6, d. p. r. 24 novembre 1971, n. 1199; art. 20, l. 6 dicembre 1971, n. 1034) (1). In tal modo esse hanno innovato profondamente rispetto alla disciplina precedentemente contenuta nell'art. 5, t. u. com. e prov. 1934. Quest'ultimo infatti disponeva che, in caso di silenzio serbato per oltre centoventi giorni dall'autorità adita col ricorso gerarchico (e la regola valeva anche per gli altri ricorsi amministrativi necessari per la formazione del « provvedimento definitivo »), il ricorrente aveva l'onere di mettere in mora l'autorità stessa mediante la notifica di una apposita istanza di decisione (atto di messa in mora) se voleva proseguire nell'azione. « Trascorsi sessanta giorni dalla notificazione di tale istanza, senza che sia intervenuta alcuna decisione »

---

(1) Per una recente ricognizione critica dei problemi che la nuova normativa ha suscitato v. Cassarino, *Rapporti fra ricorsi amministrativi ordinari e ricorso giurisdizionale*, in *Impresa ambiente e pubbl. amministrazione*, 1976, 301 ss., e ivi, a p. 341, la bibliografia.

— concludeva la normativa della materia — « il ricorso si intende, a tutti gli effetti di legge, come rigettato ». Con la conseguenza che il ricorrente in sede amministrativa poteva finalmente (osservando il termine di decadenza previsto dalle leggi) farsi ricorrente in sede giurisdizionale, o, se preferiva, poteva avvalersi del ricorso straordinario, impugnando il « silenzio-rigetto », e, in realtà, facendo valere nella nuova sede, più ricca di garanzie, le doglianze che non avevano avuto udienza in sede amministrativa.

La scomparsa di questo meccanismo, che era uno degli aspetti caratterizzanti del primo stadio dell'azione in sede di giustizia amministrativa, ha assolto una funzione risanatrice in riferimento ai casi di silenzio mantenuto dall'Amministrazione sui ricorsi ad essa presentati (c.d. silenzio-rigetto). Essa ha però avuto un effetto indotto tutt'altro che positivo nell'ambito di quei casi di silenzio serbato dall'Amministrazione sulle istanze presentate dagli amministrati, che l'Amministrazione stessa sia tenuta per legge a prendere in esame in vista del provvedimento sollecitato, senza che una legge, attribuendo al silenzio un « valore legale tipico » (nella specie, di reiezione dell'istanza) (2), offra per tale via, a colui che non abbia ottenuto il provvedimento richiesto, la possibilità di ricorrere contro il tacito rifiuto.

Quando — diversamente dai casi appena accennati — nessuna norma attribuisca alla omissione di pronuncia su un'istanza un « valore legale tipico », il silenzio dell'Amministrazione non ha — come è ovvio e ben noto — altro valore che quello di inadempimento all'obbligo di pronunciarsi sull'istanza: si tratta cioè di un mero silenzio-inadempimento (3). A differenza dei casi di silenzio avente « valore legale tipico » reiettivo — nei quali può agire in via giustiziale per impugnare il rigetto della propria istanza (4) — il richiedente non ha perciò da dolersi di altro, se non della mancata pronuncia, e non ha, in via di giustizia, altra possibilità, che quella di chiedere, puramente e semplicemente, la dichiarazione di illegittimità dell'omissione (5):

---

(2) Circa la cautela da osservare nell'attribuire al silenzio su un'istanza, al di là della formulazione legislativa, valore legale tipico di reiezione (e cioè di « provvedimento » di rigetto), v. Sandulli, *Manuale di dir. amministrativo*, 12<sup>a</sup> ed., Napoli, 1974, 461 ss.

(3) V., per tutti, Sandulli, *loc. cit.*, e soprattutto la monografia di Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971.

(4) V., p. es., TAR Campania 12 novembre 1975, n. 267, in *TAR*, 1976, 287.

(5) La giurisprudenza si è consolidata in questi sensi a partire dalla decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 3 maggio 1960, n. 8, in *Cons. St.*, 1960,

ciò anche in vista di un successivo invito all'Amministrazione ad ottemperare al giudicato formatosi sul punto, nonché, gradatamente, della richiesta di interventi sostitutivi (da conseguire, occorrendo, anche attraverso il c.d. giudizio di ottemperanza *ex art. 27, n. 4 t. u. Cons. St. e art. 37, l. 1034 del 1971*).

La giurisprudenza, come riferirò più avanti, aveva esteso ai casi di silenzio di questo tipo le regole dettate dall'art. 5, t. u. com. e prov. per il silenzio-rigetto formatosi su un ricorso amministrativo. Ora che la nuova normativa sui rapporti tra ricorsi amministrativi ordinari da un lato e ricorso giurisdizionale e straordinario dall'altro ha profondamente innovato rispetto a quelle regole (tanto che — al di là della formulazione contenuta al riguardo nell'art. 6, d. p. r. 1199 del 1971, la quale peraltro non trova rispondenza nell'art. 20, l. 1034 del 1971 — non appare neppure corretto, quanto meno fuori delle ipotesi in cui il ricorso amministrativo sia stato presentato per motivi di merito, parlare più di silenzio-rigetto (6), assumendo ormai il silenzio

I, 822 (sul punto v. specialmente p. 831). In precedenza essa appariva generalmente orientata (e se ne coglie tuttora la traccia nel fatto che il silenzio-inadempimento viene indicato col nome di « silenzio-rifiuto ») nel senso di configurare sempre come manifestazione di reiezione il silenzio su un'istanza (v., tra le altre pronunce, p. es., Cons. St., VI sez., 29 ottobre 1951, n. 538, in *Foro amm.*, 1952, I, 3, 134; 24 febbraio 1953, n. 68, in *Cons. St.*, 953, I, 136; e, tra quelle di poco anteriori alla chiarificazione effettuata dall'importante decisione dell'Ad. plenaria sopra ricordata, IV sez., 23 ottobre 1959, n. 1038, in *Cons. St.*, 1959, I, 1336; V sez., 28 novembre 1959, n. 777, in *Foro amm.*, 1959, I, 1513; VI sez., 9 marzo 1960, n. 105, in *Cons. St.*, 1960, I, 472). Nei medesimi sensi era orientata la dottrina (v. per tutti Forti, *Il « silenzio » della pubbl. amministrazione ed i suoi effetti processuali*, in *Studi in on. di F. Cammeo*, Padova, 1933, I, 533 ss.). Non mancavano tuttavia pronunce in cui — specialmente quando erano in discussione casi per i quali la legge richiedeva procedure articolate — risultava chiaro l'imbarazzo a muoversi nell'ambito dei menzionati schemi (v., p. es., IV sez., 13 aprile 1934, in *Giur. ital.*, 1934, III, 214; e, in epoca più vicina, V sez., 13 gennaio 1954, n. 51, in *Cons. St.*, 1954, I, 44; 24-luglio 1959, n. 517, *ivi*, 1959, I, 1094).

All'indirizzo segnato dall'Adunanza plenaria aderirono prontamente le sezioni del Consiglio di Stato: v. infatti V sez., 14 ottobre 1961, n. 529, *ivi*, 1961, I, 1659; 7 aprile 1962, n. 502, *ivi*, 1962, I, 716; 15 dicembre 1962, n. 1157, *ivi*, 2038. Nella giurisprudenza recente v., solo a titolo esemplificativo, Cons. St., VI sez., 26 luglio 1969, n. 314, in *Cons. St.*, 1969, I, 1040; 26 ottobre 1971, n. 802, *ivi*, 1971, I, 1978; TAR Sicilia, 21 giugno 1974, n. 46, *ivi*, 1974, p. spec., 151; TAR Molise, 9 ottobre 1974, n. 10, *ivi*, 1974, parte spec., 333; TAR Lazio, II sez., 9 luglio 1975, n. 273, in *TAR*, 1975, I, 1902; TAR Campania, 12 novembre 1975, n. 267, *cit.*

Nel senso che il giudizio sul silenzio-inadempimento abbia carattere dichiarativo e non costitutivo, v. Sandulli, *op. cit.*, 953; Roehrsen Di Cammerata, *Notazioni sull'impugnabilità del silenzio della pubbl. amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 148 ss. Altre citazioni *sub nota* 49.

(6) Sulle obiezioni che, anche a proposito del ricorso amministrativo presen-

serbato sul ricorso amministrativo presentato per motivi di legittimità un mero valore procedimentale, non molto dissimile da quello cui si riferisce, come presupposto dell'azione di ottemperanza, l'art. 90, reg. proc. Cons. St.), è entrato in crisi, nella giurisprudenza e nella dottrina, il meccanismo di formazione del silenzio-inadempimento. È entrato cioè in crisi l'unico mezzo — esso stesso piuttosto insoddisfacente — di cui il cittadino dispone per potersi inoltrare sullo scabroso sentiero della giustizia amministrativa nei confronti dell'Amministrazione invano richiesta di pronunciarsi su un'istanza sulla quale la pronuncia sia doverosa.

Una parte della giurisprudenza e della dottrina — efficacemente contrastata da un'altra parte — ritiene infatti che ormai, al formarsi della fattispecie del silenzio-inadempimento, sia sufficiente il decorso, a partire dall'istanza presentata dall'interessato, dei novanta giorni richiesti dall'art. 6, d. p. r. 1199 e dall'art. 20, l. 1034 (7).

tato per motivi di merito, possono opporsi alla configurazione come rigetto della mancata decisione entro i novanta giorni, v. Sandulli, *op. cit.*, 462.

(7) Si sono pronunciati in tali sensi, in giurisprudenza, TAR Sicilia, 18 aprile 1975, n. 102, in *Foro amm.*, 1975, I, 2, 110; TAR Liguria, 12 giugno 1975, n. 114, in *TAR*, 1975, I, 2375; TAR Lazio, III sez., 23 giugno 1975, n. 255, *ivi*, 1956; 30 giugno 1975, n. 269, *ivi*, 1966; 31 maggio 1976, n. 285, *ivi*, 1976, I, 2262; 28 giugno 1976, n. 314, 315 e 316, *ined.*

Nel senso della permanente applicabilità, nei casi di silenzio-inadempimento, della normativa dell'art. 5, t. u. com. e prov. del 1934, v. invece TAR Toscana, 24 ottobre 1974, n. 125, in *TAR*, 1975, I, 173; 28 novembre 1974, n. 151, in *TAR*, 1975, I, 351; 13 febbraio 1975, n. 14, *ivi*, 606; 16 ottobre 1975, n. 367, *ivi*, 3458; 26 ottobre 1975, n. 426, *ivi*, 1976, 217; Cons. giust. amm. R. sic. 25 febbraio 1975, n. 58, in *Cons. St.*, 1975, I, 213; TAR Marche, 18 aprile 1975, n. 25, in *TAR*, 1975, I, 1636; TAR Calabria, 12 dicembre 1975, n. 261, *ivi*, 1976, I, 688; TAR Lazio, II sez., 31 marzo 1976, n. 213, in *TAR*, 1976, I, 1205.

Alcune delle decisioni che si sono orientate nel primo senso mostrano tuttavia di rendersi conto degli inconvenienti che l'estensione *sic et simpliciter* dell'art. 6 d. p. r. n. 1199 del 1971 al silenzio-inadempimento potrebbe produrre. Difatti il TAR Sicilia ha, con non molta coerenza, affermato che l'effetto del citato articolo si produrrebbe, in caso di silenzio-inadempimento, solo quando siano trascorsi novanta giorni da un *atto di diffida notificato* all'Amministrazione (dec. 102 del 1975 cit.); in tali sensi anche TAR Campania, 25 febbraio 1976, n. 230, in *TAR* 1976, I, 1586). Il TAR Liguria — derogando anch'esso alla normativa del 1971 — ha a sua volta escluso che il silenzio-inadempimento si produca quando vi sia stata « una seria manifestazione, da parte dell'Amministrazione, dell'intendimento di trattare la pratica, ad esempio mediante la richiesta di documenti aggiuntivi o di altri adempimenti istruttori » (dec. 114 del 1975 cit.). Delle difficoltà che possono insorgere da una pura e semplice applicazione dell'art. 6 si dà carico anche Barone, *In tema di procedimento per la formazione del silenzio impugnabile*, n. 3, in *Giur. ital.* 1977, il quale, pure, è tra i sostenitori dell'applicabilità integrale di quell'articolo ai casi di silenzio-inadempimento.

2. — La mancanza di certezza in questa materia non è di poco momento.

Nell'attuale fase storica l'esercizio di tante libertà e diritti fondamentali è condizionato alla emanazione di un previo provvedimento dell'Amministrazione. Anche fuori di quegli ambiti che costituiscono, per così dire, campi di signoria dell'Amministrazione, — nei quali perciò quest'ultima opera a mezzo di provvedimenti di tipo concessorio (onde un diritto non può nascere nell'amministrato se non in virtù di un provvedimento di tale tipo) —, il privato, pur qualificato a una certa attività da un vero e proprio diritto, frequentemente assistito da garanzia costituzionale, è costretto a rivolgersi a un'autorità

---

Il Consiglio di Stato, il quale non si era ancora pronunciato motivatamente in argomento, ha con una recentissima ordinanza (VI sez., 13 maggio 1977 n. 412), finora inedita, deferito la questione all'Adunanza plenaria.

L'orientamento nel senso dell'applicabilità della normativa tradizionale, già ravvisabile nella decisione V sez. 20 giugno 1975, n. 879, in *Cons. St.*, 1975, I, 825, è stato seguito nel parere III sez. 23 aprile 1975, n. 207/73, *ivi*, 1976, I, 1323, nonché nella decisione VI sez. 19 ottobre 1976, n. 355, *ivi*, 1976, I, 1101, nonché nell'altra VI sez. 14 dicembre 1976 n. 447, finora inedita.

Nella dottrina si sono espressi nel senso dell'applicabilità anche al silenzio-inadempimento della nuova normativa dettata per il silenzio su ricorso, Giallombardo, *Silenziario-rigetto e silenzio-rifiuto nell'attuale momento legislativo e giurisprudenziale*, in *TAR*, 1975, II, 225; Paleologo, *Ricorsi amministrativi ordinari e nuova disciplina del commercio*, in *Atti del XVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione* (Varenna 1972), Milano 1975, 204 s. Franchini, *Principi di riforma della giustizia amm. nei recenti provvedimenti normativi*, Milano, 1972, 38; Roehrsen Di Cammarata, *Notazioni cit.*, 147 s.; Amoroso, *Il silenzio-rifiuto nel nuovo sistema della giustizia amm. in Regioni e comunità locali*, 1976, 43 ss.; Barone, *op. cit.*, n. 3; e, subito dopo l'entrata in vigore delle leggi del 1972, anche chi scrive (Sandulli, *I tribunali amministrativi regionali*, Napoli, 1972, 57 s.; v. però *Manuale cit.*, 465). V. anche Serio, *Appunti sul silenzio-rifiuto nella nuova normativa sul ricorso gerarchico*, in *TAR*, 1975, II, 51 s., secondo il quale però, ai fini della formazione del silenzio-rifiuto, i novanta giorni decorrerebbero solo se sia stato notificato un atto di messa in mora (si configura così un ibrido inaccettabile).

In senso contrario, invece, Quaranta, *Il silenzio della pubbl. amm.*, in *Foro amm.*, 1972, III, 344; Salone, *Silenziario-rifiuto. Abrogazione dell'art. 5 t. u. 385 del 1934 e termine per provvedere da parte della pubbl. amm.*, in *Cons. St.*, 1974, II, 1295 ss.; Moscatelli, *Dopo l'istituzione dei tribunali regionali amm.: silenzio-rigetto e silenzio-rifiuto*, in *Nuova rass.*, 1973, 1902 s.; Caracciolo-Lagrotteria, *Riflessi delle recenti leggi di giustizia amm. sul silenzio della pubbl. amministrazione*, in *Foro amm.*, 1975, II, 243 s.; Gentile, *Spunti critici sul silenzio-rifiuto e sul silenzio-rigetto*, in *TAR*, 1975, II, 53 ss. (e già *Il silenzio della pubbl. amm.*, in *Riv. amm.*, ERSA, I, 825); Mastragostino, *Rilievi interpretativi sull'attuale disciplina del silenzio della pubbl. amm.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 270 ss.; Galassi, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, in *Amm. e società*, 1975, 1072; S.A. Romano, *In tema di silenzio-rifiuto*, in *Giur. merito*, 1976, III, 155 s.

amministrativa per ottenere provvedimenti di ammissione, abilitazione, autorizzazione, o di tipo analogo o affine, in vista dell'esercizio del diritto di cui trattasi o della variazione delle modalità dell'esercizio stesso. Per rendersi conto dell'importanza di questi provvedimenti e dell'esigenza che per i privati generalmente riveste la loro tempestività, dasterà tener presente che tra essi rientrano le iscrizioni negli albi professionali o in altri albi o registri costituenti titolo di legittimazione a particolari attività di lavoro o d'impresa; i libretti di circolazione di autoveicoli e di natanti, le patenti di guida, i certificati di collaudo di macchine ed impianti di ogni genere; i permessi di abitabilità; gli accertamenti della rispondenza di prodotti da immettere in commercio ai requisiti prescritti; i passaporti; le autorizzazioni all'esercizio del commercio; le licenze edilizie; gli atti (cui sono interessati gli imprenditori) che dispongono aumenti dei prezzi e delle tariffe stabiliti autoritativamente per i beni e i servizi forniti da privati nell'esercizio della libera attività d'impresa.

Quelle in tal modo condizionate non sono soltanto attività economiche e lavorative. Non pochi degli interventi amministrativi di cui si è detto incidono su libertà, da considerare, ai sensi della Costituzione (non altrimenti, del resto, dalla stessa libertà di lavoro) « inviolabili » (8).

Comunque è legittimo chiedersi se sia compatibile con la Costituzione che l'ordinamento giuridico — allorché prescrive che l'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti sia condizionato da previ interventi (di tipo permissivo o affine) da parte dell'autorità amministrativa, basati sull'accertamento e la valutazione (spesso di carattere meramente tecnico) di determinati presupposti che la legge esige per l'esercizio stesso — non appresti anche meccanismi idonei ad assicurare che quest'ultimo non rimanga paralizzato, al di là di un tempo ragionevole, dalla mancata risposta dell'Amministrazione.

Tutti conoscono il grave fenomeno della svalutazione monetaria che travaglia il Paese e l'incremento dei costi delle materie prime e degli altri elementi della produzione. Nei repertori di giurisprudenza diventano tuttavia sempre più copiosi i casi di platoniche pronunce giurisdizionali intervenute a distanza di anni, che dichiarano l'illegittimità dei comportamenti di c.d. « silenzio-rifiuto » (*rectius*: silenzio-

(8) Sulle libertà inviolabili, e sul senso in cui l'invioleabilità va intesa, v. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella costituzione italiana*, Padova, 1972.

inadempimento) serbato dalle autorità competenti sulle istanze presentate dagli operatori economici per sollecitare l'adeguamento di prezzi e tariffe agli intervenuti aumenti dei costi. Si dà il caso che anche dopo tali pronunce l'autorità spesso non provvede, costringendo gli interessati all'ulteriore impervio cammino del giudizio di ottemperanza e del suo non agevole sèguito. Non può dirsi che in questo modo siano adeguatamente assicurate agli interessati quelle garanzie che la Costituzione si è preoccupata di affermare così nei confronti delle libertà e dei diritti di cui trattasi, come nei confronti della loro difesa in giudizio.

Con questo non intendo dire che sarebbe costituzionalmente necessario in materia che la legge configurasse come silenzio-accoglimento tutti i casi in cui, essendo l'autorità amministrativa tenuta a pronunciarsi sull'istanza del privato, non lo faccia entro un congruo, non lungo, termine. Una simile configurazione è stata effettuata in moltissimi casi (9): il legislatore, evidentemente consapevole del problema, ne ha fatto impiego, negli ultimi anni, su scala più vasta che in passato; e sicuramente potrebbe allargare di molto il numero dei casi (oltre tutto una normativa del genere contribuirebbe a responsabilizzare gli amministratori e ad incrementarne perciò l'operosità). Intendo tuttavia evidenziare piuttosto che il legislatore dovrebbe optare per una soluzione diversa da quella appena accennata solo quando ciò appaia ragionevolmente indispensabile. Ma soprattutto intendo evidenziare che, nei casi in cui l'Amministrazione sia tenuta a pronunciarsi su una istanza di chi sia interessato ad ottenere un provvedimento condizionante l'esercizio di un diritto (uno di quelli che chiamo « diritti in attesa di espansione » appunto perché l'esercizio ne è condizionato da una previa pronuncia dell'autorità), al silenzio dell'autorità dovrebbe essere necessariamente attribuito un « valore legale tipico ». Laddove non sia opportuno attribuirgli valore di accoglimento dell'istanza dell'interessato, ostandovi attendibili ragioni, non potrebbe mancarsi di attribuirgli quello di reiezione; sì da consentire all'istante la possibilità di far valere immediatamente davanti a un giudice l'illegittimità del rifiuto, senza essere obbligato a percorrere il defatigante e vessatorio cammino del ricorso occorrente per far dichiarare l'illegittimità del mero inadempimento. Un ricorso la cui necessità rappresenta un

---

(9) Esempi in Sandulli, *op. cit.*, 461.

surrogato del diniego di giustizia e uno strumento di elusione dell'art. 24 Cost. (10).

Si tratta di un'esigenza tanto più imperiosa, in quanto la giurisprudenza civile si è venuta consolidando nel senso di negare ogni possibilità di azione risarcitoria nei confronti dell'Amministrazione che abbia fatto illegittimo uso del proprio potere alla cui estrinsecazione in senso positivo la legge condiziona l'esercizio di un diritto del privato (11). Onde i pubblici amministratori possono operare a loro arbitrio, non di rado facendo del potere — impuniti e spesso al riparo delle garanzie costituzionali — strumento di proselitismo, di persecuzione o di demagogia (12).

La parentesi che ora chiudo dovrebbe servire ad evidenziare quanto maggiormente gravi siano le ulteriori ingiurie che alle posizioni

(10) Ragionando per assurdo — ma in riferimento alla diversa ipotesi del silenzio su ricorso — la ricordata decisione Cons. St., ad. plen., 3 maggio 1960, n. 8, rileva (p. 829) che appare « complicato e formalistico » strutturare il rimedio giurisdizionale in modo che esso esaurisca la sua funzione nell'affermazione di « quella stessa pretesa ad ottenere la decisione » (amministrativa), « cui è preordinato l'atto di diffida ». Non altrettanto sensibile quella importante decisione ha saputo dimostrare però in riferimento ai casi di silenzio-inadempimento (che in essa vengono denominati di silenzio-rifiuto).

Borsi, *Il silenzio della pubbl. amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, in *Giur. ital.*, 1903, IV, c. 273, già avvertiva che a ben scarsi risultati può condurre un ricorso contro un comportamento omissivo allorché il giudice debba limitarsi alla dichiarazione dell'illegittimità di tale comportamento, senza nulla potere statuire in ordine a ciò che l'Amministrazione dovrebbe fare.

L'esigenza di adeguate garanzie per il cittadino di fronte all'inerzia dell'Amministrazione è vecchia quanto la tematica della giustizia amministrativa. In parlamento se ne discusse infatti già in sede di istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato. Nel citato scritto, occasionato dalla sentenza di quest'ultima del 22 agosto 1902, di cui appresso si dirà, Borsi (272-276, in nota) riporta un ampio brano del vano intervento del sen. Cavallini (alle cui sollecitazioni aderì il sen. Pierantoni) perché l'argomento fosse affrontato già in quella occasione (*Atti Senato*, legis. XVI, II sess., Discussioni, tornata del 22 marzo 1888). Quando finalmente, molti anni dopo, il problema emerse a livello legislativo preparatorio, se ne trattò però solo in riferimento al silenzio sui ricorsi (v. al riguardo il testo proposto dalla commissione reale istituita col r. d. 13 luglio 1910 per lo studio della riforma della giustizia amministrativa: esso è riportato nella relazione del Codacci-Pisanelli, pubblicata in *Riv. dir. pubbl.*, 1916, I, 314). E anche in questo limitato campo bisognò attendere il 1934 perché i propositi si traducessero in legge.

(11) Citazioni in Garri, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Torino, 1975, 36 ss., 60 ss., 265 ss., 271 ss., 386 ss.

(12) Ben scarsa è la garanzia che può offrire agli interessati la normativa sulla responsabilità verso i terzi contenuta negli artt. 22 ss. dello statuto degli impiegati civili dello Stato (t. u. 10 gennaio 1957, n. 3). Essa si riferisce soltanto agli impiegati e non anche agli altri amministratori; inoltre copre soltanto i casi in cui vi sia stata una lesione di diritti.

soggettive dei privati possano derivare dalle incertezze che la nuova regolamentazione degli effetti del silenzio serbato dall'autorità sui ricorsi amministrativi ordinari ha fatto nascere, per un fenomeno d'induzione, a proposito del formarsi della fattispecie di silenzio-inadempimento. Le divergenze di opinioni dei giudici, e i gravami che ne conseguono, aggiungono, in materia, ostacolo ad ostacolo, ritardo a ritardo.

3. — Per stabilire se e quali conseguenze siano derivate dalla nuova regolamentazione degli effetti del silenzio sui ricorsi alla disciplina della formazione del silenzio amministrativo che concreta un inadempimento all'obbligo di pronunciarsi su un'istanza di altro genere, sarà bene risalire al modo in cui si maturò, si formò e visse la normativa anteriore alla riforma del 1971.

È risaputo che lo stesso istituto del silenzio-rigetto-del-ricorso fu una creazione giurisprudenziale (ricavata dai principi generali in materia di giustizia amministrativa), la quale risale a una famosa pronuncia della IV sezione del Consiglio di Stato intervenuta il 22 agosto 1902 (13), che ritenne ammissibile un ricorso con cui l'interessato, dopo avere invano sollecitato ripetutamente l'autorità gerarchica a provvedere sul suo reclamo, le aveva notificato un atto intimandole di provvedere entro dieci giorni, con riserva di far valere altrimenti le proprie ragioni « a sensi di legge », e aveva successivamente investito del caso il giudice amministrativo (14). L'orientamento giurisprudenziale in tal modo instaurato — che ancora nel 1941 un autorevole scrittore definiva frutto di un'« ardita tesi » (15) — rispondeva a una evidente esigenza (16). Si spiega dunque il suo consolidamento, e la sua canonizzazione, dopo una esperienza ultratrentennale, nell'art. 5,

(13) Essa è pubblicata in *Giur. ital.*, 1902, III, 343.

(14) Ricorda Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., 489, che un parere del Consiglio di Stato del 18 maggio 1900 (in *Riv. amm.*, 1900, 761) aveva già affermato che « il rifiuto di provvedere o il prolungato silenzio, constatato nelle forme legali (atto d'usciera) possono costituire presunzione di rigetto e lasciare àdito, se la gerarchia ha più istanze, al ricorso all'autorità superiore ». Borsi, *Il silenzio cit.*, 261, nota 1, nega però che prima della ricordata decisione del 1902 la giurisprudenza abbia mai ammesso la ricorribilità contro una omissione di provvedimento.

(15) Borsi, *La giustizia amministrativa*, 7. ed., Padova, 1941, 80. Dell'accoglienza fatta dalla dottrina alla equiparazione del silenzio al rigetto del ricorso riferisce ampiamente Montagna, *Il silenzio della pubblica Amministrazione*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, Roma, 1952, II, 263 ss.

(16) Tra le pronunce successive nei medesimi sensi, v. Cons. St., IV sez., 13 giugno 1913, riferita da Montagna, *op. cit.*, 404, in nota.

t. u. com. e prov. del 1934, il quale — ispirandosi, come già la giurisprudenza, a un decreto francese del 2 novembre 1864 (anziché alla successiva legge 17 luglio 1900) (17) — definì con precisione, nei sensi dianzi riferiti, i tempi e i modi per l'acquisto, da parte del silenzio, del valore legale tipico di rigetto del ricorso amministrativo.

La giurisprudenza, la quale — evidentemente ispirata da una medesima *ratio* — già aveva dato, anche al di fuori della materia dei ricorsi amministrativi, altri segni di una disponibilità nel senso della apertura della via giurisdizionale in presenza della omissione, da parte dell'Amministrazione, di atti doverosi (18), cominciò a partire dal principio degli anni Trenta, un'azione di assimilazione, ai fini della ricorribilità in sede giurisdizionale, del silenzio serbato dall'Amministrazione su altre istanze a quello mantenuto sui ricorsi amministrativi. Ciò avvenne sempre con riferimento a casi in cui l'Amministrazione

(17) Entrambi i testi sono riportati in Montagna, *op. cit.*, 418. Il decreto enunciava l'obbligo dei ministri di decidere entro quattro mesi sui ricorsi ad essi presentati, e aggiungeva che, decorso tale termine senza che una decisione fosse intervenuta, « les parties peuvent considérer leur réclamation comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil d'Etat ». La legge estendeva il raggio d'azione anche ai casi di silenzio su istanze diverse dai ricorsi e disponeva che, in tutti i casi nei quali l'azione giurisdizionale non potesse esser promossa se non attraverso l'impugnativa di un provvedimento, trascorsi quattro mesi senza che alcun provvedimento fosse intervenuto « les parties intéressées peuvent considérer leur demande comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil d'Etat ».

Si noti che entrambi i testi attribuiscono al semplice silenzio mantenuto per quattro mesi il valore legale tipico di reiezione. Di qui la mancata previsione di un atto di messa in mora.

(18) Montagna, *op. cit.*, 397, indica come il caso più remoto una decisione della IV sezione del 2 marzo 1894, n. 78, pubblicata in *Giust. amm.*, 1894, 164 (vi fa richiamo a p. 830, anche la ricordata decisione Ad. plen. 3 maggio 1960, n. 8), nella quale era contenuto un cenno — come M. ricorda — alla « possibile equivalenza dell'omissione di qualunque provvedimento alla formale dichiarazione di diniego », con conseguente apertura all'impugnazione del diniego davanti al Consiglio di Stato (ma v. già un cenno di apertura in Cons. St., IV sez., 13 aprile 1893, n. 146, in *Giust. amm.*, 1893, 197. Una disposizione nei medesimi sensi è stata colta da taluno nelle decisioni della V sezione 9 febbraio 1912, in *Giur. ital.*, 1912, III, 258, e della IV sezione 22 maggio 1914, *ivi*, 1914, III, 274, che però sono tutt'altro che univoche in tali sensi (v., rispettivamente, per la prima decisione, la nota redazionale di commento, *loc. cit.*, e, per la seconda, Forti, *Il « silenzio » cit.*, 543).

Merita menzione il fatto (significativo ai fini di quanto si dirà al n. 8) che nella prima delle due decisioni viene enunciata la tesi che quello che la nota redazionale denomina « atto negativo compiuto col silenzio » potrebbe essere impugnato senza limiti di tempo (nei medesimi sensi, in riferimento a una fattispecie quasi identica, Cons. St., V sez., 13 aprile 1928, in *Foro it.*, 1928, III, 105). Montagna, *op. cit.*, 412, ricorda l'orientamento nei medesimi sensi della giurisprudenza francese relativa ai casi di silenzio, e riferisce delle posizioni dottrinali assunte, in proposito, da Borsi e Forti.

zione potesse esser considerata *tenuta* a provvedere sull'istanza, e fosse intervenuto un atto di *messa in mora* da parte dell'interessato.

Anche in questi casi fu richiesto infatti, per la proponibilità del ricorso giurisdizionale, già prima dell'emanazione del t. u. com. e prov. del 1934, che l'istanza originariamente presentata all'Amministrazione fosse stata seguita, dopo un congruo spazio di tempo, da un atto notificato, il quale assegnasse a sua volta all'Amministrazione un congruo termine (19). Ma non per questo fu ritenuto, dopo l'entrata in vigore del t. u. del 1934, che dovessero trovare applicazione, anche nei casi di silenzio su un'istanza diversa dai ricorsi, i termini stabiliti dall'art. 5 di quel t. u. (20). Solo in tempi a noi più vicini la giu-

(19) L'esigenza di un atto di messa in mora non sempre veniva affermata, in precedenza, dalla giurisprudenza (anche nei casi di silenzio su ricorso). V. infatti, p. es., Cons. St., IV sez., 24 ottobre 1923, n. 728, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, II, 684; V sez., 21 gennaio 1927, in *Foro it.*, 1927, III, 159; 19 gennaio 1929, *ivi*, 1929, III, 119. Era tuttavia diffusa la prassi di notificare nelle forme giudiziarie l'istanza contenente l'invito a provvedere entro un termine, quando l'interessato si proponeva di adire il giudice in caso di mancata risposta. Sicché spesso istanza e diffida erano contestuali. V., p. es., V sez., 22 luglio 1926, n. 280, in *Riv. dir. pubbl.*, 1926, II, 461; IV sez., 22 giugno 1928, n. 458, in *Foro amm.*, 1928, I, 1<sup>a</sup>, 264; 27 aprile 1929, n. 234, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, II, 318.

L'esigenza di un atto di messa in mora successivo all'istanza e distinto da essa si trova enunciata nelle decisioni IV sez., 21 gennaio 1927, n. 44, in *Riv. dir. pubbl.*, 1927, II, 122; V sez., 30 luglio 1931, in *Foro it.*, 1932, III, 11; e, ancor più chiaramente come essenziale, a es., nelle decisioni V sez., 25 giugno 1932 e 27 agosto 1932, entrambe in *Foro it.*, 1932, III, 364 e 361 (con nota di Forti, il quale rilevava che la necessità della messa in mora era da considerare, all'epoca, *jus receptum*); IV sez., 27 dicembre 1932, n. 418 e 21 gennaio 1933, n. 20, entrambe in *Riv. dir. pubbl.*, 1933, II, 75 e 137; V sez., 12 settembre 1933 in *Foro it.*, 1933, III, 337; V sez., 19 gennaio 1934, in *Riv. dir. pubbl.*, 1934, II, 141; V sez., 8 febbraio 1935, n. 108, in *Foro amm.*, 1935, I, 2., 107; nonché, in riferimento a ipotesi di silenzio su ricorso, IV sez., 3 luglio 1931, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, II, 475; 27 dicembre 1932, n. 418, *ivi*, 1933, II, 75. E così in tutta la giurisprudenza successiva: (v. al riguardo le Relazioni sul Consiglio di Stato per i periodi 1936-40 (Roma, 1942), II, 634; 1941-46 (Roma, 1949), II, 488; 1947-50 (Roma, 1952), III, 191).

Nel senso che senza la previa presentazione di un'istanza e il decorso di un congruo tempo la notifica di una diffida non può bastare, v., p. es., VI sez., 8 maggio 1957, n. 239, in *Cons. St.*, 1957, I, 788; 13 novembre 1957, n. 860 in *Foro amm.*, 1958, I, 5., 168; 30 aprile 1960, n. 287, in *Mass. amm.*, 1960, 287. Altre indicazioni nella *Relazione del Presidente sul Consiglio di Stato nel settennio 1951-57*, Roma, 1959, III, 309 s.

(20) Anche dopo l'entrata in vigore del t. u. del 1934 la giurisprudenza continuò a valutare liberamente la congruità del termine assegnato con la diffida in caso di impugnativa del silenzio su un'istanza non avente carattere di ricorso. V., p. es., Cons. St., IV sez., 4 dicembre 1935, n. 460, in *Riv. dir. pubbl.*, 1936, II, 7; 1 aprile 1936, in *Foro amm.*, 1936, I, 1., 207; 22 aprile 1936, n. 202, in *Riv. dir. pubbl.*, 1936, II, 423; 24 giugno 1936, in *Foro amm.*, 1937, I, 1., 14; 26 agosto 1936, n. 434, in *Riv. dir. pubbl.*, 1936, II, 525. V. anche, tra le altre, IV sez., 3 aprile 1940, n. 195,

risprudenza ha ritenuto di estendere (affermando di farlo « per analogia » (21) ) ai casi in questione, — in corrispondenza con le disposizioni dell'art. 5 del t. u. del 1934 —, dapprima la necessità di assegnare all'Amministrazione, nell'atto da notificare, il termine di sessanta giorni, e poi anche la necessità di attendere, prima di tale notifica, che passassero centoventi giorni dall'istanza originaria (22).

Va anche richiamata l'attenzione sul fatto che solo in epoca abbastanza recente la giurisprudenza, la quale dappprincipio aveva attribuito al silenzio il valore di reiezione dell'istanza, si è orientata nel senso di configurare il silenzio come mera inosservanza dell'obbligo di

in *Foro amm.*, 1940, I, 1., 181; VI sez., 24 febbraio 1953, n. 68, in *Cons. St.*, 1955, I, 136.

(21) Di « analogia » parla, al riguardo, la *Relazione sul Consiglio di Stato nel settennio 1951-57* cit., III, 309, nonché la *Relazione* relativa al quinquennio 1961-65 (Roma 1969), III, 512. In tali sensi v. anche Barone, *op. cit.*

Ancora nella *Relazione sul Consiglio di Stato nel quadriennio 1947-50* cit., III, 191-194, la fattispecie del silenzio su ricorso e di quello su istanza venivano però tenute nettamente distinte, sottolineandone la diversità di regime attraverso l'evidenziazione che solo nel « particolare caso » del ricorso gerarchico « il silenzio costituisce, per espressa disposizione di legge, l'equivalente del provvedimento » (p. 194).

(22) Nella *Relazione 1951-57*, cit. alla nota prec., si trova affermato (con indicazioni giurisprudenziali) essersi, negli anni Cinquanta, « delineata sempre più insistentemente la tendenza a considerare necessario, perché tale silenzio (*scil.*: il silenzio su istanza diversa dal ricorso) possa ritenersi impugnabile, il rispetto delle forme e dei termini previsti dall'art. 5 t. u. 3 marzo 1934, n. 383, per il caso di mancata decisione del ricorso gerarchico ». Una simile affermazione ricorre in molte sentenze (p. es., *Cons. St.*, VI sez., 23 gennaio 1957, n. 32, in *Foro amm.*, 1957, I, 3., 199). In realtà, mentre non sono poche le sentenze in cui si trova affermata la necessità di assegnare, nell'atto di diffida, un termine di sessanta giorni — o, talvolta, non inferiore a sessanta giorni: che è cosa diversa da quanto dispone l'art. 5 (v., p. es., *Cons. St.*, VI sez., 29 ottobre 1951, n. 534, in *Foro amm.*, 1952, I, 3., 134; IV sez., 4 luglio 1956, n. 729, in *Cons. St.*, 1956, I, 874; V sez., 6 aprile 1957, n. 190, *ivi*, 1957, I, 485; VI sez., 13 novembre 1957, n. 860, in *Foro amm.*, 1958, I, 3., 168; IV sez., 14 novembre 1958, n. 856, in *Cons. St.*, 1958, I, 1260; VI sez., 11 marzo 1959, n. 152, *ivi*, 1959, I, 599), non sono frequenti quelle nelle quali si trova espressamente affermato che, ai fini della formazione del silenzio-inadempimento, sarebbe indispensabile che prima della notifica della diffida siano trascorsi almeno centoventi giorni dalla presentazione dell'istanza (in tali sensi v., a ogni modo, p. es., IV sez., 4 luglio 1956, n. 729, in *Foro amm.*, 1957, I, 1., 22; VI sez., 20 gennaio 1960, n. 7, in *Cons. St.*, 1960, I, 78; V sez., 14 aprile 1962, n. 333, *ivi*, 1962, I, 728; VI sez., 4 febbraio 1966, n. 116, *ivi*, 1966, I, 322; 13 marzo 1971, n. 171, *ivi*, 1971, I, 564; IV sez., 26 aprile 1972, n. 324, *ivi*, 1972, I, 605).

L'esigenza dell'osservanza del doppio termine è affermato anche nella sent. Ad. plen. 3 maggio 1960, n. 8, più volte ricordata, nonché nella *Relazione sul Consiglio di Stato nel quinquennio 1961-65*, cit., III, 512.

In senso critico, anche a proposito del termine di sessanta giorni, le osservazioni di M. N. (Nigro), in *Foro amm.*, 1956, I, 3., 183.

provvedere (non importa se positivamente o negativamente) sull'istanza (23).

Dall'esposizione che precede risulta dunque che quella del silenzio-inadempimento è una figura di origine giurisprudenziale e che la conformazione della relativa fattispecie *ad instar* della fattispecie del silenzio su ricorso configurata dall'art. 5 t. u. com. e prov. è essa stessa una creazione della giurisprudenza, ricavata dai principi.

4. — Si è parlato, al riguardo, di consuetudine (24), e, da altri, di applicazione analogica (25).

Le due ipotesi di silenzio sono però troppo dissimili per pensare alla legittima applicazione di un'integrazione analogica che si estenda necessariamente alle particolarità del procedimento. Nell'ipotesi del silenzio su ricorso è presente un atto amministrativo ed è in discussione la legittimità di esso: si tratta in sostanza di chiamare il giudice a conoscere della questione relativa alla legittimità di tale atto, inevitabilmente non presa in esame dall'autorità gerarchica. Nulla di tutto ciò vi è, secondo la giurisprudenza ormai incontestatamente imperante, nell'ipotesi del silenzio su una mera istanza: qui si tratta semplicemente di far dichiarare dal giudice la doverosità, per l'autorità amministrativa, di pronunciarsi sull'istanza, e, per ciò stesso, l'illegittimità dell'omissione (26).

In realtà, la (piuttosto recente) estensione al silenzio-inadempimento (oltrecchè del principio della giustiziabilità, altresì) dei modi e dei tempi della formazione del silenzio-rigetto impugnabile fu una forzatura della giurisprudenza, la quale senza ragione si richiamò all'analogia anche a proposito di tali particolari. Essa considerò appropriati e congrui anche per il silenzio-inadempimento quei modi e tempi; ed

(23) V. sopra, nota 5.

(24) V., tra gli altri, Sandulli, *Manuale cit.*, 465.

(25) In proposito, tra gli altri, Barone, *op. cit.*; Quaranta, *op. cit.*, 364. V. inoltre le *Relazioni cit.* sopra, nota 22. Argomenta dall'analogia anche il TAR Toscana, nelle pronunce ricordate *sub* nota 7, e specialmente in quella del 28 novembre 1974.

(26) Non si tratta peraltro di una pronuncia di poco momento, se vale a cristallizzare le posizioni soggettive del privato e dell'Amministrazione con riferimento al momento della pronuncia stessa. P. es., la giurisprudenza ritiene che la dichiarazione giurisdizionale di illegittimità del silenzio-inadempimento su istanza di licenza edilizia comporta che l'Amministrazione non può sottrarsi al rilascio della licenza con riferimento agli strumenti urbanistici vigenti al tempo della notifica della sentenza, anche se essi siano stati successivamente modificati (p. es., *Cons. St.*, V sez. 23 maggio 1975 n. 724, in *Riv. giur. edilizia* 1975, I, 412, con altre indicazioni).

evidentemente si appellò all'analogia per corroborarne con fermezza l'estensione a un diverso istituto (27).

A proposito del silenzio-rigetto, la dottrina, prima che l'istituto avesse canonizzazione nella legge comunale e provinciale del 1934, si era invece limitata a parlare (e solo in riferimento all'istituto) di « *jus receptum* », di « punto fermo costituitosi nel nostro diritto », « pacificamente ammesso, ancorché manchi qualsiasi istituzione legislativa dalla quale possa considerarsi anche indirettamente contemplato » (28). All'epoca la giurisprudenza, pur esigendo, per la formazione del silenzio impugnabile, la notificazione di un atto di messa in mora, valutava di volta in volta la congruità del tempo trascorso dall'istanza e di quello assegnato con l'atto di messa in mora.

Allo stesso modo — del pari ispirata da intento garantistico —, ma più tardi ed autonomamente — sebbene attenendosi ad analoghi criteri —, si formò la giurisprudenza sulla giustiziabilità della mancata pronuncia su un'istanza. Anche questa giurisprudenza si consolidò in *jus receptum*. Solo successivamente, a partire da una ventina d'anni dopo l'entrata in vigore del t. u. com. e prov. del 1934, e sostanzialmente per ragioni di convenienza, si consolidò in *jus receptum* — dopo notevoli contrasti iniziali protrattisi per alcuni anni (29) — anche l'estensione a questa diversa figura di silenzio dei modi e dei tempi previsti dall'art. 5 di quel t. u. per la fattispecie da esso considerata.

Pur potendo condividersi l'opinione che l'istituto del silenzio-rigetto, così come affermatosi e consolidatosi nel periodo prelegislativo, e cioè nel periodo 1902-1934, visse *anche* in virtù di una consuetudine, non può tuttavia asser messo in dubbio che esso affondava le radici in principi presenti nell'ordinamento (ed, essenzialmente, nel principio di legalità e in quello di giustiziabilità dell'azione delle autorità amministrative (30)): onde, se di consuetudine vuol parlarsi, si

---

(27) Nega espressamente il collegamento analogico la più volte ricordata sentenza Cons. St., Ad. plen., 3 maggio 1960, n. 8 (p. 830). Nel senso della profonda dissimiglianza dei due istituti, v., tra gli altri, Mastragostino, *loc. cit.*; S.A. Romano, *loc. cit.*; Calabrò, *Pronuncia completa e satisfattoria del giudice amministrativo*, in *Impresa, ambiente e pubbl. amm.*, 1976, 440.

(28) Forti, *Il « silenzio » cit.*, 541-42. Di « principio generale del nostro diritto » parla Ranelletti, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, 4ª ed., Milano, 1934, 115.

(29) Ne riferisce la *Relaz. del Cons. Stato nel settennio 1951-57 cit.*, III, 309.

(30) Al riguardo è utile rileggere lo scritto di Borsi, *Il silenzio cit.*, ispirato appunto dalla sentenza del 1902.

trattò di una consuetudine *secundum legem*. In realtà erano state ragioni di ordine formale e non di ordine sostanziale (inerenti principalmente alla mancanza dell'« atto impugnabile ») quelle che prima del 1902 avevano trattenuto la giurisprudenza sulla soglia varcata dalla sentenza di quell'anno (una soglia che, come la successiva dottrina dimostrò (31), non esisteva nella consistenza ipotizzata).

Lo stesso vale per il silenzio su istanze diverse da un ricorso.

Dunque fino al 1934 l'istituto del silenzio su ricorso, e, in un secondo tempo, anche quello del silenzio su una mera istanza, vissero — e vissero bene — indipendentemente da qualsiasi disposizione legislativa *ad hoc*. Al modo originario continuò a vivere poi, anche dopo il 1934, il secondo di essi. Né il fatto che alla formazione della fattispecie di quest'ultimo la giurisprudenza abbia ritenuto di estendere le disposizioni procedurali dell'art. 5 del t. u. del 1934 sui modi e i tempi per il formarsi del silenzio-rigetto può indurre a diversa conclusione. Non appare condivisibile infatti — come già osservato — la tesi secondo la quale ciò sarebbe avvenuto in virtù di una integrazione per analogia.

5. — Se le cose stanno in questo modo — se cioè l'istituto del silenzio-rigetto e quello del silenzio-inadempimento, pur affondando entrambi le radici nei medesimi principi di legalità e di giustiziabilità dell'azione amministrativa, ora consacrati nella Costituzione repubblicana: (artt. 24 e 113), e pur avendo talune innegabili affinità, sono emersi autonomamente nel nostro ordinamento, hanno vissuto di vita autonoma, e non hanno i medesimi caratteri e la medesima funzione; se una disciplina legislativa a contenuto procedimentale fu dettata nel 1934 soltanto per il primo di essi, e prima e dopo l'entrata in vigore di tale disciplina anche l'altro istituto ha potuto vivere e prosperare; — se così stanno le cose, appare difficile, per non dire impossibile, ricavare, dalla nuova disciplina procedimentale introdotta dalla riforma della giustizia amministrativa del 1971 per l'ipotesi del silenzio su ricorso e per essa soltanto, la conseguenza che la disciplina stessa dovrebbe estendersi, di peso, all'ipotesi del silenzio-inadempimento (32). Sicché, trascorsi novanta giorni dalla presentazione di una

(31) Forti, *Il « silenzio »* cit., 544 s.; Sandulli, *Osservazioni sull'impugnabilità giurisdizionale degli atti amministrativi non scritti.*, in *Arch. giur.*, 1941, CXXVI, estr. 6 e *passim*.

(32) Nel senso che dall'art. 6 d. p. r. 1199 del 1971 sarebbe invece da trarre, per analogia, l'estensione delle regole ivi enunciate all'impugnativa del silenzio-inadem-

qualsiasi istanza sulla quale un'autorità amministrativa sia tenuta a pronunciarsi, il silenzio dell'autorità dovrebbe esser considerato come inadempimento; con la conseguenza della immediata decorrenza del termine di decadenza per la proposizione, contro di esso, di un ricorso giurisdizionale o straordinario (33).

6. — Tanto se si ritiene che l'estensione ai casi di silenzio-inadempimento della normativa dell'art. 5 t. u. com. e prov. 1934 relativa ai modi e ai tempi per ricorrere contro il silenzio-rigetto tragga origine dai principi, quanto se si ritiene che tragga origine dalla consuetudine, nell'un caso come nell'altro essa affonda le radici in una fonte che è diversa da quella che regola i tempi e i modi per il silenzio-rigetto. Ciò comporta che il venir meno della normativa relativa a quest'ultimo non basta a far venir meno la corrispondente normativa relativa al silenzio-inadempimento (34).

Né la conclusione potrebbe esser diversa quando volesse accogliersi la tesi secondo cui l'estensione della normativa contenuta nell'art. 5, t. u. com. e prov. 1934 ai casi di silenzio-inadempimento avrebbe avuto la sua fonte nell'analogia (35).

pimento, TAR Sicilia, 18 aprile 1975, n. 102, cit.; TAR Liguria, 12 giugno 1975, n. 114, cit.

(33) La giurisprudenza, sebbene neghi al silenzio-inadempimento (che chiama silenzio-rifiuto) il carattere di comportamento con valore legale tipico di reiezione, tuttavia — probabilmente fuorviata anche dalla tesi relativa all'estensione ad esso della normativa dell'art. 5 t. u. com. e prov. (e ora, secondo una parte della giurisprudenza, della normativa dell'art. 20, l. 1034 e dell'art. 6, d. p. r. 1199 del 1971) — continua a ritenere, come già in passato (p. es., Cons. St., V sez., 25 giugno 1932, n. 398, in *Foro amm.*, 1932, I, 2., 231), quando (configurandosi il silenzio come reiezione) la tesi aveva una propria coerenza, che dal momento in cui si perfeziona la fattispecie di silenzio-rilevante decorrerebbe il termine perentorio per il ricorso giurisdizionale. V., tra le tante, la decisione Cons. St., V sez., 6 novembre 1973, n. 789, in *Cons. St.*, 1973, I, 1640. La combinazione di questo orientamento con quello secondo cui l'art. 6 d. p. r. 1199 del 1971 sarebbe applicabile anche ai casi di silenzio-inadempimento conduce alla gravissima conseguenza che l'interessato decadrebbe dalla possibilità di ricorrere contro il silenzio-inadempimento una volta che, dal momento del compimento dei novanta giorni dalla presentazione dell'istanza, avesse lasciato trascorrere il termine d'impugnativa. In tali sensi infatti, p. es., TAR Lazio, III sez., 31 maggio 1976, n. 285 e 30 giugno 1975, n. 269, entrambe cit.

(34) L'autonomia delle due normative è confermata, con riguardo all'ipotesi della consuetudine, dal fatto che, potendo una consuetudine (diversamente dalla legge) essere abrogata dal formarsi di una diversa consuetudine (v. Pugliatti, *Abrogazione*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 147), l'estensione, per via di consuetudine, a una ipotesi diversa, di una normativa legislativa può, in un simile caso, venir meno nonostante la sopravvivenza di quest'ultima. Si tratta dell'ipotesi inversa di quella di cui ci occupiamo.

(35) Il TAR Toscana, nelle decisioni ricordate *sub* nota 7, argomenta appunto dal

Occorre a questo punto richiamare l'attenzione sulla distinzione tra testo normativo, fonte normativa e norma. La distinzione tra testo normativo (o proposizione normativa) e norma (o, come più spesso usa dire, tra disposizione e norma) è ben nota (36): ne danno immediata rappresentazione quelle norme la lettura delle quali va fatta tenendo presenti diversi testi e quelle che non hanno immediata testimonianza in alcun testo. Il testo normativo (che a sua volta è cosa diversa dal documento che lo contiene) non è che lo strumento di espressione, la testimonianza lessicale (la fonte di cognizione, come usa dire) — o, meglio, la possibile testimonianza — della norma (e cioè del precetto normativo). Meno nota è la distinzione (anch'essa importante) tra testo e fonte normativa: meno osservato è infatti il fenomeno che un testo normativo, nato in virtù di una fonte normativa (di volta in volta come espressione di una o più norme), sia *ab origine* o diventi, strumento di conoscenza (luogo di lettura) anche di un'altra o di altre norme risalenti a una diversa fonte. Il fenomeno si riscontra nei casi di estensione interpretativa consuetudinaria, di applicazione analogica, di induzione di un principio: in tali casi il testo è lo stesso, ma in esso trova lettura anche la diversa norma, risalente, rispettivamente, alla consuetudine, all'analogia, al principio (e cioè a una fonte diversa).

Occorre altresì tener presente che il fenomeno dell'abrogazione ha per oggetto le norme, non le disposizioni dalle quali esse vengono

---

l'atto che l'abrogazione di una norma scritta non comporta necessariamente anche quella delle altre norme che dalla prima sono ricavabili per analogia. Anche la sent. TAR Liguria 12 giugno 1975, n. 114, cit., che è la più finemente motivata tra quelle che hanno abbracciato la tesi dell'estensione ai casi di silenzio-inadempimento della normativa procedimentale introdotta nel 1971, rileva (p. 2331) che una « operazione ermeneutica » del tipo di quella qui indicata è « in astratto sicuramente ammissibile ». In senso opposto, invece, Barone, *op. cit.*, n. 2. Gentile, *Spunti critici cit.*, 53 ss., a sua volta, argomenta in senso favorevole alle conclusioni del TAR Toscana dal fatto che l'art. 5 t. u. com. e prov. del 1934 enuncerebbe una regola considerata ormai come generale, mentre la disposizione dell'art. 6 d.p.r. 1199 del 1971 conterebbe una norma eccezionale. Così anche Caracciolo-Lagrottiera, *op. cit.*, 224.

(36) Su tale distinzione v. Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, 1956, 902 ss.; Pugliatti, *Abrogazione cit.*, 149; Crisafulli, *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 238 ss.; *Disposizione e norma*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1964, 195 ss.; Sandulli, *Atto legislativo, statuizione legislativa e giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, 1 ss.; Sorrentino, *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 4 ss.

ricavate attraverso l'interpretazione (37). Ciò non esclude che la volontà di abrogare la norma o le norme ricavabili da una disposizione possa essere enunciata predicando formalmente l'abrogazione della disposizione. In questo, come negli altri casi, ciò che va verificato è però l'intento della norma abrogante: occorre cioè stabilire, attraverso la interpretazione, se la volontà legislativa sia nel senso di abrogare tutte le norme comunque ricavabili dalla disposizione (e gli stessi principi cui esse sottendono), oppure soltanto una parte di esse (38). Non è da escludere dunque che una nuova norma, mentre abroga una precedente norma espressa, risparmi altre norme, ormai presenti nel sistema perché desunte in un modo o nell'altro dalla prima (per lo più, in quanto sottese al medesimo principio) (39). L'abrogazione della prima non comporta comunque, per sé sola, anche l'abrogazione delle norme, che, pur essendo state ricavate da essa (e cioè pur risalendo al medesimo principio), vivono di vita autonoma (40).

Se la normativa relativa al silenzio-inadempimento, vigente alla entrata in vigore delle leggi del 1971 sulla giustizia amministrativa, fosse stata ricavabile essa stessa dall'art. 5, t. u. com. e prov. del 1934, e se le leggi del 1971 contenessero un'enunciazione abrogativa delle stesse *disposizioni* che compongono l'art. 5, anche in tale ipotesi non potrebbe, per ciò solo, arguirsi, dunque, senza verifica, una volontà legislativa nel senso dell'abrogazione di tutte le norme comunque ricavabili, direttamente o indirettamente, dall'art. 5.

Occorre, a ogni modo, aggiungere che le leggi di riforma del 1971 non contengono — per impiegare la formula dell'art. 15 disp. sulla legge in gen. — alcuna « dichiarazione espressa » nel senso dell'abrogazione delle disposizioni che compongono l'art. 5 del t. u. del 1934.

(37) Sandulli, *Atto legislativo, statuizione legislativa e controllo di legittimità costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 2 nota 3; Sorrentino, *op. cit.*, 13 ss.; Crisafulli, *Lezioni di dir. costituzionale*, Padova, 1974, II, 1., 169.

(38) Sorrentino, *op. cit.*, 16 ss.

(39) Non basta perciò argomentare — come fanno taluni (p. es., Salone, *op. cit.*, 1291, nota 3; Barone, *op. cit.*) — dalla abrogazione della norma dell'art. 5 t. u. 1934 sul silenzio-rigetto la sopravvivenza della normativa da esso desunta a proposito del silenzio-inadempimento.

(40) La tesi trae forza anche dall'osservazione (a proposito della quale v. già Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1937, 103 ss.; Cajani, *Analoga*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 357) che l'interpretazione delle fonti del diritto (e dunque anche la delimitazione della portata di una disposizione abrogativa) « non può compiersi isolatamente », ma va effettuata « con riferimento a tutto l'ordinamento giuridico » (Sorrentino, *op. cit.*, 7), e perciò anche alle altre norme compresenti nel sistema, siano o no enunciate espressamente in un atto normativo.

Esse si limitano a sopprimere (implicitamente) l'istituto del silenzio-rigetto, statuendo che, nel caso in cui, a seguito di un ricorso amministrativo ordinario, « nel termine di novanta giorni la pubblica amministrazione non abbia comunicato e notificato la decisione all'interessato », quest'ultimo può rivolgersi al giudice amministrativo per impugnare in quella sede il provvedimento contro il quale invano aveva ricorso in sede amministrativa (art. 20, l. 1034). (L'art. 6, d. p. r. 1199, il quale contiene un'identica statuizione, e aggiunge che il provvedimento può eventualmente essere impugnato anche mediante ricorso straordinario, dice, inoltre, preliminarmente, che, decorso il termine di novanta giorni senza esito, il ricorso amministrativo ordinario « s'intende respinto »: è chiaro però che quest'ultima disposizione, che equipara il silenzio alla reiezione, può, se mai, avere un senso e delle conseguenze solo in riferimento agli eventuali motivi di merito rappresentati nel ricorso amministrativo (41); non anche in riferimento ai motivi di legittimità, per i quali viene riconosciuta all'interessato la possibilità a riprodurre, in sede giurisdizionale e straordinaria, l'impugnativa del provvedimento denunciato come illegittimo in sede di ricorso amministrativo ordinario).

L'azione abrogativa dell'art. 6, d. p. r. 1199 e dell'art. 20, l. 1034 si produce dunque solo (come si esprime l'art. 15 disp. sulla l. in gen.) « per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti ». Si produce cioè solo nella misura in cui la nuova normativa relativa agli effetti della mancata decisione dei ricorsi amministrativi ordinari appaia incompatibile con la disciplina risultante dall'art. 5 del t. u. del 1934. Infatti la nuova normativa risulta incompatibile con la disciplina fatta da quest'ultimo articolo alla fattispecie del silenzio-rigetto.

Essa però, non occupandosi affatto della fattispecie del silenzio-inadempimento, e non interferendo in alcun modo con tale diversa fattispecie, non può esser considerata incompatibile con quell'altra norma — in ipotesi ricavabile anch'essa, non importa se per analogia o in base ai principi, dall'art. 5 (non abrogato, come si è visto, per « dichiarazione espressa ») — che riguarda la fattispecie stessa. Per sostenere che disposizioni come quelle della riforma del 1971 sopra ricordate comportino l'abrogazione anche delle norme relative al silenzio-inadempimento prima ricavabili dall'art. 5, occorrerebbe dimostrare l'incompatibilità anche di queste con la nuova disciplina degli

(41) V. *supra*, n. 1.

effetti della mancata pronuncia sui ricorsi amministrativi ordinari: cosa palesemente insostenibile; quanto meno occorrerebbe dimostrare l'intento legislativo di coprire, con la nuova normativa, (sempre secondo l'espressione dell'art. 15 disp. sulla l. in gen.) « l'intera materia » del silenzio della pubblica Amministrazione, o, al minimo, « l'intera materia » del silenzio non avente un « valore legale tipico » di accoglimento dell'istanza: cosa anch'essa palesemente insostenibile. Sarebbe troppo fragile infatti, per sostenerla, l'argomento che si volesse desumere dal fatto che, in passato, la giurisprudenza aveva ricavato dall'art. 5 anche la normativa relativa alla fattispecie del silenzio-inadempimento suscettibile di formare oggetto di un giudizio amministrativo (42).

L'inesistibilità della fattispecie regolata dalla normativa del 1971 a quella del silenzio-inadempimento, e perciò l'insostenibilità della tesi che la normativa del 1971 abbia regolato l'« intera materia » del silenzio, sia pure nella ridotta misura dianzi specificata, risulterà ancora più manifesta quando si consideri che quest'ultima normativa ha a proprio presupposto la presenza di un provvedimento amministrativo, che, impugnato in sede amministrativa ordinaria, viene, in caso di silenzio dell'Amministrazione, reso direttamente impugnabile in sede giurisdizionale o di ricorso straordinario. La ragione che, nell'ambito di un simile caso, rende spiegabile l'esclusione della necessità dell'atto di messa in mora dell'Amministrazione non appare necessariamente comune all'ipotesi del silenzio-inadempimento. Nella quale anzi è proprio la mancanza di un qualsiasi precedente atto dell'Amministrazione a fare avvertire la necessità che (in conformità di una tradizione giurisprudenziale che è anteriore al t. u. com. e prov. del 1934 e affonda le radici nella normativa di diritto comune: art. 1219 c. c.) l'attenzione dell'Amministrazione sia richiamata attraverso un atto di messa in mora sul bisogno di por termine alla propria inerzia e sulle conseguenze di questa.

Prima d'ora, la semplice presentazione di un'istanza non è stata configurata dalle leggi — fuori di certe ipotesi tipiche, le quali, appunto perché tali, non possono non esser considerate eccezionali (p.

---

(42) Si legge nella sent. TAR Toscana, 28 novembre 1974, n. 151 cit., che « devesi negare, sul piano dei principi, che la novazione legislativa (*scil.*: di cui all'art. 6 d. p. r. 1199) comporti una eredità di interpretazione analogica a carico della norma che succede a quella abrogata, quando siano mutati i presupposti di analogia della fattispecie equiparata ».

es., art. 31, l. urbanistica nel testo risultante dall'art. 10, l. 765 del 1967) — come sufficiente a obbligare l'Amministrazione a provvedere entro un certo termine sull'istanza stessa e a far configurare come lesiva di un interesse giuridicamente protetto la mancata pronuncia entro tale termine, anche in difetto di un previo atto di messa in mora. E non appare in linea con i principi generali dell'ordinamento (quali risultano anche dall'art. 1219 c. c.) che una nuova regola dettata per un'ipotesi del tutto particolare e per un fine nettamente diverso (quello di rendere impugnabile in sede giurisdizionale o straordinaria, dopo un congruo lasso di tempo, *omisso medio*, l'atto amministrativo invano impugnato in sede amministrativa ordinaria) venga utilizzata per ritenere non più necessaria l'applicazione a una ipotesi del tutto diversa — quale è quella del silenzio-inadempimento (in cui un atto amministrativo manca del tutto) — della regola tradizionale di portata comune e generale (43).

È implicito in quanto precede — e non occorre insistervi — che non varrebbe opporre la uniformità di fondo della conformazione della fattispecie del silenzio-inadempimento a quella del silenzio-rigetto nella precedente normativa, per ritenere che tale uniformità debba conservarsi — indipendentemente da una esplicita o implicita manifestazione di volontà legislativa — anche nella nuova. La vecchia uniformità ineriva, infatti, a ciò, che, per lo stesso silenzio-rigetto, la cui fattispecie aveva minutamente regolato, il legislatore si era attenuto a quella regola tradizionale, comune e generale, della necessità di un atto di messa in mora, cui ora, per la fattispecie stessa (ma, data la *ratio*, solo per essa), ha ritenuto utile derogare.

Neppure varrebbe obiettare che la necessità della messa in mora, rallentando l'*iter* di formazione del silenzio-inadempimento, viene a confliggere con quell'esigenza di più pronta possibilità di intervento degli organi della giustizia amministrativa nei confronti dell'Amministrazione renitente, cui dappprincipio accennavo (§ 2). La messa in mora risponde infatti a un'esigenza di ordine universale, che non appare rinunciabile laddove, in mancanza di una normativa diversa, si tratti di dare valore legale a un comportamento omissivo. Tanto che la legge richiede un atto di messa in mora anche quando l'Amministrazione manchi di conformarsi a un giudicato (art. 90 reg. proc. Cons. St.).

(43) Negli stessi sensi, S.A. Romano, *In tema di silenzio-rifiuto* cit., 1550.

Per rendere meno aspro il cammino di chi attende un provvedimento che l'Amministrazione è tenuta ad emettere occorrono dunque norme *ad hoc*. Escludere la necessità della messa in mora è, da un lato, troppo, dall'altro, troppo poco.

7. — Abbiamo visto (§ 5) che la conformazione operata, dalla giurisprudenza, a partire dagli anni cinquanta, dell'*iter* di formazione del silenzio-inadempimento a quello previsto dalla normativa sul silenzio su ricorso nel t. u. com. e prov. del 1934, non era indispensabile, e che il richiamo all'analogia rappresentò una forzatura. Ciò comporta che, pur apparendo essenziale attenersi alla regola, generale e comune, di un atto di messa in mora, che conceda un congruo termine e segua, a un congruo intervallo di tempo, l'istanza sulla quale l'Amministrazione sia stata chiamata a pronunciarsi, a maggior ragione non appare più indispensabile far capo alla normativa del 1934 ai fini del formarsi della fattispecie del silenzio-inadempimento, ora che quella normativa non trova più applicazione neppure per il silenzio-rigetto.

Il giudice amministrativo si trova liberato, al riguardo, da un limite che esso stesso si era imposto. Ferma l'esigenza di un atto di messa in mora, egli potrà ormai « inventare » *ex novo* — una volta per tutte, o di volta in volta (come già ebbe a fare in passato) — , il primo e il secondo termine (cioè quelli che l'art. 5 del t. u. del 1934 fissava, rispettivamente, in 120 e in 60 giorni). Mentre l'utilità di una valutazione dei singoli casi e delle corrispondenti situazioni fa apparire preferibile la soluzione del « caso per caso », la certezza dei rapporti esigerebbe che venisse formulata, in proposito, una regola universale (44).

Oltre quarant'anni fa — e l'osservazione è sempre attuale — Ugo Forti (45) rilevava però che « fissare dei termini è sempre un compito difficilissimo per l'interprete, perché i termini non hanno in sé nulla di razionale, onde la loro determinazione appar sempre, di necessità, arbitraria. Ciò vuol dire che i termini bisogna lasciarli fissare al legislatore: l'interprete dovrebbe farlo solo quando si manifesti su que-

(44) Sostanzialmente fu appunto un'aspirazione di certezza a suggerire l'estensione, alle ipotesi di silenzio su un'istanza, della normativa dell'art. 5, t. u. com. e prov. 1934. V. infatti il brano della sent. Cons. St., VI sez., 13 novembre 1957, n. 860 riportata nella *Relaz. del Cons. di Stato sul settennio 1951-57 cit.*, III, 310.

Nel senso che ormai la giurisprudenza sarebbe tornata libera nella valutazione dei termini relativi alla fattispecie del silenzio-inadempimento, v., tra gli altri, Mastragostino, *op. cit.*, 280; S.A. Romano, *op. cit.*, 156.

(45) *Foro it.*, 1932, III, 366.

sto punto una evidente lacuna. Altrimenti, è segno, che l'opera sua sta sconfinando dal campo che le è assegnato per entrare in quello proprio del legislatore ».

Non mancano tuttavia — ricavabili dalla legislazione — criteri che nel nostro caso il giudice possa tener presenti. Ai fini della responsabilità dei pubblici dipendenti, l'art. 25 dello statuto degli impiegati civili dello Stato (t. u. 10 gennaio 1957, n. 3) dispone che la responsabilità stessa può farsi valere da chi sia in attesa di un atto o di un'operazione amministrativa quando siano trascorsi trenta giorni dalla notifica all'impiegato tenuto al compimento dell'atto o dell'operazione, per ottenere i quali l'interessato abbia presentato istanza almeno sessanta giorni prima, o che si inserisca in un procedimento nel quale l'atto immediatamente precedente sia intervenuto almeno sessanta giorni prima, o, se posto in essere da un ufficio diverso, sia stato comunicato all'ufficio di cui trattasi almeno sessanta giorni prima (salvo che la legge fissi, in tutti e tre i casi, per l'adempimento, un termine più breve). Questi termini sono stati fissati ad altri fini (46). La riferita normativa sta nondimeno ad indicare che, laddove la legge non prevede una sequenza procedimentale e dispone che sull'istanza si provveda *uno actu*, i termini di cui si è detto sono considerati sufficienti. Sta pure ad indicare che, trascorso dall'istanza il tempo occorrente, il legislatore considera sufficiente un termine di trenta giorni dalla diffida a provvedere.

Quanto al termine — sicuramente dilatorio — che occorre far trascorrere per potere utilmente far luogo alla notifica della diffida, è da escludere invece che la normativa di cui si è detto possa implicare che, nell'ipotesi di un procedimento articolato in più atti, una diffida non possa, neanche ai fini del ricorso contro il silenzio-inadempimento, esser notificata prima che siano trascorsi sessanta giorni dal precedente atto del procedimento. Ciò per due ragioni: la prima è che quella normativa attiene alla responsabilità dei *singoli funzionari*, e solo in tale contesto ha una sua necessaria coerenza; la seconda è che non è frequente che gli interessati abbiano conoscenza dei singoli atti del pro-

---

(46) V. infatti, in giurisprudenza, contro l'utilizzabilità della normativa in questione ai fini della disciplina del silenzio-inadempimento, Cons. St., VI sez., 6 maggio 1959, nn. 301 e 302, rispettivamente in *Foro amm.*, 1959, I, 878 e in *Cons. St.*, 1959, I, 3., 878 (in senso opposto, però, TAR Sicilia, 21 giugno 1974, n. 46, in *Cons. St.*, p. spec., 151). Nei medesimi sensi della giurisprudenza del Consiglio di Stato, tra gli altri, Roehrsen Di Cammarata, *op. cit.*, 144 ss.

cedimento. D'altro canto la norma — enunciata nell'art. 6, d. p. r. 1199 del 1971, e rilevante particolarmente per i motivi di merito —, in base alla quale il ricorso amministrativo si ha per respinto in caso di mancata decisione entro novanta giorni dalla presentazione, sta ad indicare che, non solo ai fini dell'apertura della via giurisdizionale, ma anche sul piano sostanziale, il legislatore considera sufficiente un periodo di novanta giorni per la decisione di un ricorso amministrativo. La quale pure può comportare complesse indagini, e talvolta comporta un *iter* articolato in più atti.

Al riguardo va anche tenuto presente che l'acceleramento delle procedure è uno dei criteri direttivi fissati dal Parlamento al Governo in occasione della delega legislativa in virtù della quale fu emanato il d. p. r. 1199 (art. 4, l. 18 marzo 1968, n. 249 nel testo di cui alla l. 28 ottobre 1970, n. 775).

Appare perciò tutt'altro che azzardato ritenere che ormai sia da considerare sufficiente, in via di principio, per il formarsi del silenzio-inadempimento, che l'interessato lasci trascorrere solo novanta giorni dalla propria istanza prima di mettere in mora l'Amministrazione, e che nell'atto di messa in mora assegni a quest'ultima un termine di soli trenta giorni.

La normativa dell'art. 25, st. imp. civili rende poi ugualmente sostenibile che, quando per l'emanazione del provvedimento richiesto non sia previsto un procedimento articolato in più atti, la messa in mora possa esser notificata dopo soli sessanta giorni dall'istanza.

8. — Ritengo utile concludere ribadendo la convinzione che per ricorrere contro il silenzio-inadempimento non esistono termini di decadenza (47). Quello assegnato con l'atto di messa in mora non può esser considerato se non un termine dilatorio, al pari di quello indicato nell'art. 90 reg. proc. Cons. St., per poter promuovere il giudizio di ottemperanza. E così pure quei diversi termini che talvolta la legge assegna espressamente all'Amministrazione per provvedere (senza però configurare il silenzio come rigetto dell'istanza) (p. es., art. 10, l. 6 agosto 1967, n. 765) (48).

(47) Può essere utile al riguardo ricordare le cose dette alla nota 18.

(48) Come si è visto (nota 33) la giurisprudenza del Consiglio di Stato suole considerare soggetta a termine perentorio la possibilità di ricorrere contro il silenzio-inadempimento (p. es., V sez., 6 novembre 1973, n. 789, cit.).

Per porre riparo agli inconvenienti che ne deriverebbero, essa tuttavia, poco

La l. 1034 e il d. p. r. 1199 del 1971 consentono al ricorrente, dopo novanta giorni dalla presentazione del ricorso amministrativo ordinario non deciso, di impugnare davanti al giudice o al capo dello Stato l'atto contro il quale quel ricorso era stato proposto invano: qui vi è un atto da impugnare, ed è chiaro che dal compimento del novantesimo giorno decorrono, per impugnarlo, i termini di decadenza fissati rispettivamente nell'art. 21, l. 1034, e nell'art. 9, d. p. r. 1199, che la previa (facoltativa) proposizione del ricorso amministrativo ordinario aveva mantenuto inoperanti. Allo stesso modo il ricorso deve esser presentato entro i termini di cui agli anzidetti articoli in quei casi in cui la legge attribuisce al silenzio dell'Amministrazione il valore legale tipico di rigetto dell'istanza.

Non altrettanto può dirsi però a proposito dei casi di silenzio-inadempimento. L'azione promossa contro il silenzio-inadempimento ha infatti carattere non costitutivo (non essendo essa volta ad ottenere l'annullamento di un atto: chè nessun atto esiste), bensì meramente dichiarativo (49): essa non produce altro risultato oltre alla enunciazione — sul presupposto dell'esistenza dell'obbligo dell'Amministrazione di pronunciarsi sull'istanza — dell'inadempimento all'obbligo stesso e della necessità della pronuncia. Ed è noto che solo in riferimento ai casi di impugnativa di provvedimenti trova applicazione il termine di decadenza per l'azione davanti ai giudici amministrativi (e per lo stesso ricorso straordinario).

Ma non basta. L'inadempimento (che il decorso del termine assegnato con l'atto di messa in mora serve soltanto a constatare) è un fatto che si rinnova di momento in momento, e, sebbene sempre uguale a sé stesso, il suo protrarsi costituisce, di momento in momento, un fatto nuovo, nei confronti del quale, una volta che l'Amministrazione sia in mora e persista nel non adempiere al suo obbligo, non potrebbe mai dirsi — appunto per via del suo ininterrotto rinnovarsi *de die in diem* — che il reclamo sia tardivo (50). È la logica ad escludere che,

---

coerentemente, non considera preclusa l'impugnativa del « silenzio confermativo » (v. la sent. di pari data, V sez., 6 novembre 1973, 788, in *Cons. St.*, 1973, I, 1642). Per porre termine a tale incongruenza, la questione è stata rimessa all'adunanza plenaria (V sez., 15 novembre 1974, n. 520, *ivi*, 1974, I, 1455).

(49) Oltre Sandulli, e Roehrssen Di Cammarata, *citt.* alla nota 5, v. Quaranta, *op. cit.*, 346; Mastragostino, *op. cit.*, 276; Caracciolo-La Grotteria, *op. cit.*, 243 s.; Amoroso, *op. cit.*, 72.

(50) Sandulli, *Osservazione* in commento alla sent. Cons. St., V sez., 13 otto-

nei confronti di un conclamato e sempre attuale inadempimento che non si concreti in un atto, il reclamo possa esser considerato tardivo.

Alle ragioni che precedono, ne va aggiunta una di ordine garantistico ed equitativo. I termini assegnati perché l'Amministrazione possa esser considerata inadempiente hanno una funzione di garanzia così per l'Amministrazione (alla quale non si può non accordare un congruo tempo per lo svolgimento della propria azione; sicché il termine svolge, in favore dell'Amministrazione, un ruolo dilatorio), come per l'interessato (che non può esser lasciato a tempo indeterminato in balia dell'Amministrazione; sicché il termine svolge, in favore dell'interessato, un ruolo acceleratorio). Non può, in mancanza di norme in tali sensi (che, se introdotte, sarebbero, del resto, palesemente, inique), ritenersi che, laddove si sia verificato un caso di mera inadempienza dell'Amministrazione senza che vi sia un atto da impugnare, l'interessato non possa ottenere la dichiarazione dell'illegittimità dell'inadempimento se non entro un termine di decadenza; perdendo in tal modo, per il solo fatto di non aver prodotto ricorso contro la mancata pronuncia, ogni possibilità di tutela della posizione soggettiva in riferimento alla quale l'Amministrazione non emise una pronuncia negativa, ma semplicemente mancò di pronunciarsi.

Oltre tutto, quando dovesse ritenersi che la vigente normativa comporti una simile conclusione, essa dovrebbe esser considerata illegittima per lesione dei principi costituzionali di giustiziabilità della azione amministrativa e di ragionevolezza. Presenta infatti carattere manifestamente e inutilmente vessatorio una statuizione che — senza alcuna valida ragione che possa farla apparire necessaria sul piano dell'interesse generale — impedisca ai cittadini di far dichiarare, se non entro un brevissimo spazio di tempo, l'inadempienza dell'Amministrazione all'obbligo di pronunciarsi su un'istanza presentata per far valere una posizione soggettiva protetta dall'ordinamento; con la conseguenza di precludere, per ciò solo, ogni ulteriore difesa di quest'ultima.

---

bre 1970, n. 875, in *Giur. ital.*, 1971, III, 97 s.; *Manuale cit.*, 465 s., 977. Nei medesimi sensi, TAR Liguria, 12 giugno 1975, n. 114, cit., assai validamente motivata. V. pure Amoroso, *op. cit.*, 72 s.; Barone, *op. cit.*, n. 3, *ad finem*; Calabrò, *op. cit.*, 441.

## **2. OBBLIGAZIONI E RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**



## Fatti dannosi della repubblica sociale e responsabilità dello Stato italiano\*

Pubblicato in

*Il Foro Italiano*

Bologna, 1947, I, col. 151-162

\* *Nota* a Tribunale di Brescia 20 febbraio 1946, *ibid.*, col. 151;  
la massima che interessa è riportata alla pagina seguente

TRIBUNALE DI BRESCIA: 20 FEBBRAIO 1946; PRES. MARZARI, EST. CONSONNI; RAINOLDI (AVV. DE LAUSO) C. MIN. GUERRA (AVV. DELLO STATO GRAZIANO).

*Lo Stato italiano non è responsabile per i danni arrecati a privati dalla circolazione di automezzi dell'esercito della repubblica sociale italiana.*

La sentenza perviene alla esatta soluzione attraverso una dimostrazione veramente — e forse fin troppo — elaborata (1). Non mi sentirei però di dare incondizionata adesione a tutte le proposizioni in essa formulate. Anzi, di fronte ai seri e complessi problemi, da essa quasi sempre bene, ma non sempre in modo del tutto convincente o esente da contraddizioni, affrontati e risolti, non sarà fuori luogo che — pur rendendo il dovuto omaggio alla notevole letteratura suscitata dal riassorbimento del territorio soggetto al controllo della repubblica sociale nello Stato italiano (2) — ancora ci si soffermi sull'argomento.

1. — Il primo, e indubbiamente il più serio dei problemi che si prospettavano, era quello di definire la relazione giuridica tra Stato italiano e RSI.

Per risolverlo è bene prender le mosse dalla posizione giuridica delle forze armate germaniche nei territori della RSI (3). Tale questione, insieme con quella della natura della repubblica sociale — che almeno secondo alcuni le è direttamente e immediatamente connessa, oltre che sul piano politico anche sul piano giuridico — hanno formato oggetto in questi anni di numerose pronunce giurisprudenziali non sempre concordanti fra loro (4), e hanno offerto lo spunto a notevoli contributi dottrinali. Ed entrambe sono tutt'altro che definitivamente superate.

(1) Essa è stata già annotata dal BODDA, *Della responsabilità della pubblica amministrazione per fatto dannoso di organi delle antiche repubbliche sociali italiane*, in *Foro pad.*, 1946, I, 569 segg.

(2) Mi limito a ricordare in ordine cronologico alcuni degli scritti tra i più autorevoli apparsi sull'argomento: MORELLI, *Circa il valore giuridico degli atti emanati dalla c. d. repubblica sociale italiana in Giur. Cass. civ.*, 1944, 407 segg.; *Le norme emanate dalla c. d. repubblica sociale italiana e il loro valore per l'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 1946, I, 217 segg.; M. S. GIANNINI, *Il governo neofascista e i suoi atti normativi*, in *Giur. Cass. civ.*, 1946, I, 180 segg.; *L'ottemperanza ad atti amministrativi di organi neofascisti*, *ivi*, I, 289 segg.; *Gli atti di disposizione di beni degli enti pubblici: caduti sotto l'impero del governo neofascista*, *ivi*, I, 296 segg.; ANDRIOLI, *Sull'attività normativa della repubblica sociale italiana*, *ivi*, II, 379 segg.; JEMOLO, *Le fonti del diritto vigenti in Italia. Atti della R. Accademia polareiana*, 1946, 136 segg.; *Sulla legislazione repubblicana fascista*, *Temé*, 1946, 256 segg.; DE NOVA, *Sulla rilevanza degli atti della repubblica sociale italiana dal punto di vista del diritto internazionale*, in *Foro pad.*, 1946, I, 149 segg.; ALESSI, *Responsabilità dello Stato italiano per atti illeciti di organi della repubblica sociale italiana*, *ivi*, 1946, I, 391 segg.; BISCAROTTI DI RUFFIA, *Il valore giuridico per l'ordinamento dello Stato italiano delle norme e degli atti emanati dal governo della c. d. « Repubblica sociale italiana »*, in *Giur. it.*, 1946, IV, 129 segg., nonché BODDA, *op. cit.* sub nota prec.

(3) La questione si pone dunque in termini più complessi che nella generalità dei precedenti storici di governi insurrezionali sconfitti (guerra civile portoghese, 1831-34; guerra di secessione americana, 1861-65; comune di Parigi, 1871).

(4) Per quanto riguarda la posizione giuridica delle forze armate germaniche nei territori della RSI, oltre le sentenze che hanno dovuto risolvere la questione della natura della RSI, v. partic. Trib. Firenze 31 luglio 1946, *Foro it.*, 1946, I, 639.

Per quanto riguarda la natura giuridica della RSI, si va da quelle decisioni, le quali riconoscono addirittura a quest'ultima la qualità di Stato vero e proprio (così, p. es., Trib. Cremona 3 aprile 1946, *Giur.*

2. — Il regime dell'*occupatio bellica* (5), finora disciplinato dalle norme espresse negli art. 42 segg. del regolamento annesso alla Convenzione dell'Aja del 1907 — trasferite nell'ordinamento italiano attraverso gli art. 54 segg. della legge di guerra approvata non r. decreto 8 luglio 1938 n. 1415 — ha subito nell'ultimo conflitto, al pari di molte altre norme del diritto bellico (6), una notevole evoluzione (7). Ben a ragione — a mio avviso — è stato quindi osservato che oggi il diritto vigente in materia di *occupatio* non è più rappresentato da quanto era disposto da quelle norme (8).

Ora, in tale stato di cose, in presenza dell'effettivo assoggettamento del territorio della RSI. alle leggi di guerra tedesche (9), può forse apparire poco aderente alla realtà la costanza con cui autorevolmente da più parti si continua a negare alle truppe germaniche presidianti il territorio della RSI il carattere di truppe d'occupazione (10). Di fronte alla peculiarità di una situazione non

u., 1946, I, 2, 273 segg.), fino a quelle le quali le disconoscono persino la qualità di ordinamento giuridico autonomo, configurandola come semplice organo dello Stato germanico (così, p. es., Trib. Bologna 4 luglio 1945, *Foro it.*, 1946, I, 217). Risparmiando altri richiami giurisprudenziali; mi limito a rinviare alle decisioni annotate dagli scrittori richiamati *sub nota* 2, e dagli altri che si sono interessati all'argomento, richiamati nelle note che seguono.

(5) In argomento, cfr. BALLADORE-PALLIERI, *La guerra*, Padova, 1935, 325 segg.; VEDOVATO, *Diritto internazionale bellico*, Firenze, 1946, 15 segg., con esposizione delle varie teorie.

(6) Cfr., p. es., per ciò che riguarda la guerra marittima, QUADRI, *La guerra marittima 1939-40*, in *Jus*, 1940, 457 segg.

(7) Cfr. VEDOVATO, *Diritto internazionale bellico*, cit., 7 seg.

(8) M. S. GIANNINI, *Norme dell'autorità occupante e diritto dei privati*, in *Giur. Cass. civ.*, 1945, II, 353.

(9) Giustamente la sentenza annotata osserva che « il Reich germanico si è comportato nel territorio della cosiddetta repubblica sociale italiana da nemico occupante ». Con l'ordinanza del maresciallo Kesselring dell'11 settembre 1943 veniva dichiarato soggetto alle leggi tedesche di guerra tutto il territorio italiano occupato dalle truppe germaniche. Né l'effettivo stato delle cose mutò successivamente. In proposito è assai significativo che nel processo contro i generali v. Mackensen e Maltzer ci si sia appunto riportati alle norme del diritto bellico d'occupazione.

(10) V. segnatamente ANDRIOLI, *Sull'attollo normativo*, cit., 381; MORELLI, *Le norme*, cit., 217 seg.; nonché ZANNINI, *Rilevanza internazionale della r.s.i. e valore degli atti di essa emanati in Giur. it.*, 1946, I, 2, 273 seg. — Non mi pare esatto, nè comunque decisivo, il rilievo — formulato per avvertire la tesi accolta nel testo — che la creazione degli Stati satelliti da parte di una potenza belligerante sia ispirata dall'intento di evadere norme di diritto internazionale bellico (M. S. GIANNINI, *Il governo neofascista*, cit., 183), e precisamente quelle sull'occupazione (ANDRIOLI, *loc. cit.*). Qui non interessa se esso trovi qualche fondamento nella realtà per gli Stati napoleonici (cfr. BALLADORE-PALLIERI, *La guerra*, cit., 327). A ogni modo non sembra giusto per gli Stati marionetta creati dalla Germania nell'ultimo conflitto mondiale. Basti pensare che in tutto il corso del conflitto la Germania non estese nei territori da essa occupati — e particolarmente in Polonia, in Jugoslavia, nell'URSS — dinanzi a nessuna violazione del diritto bellico (ricordo, a titolo di esempio, le deportazioni in massa di popolazioni); e basti ricordare come nella stessa Italia — pur nella esistenza della RSI — i comandi germanici non si astennero dall'andare assai oltre quanto avrebbe potuto loro consentire il diritto di potenza

priva, del resto, di precedenti storici (oltre che agli Stati napoleonici, si pensi al Consiglio di reggenza creato in Polonia dagli Imperi centrali con l'atto del 12 settembre 1917), e della quale non pochi sono stati gli esempi nel recente conflitto, determinati assai spesso dalla necessità di svolgere operazioni militari sul territorio di una nazione alleata rimasta nel corso della guerra senza esercito o quasi, e pullulante di elementi ostili (nè la Germania fu la sola a trovarsi in tali condizioni (11)), è discutibile, in quanto fondato su sistemi di condotta della guerra dimostrati superati dalla prassi, l'argomento che, potendo l'occupazione bellica trovar luogo soltanto sul territorio nemico, e che tale non essendo quello della RSI per le truppe germaniche, alla presenza di queste ultime in Italia non potrebbero venir riconosciuti i caratteri dell'occupazione (12).

3. — Anche riconosciuta all'esercito germanico la qualità di truppe occupanti, non ne discende però necessariamente — e questo appunto in considerazione della accennata evoluzione del diritto della guerra — che il governo della RSI debba venir considerato come un organo dello Stato germanico (13).

occupante (sintomatico a tal proposito — ma non certo il più vistoso — è il caso risolto dal Trib. Firenze, cit., in cui si trattava del pagamento preteso dalle forze armate germaniche di un credito bancario di un cittadino italiano di razza ebraica; per un'ampia casistica di diritto penale, v. G. VASSALLI, *La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza delle sezioni speciali della Cassazione*, in *Giustizia pen.*, II, pubblicato a puntate nelle annate 1945-46). La creazione degli Stati marionetta satelliti della Germania fu dovuta a ragioni eminentemente politiche, più che a ragioni di diritto bellico.

(11) Dato il carattere di prassi con cui il fenomeno si è verificato, non mi pare abbia grande rilievo la circostanza che di solito alla determinazione dei limiti della potestà tra la potenza alleata occupante e quella soggetta all'occupazione si sia provveduto mediante convenzioni.

(12) Pur senza porsi il problema affrontato nel testo, aderisce al punto di vista che l'esercito germanico fosse da considerare nel territorio della RSI esercito occupante, ALESSI, *In tema di pagamento forzato di depositi bancari in regime di occupazione bellica nemica*, *Giur. Cass. cit.*, 1945, II, 420 segg. — nonchè naturalmente chi accoglie il punto di vista che la RSI fosse da considerare come un organo del Reich (così MIGLIAZZA, *La posizione dello Stato repubblicano fascista nel diritto internazionale*, *Lo Stato moderno*, 1945, n. 7, 9 segg.; *La legislazione nazifascista nei territori liberati*, ivi, 1946, n. 1, 8 segg.). V. inoltre, G. VASSALLI, *La collaborazione*, cit., 1945, 8 seg.; DE NOVA, *Sulla rilevanza*, cit., nota 4 a c. 152 seg., i quali però considerano l'occupazione come esercitata ai danni dello Stato legittimo. Dello stesso avviso pare la sentenza annotata.

(13) In tal senso invece MIGLIAZZA, *La posizione*, cit., 10; QUADRI, *Sul termine « a quo » dello stato di guerra fra Italia e Germania*, in *Giur. it.*, 1946, III, 48; nonchè la sentenza del Trib. Bologna cit. *supra*, nota 4. Notevoli dubbi nello stesso senso vengono affacciati anche dal DE NOVA, *Sulla rilevanza*, cit., 152 segg. Nel decreto del Ministero della guerra 22 agosto 1945, e negli altri citati *infra* sub nota 49, il governo della RSI viene definito come « uno strumento del Reich ». In senso non dissimile si esprime, del resto, la relazione che accompagna il decreto legislativo luogotenenziale 5 ottobre 1944 n. 349, nella quale alla RSI viene espressamente negata la qualità di governo di fatto. Ambiguità e contraddizioni non mancano sul punto nella sentenza annotata.

Una volta accolta, nella sua semplice formulazione, la premessa che le truppe germaniche fossero truppe d'occupazione, una conseguenza di tal genere sarebbe necessariamente *in re ipsa* qualora si continuasse a ragionare sulla base della formula, secondo cui di occupazione potrebbe parlarsi unicamente sul territorio del nemico, cioè qualora le truppe germaniche dovessero venir considerate come occupanti ai danni dello Stato italiano legittimo (14), loro nemico, e non nei confronti della alleata RSI. In tal caso, in fatti, lo stesso considerare il territorio, come occupato ai danni dello Stato italiano legittimo, postulerebbe l'inesistenza di un altro governo italiano, in quanto a questo mancherebbe ogni territorio (15). Ma appare confortata dalla prassi l'affermazione che, se pure non un'occupazione bellica vera e propria, almeno un'occupazione *sui generis* (16), sia possibile anche sul territorio non nemico.

L'aver affermato che la qualità di organo dello Stato germanico non inerisce necessariamente al governo della RSI per il solo fatto di essere il territorio di questa soggetto all'occupazione tedesca, non implica d'altro canto che per ciò solo il governo della RSI sia necessariamente un ordinamento giuridico non derivato. La sua originarietà ha bisogno di esser dimostrata (17).

---

(14) La legittimità del governo regio non può esser recata in dubbio. Esso rappresentò in fatti la continuità dell'ordinamento italiano, rimasto sempre immutato nella sua identità (cfr., per tutti, MORELLI, *Circa il valore giuridico*, cit., 407). V. tuttavia in LENER, *Diritto e politica nelle sanzioni contro il fascismo e nell'epurazione dell'amministrazione*, in *Civiltà cattolica*, 1945, IV, nota 1 a pag. 87 segg. gli argomenti addotti da chi tentò di sostenere la legittimità della RSI.

(15) Se è ammissibile che, per quanto in via provvisoria, uno Stato, spogliato del suo territorio, continui a esistere (cfr. D. DONATI *Stato e territorio*, Roma, 1934, 337 segg.), non altrettanto può dirsi per un governo di fatto. Allo Stato, in fatti, sono proprie caratteristiche — quella della *stabilità* e della *permanenza* —, le quali fanno sì che, pur venendo meno per un certo lasso di tempo (naturalmente limitato, e determinato da circostanze eccezionali) la *effettività* del suo potere, esso conservi la sua potestà, che è ormai tanto saldamente consolidata, da persistere pur nel momento della crisi. Il governo di fatto è invece caratterizzato unicamente dalla *effettività* del suo potere. Esso non può più venir considerato sussistente tutte le volte che il suo potere non abbia modo di estrinsecarsi *effettivamente*. E, se viene a mancargli il territorio, si verifica appunto tale ipotesi.

(16) Il DE NOVA, *Sulla rilevanza* cit., nota 9 a c. 154, pare propenso a considerare l'occupazione germanica in Italia come una situazione intermedia tra l'occupazione bellica e l'occupazione « pacifica ».

(17) Sui concetti di ordinamento giuridico originario e derivato, v., per tutti, MORELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1941, 3 seg. Non pare esatta l'affermazione di M. S. GIANNINI, *Il governo neofascista*, cit., 182, secondo cui di originarietà potrebbe parlarsi soltanto in relazione a « ordinamenti giuridici perfetti Stati e simili », e non in relazione ai governi di fatto. Una volta ammesso, in vero, che un governo di fatto non ripeta da alcun altro ordinamento la sua norma fondamentale sulla produzione giuridica (su questo concetto, cfr., per tutti, MORELLI, *op. cit.*, 2), non si vede su quale base ne potrebbe venir contestata la originarietà.

Essa risulta però sufficientemente provata dalla circostanza che nessun addentellato giuridico il suo ordinamento trovava nell'ordinamento del *Reich* (18), e che i contatti giuridici tra i due enti politici venivano tenuti attraverso regolari rappresentanti diplomatici (19). Nei confronti del *Reich*, avendo il pieno riconoscimento *de jure*, la RSI si poneva come un vero e proprio Stato, con tutte le conseguenze da ciò derivanti.

4. — Una volta stabilita la sua qualità di ordinamento autonomo, per quanto riguarda la specificazione della natura giuridica della RSI, bisogna sempre far ricorso alla situazione di fatto, in seno alla quale essa sorse ed esplicò la sua azione (20). L'aver concluso che dall'ordinamento giuridico germanico essa veniva considerata come uno Stato, rimane, in fatti, inconferente ai fini della ulteriore determinazione, sia della sua essenza obbiettiva (21), sia della sua posizione relativa nei confronti degli altri ordinamenti statali, e in particolare dell'ordinamento legittimo italiano (22).

Da un punto di vista obbiettivo, alla RSI non può certo venir riconosciuta la qualifica di Stato (23). In fatti, sorta insurrezionalmente, e non avendo altra base politica che nella imposizione di una potenza occupante (24), la quale si trovava per di più nella

(18) Cfr. particolarmente MORELLI, *Circa il valore giuridico*, cit., 408, e, in modo assai esauriente, *Le norme*, cit., 218 seg.

(19) Questo argomento viene particolarmente sottolineato dall'ANDRIOLI, *Sull'attività normativa*, cit., 381.

(20) Che in questa materia si debba ragionare prendendo le mosse dal puro fatto, viene tradizionalmente affermato dalla dottrina migliore. Si vedano i richiami presso BISCARETTI DI RUFFIA, *Contributo alla teoria giuridica della formazione degli Stati*, Milano, 1939, 12 segg.

(21) Come non è esatto ritenere che la qualità di Stato si acquisti col riconoscimento da parte degli Stati preesistenti, poiché essa dipende dalla sola esistenza dello Stato come tale (cfr. PRASCHI, *Lesioni di diritto internazionale*, Roma, I, 1939, 45, 56 seg.), così non è esatto che il solo riconoscimento di un nuovo ente politico come Stato sia sufficiente a fargli acquistare tale qualità.

(22) Come è noto, ciascun fatto è suscettibile di diversa valutazione, e quindi di diversa qualificazione giuridica, da parte dei diversi ordinamenti dai quali eventualmente venga preso in considerazione (cfr., per tutti, MORELLI, *Lesioni*, cit., 13). Anzi è assai frequente il caso in cui un fatto assuma qualificazioni giuridiche differenti persino per le diverse norme di un medesimo ordinamento (cfr. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, nota 16 a pag. 47, e ivi richiami).

(23) Su questo punto, a parte qualche deviazione giurisprudenziale (Trib. Cremona 15 novembre 1945, *Foro pad.*, 1946, I, 160; 3 aprile 1946, *Giur. it.*, 1946, I, 2, 373), non sono sorti seri dubbi: V. a ogni modo, espressamente, MORELLI, *Circa il valore giuridico*, cit., 409, e, in modo particolarmente diffuso, BISCARETTI DI RUFFIA, *Il valore giuridico*, cit., 133.

(24) La situazione era perfettamente analoga a quella del Consiglio di reggenza polacco, del quale ai negoziati di Brest-Litovk venne posta in dubbio l'autorità e l'indipendenza, appunto perchè la sua libertà di azione « non poteva superare i limiti che gli erano stati imposti dall'alto ».

fase discendente del suo prepotere militare, ad essa mancarono sempre quelle caratteristiche della *stabilità* e della *permanenza*, che sono proprie ed essenziali della forma più perfetta dell'organizzazione sociale (25).

Con ciò risulta implicitamente risolta in senso negativo la questione, affacciata al Tribunale, se al subentrare dello Stato legittimo alla RSI potessero venir applicate le regole della successione tra Stati.

L'innegabile *effettività* del potere d'imperio dalla RSI esercitato nell'ambito del suo territorio, per altro, fa sì che a essa non possa venir seriamente contestata la qualità di governo di fatto (26).

Se poi a tale governo fosse, per il solo fatto di esistere, inerente senz'altro la qualità di soggetto internazionale (27), è questione che non interessa ai fini della nostra indagine.

5. — Quel che invece preme stabilire è la posizione in cui essa veniva a porsi nei confronti dell'ordinamento dello Stato italiano legittimo.

Nessun dubbio che, sotto tale punto di vista, esso andasse considerato come illecito, e quindi illegittimo. Lo si ricava immediatamente dagli art. 283 seg. cod. pen., e dall'art. 5 decr. legis. 27 luglio 1944 n. 159, sulle sanzioni contro il fascismo (28). Né occorrerebbe di più per ammettere il pieno disconoscimento della RSI da parte dello Stato italiano legittimo (29).

(25) In tal senso si veda da ultimo BISCARETTI DI RUFFIA, *Contributo*, cit., 50, nonché gli svolgimenti e i richiami ivi contenuti nelle pagine precedenti.

(26) In tal senso concludono quasi tutti gli scrittori che si sono interessati all'argomento, eccettuati naturalmente quelli che hanno configurato la RSI come organo del Reich (v. *supra*, nota 12). Notevoli perplessità mostra il DE NOVA, *Sulla rievocazione*, cit., 151 segg. Sui governi di fatto, v., oltre GEMMA, *Les gouvernements de fait*, nel *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1924, III, 297 segg., e gli scrittori da lui richiamati *sub* nota 1 a pag. 298, nella dottrina successiva, SPIROPOULOS, *Die de facto-Regierung im Völkerrecht*, Kiel, 1926; NOEL-HENRY, *Les gouvernements de fait devant le juge*, Paris, 1927; e, da ultimo, DUVERGER, *Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait*, *Revue du droit public*, 1945, 73 segg. (lavoro, per altro, di scarso valore scientifico). Per quanto riguarda l'*effettività* del potere come caratteristica essenziale perché possa parlarsi di un governo di fatto, v. segnatamente GEMMA, *op. cit.*, 316, 406; BALLADORE-PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, ristampa della 3ª ed., Milano, 1945, 173 seg.; ma sopra tutto M. S. GIANNINI, *Il governo neofascista*, cit., 181. Circa il carattere generale del principio della *effettività* nel diritto internazionale, v. espressamente BALLADORE-PALLIERI, *La guerra*, cit., 330.

(27) Risolve il problema in senso positivo ZANNI I, *Rievocazione*, cit., 276, appoggiandosi alle tesi del BALLADORE-PALLIERI e del VERDROSS, da lui citati *sub* nota 16. La sentenza che si annota condivide tale punto di vista.

(28) Il RANELLETTI, *Corso di istituzioni di diritto pubblico*, I, Milano, 1946, 177, si riporta invece all'art. 241, 2º comma, cod. penale.

(29) In tal senso, v. esplicitamente la relazione che accompagna il decreto legislativo 5 ottobre 1944 n. 249. V. inoltre MORELLI, *Circa il valore giuridico*, cit., 409. *Contra*, assai energicamente, M. S. GIANNINI, *Il governo neofascista*, cit., 183 segg., seguito da BISCARETTI DI RUFFIA,

Ci troviamo di fronte a un caso tipico di usurpazione di poteri (30). E ne discende la giuridica inesistenza per l'ordinamento legittimo degli atti posti in essere dalle autorità della RSI (31).

*Il valore giuridico*, cit., 135 segg. Ma la sua tesi, secondo cui per lo Stato italiano legittimo il governo della RSI sarebbe « irrilevante » (concetto questo già impiegato in dottrina — ma con maggior proprietà — in relazione all'atteggiamento degli Stati preesistenti di fronte al venire in essere di un nuovo Stato: cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, *Contributo*, cit.), appare incompatibile con le norme legislative citate nel testo (cfr. ALLORIO, *Canoni d'affitto in natura e divisione dei poteri*, *Giur. it.*, 1946, I, 2, 120). Non è affatto vero — come mostra di ritenere il GIANNINI — che il disconoscimento del governo implichi necessariamente il rifiuto di tutti i suoi atti, allo stesso modo che non è vero — come giustamente lo stesso A. avverte — che il riconoscimento *de facto* del governo implichi necessariamente l'accettazione di tutti i suoi atti. Almeno gli atti non rientranti nella ordinaria amministrazione, come rimangono esclusi nella seconda ipotesi, lo rimangono anche nella prima. Se GIANNINI ha ragione, in un certo senso, a parlare di « irrilevanza », ciò è sotto ben altro aspetto. Su di che v. infra, nota 45.

(30) Sul concetto dell'usurpatore, v., da ultimo, ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, nota 26 a pag. 154 segg., nonché gli scrittori da lui richiamati ivi, *sub* nota 9 a pag. 149. E da sottolineare che anche tutti gli organi già appartenenti al vecchio Stato italiano sono da considerare, nel territorio assoggettato al governo della RSI, come ripetenti da quest'ultimo — il quale è solo presente su quel territorio la caratteristica della effettività — il loro potere. Sono cioè anch'essi organi dell'usurpatore (cfr. ALESSI, *Responsabilità dello Stato italiano*, cit., 392). Non si può quindi condividere quella autorevole opinione, che sarebbe disposta a considerare i loro atti come « emanati dagli organi del governo legittimo in territorio soggetto di fatto ai poteri della repubblica sociale » (MORELLI, *Circa il valore giuridico*, cit., 410), e a considerare le norme dell'ordinamento legittimo come continuanti ad avere vigore in tale territorio, appunto in quanto tali (MORELLI, *loc. cit.*; G. VASSALLI, *La collaborazione*, cit., 1946, 414; BISCARETTI DI RUFFIA, *Il valore giuridico*, cit., 137). In tal maniera si vorrebbe estendere, con procedimento analogico, un principio, il quale è proprio del regime di occupazione (cfr. M. S. GIANNINI, *Il governo neofascista*, cit., 183 segg.). A parte però che tale tesi è in contrasto col diritto positivo, il quale col decreto legislativo 5 ottobre 1944 n. 249, non fa alcuna distinzione fra gli atti « adottati sotto l'impero del sedicente governo della repubblica sociale italiana » (appare macchinosa la spiegazione tentata dal MORELLI, *loc. cit.*, per conciliare la sua tesi col diritto positivo), è da rilevare ancora, in contrario, che, secondo la concezione più attendibile, nel territorio soggetto a occupazione, si esercitano contemporaneamente, nella sfera a ciascuno di essi riservata, la potestà dello Stato occupante e quella dello Stato occupato (BALLADORE-PALLIERI, *La guerra*, cit., 334 segg.). E quindi l'ipotesi è ben diversa da quella che si riscontra nel caso che a noi interessa, nel quale, di fronte alla effettività del potere della RSI, lo Stato italiano legittimo non conserva che una posizione meramente virtuale. Del resto, lo stesso MORELLI, *op. cit.*, 408, ammette che le norme dello Stato italiano, preesistenti alla RSI, ricevano, nell'essere assunte da questa, « un valore formale affatto nuovo ».

Sulla base di quanto osservato, non mi pare possa esser condivisa l'opinione di M. S. GIANNINI, *L'ottemperanza*, cit., 291, secondo cui — « eccettuati pochissimi funzionari di carattere eminentemente politico » — « i funzionari del governo neofascista devono in linea di principio esser considerati funzionari di fatto e non usurpatori d'ufficio ».

(31) Cfr. MONDINI, *L'inefficacia del D. M. 12 settembre 1944 e le locazioni di fondi rustici*, in *Foro pad.*, 1946, I, 155. Sul problema, in generale, v., per tutti, ROMANELLI, *L'annullamento*, cit., 147 segg., 154 segg., e presso di lui ulteriori richiami.

6. — Per ciò che riguarda gli atti, interviene però a questo punto un altro principio. Ed è quello, comunemente avvertito, per quanto formulato in modi diversi, per cui all'attività « civile », vale a dire all'attività « di ordinaria amministrazione », destinata ad assicurare la continuità dei « pubblici servizi » (intese tali espressioni, naturalmente, in senso lato e non proprio), va riconosciuta efficacia anche dopo stroncata l'insurrezione (32).

Se tale principio trovi la sua base nell'ulteriore più ampio principio dell'economia dei mezzi giuridici (33), nella necessità (34), nelle regole della *negotiorum gestio* (35), o altrove, è questione che può essere dibattuta, e sulla quale non intendo indugiarmi in questa sede. Tuttavia che esso esista mi pare difficilmente contestabile (36).

7. — Sorge allora il problema del valore da attribuire al decret. legisl. 5 ottobre 1944 n. 249, relativo all'assetto della legislazione nei territori liberati. Ha valore meramente interpretativo, come ha ritenuto la sentenza annotata? O innovativo? (37).

Il problema è tutt'altro che irrilevante, quando si ponga

(32) Ampiamente sviluppata dalla giurisprudenza americana nei *cases* cui dette luogo la guerra di secessione, la distinzione tra gli atti posti in essere dal governo degli insorti — per adottare la formula del SILVANIA, *Responsibility of States for acts of insurgent governments*, *American Journal of International Law*, 1939, 96 segg. —, in *its unpersonal character* (quelli cioè destinati puramente e semplicemente ad assicurare la continuità della organizzazione e della vita associata), e gli atti *of a political or personal character* (quelli cioè portanti evidente l'impronta di una faziosa ragion di Stato), ha trovato — di fronte alla necessità di risolvere le difficoltà della pratica — ampio e benevolo accoglimento nella nostra dottrina. Cfr., su un piano di politica legislativa, LENER, *Diritto e politica*, cit., 88 segg., il quale invoca l'autorità del TAPPARELLI-D'AZEGLIO; su un piano strettamente giuridico, M. S. GIANNINI, *Il governo neofascista*, cit., 184; ANDRIOLI, *Sull'attività normativa*, cit., 380; G. VASSALLI, *La collaborazione*, cit., 1946, 16; NUVOLONE, *Norme sostantive e norme processuali della repubblica sociale italiana*, in *Giur. it.*, 1946, II, 114; ZANNINI, *Rilevanza*, cit., 279. Nella dottrina francese, cfr. BERLIA, *La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940*, *Rev. du dr. publ.*, 1944, nota 4 a p. 73; DUVERGER, *Contribution*, cit., 85, 96.

(33) In tal senso M. S. GIANNINI, *Il governo neofascista*, cit., 187.

(34) In tal senso, ma non di fronte alla medesima fattispecie, MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, nota 3 pag. 436, 440. Cfr. anche JÈZE, *Les principes généraux des droits administratifs*, 3<sup>e</sup> ed., Paris, II, 1930, 295. *Contro* P. RAVÀ, *La convalida degli atti amministrativi*, Padova, 1937, 133.

(35) Questa ipotesi, la quale pare assai accolta alla sentenza annotata, sembra però, sulla scorta della accurata analisi di P. RAVÀ, *La convalida*, cit., 142 segg., poco accettabile.

(36) Cfr. espressamente Cass. 19 aprile 1945, *Foro it.*, 1946, I, 217, nonché la sentenza del Pretore di Lonato 30 novembre 1945, in *Foro pad.*, 1946, I, 393.

(37) Si sono espressi pel valore meramente interpretativo delle norme legislative emanate per ratificare gli atti posti in essere da elementi estranei al pubblico potere e destinati ad assicurare in periodi di crisi sociale la continuità dei servizi statali, JÈZE, *Les principes*, cit., II, 295; MIELE, *Le situazioni di necessità*, cit., nota 3 a pag. 436. Nel senso che si tratti di norme innovative, v. invece per tutti, espressamente, DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, II, Padova, 1936, 16 ser.; P. RAVÀ, *La convalida*, cit., 161 seg.

mente che attraverso la sua soluzione potrebbero venir superate le difficoltà sorte dal dubbio se al decreto in questione debba venir riconosciuta efficacia retroattiva (38).

A me sembra però che al principio generale, di cui si è parlato, vada riconosciuto carattere suppletivo (30). Esso cioè è destinato a intervenire soltanto in mancanza di norme rivolte espressamente a disciplinare la complessa materia, o a integrare tali norme, quando, essendo esse formulate, si riveli la necessità di una loro integrazione (40).

Quindi non è sulla base di esso che può venir definita la natura interpretativa e la forza retroattiva delle norme destinate a disciplinare la materia. Ma è piuttosto dallo stesso contenuto di queste che eventualmente la natura interpretativa e la forza retroattiva vanno ricavate (41).

8. — Gli atti del governo di fatto sconfitto, in quanto estranei all'ordinamento giuridico del governo legittimo, non hanno dunque, per sé soli, rilevanza per quest'ultimo: rispetto a esso sono *inesistenti*. Soltanto una manifestazione di volontà del governo legittimo (42) — volontà, la quale è però *da presumere*, come

(38) Serie questioni sono state appunto determinate da tale dubbio. V., p. es., Trib. Bologna 4 luglio 1945, *Giur. Cass. civ.*, 1945, II, 377, e la nota di ANDRIOLI, *Sull'attività normativa*, *ivi*.

(39) Tolgo l'aggettivo al caso, perfettamente analogo, in cui una norma giuridica ha la funzione di supplire alla mancata dichiarazione dei soggetti (es. art. 957 cod. civ.).

(40) L'ANDRIOLI, *Sull'attività normativa*, cit., 380, riconosce al principio in questione, nei confronti del decreto legislativo 5 ottobre 1944 n. 249, mero « valore interpretativo ». Il che appare per lo meno in contrasto con la distinzione tra interpretazione e integrazione delle norme giuridiche (sulla quale v., anche per ulteriori richiami, M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 85 e segg., e part. 89 e segg.). E da osservare anzi — spostandoci ancora di un passo — che, per quanto assai spesso si parli di *norme suppletive* come di un sinonimo di *norme integrative* (v., p. es., MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 7<sup>a</sup> ed., Milano, I, 1946, 24), anche questi due concetti, dopo quanto è stato avvertito in relazione alla funzione della prima categoria, vanno tenuti distinti. Infatti, mentre la norma suppletiva ha una funzione, per così dire, vicaria, la norma integrativa ha una funzione primaria. E da por mente tuttavia che, siccome, quanto più generale è un principio, tanto più — data la quantità di fattispecie a esso soggette — è frequente l'ammissione di norme che a esso derogano; e siccome quindi le norme integrative — le quali per la loro stessa natura sono destinate a formulare principi generali — sono assai esposte alla possibilità che la loro sfera di applicazione venga limitata da norme particolari, sotto tale aspetto si può dire che di massima le norme integrative assumono la funzione di norme suppletive, e che per ciò di massima le due categorie coincidono.

(41) Il problema della forza retroattiva del decreto legislativo 5 ottobre 1944 n. 249, si pone soltanto per quanto riguarda l'art. 1, n. 1, e precisamente per quanto riguarda « i provvedimenti legislativi, le norme regolamentari, gli atti di governo ». Ma giustamente è stato osservato che per gli stessi atti normativi l'inefficacia disposta da tale disposizione è, in fondo, quando si coordini questa con le altre norme del decreto legislativo una inefficacia « che per determinati rapporti è *ex tunc* e per altri è solo *ex nunc* » (NUVOLONE, *Norme sostitutive*, cit., 114).

(42) A tale legge del governo legittimo non mi pare siano da riconoscere le caratteristiche del *bill of indemnity*, o legge di ratifica. In tal senso, invece, P. RAVA, *La convallata*, cit., 132 seg.; M. S. GIAN-

si è detto, per gli atti che genericamente ho designati come di ordinaria amministrazione (43) — può far loro acquistare efficacia (44) nel suo ambito (45). Tale appunto è la funzione esplicita, per quanto riguarda gli atti della RSI, dal decr. legisl. 5 ottobre 1944 n. 249.

NINI, *Il governo neofascista*, cit., 184. Il *bill of indemnity*, istituto del diritto inglese, appare infatti in questo limitato ai casi in cui gli atti siano stati posti in essere, per quanto illecittamente, da pubblici funzionari (v. D. DONATI, voce *Bill*, nella *Enciclopedia Italiana Treccani*).

(43) Si tratta dunque di una presunzione *juris tantum*. Contro ogni presunzione in tal senso, è invece il MORELLI, *Circa il valore giuridico*, cit., 409. Ma egli non riconosce l'esistenza del principio generale di cui si è parlato (cod. anche BISCARETTI DI RUFFIA, *Il valore giuridico*, cit., 136 seg.). L'esistenza della presunzione è per altro confermata dal disposto dell'art. 4 del decreto legislativo 5 ottobre 1944, il quale, per gli atti non previsti espressamente negli articoli precedenti — che sono poi proprio gli atti più tipicamente (v. ordinari partio. l'ultimo comma) — dispone l'efficacia *ope legis* (v., esplicitamente, lo stesso BISCARETTI DI RUFFIA, *op. cit.*, 139).

(44) La terminologia impiegata dal decreto legislativo 5 ottobre 1944 è impropria e non uniforme. In esso, mentre si qualificano comunemente come « privi di efficacia giuridica » gli atti del governo repubblicano fascista (art. 1, 2, 5), si parla poi di « validità » degli atti cui l'inefficacia non si estende (art. 2, n. 2), o la cui inefficacia viene eliminata (art. 3), e di « convalida » degli atti in relazione ai quali tale eliminazione avviene (art. 3, 2° comma; art. 4; art. 6; v. tuttavia l'art. 5, 2° comma, dove si parla di « dare efficacia »). In senso corretto e tecnico bisogna però rifarsi unicamente al concetto di *efficacia* (sulla nozione di questa, v. FALZEA, *Teoria della condizione sospensiva*, Milano, 1940, 39 segg.). Ci troviamo, infatti, proprio di fronte a quella medesima problematica, che ha portato gli studiosi di diritto internazionale (v., per tutti, QUADRI, *Sentenza straniera e sentenza di delibazione*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 336 seg.) a configurare la sentenza di delibazione nei confronti della sentenza straniera come un mero elemento di efficacia, e cioè come *condictio juris* (sulla delimitazione e la funzione di tale categoria, v. SANDULLI, *Il procedimento cit.*, 241 segg., 260 segg.). Appunto come *condictio juris*, rispetto all'atto della repubblica sociale, va qualificato l'atto del governo legittimo italiano, il quale, quando ciò è ammesso, lo dichiara — secondo l'inesattezza dell'art. 3 del citato decreto legislativo — « valido ». E nella ipotesi prevista dall'art. 4 — quella degli atti « convalidati » *ope legis*, salvo contraria pronuncia del ministro competente — ci troviamo di fronte a un tipico caso di *condictio juris* risolutiva — categoria posta acutamente in luce dal MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, 59. Per gli atti poi, ai quali viene riconosciuta senz'altro efficacia *ope legis*, senza possibilità di risoluzione (atti dello stato civile, iscrizioni ipotecarie, trascrizioni, operazioni catastali: art. 4, comma 3°), il meccanismo di assunzione da parte dell'ordinamento legittimo italiano non differisce da quello che si riscontra in casi simili per l'assunzione di atti amministrativi venuti in vita in un ordinamento giuridico straniero (v. MORELLI, *Lezioni*; cit., 179 seg.). Mal proprie appaiono in proposito le considerazioni del RUSSO, *Sulla legalità delle norme che regolano i concetti di ufficio in natura ed a riferimento in natura*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, nota 1 a c. 103 segg. Cfr., infatti, ALLOBIO, *Canoni*, cit., 130.

(45) Gli atti della RSI vengono qui in considerazione unicamente per il fatto che esistono, e, più precisamente, in quanto elementi determinanti di effetti giuridici — vale a dire come meri fatti (cfr. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., nota 18 a p. 123 seg.). In tal senso — ma in tal senso soltanto — e cioè unicamente quando si abbia riguardo puramente e semplicemente agli atti da esso posti in essere — può ritenersi esatta l'affermazione di M. S. GIANNINI, *Il governo neofascista*, cit., 183 segg., che il governo della RSI è irrilevante per il governo

## II.

1. — *Quid* dunque per gli atti illeciti?

La soluzione è implicita nelle premesse. Bisogna determinare se l'illecito venne commesso nell'esercizio di una di quelle attività, che l'ordinamento giuridico del governo legittimo ha inteso assumersi.

2. — Nella fattispecie veniva in questione un investimento compiuto da un automezzo militare (46).

Ora, con decreto 22 agosto 1945 il Ministro della guerra aveva dichiarato inefficaci le disposizioni di servizio emanate dalle autorità della RSI in materia di utilizzazione di automezzi appartenenti all'Amministrazione militare. Aveva cioè inteso porre in essere, nei confronti degli ordini di servizio emanati per gli automezzi militari dall'autorità repubblicana, la *condicio juris* risolutiva prevista dal 2° comma dell'art. 4 del decr. legisl. 5 ottobre 1944. E la motivazione del decreto, espressamente richiesta secondo la citata disposizione di legge, era basata sulla considerazione che la circolazione degli automezzi in questione era avvenuta « contro gli interessi politici e militari dello Stato italiano e a vantaggio dell'occupante tedesco ».

Nessun dubbio che si trattasse di motivi pienamente fondati.

Come già si è avvertito, le norme sull'assetto della legislazione nei territori liberati vanno integrate — ove la volontà del legislatore non risulti sufficientemente manifestata — facendo ricorso al principio suppletivo, più sopra enunciato, di discriminazione fra attività civile e attività politica. Ora, da tale principio, il quale del resto risulta chiaramente presupposto dalle norme in questione (47), discende immediatamente — sulla base della considerazione che tutta l'attività militare della RSI, lungi dal provvedere alla continuità dei pubblici servizi, era manifestamente esplicita sul piano della più completa ostilità contro l'ordinamento giuridico legittimo — l'inefficacia per lo Stato italiano degli atti posti in essere dalle autorità militari della RSI.

---

legittimo italiano. Quest'ultimo, infatti, sotto il profilo che qui interessa, allorché prende in considerazione determinati atti, la cui efficacia ritiene opportuno estendere al proprio ordinamento, si interessa unicamente alla loro esistenza, senza per ciò avere alcun riguardo all'ente di provenienza. A ogni modo però in proposito occorre sempre tener ben presente quanto si è altrove rilevato circa la valutazione giuridica degli atti che vengono in considerazione come meri fatti (SANDULLI, *loc. cit.*, e ora MARMO, *Gli arbitrati stranieri e nazionali con elementi di estraneità. Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 1946, XXIII, 5 seg., 17 segg.).

(46) Per un precedente in giurisprudenza, v. Pretore di Lonato 30 novembre 1945, *cit.*

(47) La sentenza annotata, forse andando un po' oltre, osserva che « la vigente legislazione attribuisce efficacia soltanto alla attività amministrativa ordinaria, svolta dagli organi della sedeente repubblica italiana, così come l'avrebbe svolta l'Amministrazione legittima ».

La motivazione del decreto appare dunque ineccepibile (48), e rivela quale buon uso (49) la pubblica Amministrazione abbia fatto della valvola di sicurezza, che il legislatore, in un testo di legge tutt'altro che perfetto (50), opportunamente ha voluto riservarle.

3. — A me sembra, anzi, che soltanto attraverso tale valvola di sicurezza la pubblica Amministrazione avrebbe potuto conseguire lo scopo di far cadere gli atti dell'autorità militare fascista. Non mi sento per ciò di condividere l'opinione formulata nella sentenza — la quale, come ho avvertito, ha voluto essere elaborata fin troppo —, secondo cui il decreto 22 agosto 1945 sarebbe ultroneo (51).

A sostegno di tale affermazione è stata addotta la considerazione che l'inefficacia degli atti dell'autorità militare fascista, in mancanza della condizione prevista dal 2° comma dell'art. 4 del decr. legisl. 5 ottobre 1944, interverrebbe senz'altro ex art. 2, n. 3

(48) Che i motivi dei decreti ministeriali necessari alla convalida o alla dichiarazione di inefficacia dei provvedimenti della RSI, previsti dagli art. 3 e 4 del decreto legislativo 5 ottobre 1944, n. 249, debbano essere appunto ispirati al principio sopra enunciato, è apparso chiaro — malgrado l'imperfezione della formula — alla sentenza annotata, allorchè ha rilevato l'ammissibilità del decreto di convalida contemplato dall'art. 3 e solo in quanto si tratti di provvedimenti che la stessa legittima Amministrazione avrebbe adottato. Il Pretore di Lonato 30 novembre 1945, cit., addirittura risale direttamente al principio in questione senza prendere in considerazione il citato decreto ministeriale. Il che appare in contrasto con l'art. 4 del citato decreto legislativo.

(49) Non altrettanto buono potrebbe venir considerato l'uso del potere lasciato all'autorità amministrativa dall'art. 4, comma 2, qualora esso venisse impiegato per togliere efficacia alle disposizioni emanate — entro i limiti della ordinaria amministrazione — dalle autorità repubblicane in materia di utilizzazione di automezzi appartenenti a organi la cui azione fosse da comprendere tra quelle di ordinaria amministrazione. Più di un fondato dubbio sorge per ciò, non solo nei confronti del decreto ministeriale 11 ottobre 1945 relativo agli automezzi dell'Amministrazione dell'agricoltura e delle foreste, e del decreto ministeriale 31 settembre 1945 relativo agli automezzi dell'Amministrazione dei lavori pubblici, ma persino nei confronti del decreto 30 settembre 1945, relativo agli automezzi del ministero dell'interno, e del recente decreto del Presidente del consiglio 19 ottobre 1946, relativo agli automezzi della presidenza del consiglio. E sorge per lo meno a causa della mancanza in essi di ogni discriminazione. Non può trovare dunque accoglimento l'opinione dell'ALESSI, *Responsabilità dello Stato Italiano*, cit., 391 seg., secondo la quale non esisterebbe alcun caso in cui la Stato italiano possa esser tenuto responsabile per fatti dannosi della repubblica sociale.

(50) Cfr. ANDRIOLI, *Sull'attività normativa*, cit., 382 seg.

(51) Cfr., ma su altra base, BODDA, *Della responsabilità*, cit., 574. Non pare esatto però ritenere — come il BODDA attribuisce al decreto ministeriale cit. — che la norma dell'art. 2 n. 3 non potrebbe venir estesa agli ordini di servizio. Infatti, anche a non voler prendere definitivamente posizione sul problema se a tutti gli atti interni — categoria nella quale gli ordini di servizio rientrano, — possa venir riconosciuta la qualifica di atti amministrativi (su tale problema, che la sentenza annotata dà senz'altro per risolto in senso positivo, v. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., nota 34 a pag. 111, nonché la bibliografia riportata sub nota 10 a pag. 100 seg.), non sembra che tale qualifica possa

di detto decreto. Se non che, tale disposizione prevede l'incfficacia degli atti amministrativi posti in essere « sulla base di leggi e regolamenti emanati dal governo repubblicano ». E non occorre troppo per dimostrare che nel nostro caso siamo assolutamente fuori dell'ipotesi di legge. In realtà, non risulta affatto che l'ordine di servizio per l'automezzo investitore fosse stato dato in adempimento di una legge o di un regolamento emanati dal governo repubblicano. E quindi — a meno di non voler estendere (mediante un forzamento, che, pur di fronte alla criticabilità del testo legislativo, non esiterei a definire eccessivo (e al quale del resto nella stessa sentenza non vien fatto alcun cenno) il contenuto del n. 3 dell'art. 2, fino a comprendervi, per analogia col contenuto del n. 1 dell'art. 1, anche gli « atti di governo » — il disposto dell'art. 2, n. 3, deve ritenersi invocato male a proposito.

### III.

Dopo quanto si è detto, è del tutto inconferente l'invocare — come fa la sentenza — a giustificazione dell'assenza di ogni responsabilità dell'Amministrazione *jure proprio*, quale proprietaria dell'automezzo, ex art. 2054, comma 3°, cod. civ., l'ultima parte di detto comma, la quale esclude la responsabilità quando sia dimostrato che la circolazione del veicolo sia avvenuta contro la volontà del proprietario.

Siamo su un terreno, sul quale una responsabilità *jure proprio* non è nemmeno da tirare in ballo.

### IV.

1. — Maggiore considerazione può meritare piuttosto — per quanto non si ponesse per il Tribunale — il problema della responsabilità personale del conducente.

Esso può sorgere sotto due profili. Sotto il primo può interessare di stabilire se il conducente investitore potesse venir realmente considerato, al momento dell'investimento, come agente per l'Amministrazione militare fascista, con la conseguenza della riferibilità del danno a quest'ultima; o se esistesse piuttosto qualche ragione per considerare il danno riferibile personalmente al

---

venir giustamente negata a quelli, in cui — come nel caso in esame — si concreti l'attività deliberativa, che costituisce l'immediata premessa giuridica di una mera operazione esecutiva (sull'intima relazione tra attività deliberativa e attività esecutiva, v. gli svolgimenti — ai quali non mi sentrei per altro di aderire integralmente — dell'ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, I, 1939, 73 segg., e partic. 77; per l'esame dei casi in cui invece in una mera operazione si concreta a un tempo attività deliberativa e attività esecutiva, v. SANDULLI, *Osservazioni sull'imprugnabilità giurisdizionale degli atti amministrativi non scritti*, in *Arch. giur.*, 1941, CXXVI, 179).

conducente e non all'ente (52). Sotto il secondo profilo, può interessare invece di stabilire se, pur agendo in veste di organo della Amministrazione militare fascista, e proprio per effetto di ciò, egli fosse, alla stregua dell'ordinamento legittimo italiano, da considerare personalmente responsabile del danno recato.

Il primo profilo rimane estraneo al contenuto della presente nota.

2. — Vi ricade invece indubbiamente il secondo. Lungi dal volerlo esaminare a fondo — cosa che richiederebbe ben altro spazio e tempo — mi limiterò qui appena a delinearne la problematica.

Entro quali limiti può parlarsi di una responsabilità personale di colui il quale abbia recato un danno ad altri nel prestare la sua opera a disposizione dei ribelli?

Prendendo dai titolari degli organi costituzionali del regime politico usurpatore, e di alcuni ai primi immediatamente connessi (53), nonché da tutti gli altri che volontariamente abbiano comunque cooperato all'instaurazione e al mantenimento dell'usurpazione (54) — tutti da considerare immediati responsabili o coresponsabili dell'insurrezione — il problema rimane aperto per coloro, i quali abbiano agito soltanto nell'adempimento di un dovere.

Per essi la questione che si pone è se, sulla sola base del loro agire per conto del governo ribelle (come tale disconosciuto dal governo legittimo), essi siano da considerare personalmente responsabili degli atti illeciti, in tal modo eventualmente compiuti (*culpa in re ipsa*), o se invece, data l'effettività del potere esercitato dal governo ribelle, ai loro atti non sia applicabile la discriminante del *factum principis* (55). E, una volta postulata, come

(52) In argomento, v., da ultimo ALESSI, *La responsabilità*, cit., II, 1942, pag. 24 segg. Diverso problema è quello di definire entro quali limiti l'Amministrazione sia tenuta al risarcimento dei danni per atti dell'autorità militare. In materia, v., da ultimo, anche per richiami alla dottrina e alla giurisprudenza più recente, CHIARELLI, *Sulla responsabilità civile dell'amministrazione militare*, *Foro it.*, 1946, I, 485.

(53) Si veda la formula proposta dal LENER, *Diritto e politica*, cit., pag. 90. L'art. 1 del decreto legislativo 22 aprile 1945 n. 142, prevede, per cinque categorie di personalità preminenti della RSI, una presunzione di responsabilità penale.

(54) Cfr., in argomento, le perspicue considerazioni di G. VASSALLI, *La collaborazione*, cit., 1946, 414 segg., nonché la giurisprudenza da lui richiamata. V. inoltre Rosso, *Collaborazione col nemico e discriminazione dell'adempimento di un ordine legittimo dell'autorità*, *Giur. Cass. pen.*, 1945, I, 75 segg.; SPIEZIA, *La discriminazione dell'ordine dell'autorità nei delitti di collaborazione*, *ivi*, 167 segg.

(55) Tali erano appunto le due soluzioni che si presentavano al Trib. Roma 9 maggio 1945, *Giur. Cass. civ.*, 1945, I, 284, e al Trib. Bergamo 31 luglio 1946, *Mon. trib.*, 1946, 245. Contro l'impostazione del problema in tali termini, v. M. S. GIANNINI, *L'ottemperanza*, cit., 292 segg., su presupposti che non mi pare di poter condividere. Egli parte, infatti, come già si è detto, dalla premessa che mancherebbe un disconoscimento della RSI da parte dello Stato legittimo italiano, e afferma che un atto dell'autorità neofascista non possa venir consi-

non può non farsi, l'effettività del governo della RSI (56), ed entro i limiti di questa, io non esiterei a propendere — sempre confermando, naturalmente, le eccezioni già prospettate — per la seconda tesi (57). In quanto, in fatti, si rientra — e ciò avviene tutte le volte che il dovere nel caso concreto realmente ricorra, nell'ipotesi dell'adempimento di un dovere imposto dall'autorità costituita (58), al quale — entro i limiti della effettività del potere di essa — non è possibile sottrarsi, manca quell'elemento del « fatto doloso o colposo », dal quale l'art. 2043 cod. civ. fa discendere la responsabilità.

Sulla base di tali presupposti sembra dunque difficilmente configurabile, nel caso che si presentava all'esame del Tribunale di Brescia, una responsabilità personale del conducente dell'automezzo militare.

## V.

Rimane un'ultima questione, anch'essa estranea alla sentenza. Questione, forse, di ordine morale e politico, prima ancora che di ordine giuridico.

Risponde a un sano criterio di giustizia distributiva, che colui, il quale, senza avere in alcun modo collaborato col governo insurrezionale sconfitto, sia venuto a riportare un danno da parte di questo a causa della condotta della guerra contro il governo legittimo, non abbia a chi rivolgersi per il risarcimento?

La dottrina è solita sostenere che un obbligo giuridico dello Stato all'indennizzo non esista nemmeno per quanto riguarda i danni di guerra causati dal nemico (59). Tuttavia la legislazione, che si è accompagnata ai grandi conflitti di questo secolo, ha, in misura sempre più lata, riconosciuto ai cittadini, anche non mi-

---

derato *factum principis*, essendo « privo del requisito della legittimità ». Non riesco però a capire come la sua posizione negativa possa conciliarsi con l'affermazione che il territorio della RSI fosse « sottratto all'esercizio della sovranità » dello Stato legittimo (pag. 293): forse soltanto attraverso la tesi, assai discutibile, che gli atti della RSI sarebbero venuti in essere « in uno spazio privo di ordinamento giuridico » (*Il governo neofascista*, cit., 184). Per altro, sia pure per diversa via (egli sostiene, infatti, che la colpa dell'omesso sindacato « sulla conformità alla legge del governo legittimo del *factum principis* del governo illegittimo » vada determinata di volta in volta attraverso una indagine di fatto), il GIANNINI perviene in materia a conclusioni non molto dissimili da quelle accolte nel testo, in quanto ritiene che i casi in cui la responsabilità debba ammettersi sono « rarissimi ».

(56) In tal senso, v., in modo particolarmente efficace, Trib. Firenze 30 luglio 1945, *Foro it.*, 1946, I, 639.

(57) In senso conforme, per quanto riguarda la responsabilità personale, G. VASSALLI, *La collaborazione*, cit., 1946, 413 segg.

(58) Da più d'uno è stato opportunamente richiamato a questo proposito il principio sancito nell'art. 51 cod. pen., in base al quale « l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità esclude la punibilità ». V. LEENER, *Diritto e politica*, cit., 89; M. S. GIANNINI, *L'ottemperanza*, cit., 293.

(59) V., per tutti, da ultimo, ALESSI, *La responsabilità*, cit., II, 132 seg.

litari, danneggiati nei beni, o infortunati nella persona per fatto di guerra, il diritto all'indennizzo (60).

Qui non starò a soffermarmi, per stabilire attraverso una indagine più dettagliata, se, come dubito molto, in presenza di un così vistoso fenomeno, possa ancora venir considerata giusta la tesi ostinatamente sostenuta dalla dottrina. Basterà invece dall'ampiezza delle formule legislative (61) ricavare l'indubbia intenzione del legislatore di tenere indenni dei danni riportati per causa del fenomeno guerra — quali che abbiano potuto essere i suoi aspetti e le sue manifestazioni — tutti coloro che comunque vi siano stati esposti.

Non pare dunque possa venir negato il diritto all'indennizzo per gli infortuni civili determinati da fatti di guerra della repubblica sociale.

---

(60) Per l'ultima guerra, v., per quanto riguarda i danni alle cose, la legge 26 ottobre 1940 n. 1543; per quanto riguarda gli infortuni dei civili, la legge 18 agosto 1940 n. 1196, in connessione con il testo unico 27 marzo 1919 n. 426.

(61) Il testo unico 27 marzo 1919 n. 426, all'art. 4 parla di « qualsiasi fatto di guerra »; e la legge 26 ottobre 1940 n. 1543, all'art. 2 definisce fatto di guerra « il fatto compiuto da forze armate nazionali, alleate o nemiche, coordinato alla preparazione ed alle operazioni della guerra, ed anche quello che, pur non essendo coordinato alla preparazione ed alle operazioni belliche, è stato occasionato dalle stesse ».

Responsabilità aquiliana dello Stato  
per fatti compiuti dalla repubblica sociale italiana  
nell'esercizio dell'ordinaria amministrazione\*

Publicato in

*Il Foro Italiano*

Bologna, 1947, I, col. 257-258

\* *Nota* a Tribunale di Genova 26 marzo 1946, *ibid.*, col. 256;  
le massime che interessano sono riportate alla pagina seguente

TRIBUNALE DI GENOVA: 26 MARZO 1946; PRES. FRANCHI, EST. PATERA; COSTA  
C. MIN. GUERRA.

*Lo Stato italiano è responsabile per i danni arrecati ai privati dalla circolazione di automezzi adibiti da organi della repubblica sociale italiana a quegli stessi servizi civili cui erano destinati prima dell'8 settembre 1943.*

*Di conseguenza, lo Stato italiano risponde dell'investimento di un privato da parte di un automezzo della Compagnia speciale antincendi, scopi della quale erano in Genova lo spegnimento di incendi provocati da incursioni aeree e l'approvvigionamento idrico delle zone della città sinistrate.*

1. — Per quanto assai somigliante al caso di cui alla sentenza Trib. Brescia 20 febbraio 1946, pubblicata con mia nota *retro*, col. 151, quello deciso dal Trib. Genova presenta qualche caratteristica diversa, la quale giustifica pienamente la disparità di soluzione. Non si trattava, in fatti, come nell'altra specie, di un automezzo militare, ma di un automezzo adibito a una funzione, alla quale, per quanto connessa intimamente con la guerra, non poteva venir negato carattere sociale, e anzi umanitario. Compito della Compagnia antincendi, alla quale l'automezzo apparteneva, era, infatti, quello dello spegnimento degli incendi e del rifornimento idrico della popolazione.

È strano però che al Collegio, il quale pure ha spaziato nel campo della legislazione, dal codice civile fino alla Convenzione dell'Aia del 1907, sia sfuggito che la materia è soggetta proprio alla disciplina di quel decreto legisl. luog. 5 ottobre 1944 n. 249, sull'assetto della legislazione nei territori liberati, del quale esso ha negato l'applicabilità.

L'art. 4 di detto decreto importa, in fatti, la « convalida » di tutti gli atti « diversi da quelli indicati negli articoli precedenti ». Attraverso tale disposizione restano assoggettate alla sua disciplina tutte le possibili ipotesi. Non pare dunque da condividere l'affermazione, talvolta affacciata in dottrina, secondo cui la responsabilità per colpa aquiliana non sarebbe disciplinata dal decreto legislativo in questione (così, ad es., BISCARETTI DI RUFFIA, *Giur. it.*, 1946, IV, 140).

Al fine di determinare la responsabilità dello Stato italiano, bisogna risalire alla specificazione dell'attività nell'esercizio della quale il fatto dannoso ebbe a verificarsi. E per procedere a tale specificazione bisogna appunto rifarsi al decreto 5 ottobre 1944, il quale, ai fini della produzione degli effetti per l'ordinamento giuridico italiano, classifica gli atti della R.S.I. in tre categorie. Quelli appartenenti alla prima sono senz'altro inefficaci (art. 1); quelli appartenenti alla seconda sono inefficaci, ma convalidabili (articoli 2 e 3); quelli appartenenti alla terza sono efficaci, ma invalidabili (art. 4). A quest'ultima appunto, non essendo compreso in alcuno degli elenchi formulati negli art. 1 e 2, appartiene l'attività della C.A.S. Quindi alla fattispecie era applicabile l'art. 4. Vale a dire che, essendo, in mancanza di espressi provvedimenti in senso contrario, riconosciuta efficacia nei confronti dell'ordinamento giuridico italiano all'attività della C.A.S., ne discende automaticamente la responsabilità dello Stato italiano per gli atti dannosi compiuti dalla C.A.S. nell'esercizio della attività stessa.

Ciò non implica però pieno rifiuto della distinzione tra atti posti in essere nell'esercizio dell'attività politica e atti posti in essere nell'esercizio dell'attività civile. La circostanza che l'attività della C.A.S. fosse del genere di quelle che qualsiasi organizzazione sociale primaria — indipendentemente dal suo orientamento politico — normalmente, e anzi necessariamente, si assumerebbe, come è stato intuito dalla sentenza, non manca di avere il suo rilievo. Ma lo ha sotto altro aspetto.

Il principio generale, cui la sentenza ha inteso ispirarsi, correttamente va formulato in questi termini. In mancanza di espresse disposizioni legislative, l'attività svolta dall'usurpatore sul terreno della ordinaria amministrazione, è accompagnata nell'ordinamento restaurato da una presunzione di efficacia. Ora, nel decreto mancano espresse disposizioni, le quali neghino efficacia all'attività che nella fattispecie veniva in considerazione: nei suoi confronti il decreto ammette soltanto la possibilità di una perdita di efficacia, attraverso un « decreto motivato del ministro competente » (art. 4, 2° comma). A quali motivi potrà rifarsi il ministro competente? Pare fuori discussione che, in presenza della presunzione cui si è fatto cenno, egli non potrà prescindere, nel negare efficacia a una certa attività esplicita dalla R.S.I., dalla considerazione che essa sia stata o non posta in essere fuori dei limiti della ordinaria amministrazione (difatti, nel decreto 22 agosto 1945 del Min. della guerra, nel decreto 21 settembre 1945 del Min. dei lavori pubblici, nel decreto 30 settembre 1945 del Min. dell'interno, nel decreto 11 ottobre 1945 del Min. dell'agricoltura, nel decreto 19 ottobre 1946 del Presidente del Consiglio, così appunto — anche se non sempre correttamente — si è praticato). Nell'ipotesi negativa, infatti, egli non potrebbe che motivare illegittimamente il proprio provvedimento.

Quanto è stato esposto vale a spiegare perchè nell'ipotesi considerata — trattandosi di attività non eccedente l'ordinaria amministrazione — non sia intervenuto alcun provvedimento ministeriale. Con ciò appunto è rimasta « convalidata » l'attività della C.A.S., con tutte le conseguenze che da ciò derivano in relazione al problema della responsabilità dello Stato italiano.

Sui concetti fin qui svolti, v. ampiamente SANDULLI, *Nota* alla sentenza Trib. Brescia cit., e ivi ulteriori richiami.

2. — La sentenza invoca, quasi fosse direttamente applicabile alla materia, l'art. 43 del Regolamento annesso alla IV Convenzione dell'Aia del 1907. Ora, il passo pare un po' lungo, almeno quando non se ne tenti alcuna giustificazione.

Come è noto, tale articolo si riferisce al regime dell'occupazione bellica. E il regime delle relazioni tra Stato legittimo e governo ribelle è indubbiamente diverso, anche se sotto certi aspetti analogo (in entrambi i casi, infatti, viene in questione il rapporto tra potere legittimo e potere di fatto).

3. — Tutta la prima parte della sentenza, la quale intende motivare, sulla base degli stessi concetti privatistici già invocati dal Tribunale di Brescia, e rifacendosi all'art. 2054 cod. civ., appare superflua.

A parte ciò, lascia alquanto perplessi l'affermazione che gli automezzi della C.A.S. « sono stati usati per svolgere la stessa attività cui erano stati destinati all'epoca della costituzione della Compagnia ». Come già più sopra è stato osservato, quel che importa stabilire, non è se l'attività sia o non « la stessa » (sono « le stesse » tanto l'attività militare o di polizia, quanto quella sanitaria o scolastica), ma se assuma o non colorazione politica, se sia o non cioè di ordinaria amministrazione.

L'affermazione poi che « gli autoveicoli della C.A.S. abbiano circolato secondo e non contro la volontà del loro proprietario » appare inesatta di fronte alla piena soggezione della C.A.S., come di tutto quanto si trovasse nel territorio usurpato, alla effettiva autorità del governo di fatto. Ciò vale a confermare l'assurdità della tesi, secondo cui gli atti posti in essere nel territorio usurpato dagli organi già propri del governo legittimo, rimasti in carica, non sarebbero dell'usurpatore, ma del potere legittimo.



Responsabilità aquiliana degli enti pubblici  
per atti compiuti sotto il governo  
della repubblica sociale italiana\*

Publicato in

*Il Foro Italiano*

Bologna, 1947, I, col. 334-336

\* *Nota* a Tribunale di Genova 14 settembre 1946, *ibid.*, col. 334;  
la massima che interessa è riportata alla pagina seguente

TRIBUNALE DI GENOVA: 14 SETTEMBRE 1946; PRES. MARTINI, EST. RONGA; DER-  
CHI C. COMUNE DI GENOVA.

*Il comune risponde dei danni arrecati dalla circolazione di un autoveicolo comunale, usato dal podestà nominato dalla Repubblica sociale italiana, a meno che risulti provato che il veicolo era adoperato per fini privati, o per fini politici.*

Soluzione ineccepibile. Qualche perplessità può nascere da taluni punti della motivazione.

Circa la inefficacia degli atti di nomina dei funzionari degli enti pubblici compiuti sotto il governo della Repubblica sociale, di fronte alla espressa disposizione dell'art. 2, n. 1, del decreto legisl. luog. 5 ottobre 1944 n. 249 (nel quale tuttavia si parla — ma in senso generico — di « dipendenti »), non può sorgere alcun dubbio. In materia, v. le sentenze del Trib. Roma 9 maggio 1945, *Foro it.*, Rep. 1943-45, voce *Obbligaz. e contratti*, n. 473 e 19 maggio 1945, *ibid.*, voce *Locazione di cose*, n. 56, entrambe annotate da M. S. GIANNINI in *Giur. Cass. civ.*, 1945, I, 284, 294, nelle quali viene posto sufficientemente in chiaro come la inefficacia della nomina non si estenda per sè stessa agli atti del funzionario.

Sulla responsabilità dello Stato italiano per illeciti della Repubblica sociale, vedi le sentenze Trib. Brescia 20 febbraio 1946, in questa raccolta *retro*, 151, con mia nota (la stessa è stata annotata da BODDA, nel *Foro padano*, 1946, I, 569); Pret. Lonato 30 novembre 1945, nel *Foro padano*, 1946, I, 391, con nota di ALESSI.

Sulla responsabilità contrattuale degli enti pubblici per la attività degli organi nominati dal governo della Repubblica sociale, che li ressero durante il periodo dell'usurpazione, vedi specialmente le sentenze Trib. Roma 19 maggio 1945 (con nota di M. S. GIANNINI, già cit.) e gli articoli di RAGGI e di ALESSI, in *Foro padano*, 1946, II, 15 e 89 sui prestiti obbligazionari emessi dai comuni durante il governo della Repubblica sociale. La tesi di questi scrittori, i quali si esprimono per la responsabilità, è condivisa da BISCARETTI DI RUFFIA, *Il valore giuridico per l'ordinamento dello Stato italiano delle norme e degli atti emanati dal governo della c. d. repubblica sociale italiana*, in *Giur. it.*, 1946, IV, nota 26 a col. 138. A quanto consta, mancano precedenti giurisprudenziali editi circa la responsabilità aquiliana di enti pubblici minori per atti compiuti sotto l'imperio della Repubblica sociale.

Come per gli atti dello Stato, così anche per gli atti degli enti pubblici minori, occorre fare delle distinzioni. E queste non tanto sulla base della discriminazione fra atti civili e atti politici, come ha inteso fare, sulle orme della decisione Cass.

19 aprile 1945, *Foro it.*, 1946, I, 217, l'ordinanza annotata; ma sulla base delle disposizioni del decreto 5 ottobre 1944, il quale negli art. 1, 2 e 4 distingue le tre categorie in cui gli atti posti in essere sotto il governo della Repubblica sociale devono essere classificati ai fini della determinazione della loro efficacia attuale: cfr. M. S. GIANNINI, *loc. cit.* (che il decreto cit. — il quale certo non è perfetto nella sua redazione — abbia inteso riferirsi, oltre che agli atti dello Stato, anche agli atti degli enti pubblici minori, risulta, oltre che dallo spirito di esso, e dalla sua genericità, da espresse disposizioni: art. 2, n. 1 e n. 5; cfr., implicitamente, M. S. GIANNINI, *loc. cit.*). Come già altrove è stato posto in rilievo, infatti, il principio generale che tra gli atti dell'usurpatore debba riconoscersi efficacia a quelli posti in essere nell'esercizio della ordinaria amministrazione, e la si debba negare a quelli posti in essere unicamente sotto la spinta della ragion politica, è un principio al quale può venir riconosciuta capacità integrativa in mancanza di espresse norme al riguardo, ma al quale non può certo essere attribuita efficacia assoluta (SANDULLI, *nota cit.*).

Nel caso in questione, dunque, andava preso in considerazione il decreto cit., e andava applicato l'art. 4 di esso. In mancanza di una espressa pronuncia di inefficacia — la quale però, come altrove più ampiamente si è avuto modo di illustrare, non avrebbe potuto legittimamente intervenire fuori dell'ipotesi degli atti mossi dalla ragion politica (SANDULLI, *loc. cit.*) — non poteva per ciò che concludersi nel senso della decisione adottata, e cioè per la responsabilità del Comune.

A questo punto potrebbe essere affacciato qualche dubbio circa l'autorità competente alla dichiarazione di inefficacia, di cui all'art. 4, 2° comma, allorchè, invece che l'Amministrazione dello Stato, sia in questione, come nel caso nostro, l'Amministrazione di un ente minore.

La citata disposizione di legge, avendo presente soltanto lo Stato (e più volte è stata rilevata l'imperfetta redazione del decreto in questione), esige, infatti, un «decreto motivato del ministro competente». Chè per gli atti degli enti pubblici minori non possa però esser richiesto l'intervento deliberativo di un ministro, pare fuori discussione. Sarà invece sufficiente una pronuncia *motivata* dell'autorità deliberativa secondo l'ordinamento proprio dell'ente, soggetta, naturalmente, ai normali controlli amministrativi e giurisdizionali. E i motivi, perchè la deliberazione sia legittima, devono esser ispirati alla distinzione tra atti civili e atti politici (cfr. SANDULLI, *nota cit.*). In mancanza di espresse disposizioni nel testo della legge, l'autorità è cioè libera di riconoscere, con la propria astensione, efficacia agli atti posti in essere fuori dell'ordinaria amministrazione; ma non è libera di disconoscerla agli atti di ordinaria amministrazione.

## Danni di guerra per atti di repressione antipatriottica della repubblica sociale\*

Pubblicato in

*Il Foro Italiano*\*\*

Bologna, 1947, I, col. 761-766

\* *Nota* a Tribunale di Mantova 12 marzo 1947, *ibid.*, col. 761;  
le massime che interessano sono riportate alla pagina seguente

\*\* Estratto con paginatura autonoma

TRIBUNALE DI MANTOVA: 12 MARZO 1947; PRES. FINADRI, EST. JANNUZZI; PUPILLO (AVV. POLACCO) C. MOTTA (AVV.TI MICHELOTTO, SCOTTI).

*Lo Stato è, ai sensi del decreto legisl. 6 settembre 1946 n. 226, tenuto a risarcire coloro ai quali militi delle brigate nere asportarono, a titolo di rappresaglia, la mobilia per la loro qualità di partigiani.*

*I proprietari della mobilia non sono legittimati a chiedere il risarcimento del danno ai colpevoli dell'asportazione.*

Ecco ancora una di quelle lunghe sentenze — alle quali purtroppo i nostri tribunali ci son venuti abituando — che per risolvere non gravi problemi tirano in ballo cielo e terra, e con la loro esuberanza di argomenti e di erudizione — sacra e profana — non riescono che ad intorbidare acque spesso per sè stesse cristalline. Quanto più austero e più consono alla funzione giurisdizionale appare al confronto il lineare metodo della giurisprudenza francese, la quale, aborrendo da ogni disquisizione teorica, limita il contenuto delle proprie pronuncie a lasciar discendere da una stringata esposizione delle indispensabili premesse di fatto e di diritto il semplice e solenne dispositivo!

1. — La specie era la seguente. Si invocava la condanna al risarcimento dei danni di un ufficiale dell'ufficio politico investigativo della guardia nazionale repubblicana, il quale sotto la Repubblica sociale aveva ordinato — e fatto eseguire mediante deposito in luogo di pertinenza della guardia stessa, successivamente saccheggiato dalla folla — un sequestro di mobili appartenenti a patrioti.

Dal testo della sentenza non risulta in applicazione di quale disposizione l'ufficio politico investigativo avesse proceduto al sequestro. Non appare perciò chiaro se sulla base dell'ordinamento giuridico della Repubblica sociale esso fosse o non da considerarsi legittimo.

2. — Alla stregua dei principi generali comunemente accolti presso di noi (1), qualora l'operazione fosse stata arbitraria, sarebbe risultata poco dubbia la responsabilità personale dell'ufficiale dell'ufficio politico investigativo (2).

Questione avrebbe potuto invece sorgere nel caso — per altro più verosimile — che l'operazione fosse stata compiuta in conformità dell'ordinamento della Repubblica sociale. Tuttavia, anche in tal caso, una responsabilità personale dell'ufficiale avrebbe ben difficilmente potuto, alla stregua dei principi, venir contestata. Come altra volta ho avuto occasione di porre in evidenza, mi sembra, in vero, inconfutabile, per i fatti dannosi del regime politico usurpatore, la responsabilità personale di tutti coloro, i quali, non nell'adempimento di un dovere, cui, entro i limiti della effettività del potere usurpatore, fosse impossibile sottrarsi, ma volontariamente, abbiano cooperato alla instaurazione o al mantenimento di tale regime (3). E non appare controvertibile che la qualifica di ufficiale appartenente all'ufficio politico investigativo implichi chiaramente adesione volontaria all'azione della Repubblica sociale.

Anteriormente al decr. legisl. del Capo dello Stato 6 settembre 1946 n. 226, sulla definizione dei fatti di guerra e la

(1) Cfr., per tutti, TESAURO, *L'atto riferibile allo Stato*, 1927, pag. 99 segg.; ALESSI, *La responsabilità della pubblica Amministrazione*, I, 1939, pag. 163 segg.

(2) È noto che un diverso orientamento seguono la dottrina e la giurisprudenza francesi, le quali ammettono la responsabilità della pubblica Amministrazione nei casi di trasgressione di norme penali da parte dei funzionari preposti agli uffici. Cfr. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique*, 1938, p. 96 segg. Per richiami giurisprudenziali, v. le perspicue *Conclusioni* presentate dal commissario governativo LEFAS sull'affare Stavisky davanti al Consiglio di Stato — chiamato a pronunciarsi su di esso il 29 marzo 1946 —, riportate per estratto nella *Revue du droit public*, 1946, p. 492 segg. Nella dottrina nostra è stata avanzata al riguardo la tesi della ammissibilità di una responsabilità indiretta dell'Amministrazione. Cfr. ALESSI, *La responsabilità*, cit., I, pag. 169 segg.

(3) Cfr. SANDULLI, *Fatti dannosi della Repubblica sociale e responsabilità dello Stato italiano*, in questa raccolta, retro, I, 160, e indicazioni di diritto penale *sub nota* 54 ivi, nonché espressamente, per la guardia nazionale repubblicana, G. VASSALLI, *La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza delle sezioni speciali della Cassazione*, nella *Giustizia penale*, 1946, II, c. 415.

equiparazione delle formazioni partigiane alle forze armate ai fini del risarcimento dei danni di guerra, il problema dunque avrebbe dovuto comunque esser risolto nel senso della responsabilità personale dell'ufficiale.

3. — *Quid* posteriormente a tale legge, la quale all'art. 1, destinato a sostituire l'art. 2 della legge sul risarcimento dei danni di guerra 26 ottobre 1940 n. 1543, considera « fatti di guerra », come tali legittimanti a indennizzo da parte dello Stato, « in quanto compiuti dalle forze armate » — non importa se « nazionali, alleate o nemiche » — tra l'altro, « gli irregolari od abusivi prelevamenti di cose mobili »?

L'articolo citato, al 3° comma, equipara alle forze armate « le formazioni volontarie partecipanti alle operazioni belliche », intendendo per tal modo riferirsi, come è dato ricavare dal titolo del decreto (dove si parla della « equiparazione delle formazioni partigiane alle forze armate ai fini del risarcimento dei danni di guerra ») (4), alle formazioni partigiane. E la sentenza annotata — la quale, tra l'altro, mostra di far confusione tra la guardia nazionale repubblicana (5) e il corpo ausiliario delle squadre d'azione di camicie nere, o « brigate nere » (6) (due corpi che vanno tenuti nettamente distinti, e in relazione ai cui componenti l'ordinamento dello Stato legittimo ha assunto diverso atteggiamento) (7) — per dimostrare l'indennizzabilità dei danni prodotti nella lotta antipartigiana dall'ufficio politico investiga-

(4) Sul problema del valore interpretativo del titolo delle leggi, cfr. CRISAFULLI, *A proposito del titolo delle leggi*, in *Stato e diritto*, 1941, II, pag. 5 segg. dell'estratto e ivi indicazioni.

(5) La guardia nazionale repubblicana venne istituita col decreto legis. del duce 8 dicembre 1943 n. 913, il quale reca però la data del 24 dicembre. Il decr. legis. 18 dicembre 1943 n. 921, il quale ne dettava la disciplina, le assegnava compiti di polizia interna e militare analoghi a quelli dei carabinieri.

(6) Tale corpo venne istituito col decr. legis. del duce 30 giugno 1944 n. 446, il quale all'art. 7 ne specificava il compito nel « combattimento per la difesa dell'ordine della Repubblica sociale italiana, per la lotta contro i banditi e i fuorilegge e per la liquidazione degli eventuali nuclei di paracadutisti nemici ».

(7) Su ciò v. diffusamente G. VASSALLI, *La collaborazione*, cit., c. 706 segg., e ivi richiami di giurisprudenza.

tivo della guardia nazionale repubblicana, ha ritenuto di dover inquadrare questa stessa nelle formazioni partigiane, cui si riferisce il decreto citato.

4. — Mi pare però che la sentenza sia incorsa con ciò in una notevole inesattezza.

La qualifica di partigiano può essere, in fatti, riferita soltanto a coloro i quali, non inquadrati nelle forze armate regolari, e privi di segni di riconoscimento militari, svolgono operazioni belliche, per lo più nelle retrovie del nemico, e per ciò appunto non possono esser considerati protetti dalle garanzie che il diritto internazionale bellico accorda agli appartenenti alle formazioni regolari (art. 29 della legge di guerra approvata col r. decreto 8 luglio 1938 n. 1415) (8).

Le formazioni militari della Repubblica sociale rispondevano invece ai requisiti propri delle forze armate, quali previsti, in conformità delle norme consuetudinarie, dall'art. 1 della Convenzione dell'Aja del 1907 (9). E, se pure ha potuto formare oggetto di discussione se esse fossero da considerare o non inquadrare nell'esercito germanico come parte costitutiva di questo (10), è apparso tuttavia difficilmente contestabile che al minimo dovesse venir loro riconosciuta la qualità di legittimi belligeranti (11). Esse, se pure dipendenti da un governo ribelle, ma tuttavia indiscutibilmente dotato delle caratteristiche del governo di fatto (12), erano formazioni militari regolari.

(8) Cfr. BALLADORE-PALLIERI, *La guerra*, 1935, pag. 254 segg.

(9) Tale articolo, trasferito nel nostro ordinamento attraverso l'art. 25 della legge di guerra del 1938, richiede per le milizie e i corpi volontari: a) che siano sottoposti a un capo responsabile; b) che indossino un'uniforme o siano muniti di un distintivo comune a tutti e riconoscibile a distanza; c) che portino apertamente le armi; d) che si attengano alle leggi e agli usi di guerra. Per quanto riguarda l'ultimo requisito è stato però giustamente osservato che esso è « in parte superfluo, in parte erroneo » (BALLADORE-PALLIERI, *op. cit.*, pag. 177).

(10) Sulla questione, la quale a mio avviso va risolta in senso negativo, v., anche per indicazioni, SANDULLI, *Fatti dannosi*, cit., c. 153 segg.

(11) Cfr. segnatamente ZANNINI, *Rilevanza internazionale della r. s. i. e valore degli atti da essa emanati*, nella *Giur. it.*, 1946, I, 2, c. 276.

(12) Cfr. SANDULLI, *Fatti dannosi*, cit., c. 155, e ivi indicazioni.

5. — Per quanto riguarda specificamente la guardia nazionale repubblicana, è da osservare tuttavia che, sebbene l'art. 3, 1° comma del decr. legisl. del duce 18 dicembre 1943 n. 921 la considerasse « forza armata dello Stato », essa, per « i servizi di ordine pubblico e di sicurezza pubblica », veniva dal 4° comma dello stesso articolo posta alle dipendenze del Ministero dell'interno. E ciò potrebbe a prima vista indurre nella convinzione che, risolvendosi l'attività esplicata nell'esercizio di tali attribuzioni — nella quale rientrava la repressione antipartigiana — in attività di polizia (13), per essa non potesse parlarsi di operazioni militari, o a queste connesse, come tali sussumibili sotto la qualifica del « fatto di guerra », indennizzabile ai sensi del decreto 6 settembre 1946 n. 226.

6. — Tuttavia a questo punto intervengono necessariamente, in relazione alla specie in esame, altre considerazioni.

Il decreto da ultimo citato — indubbiamente imperfetto dal punto di vista tecnico, come tutta la legislazione di questi ultimi anni — ha, in fatti, avuto di mira, come chiaramente è dato ricavare dalla latitudine delle sue formulazioni, una estensione della nozione di « fatto di guerra », tale che in base ad essa, per evidenti ragioni di giustizia distributiva, potessero essere indennizzati tutti i danni comunque occasionati anche dalla guerra civile dilagata in Italia in concomitanza e in funzione della guerra internazionale. Del resto, una volta equiparate, a tal fine, come espressamente il decreto ha fatto, le formazioni partigiane alle forze armate, e una volta considerati fatti di guerra quelli comunque posti in essere da tali formazioni — fossero o non conformi alle regole della condotta della guerra (art. 1, comma 2°) — sarebbe un assurdo logico e giuridico non considerare sullo stesso piano le azioni dell'avversario espressamente rivolte a prevenire e a reprimere tali fatti. La guerra non è un fatto unilaterale: ma è azione che si contrappone all'azione.

---

(13) Cfr. G. VASSALLI, *La collaborazione*, cit., c. 711.

La qualifica di fatto di guerra, attribuita alle varie manifestazioni della lotta antipartigiana, mi pare sia dunque *in re ipsa* nella qualifica di fatto di guerra riconosciuta all'azione partigiana. Nè per identificarla nella specie era necessario — come ha ritenuto la sentenza — ricorrere alla configurazione della stessa guardia nazionale repubblicana come formazione partigiana. Piuttosto, e più correttamente, per quanto riguarda la sua partecipazione alla lotta antipartigiana, la guardia nazionale repubblicana, se proprio le si volesse trovare un inquadramento nell'applicazione del decreto legislativo in questione — il quale, in senso evidentemente generico e comprensivo, nell'intento di abbracciare comunque tutti i belligeranti (e quindi senza che il bisogno della specificazione si lasci avvertire), si avvale della stessa ampia formula della legge 26 ottobre 1940 n. 1543: « forze armate nazionali, alleate o nemiche » — dovrebbe trovare se mai il suo posto nella categoria delle forze armate « nemiche ».

7. — Una particolarità del decreto più volte ricordato è che esso al 2° comma del primo articolo sottopone indiscriminatamente alla disciplina dei fatti di guerra, ai fini della loro indennizzabilità da parte dello Stato, tutti gli atti arbitrari e delittuosi commessi dalle forze armate e dalle formazioni equiparate in occasione della guerra (rastrellamenti, rappresaglie, saccheggi, appropriazioni). Di tali atti, in vero, lo Stato non sarebbe tenuto, in conformità dei principi, a rispondere direttamente (14), almeno

(14) Cfr. FRAGHÌ e GUIDI, *Danni di guerra*, nel *Nuovo dig. it.*, VI, 1938, pag. 556. Se oggi può considerarsi principio generale del nostro diritto, in quanto acquisito alla comune coscienza sociale e confortato dalla prassi legislativa, quello dell'indennizzo da parte dello Stato dei danni di guerra (cfr. SANDULLI, *Fatti dannosi*, cit., c. 161 segg.), non mi pare tuttavia che altrettanto possa dirsi per la responsabilità dello Stato per gli atti arbitrari degli appartenenti alle armate belligeranti. È tuttavia da considerare che, per quanto, sia il testo unico 27 marzo 1919 n. 426, sul risarcimento dei danni conseguenti alla prima guerra mondiale, sia la legge 26 ottobre 1940 n. 1543, sul risarcimento dei danni conseguenti alla seconda guerra mondiale — pur formulando in modo assai lato ed elastico il concetto di « fatto di guerra » — non facciano espresso riferimento a tali atti arbitrari, e per quanto la esclusione di questi in quei testi a contenuto generale appaia confermata dalla successiva emanazione di leggi espressamente rivolte a di-

quante volte essi fossero posti in essere da parte degli appartenenti alle forze armate, al di là e in abuso delle proprie attribuzioni. In tali ipotesi, invero, essi sarebbero riferibili personalmente agli agenti, e non allo Stato per conto del quale questi operano.

La deroga ai principi appare però più che spiegabile, a seguito di una guerra, la quale — e purtroppo, per quanto in misura varia, da parte di tutti i belligeranti — ha visto elevati a norma l'abuso e l'efferatezza, e dappertutto ove ha dilagato, ha conosciuto gli orrori e le nefandezze della lotta civile. Una volta assurti a sistema, l'illegalità e l'abuso hanno fatalmente reso assurda ogni pretesa alla rigorosa identificazione dei responsabili diretti. E, una volta passata la bufera, una collettività ispirata nella sua azione a sani principi di superiore giustizia, per quanto stremata ed esausta a causa delle atroci vicende attraversate, non poteva non assumere su di sé il gravoso ma doveroso onere di solidarietà di indennizzare i singoli colpiti dal flagello sociale.

Questo il vero e unico fondamento del diritto all'indennizzo per atti abusivi subiti in occasione della guerra, quale riconosciuto dal decreto 6 settembre 1946 n. 226. Il quale, dunque, non trova la sua fonte in principi di ordine generale — quali senza scopo, col far ricorso, per esempio, male a proposito, alla nozione di forza maggiore, si affanna a cercare la sentenza annotata — ma soltanto nella particolare disposizione legislativa:

8. — Nè certo più necessari, nè più felici, sono nella sentenza annotata gli spunti rivolti a cercare un nesso giuridico tra la confisca a opera dello Stato, prevista dalla legislazione sulle sanzioni contro il fascismo (art. 9 d. legisl. luogot. 27 luglio 1944

---

sporre la indennizzabilità degli atti stessi (così appunto il decr. legisl. 6 settembre 1946 n. 226), pure la giurisprudenza, anche sotto l'impero di quei soli testi a contenuto generale, ha riconosciuto l'obbligo dello Stato al risarcimento dei danni derivati dagli atti arbitrari dei belligeranti. Cfr. App. Trento 20 gennaio 1922, nel *Foro nuove prov.*, 1922, c. 189, e *Foro it.*, Rep. 1922, voce *Danni di guerra*, n. 5. Nello stesso senso, in dottrina, DE CUPIS, *Il danno*, 1946, pag. 209.

n. 159), e l'indennizzo a carico dello Stato di coloro, i quali abbiano subito danni in occasione della lotta condotta dai fascisti contro il governo legittimo. La confisca repressiva (15) è, in fatti, chiaramente una sanzione per una infrazione, della quale il soggetto offeso è la collettività sociale nella sua unità: e dunque ha tutt'altro titolo giuridico che quello dell'espropriazione a favore dei privati danneggiati. Del resto, a rivelare la mancanza di ogni nesso del genere di quello ipotizzato, dovrebbe esser sufficiente, se non altro, il considerare come la applicazione della confisca sia assolutamente indipendente dalla circostanza che ricorran o meno danni privati, e come, per contro, il diritto all'indennizzo, *ex decreto* 6 settembre 1946 n. 226, compete indipendentemente dal fatto che sia individuato ed espropriato il diretto responsabile del danno.

Un nesso avrà potuto tutt'al più esservi sul piano della politica legislativa. Ma non è compito del giurista positivo, nè tanto meno del giudice, rifarsi a esso.

9. — Quanto poi alla questione dell'esercizio dell'azione per risarcimento del danno nei confronti del diretto autore di esso, oltre che nei confronti dello Stato indennizzante, è chiaro come non siano necessarie troppe argomentazioni per dimostrare che essa non ha alcun fondamento. Il legittimato passivo all'azione è, in base al decreto del 1946, unicamente lo Stato. Sarebbe quindi inammissibile ogni azione per lo stesso titolo contro altri soggetti.

L'ordinamento, quanto al risarcimento del danno a chi lo abbia effettivamente subito, imputa alla collettività, e cioè allo Stato, che giuridicamente la entifica, i fatti della guerra come tali, in tutte le loro manifestazioni. E non sono dunque ammissibili imputazioni giuridiche dei medesimi fatti, allo stesso titolo, ad altri soggetti. La responsabilità dell'autore effettivo del fatto, ove eventualmente sussista, è soltanto verso lo Stato, e ha tutt'altro titolo, e tutt'altri effetti.

---

(15) Sulla distinzione tra confisca preventiva e confisca repressiva, cfr. IACCARINO, *La confisca*, 1935, p. 120 segg.

Che nessuno possa pretendere due volte, nei confronti di due diversi soggetti, l'adempimento di una stessa obbligazione, è, del resto, un principio generale, il quale in materia di danni di guerra trova, per giunta, espressa formulazione nell'art. 12 della legge 26 ottobre 1940 n. 1543, sulla cui base l'indennizzo statale « non è cumulabile con altre indennità dovute da chiunque, a qualsiasi titolo, in dipendenza dei medesimi danni » (16).

---

(16) Cfr. anche l'art. 15 del testo unico 27 marzo 1919 n. 426. La giurisprudenza del Consiglio di Stato francese, nell'ammettere che dei danno subito per fatti delittuosi dei funzionari il danneggiato abbia diritto a esser ritalso sia da parte della pubblica Amministrazione, sia da parte del funzionario, presuppone sempre che venga esattamente ed equamente determinata la misura della responsabilità dell'una e dell'altro al fine della ripartizione dell'obbligazione, la quale rimane sempre una. Cfr. le decisioni sul caso Stavisky cit. *sub* nota 2.



Spunti in tema di indennizzo  
per atti legittimi della pubblica Amministrazione\*

Publicato in

*Il Foro Italiano*

Bologna, 1947, I, col. 938-945

\* *Nota* a Tribunale di Cagliari 18 maggio 1946, *ibid.*, col. 938;  
la massima che interessa è riportata alla pagina seguente

TRIBUNALE DI CAGLIARI: 18 MAGGIO 1946; PRES. ED EST. CARTA P.; SOCIETÀ  
ELETTRICA SARDA (AVV.TI DESSY DELIPERI, GRAZIANI) C. MINISTERO GUERRA.

*La pubblica Amministrazione è tenuta al risarcimento dei danni cagionati a privati con suoi provvedimenti legittimamente emanati, i quali per la loro finalità importino lesione di un diritto soggettivo (nella specie: ordine, dato per esigenza di guerra dall'autorità militare, di svasamento di un bacino idrico, esercitato per concessione amministrativa).*

1. — Il problema delle obbligazioni derivanti all'Amministrazione militare dai danni connessi con la guerra cumula in sé le difficoltà, che sono proprie del problema generale della responsabilità dell'Amministrazione militare, con quelle che sono proprie della così detta responsabilità della pubblica Amministrazione per atti legittimi.

Di massima si può dire che la sentenza annotata abbia fatto buon governo dei principj generali che regolano la materia.

Che sul terreno del danno antiggiuridico l'Amministrazione militare sia da equiparare pienamente alle altre pubbliche Amministrazioni, senza la possibilità di scagionarsi mediante il ricorso a discriminanti di qualsiasi specie, è stato definitivamente chiarito dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recenti. (Per la dottrina, cfr. particolarmente ALESSI, *La responsabilità della pubblica ammin.*, II, Milano, 1941, 108 segg., nonché le note giurisprudenziali del PESCATORE, in *Giur. Cass. civ.*, 1945, I, 38, e del CHIARELLI, in questa raccolta, 1946, I, 485. Per la giurisprudenza — sul cui orientamento anteriore, v. diffusamente ALESSI, *op. cit.*, II, 105 segg., e ivi indicazioni — v. partic. la sentenza Cass. 5 febbraio 1945, in questa raccolta, 1946, I, 485; e da ultimo, Pret. Pignataro Maggiore 20 dicembre 1946, *retro*, 675).

Prescindendo dunque dal problema generale della responsabilità dell'Amministrazione militare, limiterò le mie fugaci osservazioni all'altro aspetto parziale di esso — quello che interessava la decisione che si annota —: vale a dire alla così detta responsabilità per danni non antiggiuridici. (Sul problema della responsabilità dell'Amministrazione per atti legittimi, v. partic. SALEMI, *La cosiddetta responsabilità per atti legittimi della pubblica ammin.*, Milano, 1912, nonché la recente trattazione dell'ALESSI, *op. cit.*, I, 1939, 242 segg., alla quale rinvio per ampie indicazioni dottrinali).

2. — La questione del diritto al ristoro del danno non antiggiuridico non è esclusiva del campo amministrativo. Essa si presenta, in fatti, sovente sul terreno del diritto privato (v., per es., gli art. 843, 2° comma, 924, 925, 2045 cod. civ.), e non il solo (v., p. es., l'art. 571 cod. proc. penale). Per il diritto privato, vedi da ultimo DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1946, 13 segg.

Si tratta di una questione, la quale è intimamente connessa col problema dell'affievolimento dei diritti. È merito della dottrina amministrativistica di esser venuta ponendo in luce, tra la categoria dei diritti perfetti e quella dei diritti affievoliti, quel

particolare fenomeno, che ha designato col nome di affievolimento dei diritti (v. AMORTH, *Figura giuridica e contenuto del diritto subiettivo affievolito*, *Scritti in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1939, 204 segg.; contro l'autonomia dogmatica della figura — argomento sul quale non intendo qui prender posizione — v. tuttavia le penetranti considerazioni del MIELE, *Principi di dir. amm.*, I, Pisa, 1945, 80 seg., e, già prima, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, *Riv. dir. comm.*, 1944, I, 127 seg.). Tale fenomeno ricorre allorchè un diritto, alla cui pienezza non manchi alcun attributo, possa tuttavia, in casi particolari, esser sacrificato a uno specifico interesse estraneo. Non si tratta di un interesse protetto soltanto occasionalmente (interesse legittimo), nè di un interesse protetto direttamente soltanto nei confronti di alcuni e non nei confronti di tutti i soggetti, o soltanto per alcuni e non per tutti i suoi aspetti (diritto affievolito); nè si tratta di un diritto limitato. Si tratta invece di un diritto pieno in tutte le sue manifestazioni, e nei confronti di tutti i soggetti giuridici, ma il cui titolare si trova, nei confronti del portatore di certi particolari interessi eventuali, espressamente determinati, in uno stato di soggezione, in corrispondenza di una potestà, incidente proprio nella sfera del suo diritto, che, a tutela appunto di tali interessi, l'ordinamento accorda al portatore di essi.

Che a tale stato di soggezione, per altro, non corrisponda, nella coscienza sociale e nella realtà giuridica, una menomazione del contenuto del diritto, è fatto palese proprio dalla circostanza che, di norma, ogni volta che un caso di tal genere ricorra, al titolare della corrispondente potestà è fatto obbligo di ristorare il pregiudizio derivato al titolare del diritto dall'interferenza nella di lui sfera giuridica. La stretta inerenza dell'obbligo all'indennizzo al fenomeno dell'affievolimento dei diritti è, in vero, come a me pare, un fatto incontestabile.

Dell'affievolimento dei diritti, di massima, è propria, in fatti, in presenza della altrui potestà che a esso si accompagna, la possibilità della conversione del diritto, non quella della sua completa soppressione (sul concetto della conversione, cfr. LUCIFREDI, *La prestaz. obbl. in natura dei privati alle pubbl. amm.*, *La teoria generale*, Padova, 1934, 225 e segg., e ivi indicazioni).

Come manifestazioni del fenomeno si possono ricordare, in diritto privato, l'indennizzo spettante al proprietario tenuto a consentire l'accesso e il passaggio sul proprio fondo al vicino che debba costruire o riparare un muro (art. 843, 1° e 2° comma cod. civ.), nonchè l'indennizzo spettante al proprietario di un fondo per l'insanguinamento su di esso degli animali mansuefatti da parte del loro proprietario (art. 925 cod. civ.). In diritto amministrativo — dove il fenomeno, data la posizione di preminenza che il potere statale, in funzione degli interessi sociali, occupa nei confronti dei sudditi, è assai più frequente e vistoso — basterà ricordare l'indennizzo spettante al proprietario di un immobile espropriato per pubblica utilità (art. 24 segg. legge 25 giugno 1865 n. 2359, sulle espropriazioni per pubblica utilità), o al

detentore di un bene requisito (p. es., art. 55 segg. regio decreto 18 agosto 1940 n. 1741 sulla disciplina delle requisizioni); quello spettante al proprietario di un animale affetto da peste bovina, da pleuropneumonia contagiosa o da morva, abbattuto per misura preventiva (art. 265 t. u. delle leggi sanitarie 27 luglio 1934 n. 1265); quello spettante al proprietario di un fondo, sul quale sia avvenuta un'occupazione temporanea al fine di riparare l'argine di un corso d'acqua (art. 62 t. u. sulle opere idrauliche 25 luglio 1904 n. 523).

3. — Il ricorrere di tali manifestazioni sia sul campo del diritto pubblico sia su quello del diritto privato rivela che il fenomeno ha carattere generale. E il nostro ordinamento ce ne dà varie riprove.

Numerose sono le norme, le quali, nell'imporre un sacrificio del diritto privato, si accompagnano alla espressa enunciazione dell'obbligo dell'indennizzo a carico del soggetto nell'interesse del quale il sacrificio viene imposto (cfr., p. es., gli art. 843, 924, 925, 2045 cod. civ.; gli art. 24 segg. legge 25 giugno 1865 n. 2359; la legge 4 marzo 1888 n. 525; l'art. 10 legge 3 maggio 1903 n. 196; la legge 24 marzo 1904 n. 130; l'art. 62 r. d. 25 luglio 1904 n. 523; l'art. 265 r. d. 27 luglio 1934 n. 1265; gli art. 55 segg. r. d. 18 agosto 1940 n. 1741; l'art. 1 legge 26 ottobre 1940 n. 1543). Nè mancano norme in tal senso formulate in termini generali (v. l'art. 29 dello Statuto albertino, l'art. 834 cod. civ., nonchè l'art. 7 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, norme, le quali, per quanto riferentisi espressamente al diritto di proprietà, sono state tuttavia interpretate dalla dottrina in senso estensivo, sì da comprendervi tutti i diritti patrimoniali: cfr. ALESSI, *op. cit.*, I, 254 segg.). Si consideri poi che in tale direzione appare nettamente orientata la comune coscienza sociale e giuridica, la quale non può a meno di ispirarsi a quel sano criterio equitativo che esige che i sacrifici preordinati a un qualche vantaggio vengano sopportati da quegli stessi che del vantaggio usufruiscono (una tipica rivelazione della presenza nella coscienza sociale e giuridica del nostro tempo di tale orientamento risulta chiaramente dalla recente introduzione nel nostro corpo legislativo della norma espressa dall'art. 2045 cod. civ., la quale sancisce il diritto all'indennizzo di chi sia stato danneggiato da altri in stato di necessità). E si noti, in fine, che, in quei casi — ben rari, in vero — in cui ragioni di ordine particolare lo esigano, l'ordinamento ritiene necessario di dichiarare espressamente l'esenzione dall'indennizzo (cfr., a es., l'art. 4 legge 26 ottobre 1940 n. 1543, sul risarcimento dei danni di guerra, norma con evidente carattere sanzionatorio, nonchè l'art. 7 t. u. di pubblica sicurezza 18 giugno 1931 n. 773, chiaramente giustificato dalla particolare funzione — di natura frequentemente politica — che è propria dei provvedimenti di polizia: del tutto infondate sono le illazioni contenute, in relazione a quest'ultima norma, nella sentenza annotata, come del tutto infondata è l'ipo-

tizzata qualifica del provvedimento dell'autorità militare, di cui nella specie esaminata era questione, come atto « di polizia bellica »; a parte l'esattezza della considerazione, nessuna conseguenza può, in fatti, ricavarsi dalla circostanza che non sia infrequente il caso che provvedimenti di polizia implichino disposizione del patrimonio privato — circostanza che, secondo la sentenza, illuminerebbe la *ratio juris* della disposizione — nè per altro, trova alcun fondamento in diritto positivo l'affermazione che, quando poi una tale disposizione dovesse riscontrarsi, non ricorrendo più il fondamento logico della norma, il danno arrecato sarebbe, in pieno dispregio della lettera dell'art. 7, indennizzabile).

Nel nostro ordinamento esiste dunque un principio generale comune nel senso del ristoro del danno non antigiuridico. Il quale — formulando una sintesi sulla base della regolamentazione delle diverse fattispecie da parte dell'ordinamento — può essere espresso nei seguenti termini: a chiunque sia per legge tenuto, nell'interesse altrui, a sopportare il sacrificio di un proprio diritto, suscettibile di valutazione patrimoniale, compete un indennizzo per il sacrificio sopportato (noterò qui di sfuggita come quello che comunemente suole venire indicato come il principio che starebbe alla base dell'indennizzo dei danni per atti legittimi dell'Amministrazione — il principio cioè di giustizia distributiva, che esige l'equa ripartizione tra i cittadini degli oneri derivanti dall'utile pubblico: cfr. per tutti SALEMI, *op. cit.*, 161 segg. — in fondo, più che un principio giuridico, è un principio di politica e di etica legislativa, il quale, in tanto può assurgere a principio giuridico, in quanto trovi la sua conferma nelle norme positive: a ogni modo, sul piano strettamente giuridico, esso viene a essere pienamente assorbito dal principio ora enunciato).

Affinchè ricorra l'ipotesi, cui tale principio corrisponde, è necessario dunque che:

1) l'interesse protetto presenti le caratteristiche del *diritto soggettivo*, e cioè che la tutela a esso accordata dall'ordinamento sia piena e diretta. Perchè venga in questione un danno giuridico è sempre indispensabile, in fatti, la presenza di un diritto soggettivo (cfr. DE CUVIS, *op. cit.*, 23 segg. e spec. 28). Dove l'ordinamento non accorda a un interesse una tutela piena e diretta, non può, in vero, esser questione di quella violazione della sfera giuridica del soggetto, che è essenziale alla nozione di danno giuridico. Per modo che, sia in relazione agli interessi semplici — tanto più poi se contrastanti col diritto (come nel caso delle attività illecite) — sia in relazione ai meri interessi legittimi (per es., interesse di un pubblico impiegato alla promozione), sia in relazione a quell'aspetto dei diritti affievoliti, in ordine al quale la tutela del titolare di essi non è piena e diretta — vale a dire in relazione a quell'aspetto sotto il quale essi si comportano come dei meri interessi legittimi — (p. es., in relazione all'interesse del concessionario a che la concessione non gli venga revocata), non può essere questione di danno giuridico, e quindi di diritto all'indennizzo (cfr. ALBESI, *op. cit.*, I, 173 segg.);

2) l'interesse protetto sia stato *sacrificato*: vale a dire che si sia verificata una interferenza nella sfera degli interessi garantiti al soggetto dall'ordinamento giuridico. Ciò implica che non può parlarsi di un danno ristorabile tutte quelle volte in cui il diritto, del quale sia questione, sia per la sua stessa essenza soggetto a limiti di carattere generale; vale a dire a limiti che senza ulteriore intervento costitutivo d'autorità colpiscano tutti i diritti della categoria (rientrano in tale ipotesi anche quei casi, in cui all'autorità sia riservato un intervento puramente dichiarativo rivolto a specificare in concreto i diritti compresi in quella certa categoria per la quale siano previste dall'ordinamento certe limitazioni: vengono qui alla mente i provvedimenti ministeriali coi quali siano specificati i beni soggetti alle limitazioni previste dalla legislazione sulla tutela delle cose d'interesse artistico e storico (legge 1 giugno 1939 n. 1089), e sulla protezione delle bellezze naturali (legge 29 giugno 1939 n. 1497): in questa materia la regola generale del diritto all'indennizzo trova la sua conferma nella circostanza che tale diritto viene riconosciuto nelle ipotesi, in cui un intervento dell'Amministrazione nella sfera giuridica privata debba essere esercitato senza che vi sia stata la dichiarazione ufficiale della soggezione dello specifico diritto di cui si tratti alla limitazione legale: p. es., art. 10 legge ult. cit.). In casi di tal genere non potrà, in fatti, esser questione di un'interferenza nella sfera giuridica del soggetto, e quindi di un sacrificio di questo: in quanto la sfera giuridica è già per sua natura limitata in quel certo senso. Non sarebbe esatto ritenere che qui la limitazione venga a incidere sul diritto come un elemento esterno e accidentale: essa rappresenta piuttosto un elemento di qualificazione della essenza stessa del diritto, il quale esiste soltanto entro quei certi limiti fissatigli dall'ordinamento (ALESSI, *op. cit.*, 247 e segg., 256 e segg.). Così, p. es., non può esser questione di danni ristorabili in relazione all'obbligo della vaccinazione (art. 266 t. u. delle leggi sanitarie); in relazione alle oscillazioni normali prodotte dai servizi pubblici di trasporto agli edifici fronteggianti una strada pubblica (cfr. RANELLETTI, *Risarcibilità dei danni derivanti dai pubblici servizi*, in questa raccolta, 1937, I, 58); nè in relazione ai sacrifici che, in occasione di una guerra, possono esser considerati come ordinari e comuni a tutti i cittadini (disagi, sfollamenti, ecc.): in tutti e tre i casi si tratta, in fatti, di limitazioni ordinarie, naturalmente inerenti, secondo il nostro sistema, al diritto di libertà o a quello di proprietà (appare per ciò improprio l'avvicinamento, formulato nella sentenza annotata, tra i danni dei quali qui si discorre, e quelli dei quali era questione nella specie giudicata);

3) al sacrificio si sia tenuti *per legge*; vale a dire che, di fronte al diritto del cui sacrificio si tratti, esista in altri soggetti un corrispondente potere giuridico alla eventuale compressione di esso. Ove così non fosse, il danno non antiggiuridico non sarebbe indennizzabile se non entro i limiti dell'altrui arricchimento (art. 2041 cod. civ.; sulla relazione tra danno e arricchimento senza causa, v. DE CURTIS, *op. cit.*, 17 segg.):

4) il sacrificio sia imposto *nell'interesse altrui*, o almeno prevalentemente altrui. Non importa se tale interesse si risolve nel ricevere un vantaggio (p. es., espropriazione per la costruzione di una ferrovia), o nell'evitare un danno (p. es., svuotamento di un bacino idrico per scongiurare allagamenti). Importa piuttosto che non possa essere questione di danno ristorabile tutte le volte che il sacrificio, se pure imposto dalla legge, lo sia in relazione a casi nei quali la tutela di un interesse dello stesso titolare del diritto appaia per lo meno sullo stesso piano rispetto a quella di interessi estranei. Per ciò mi pare inappropriato il portare come esempio di danno giuridico non indennizzabile quello subito dal proprietario di un cane arrabbiato tenuto ad abatterlo in base all'art. 156 regio decreto 3 febbraio 1901 n. 45 (così ALESSI, *op. cit.*, I, 252). In fatti, il sacrificio subito dal proprietario dell'animale — pur ammesso che in questo caso possa parlarsi di sacrificio — viene qui imposto a tutela dell'interesse dell'incolumità individuale, che, ancor prima che altrui, è interesse suo proprio. E altrettanto si può dire, a es., in riferimento al deterioramento degli oggetti di chi sia tenuto a subire una disinfezione preventiva nel caso previsto dall'art. 261 t. u. delle leggi sanitarie;

5) l'interesse tutelato sia *suscettibile di valutazione patrimoniale*. In fatti, l'art. 2059 cod. civ. prescrive che i danni non patrimoniali non possano essere ristorati se non nei casi determinati dalla legge. E la legge prevede il loro ristoro soltanto nel caso che il fatto dannoso costituisca reato (art. 185 cod. pen.), caso il quale, implicando un danno antigiuridico, rimane fuori della ipotesi che ci interessa.

4. — Quanto all'entità dell'indennizzo del danno non antigiuridico — a differenza del danno antigiuridico, pel quale (fuori naturalmente, dei casi di responsabilità oggettiva) suole esser considerato il valore soggettivo (cfr. ALESSI, I, 207, e citazioni ivi; non si tratta tuttavia di una regola assoluta: v. DE CUPIS *op. cit.*, 196 segg.) — essa viene di massima commisurata al valore oggettivo, e cioè estrinseco del diritto sacrificato (cfr., in generale, le norme più sopra citate, *sub* 3, princ.). È dunque da riconoscere l'esistenza di una regola generale in tal senso (cfr. ALESSI, *op. cit.*, I, 267 seg.; DE CUPIS, *op. cit.*, 208).

Ciò è ben naturale, ove si pensi che si tratta di sacrifici, in relazione ai quali l'ordinamento riconosce, nei confronti del diritto, un vero e proprio potere giuridico a chi è tenuto al ristoro.

Se eccezioni a tale generale principio della valutazione oggettiva del danno ricorrono, esse sono di massima giustificate dalla necessità di facilitare, in relazione a categorie particolari per le quali il bisogno se ne lasci maggiormente sentire, il compito della liquidazione: si pensi, a es., alla materia delle pensioni di guerra, nella quale la misura dell'indennizzo è prefissata dalla legge in base a particolari criteri (regio decreto 12 luglio 1923 n. 1491 e successive modificazioni). E, naturalmente, ove ecce-

zioni di tal genere ricorrano, esse non possono essere che di stretta interpretazione.

5. — Una volta precisati tali principi, e una volta ribadito il concetto più sopra richiamato, secondo il quale non esiste alcuna ragione per cui sul piano della responsabilità l'Amministrazione militare debba venir trattata diversamente dalle altre pubbliche Amministrazioni, la soluzione accolta dal Tribunale di Cagliari appare conforme ai principi generali della materia.

Ricorreva, in fatti, il sacrificio di un diritto perfetto di natura patrimoniale, che un ente privato era tenuto a sopportare nell'interesse della comunità nazionale, entificata nello Stato. E quindi, secondo i principi, lo Stato era obbligato a ristorarlo.

Alla sentenza annotata è da muovere però un serio e decisivo appunto. Ed è che il caso in esame, lungi dal poter essere ricondotto ai principi generali, poteva e doveva esser ricondotto a quelle norme particolari che disciplinano i danni di guerra.

La prassi legislativa, che ha accompagnato i recenti conflitti, ispirata a un sano senso equitativo, in fatti, ha accolto la più lata formulazione del concetto di «danni di guerra», come tali risarcibili, sì da comprendervi, sottoponendoli a una disciplina *sui generis*, tutti quelli prodotti dalle forze armate — non importa se amiche o nemiche, regolari o irregolari — e comunque «occasionati» dalla guerra (v. l'art. 2 della legge 26 ottobre 1940 n. 1543, nonché il recente decr. legisl. 6 settembre 1946 n. 226). E sotto tale formulazione la specie sottoposta al giudizio del Tribunale di Cagliari certamente era sussumibile.

Di fronte alla *lex specialis* non erano dunque applicabili alla specie le regole generali sui danni da atti legittimi. È noto, in fatti, che la materia dei danni di guerra ha nella nostra legislazione un regime tutto peculiare, il quale importa la sottrazione di essa — devoluta dalla legge a speciali commissioni liquidatrici (art. 15 e 17 legge 26 ottobre 1940) — alla competenza dei tribunali, e, secondo l'orientamento giurisprudenziale più recente (Cons. di Stato, IV Sez., 5 luglio 1947, in questa raccolta, 1947, III, 113), importerebbe anche la qualificabilità della pretesa al risarcimento come mero interesse legittimo e non come diritto soggettivo.

Accolto dunque il principio che in materia si controverteva di danni di guerra, il magistrato non avrebbe dovuto far altro, ai sensi dell'art. 37 cod. proc. civ., che spogliarsi della questione per difetto di giurisdizione.



## Questioni in tema di risarcimento di danni di guerra\*

Pubblicato in

*Il Foro Italiano*

Bologna, 1948, I, col. 128-131

\* *Nota* a Corte d'Appello di Torino 14 novembre 1947, *ibid.*, col. 128;  
le massime che interessano sono riportate alla pagina seguente

CORTE D'APPELLO DI TORINO: 14 NOVEMBRE 1947; PRES. BOZZI P., EST. PRE-  
STAMBURGO; C.I.T.I. (AVV. TURLETTI) C. SOC. MAGAZZINI AUTO (AVV. VANARA).

*L'assunzione da parte dello Stato dell'obbligo di risarcire i danni, configurabili come danni di guerra, non preclude al danneggiato la facoltà di agire, per il risarcimento, contro chi di quei medesimi danni debba rispondere secondo il diritto comune.*

*Conseguentemente il vettore che non abbia tempestivamente trasportato la cosa affidatagli, è fondatamente chiamato a rispondere, per colpa contrattuale, dei danni risentiti dall'altra parte per la distruzione della cosa stessa, a causa di sopravvenuto bombardamento aereo.*

1. — La questione se l'indennizzabilità a opera dello Stato, in applicazione della legislazione speciale sui danni di guerra, valga ad assorbire e ad escludere ogni altra responsabilità verso il danneggiato, ha formato negli ultimi tempi frequente oggetto di pronunzie giurisdizionali (Trib. Napoli 11 ottobre 1946, in *Mon. trib.*, 1947, 121; 5 novembre 1946, in *Dir. e giur.*, 1947, 146; Trib. Mantova 12 marzo 1947, in questa raccolta, 1947, I, 761). E, per quanto non incontrastata (v. la sent. ult. cit., alla quale, annotandola, in un primo momento lo stesso, senza interessarmi *ex professo* all'argomento, avevo ritenuto si potesse aderire su questo punto), la soluzione negativa, brillantemente difesa dal BIANCO (*Saccheggi fascisti e danni di guerra*, in questa raccolta, 1947, I, 849 segg.), è indubbiamente la più convincente (v. anche SANDULLI, *Postilla alla nota Confisca a opera di partigiani* in questa raccolta, 1947, I, 1018).

In prò di essa milita decisamente l'art. 12 della legge 26 ottobre 1940 n. 1543 sul risarcimento dei danni di guerra, il quale, escludendo espressamente il cumulo dell'indennizzo a carico dello Stato previsto dalla stessa legge, con le indennità da chiunque dovute a qualsiasi titolo in dipendenza dei medesimi danni, presuppone la possibilità di altre liquidazioni. E nello stesso senso sono decisivi il 2° comma dell'art. 3, il 3° comma dell'art. 16 e il 1° comma dell'art. 17 del r. decreto 16 dicembre 1940 n. 1957, contenente le norme integrative e regolamentari per l'attuazione della legge, disposizioni, le quali disciplinano la denuncia delle indennità e dei compensi riscossi ad altro titolo dal danneggiato di guerra, e il loro escomuto.

Qual'è allora la relazione esistente tra le due azioni offerte al danneggiato, quella, diciamo così, ordinaria e naturale, e quella in base alla legge sui danni di guerra? Giustamente è stato posto in evidenza come la seconda espliciti, rispetto alla prima, una funzione meramente *sussidiaria* (cfr. Trib. Napoli 5 novembre 1946, cit.; BIANCO, *op. cit.*, 852). Mediante essa, in fatti, lo Stato può esser chiamato a ristorare il danno di guerra che non abbia potuto ricevere soddisfazione ad altro titolo.

Non sembra tuttavia che in tali termini la questione sia da considerarsi pienamente esaurita. Altri dubbi possono sorgere, e in effetti sono sorti.

2. — Un punto dubbio è stato affrontato dal Tribunale di Napoli nella sentenza testè citata, Sorgeva allora questione se l'indennizzo da parte dello Stato, concesso dalla legge sul risarcimento dei danni di guerra valesse a far venir meno l'obbligo derivante allo Stato dalla eventuale responsabilità aquiliana che fosse riconoscibile alla base del danno da esso stesso prodotto. E il Tribunale, sul presupposto della sussidiarietà dell'indennizzo concesso dalla legge sul risarcimento dei danni di guerra, procedendo a un'ulteriore dilatazione di quel recente orientamento, il quale, a partire dalla decisione della Cassazione 31 luglio 1942, sempre più ampiamente era venuto ammettendo la possibilità di responsabilità aquiliana dell'Amministrazione militare (sul quale orientamento, v. indicazioni presso SANDULLI, *Spunti in tema di indennizzo per atti legittimi della pubblica Amministrazione*, in questa raccolta, 1947, I, 938, nonchè, da ultimo, ALIOTTA, *In tema di responsabilità dell'Amministrazione militare in tempo di guerra*, in *Dir. e giur.*, 1947, 146 segg.), è giunto alla conclusione che, ne caso in cui fosse dimostrabile la responsabilità aquiliana dello Stato nell'esercizio della guerra, rimarrebbe aperta al danneggiato la via della giustizia ordinaria, senza bisogno di doversi rifare, sia per ciò che riguarda il diritto sostanziale, sia per ciò che riguarda il diritto processuale, alla legislazione sul risarcimento dei danni di guerra.

Questa soluzione lascia tuttavia seriamente perplessi.

Innanzi tutto pare, in fatti, assai grave ammettere una responsabilità aquiliana dell'Amministrazione militare nell'esercizio della guerra, sembrando assai più corretto configurare la responsabilità dell'Amministrazione per le azioni connesse con la guerra come responsabilità per atti legittimi (cfr. SANDULLI, *Spunti*, cit.).

Ma un'altra considerazione è quella che maggiormente dovrebbe spingere a dissentire dalla soluzione accolta dal Tribunale di Napoli. Ed è che l'intento primario della legge sui danni di guerra 26 ottobre 1940 n. 1543, come del resto di tutta la legislazione sui danni di guerra, è quello di far gravare in modo uniforme sullo Stato, ripartendone equamente l'onere tra tutti i cittadini, le conseguenze della guerra, da chiunque subite, prima e indipendentemente da ogni accertamento di responsabilità, il quale nella materia riuscirebbe assai grave e difficile. Mediante una presunzione giuridica, ben logica, in vero, lo Stato viene assunto senz'altro, lo sia o non lo sia in concreto, a *responsabile* di tutti i fatti di guerra: e risponde quindi, in base ai criteri rigorosamente determinati dalla legge, verso tutti i danneggiati da essa, a meno che non ricorra una responsabilità altrui. Non è dato dunque scendere a esaminare se nelle singole ipotesi concrete una sua responsabilità vi fosse o no realmente. La responsabilità è, in *re ipsa*, nel fatto stesso del danno bellico; e l'accertarla e il discriminare in base a essa non ha alcuna rilevanza giuridica. La responsabilità è la stessa, tanto se il danno fu causato dall'amico, quanto se fu causato dal nemico, tanto se fu impiegata cautela, quanto se non lo fu (v. l'art. 1 del decr. legisl. 6 set-

tembre 1946 n. 226). Non è esatto per ciò affermare in modo assoluto che la responsabilità dello Stato pei danni di guerra sia soltanto a titolo sussidiario. Essa è invece a titolo diretto per i danni che possono allo Stato stesso farsi risalire. È poi a titolo sussidiario soltanto per i danni che possono farsi risalire ad altri. È da notare, del resto, come, oltre che contro lo spirito della legislazione sul risarcimento dei danni di guerra, la soluzione giurisprudenziale cui si è fatto cenno urti contro la stessa lettera della legge. L'art. 12 della legge del 1940, in fatti, fissa il principio che «le altre indennità dovute da chiunque a qualsiasi titolo, in dipendenza dei medesimi danni» vanno in ogni caso detratte dal risarcimento «a carico dello Stato»: e con ciò presuppone che «a carico dello Stato» non possono esservi altri risarcimenti per danni di guerra oltre quelli aventi «titolo» nella legge in questione.

E inoltre l'art. 3, 2° comma del r. decreto 16 dicembre 1940 n. 1957, nell'imporre al danneggiato l'obbligo della denuncia degli indennizzi o compensi spettantigli ad altro titolo, allo scopo di detrarli dal risarcimento a carico dello Stato ai fini della legge sui danni di guerra, si riferisce soltanto a quelli a carico di «enti, società o privati»: e con ciò implicitamente conferma che non possono esservi a carico dello Stato indennizzi e compensi del genere, indipendenti da quelli derivanti dalla legge sui danni di guerra.

3. — Un altro punto, il quale può dar luogo a perplessità, risulta affrontato dalla sentenza annotata, ed attiene alla relazione tra l'azione per ottenere il risarcimento da parte dello Stato, e l'azione verso gli altri eventuali obbligati per lo stesso danno.

La sentenza annotata, non diversamente da quanto ha sostenuto in dottrina il BIANCO, *op. cit.*, 851, riconosce al danneggiato un diritto di scelta tra l'una e l'altra via; fatta salva naturalmente allo Stato, quando abbia provveduto al risarcimento, la possibilità di surrogarsi al danneggiato nella sua azione verso gli altri obbligati. In cerca di conforto nel diritto positivo, essa si rifà poi all'art. 15 t. u. 27 marzo 1919 n. 426 sul risarcimento dei danni di guerra, del quale l'attuale legge costituisce la diretta derivazione storica. In tale articolo, in fatti, espressamente era prevista la facoltà di scelta da parte del danneggiato.

Tale facoltà non è più contemplata nell'attuale legge. Ma può ritenersi che ciò sia avvenuto soltanto perchè la disposizione che la prevedeva fosse superflua? (così BIANCO, *op. cit.*, 852). A me non pare di poter accogliere una soluzione del genere.

Una volta ammesso, in fatti, e su ciò non sembrano possibili dubbi, che la responsabilità dello Stato abbia carattere meramente sussidiario nei confronti di quella degli altri eventuali obbligati, in mancanza di espresse disposizioni in senso diverso occorre conseguenzialmente giungere alla conclusione che, in presenza di altri obbligati, un risarcimento da parte dello Stato non possa esser chiesto, se non qualora sia venuta meno la possibi-

lità di conseguire il risarcimento da parte di quelli.

Nè sarebbe il caso di invocare in contrario la presenza nel nostro diritto di quel principio generale, in base al quale l'obbligato in garanzia risponde in solido col debitore principale (art. 1944 cod. civ. ; art. 37 legge camb.). Non può sfuggire, in fatti, la disparità che passa tra la situazione di un soggetto il quale si assuma l'obbligo di *sottrarre* nell'obbligazione di un altro insolvente, e quella di un soggetto, il quale, col garantire, si assuma puramente e semplicemente l'obbligo di *soddisfare solidalmente* con l'obbligato, salvo a pretenderne il ristoro, un'altra obbligazione.

È fuori dubbio che l'obbligazione derivante allo Stato dalla legge sul risarcimento dei danni di guerra corrisponde alla prima situazione. Ciò risulta abbastanza chiaramente dal 2° comma dell'art. 3 del r. decreto 16 dicembre 1940 n. 1957, il quale impone al danneggiato l'obbligo della denuncia degli indennizzi e compensi spettantigli ad altro titolo, relativamente al danno subito, nonchè dagli art. 16 e 17 dello stesso decreto, i quali dispongono per il conteggio di essi in sede della liquidazione a carico dello Stato. E tali disposizioni vanno indubbiamente poste in correlazione con quelle contenute negli art. 6 e 7 della legge, in base alle quali, al fine del risarcimento da parte dello Stato, occorre *destrarre* dal valore dei beni perduti o danneggiati « il valore dell'eventuale parte residua ». Sembra logico, in fatti, che alla « parte residua » vadano assimilati gli indennizzi e i compensi cui il danneggiato abbia diritto nei confronti dei terzi.

È da ritenere dunque che la norma contenuta nell'art. 12 della legge del 1940, nel quale mancano disposizioni corrispondenti a quelle contenute nel 2° e nel 3° comma dell'art. 15 della legge del 1919, abbia carattere innovativo rispetto a quest'ultimo. Quelle disposizioni, in fatti, nella legge del 1919 non erano inerenti ai principi: le fattispecie da esse regolate avrebbero cioè avuto altra disciplina qualora esse non fossero state espressamente formulate. Di conseguenza, come allora, così anche oggi, esse non potrebbero essere considerate superflue. E per ciò il loro venir meno nella nuova legislazione non può essere interpretato che nel senso che il legislatore abbia inteso disciplinare in modo diverso la materia. Tanto più, poi, in quanto la diversa disciplina è più conforme ai principi di equità e di giustizia distributiva, e in modo più adeguato viene incontro alla aggravata situazione finanziaria dello Stato. Se il danneggiato ha diritto di rivolgersi verso gli obbligati primari, perchè lasciargli la scelta di pretendere, ancor prima di aver escusso tale via, che è poi quella naturale, di esser ristorato dalle esauste finanze dello Stato, il quale dovrebbe poi procedere a sua volta, con evidente pregiudizio anche del principio dell'economia dei mezzi giuridici, nei confronti dell'obbligato primario ?

Un'obiezione contro la soluzione prospettata potrebbe esser vista nell'art. 13 della legge sul risarcimento dei danni di guerra, il quale prevede un termine di carattere perentorio, per

giunta assai breve, per le domande di risarcimento verso lo Stato. Non mi pare tuttavia che questo rappresenti un ostacolo al preventivo esperimento dell'azione nei confronti dell'obbligato primario. La domanda verso lo Stato può, in vero, esser condizionata al mancato ristoro da parte di quell'obbligato. E le norme integrative espressamente prevedono l'ipotesi che gli indennizzi e i compensi conseguiti dal danneggiato ad altro titolo vengano computati, quando ciò non sia avvenuto prima, alla fine della procedura di liquidazione, la quale, come è noto, è purtroppo assai lenta (art. 16, 3° comma r. decreto 16 dicembre 1940).

Mi pare si debba dunque concludere che l'indennizzo dei danni di guerra da parte dello Stato competa soltanto una volta che sia stata dimostrata l'impossibilità di conseguire da parte degli eventuali obbligati primari le indennità e i compensi cui essi per gli stessi danni siano tenuti.



## Sulla responsabilità della pubblica Amministrazione in regime di occupazione militare\*

Pubblicato in

*Il Foro Italiano*

Bologna, 1948, I, col. 1097-1103

\* *Nota* a Tribunale di Napoli 4 giugno 1948, *ibid.*, col. 1097;  
la massima che interessa è riportata alla pagina seguente

TRIBUNALE DI NAPOLI: 4 GIUGNO 1948; PRES. COPPOLA P., EST. ROSSI; GAROFALO (AVV. CILIBERTI) C. FERROVIE DELLO STATO (AVV. DELLO STATO CHICCA).

*L'occupazione del territorio nazionale, pur limitando l'esercizio della sovranità dello Stato, ha lasciato integra l'organizzazione dell'Amministrazione italiana; pertanto le Ferrovie dello Stato, benché il loro funzionamento fosse controllato dalle autorità occupanti, sono rimaste direttamente responsabili dei danni cagionati a privati da fatti colposi del loro personale.*

La sentenza che si annota — la quale pure, per la proporzione tra le sue parti e l'adeguatezza della trattazione, va segnalata come un modello di stile giudiziario — per quanto da altri favorevolmente accolta (VIRGA, *Respons. dello Stato occupato*, ecc., in *Dir. e giur.* 1948, fasc. IV), non mi pare pervenga, alla luce dei principi, all'esatta soluzione della questione che si presentava all'esame del Collegio giudicante.

1. — Il caso era il seguente. A un passaggio a livello esistente in prossimità di una curva della strada ferrata, in tempi normali custodito, e sito nelle immediate retrovie del fronte, in una notte piovosa, durante i primi mesi dell'occupazione militare alleata — epoca in cui i convogli viaggiavano senza orario fisso — un carretto era stato travolto da un treno addetto al rifornimento di viveri e munizioni alle truppe operanti, col conseguente infortunio di quelli che lo montavano. Dagli atti della causa era emerso che, essendo stati, per via delle operazioni belliche, inutilizzati gli impianti telefonici e i mezzi di segnalazione, e asportate le sbarre di chiusura del passaggio a livello, soltanto qualche istante prima dell'arrivo del treno investitore — il quale per ragioni di sicurezza bellica viaggiava a fanali spenti — il carretto aveva ricevuto, mediante una lanterna agitata da un custode addetto al passaggio, indicazione dell'imminente pericolo.

Vi era responsabilità dell'Amministrazione ferroviaria per violazione delle norme di cui all'art. 13 del r. d. 31 ottobre 1873 n. 1687 (regolamento per la polizia, sicurezza e regolarità dell'esercizio delle strade ferrate), e all'art. 28 del r. d. 8 dicembre 1933 n. 1740 (t. u. per la tutela delle strade e per la circolazione), entrambe rivolte a garantire la sicurezza dei passaggi a livello? E a chi risaliva?

Il Tribunale si è pronunciato per la responsabilità diretta dell'Amministrazione italiana, che, a causa del concorso di colpa dello stesso conducente del carretto — il quale, viaggiando a forte andatura, imbacuccato in indumenti invernali, e al riparo di un ombrello, per via della pioggia, non aveva avuto modo di rendersi esatto conto della, sia pur tardiva, segnalazione, e del pericolo — ha condannato al pagamento del 60% del danno. Per tal modo ha respinto sia la tesi, secondo cui, date le circo-

stanze, l'incidente avrebbe dovuto attribuirsi a causa di forza maggiore, sia l'altra, secondo cui, risalendo la responsabilità all'Autorità militare alleata, la quale disponeva, in base all'armistizio, delle ferrovie italiane, un indennizzo del danno da parte dello Stato italiano avrebbe dovuto, se mai, avvenire non a titolo di responsabilità aquiliana, ma ai sensi del r. decreto legge 21 maggio 1946 n. 451, col quale lo Stato italiano si assumeva, tra gli altri, « i danni dipendenti da azioni non di combattimento da parte degli alleati ».

A me non par dubbio che la pronuncia sia stata troppo severa nei confronti dell'Amministrazione dello Stato.

2. — Date le circostanze, non sembra che, pur ammesso che il fatto dell'investimento dovesse essere imputato all'Amministrazione ferroviaria, esso potesse venire non discriminato dalla causa di forza maggiore. Il personale delle Ferrovie, in fondo, aveva cercato di evitare l'incidente con tutto l'impegno che la situazione consentiva. In presenza di un traffico ferroviario a orario libero, e in mancanza dei mezzi telefonici e dei dispositivi di segnalazione, i segnali luminosi da parte del custode del passaggio a livello — possibili per altro soltanto dopo che questi, una volta udito l'arrivo del treno (per giunta proveniente da una curva) avesse avuto modo di spostarsi dal proprio casello fino alla strada rotabile — erano, in vero, il massimo che si potesse fare. E, nelle condizioni climatiche e atmosferiche in cui l'evento si produsse, le difficoltà erano certamente accresciute dalla limitazione che derivava dalla meno facile percezione uditiva dell'avvicinarsi del treno.

A ogni modo, pur ammesso il caso di forza maggiore, dato che lo Stato si è assunto l'impegno dell'indennizzo dei danni di guerra (legge 26 ottobre 1940 n. 1543), e che il caso di forza maggiore in esame, indubbiamente *occasionato* dalla condotta della guerra, rientra nella formula legislativa del « fatto di guerra » (legge cit., art. 2), un obbligo all'indennizzo da parte dello Stato sarebbe egualmente esistito, per quanto con tutte le limitazioni sostanziali (1) e procedurali, e con tutta la lentezza che purtroppo accompagna — in questa travagliata fase di riassetto post-bellico — il ristoro dei danni subiti dai sudditi in conseguenza della guerra.

---

(1) Sono noti i seri dubbi, che, specialmente a seguito della decisione del Cons. Stato, IV Sez., 5 luglio 1947, n. 230 (in questa raccolta, 1947, III, 113), suscitano circa la vera essenza della pretesa all'indennizzo dei danni di guerra. In argomento v. i recenti studi del CAPACCIOLI, *Sulla natura della pretesa al risarcimento dei danni di guerra*, in *Giur. Cass. civ.*, 1947, I, 340; e dell'ALESSI, *Questioni in materia di risarcimento di danni di guerra*, *ibid.*, 349.

3. — Per altro, quando invece nella specie dovesse riconoscersi una qualche responsabilità dell'Amministrazione ferroviaria, tale responsabilità non potrebbe mai farsi risalire in via diretta allo Stato italiano, sulla base dei principi generali della responsabilità aquiliana.

Non è qui il caso di rianalizzare le varie teorie, che la travagliata materia delle relazioni tra Stato occupante e Stato occupato ha suscitato (2). Nè può avere interesse, se non meramente orientativo — particolarmente in presenza delle notevoli anomalie che l'ultimo conflitto ha conosciuto (3) — una indagine circa le norme internazionali che regolano l'occupazione bellica (4).

Importa piuttosto sottolineare, con tutta la dovuta evidenza, come l'ambito della potestà di ciascun ordinamento giuridico sia sempre necessariamente ed esclusivamente determinato dai limiti entro cui essa sia *effettiva* (5): siamo nelle zone dove il diritto si identifica col fatto. Dove un *potere effettivo* di un certo ordinamento manchi, ivi non può dirsi che quell'ordinamento vigga (6): nè — se il fenomeno sia dovuto a una compressione esterna — nulla può rilevare la circostanza che la compressione abbia carattere temporaneo (p. es., insurrezione, occupazione bellica) o permanente (p. es., stato di vassallaggio).

---

(2) Tale riesame è stato di recente affrontato dettagliatamente, sulle orme del BALLADORE-PALLIERI, *La guerra*, Padova, 1935, 330 segg., dal VIRGA, *Responsabilità*, cit., n. 1.

(3) Cfr. M. S. GIANNINI, *Norme delle autorità occupanti e diritto dei privati*, in *Giur. Cass. civ.*, 1945, II, 353; VEDOVATO, *Diritto internazionale bellico*, Firenze, 1946, 5 segg. Il fenomeno aveva già avuto vistose manifestazioni nel corso della prima guerra mondiale: cfr. FERRARI, *Dell'occupazione di territorio austro-ungarico in seguito all'armistizio*, in *Riv. dir. internaz.*, 1927, 461 segg.

(4) Cfr. FRAENKEL, *Military occupation and the Rule of Law*, New York, 1944, 189 segg.; MONACO, *la revoca degli atti amministrativi emessi durante l'occupazione di armistizio*, in *Giur. Cass. civ.*, 1945, II, 721; CAPOTORTI, *Sulla valutazione degli atti dell'occupante alla stregua dell'ordinamento dello Stato occupato*, in *Foro it.*, 1946, I, 987, e nota 13 ivi.

(5) Non nel senso che qualora essa non venga esercitata non sussista: ma nel senso che, nella sfera sua propria, abbia la forza di esercitarsi.

(6) L'affermare poi, come è stato sottilmente prospettato, che, in casi di tal genere, l'ordinamento, pur essendo *inefficace*, possa esser tuttavia *valido* (VIRGA, *Responsabilità*, cit., n. 1; v. anche CAPOTORTI, « *Rappresaglie* » esercitate dall'occupante per atti ostili della popolazione nemica, in *Rass. dir. pubbl.*, 1946, I, 119 e nota 18 ivi), mi pare irrilevante, ove si ponga mente, che in materia di poteri d'imperio, la *efficacia* è sempre condizione essenziale della stessa *esistenza*. Nè deve trarre in inganno la circostanza che, a es., un potere normativo, il quale sia stato formalmente esercitato pur in mancanza della possibilità di esser portato a effetto, venga successivamente — una volta consolidata la potestà del suo portatore — a svolgere la sua azione come se fosse stato

Ora, in regime di occupazione militare, nella forma che il fenomeno suole assumere nel nostro tempo (7), si verifica appunto una compressione temporanea, e generalmente limitata a determinate sfere d'azione, delle potestà dello Stato occupato, in quanto tali potestà vengano assunte dallo Stato occupante (v. per tutti BALDONI, *Occupazione bellica e militare*, in *Nuovo dig. it.*, IX, 4). Di conseguenza, nell'ambito del territorio dello Stato occupato — sul quale, *come oggetto*, quest'ultimo continua a conservare la sua potestà (8) — vengono a sussistere due ordinamenti, ciascuno esteso a quel campo d'azione sul quale venga effettivamente a esercitarsi (9).

Quali poteri sia, dal punto di vista del diritto internazionale, lecito esercitare all'occupante, non interessa dal punto di vista del diritto interno. Il regolamento giuridico dei rapporti interni risulta, in fatti, determinato dall'ordinamento che concretamente abbia la forza di imporlo (10), salva, naturalmente, proprio

---

sempre efficace (cfr. CAPOTORTI, *Sulla valutazione*, cit., 989). Ciò può avvenire, in fatti, soltanto in quanto successivamente la potestà del suo titolare, diventata effettiva, sia stata per ciò stesso in grado di imporre tale regime con forza retroattiva (v., p. es., QUADRI, *Delle nomine a pubblico impiego e delle promozioni disposte dalle Autorità militari alleate*, in *Giur. it.*, 1946, II, 114).

(7) È noto che il regime dell'occupazione bellica ha subito nel tempo notevoli evoluzioni. Cfr. BALLADORE-PALLIERI, *La guerra*, cit., 326.

(8) Ove così non fosse, essendo il territorio essenziale al concetto di Stato, lo Stato, privato della potestà sul proprio territorio, sarebbe da considerare venuto meno per *debellatio*. Ove poi la sua potestà sul territorio fosse venuta meno senza che l'ordinamento affermatosi su di esso fosse accompagnato dalla caratteristica della *permanenza* — essenziale alla potestà statale (cfr., anche per indicazioni, SANDULLI, *Fatti dannosi della Repubblica sociale e responsabilità dello Stato italiano*, in questa raccolta, 1947, I, 155) — l'ordinamento affermatosi sul territorio occupato avrebbe soltanto le caratteristiche del governo di fatto, e non quelle dello Stato sovrano del territorio (si pensi, a es., al così detto regno costituito in Croazia nel 1941).

(9) Tale è la concezione oggi assolutamente dominante. Cfr. BALLADORE-PALLIERI, *La guerra*, cit., 334 segg.; BALDONI, *Occupazione*, cit., 4; VEDOVATO, *Dir. internaz. bellico*, cit., 21; BISCARETTI DI RUFFIA, *Rilievi sulla natura giuridica e sui limiti ed effetti dei poteri esercitati in Italia dal Governo militare alleato*, in *Giur. Cass. civ.*, 1946, I, 414; CAPOTORTI, *Sovranità territoriale e funzioni sovrane in territorio occupato*, *ibid.*, II, 109; VIRGA, *Responsabilità*, cit., n. 1. Non mancano tuttavia ancor oggi autorevoli sostenitori della esclusiva sovranità dello Stato occupante: così QUADRI, *Delle nomine*, cit., 113.

(10) Il potere dell'occupante si pone quindi come un vero e proprio potere *de facto*. Cfr. VEDOVATO, *Dir. internaz. bellico*, cit., 22, e giurisprudenza da lui richiamata.

in virtù del medesimo principio, per gli ordinamenti i quali acquistino la effettiva potestà in un momento successivo — e quindi anche per gli ordinamenti restaurati nei poteri temporaneamente perduti —, la possibilità di qualificare e di considerare in modo diverso, o di disconoscere addirittura, i fatti e i rapporti già regolati da quello (v. *supra* nota 6).

Al fine di determinare la disciplina giuridica dei territori italiani soggetti all'occupazione alleata all'epoca in cui avvenne il fatto che si esamina, non bisogna dunque rifarsi alle norme internazionali sull'occupazione bellica, e neanche alle norme contenute nell'armistizio stipulato tra l'Italia e le Nazioni unite nel settembre 1943 — per quanto, sia le prime, sia, più specialmente, le seconde (anch'esse norme di diritto internazionale (11)), forniscano elementi indicativi di importanza decisiva. Ciò cui unicamente bisogna aver riguardo, in mancanza di espresse norme in contrario dell'ordinamento italiano restaurato (12), è invece la situazione effettivamente instauratasi nel Paese in regime di occupazione (13).

4. — In relazione alla specie che formò oggetto della sentenza annotata, occorre dunque, innanzi tutto, considerare l'importanza essenziale che i trasporti hanno nella guerra moderna (14).

---

(11) Sulla natura dell'armistizio, v. MONACO, *L'armistizio nel sistema degli accordi internazionali*, Milano, 1943, 11 e passim, 147 segg. V. anche PALMERINI, *Sull'impugnabilità dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale dei provvedimenti presi dalle autorità italiane in territorio occupato*, in *Rass. di dir. pubbl.*, 1946, II, 335 seg.

(12) Coal. p. es., è avvenuto nei confronti delle nomine a pubblici uffici effettuate dagli Alleati, le quali dal decreto legislativo 31 agosto 1945 n. 571 sono state considerate fatte a titolo provvisorio.

(13) Sul regime della occupazione di armistizio in generale, v. MONACO, *L'armistizio*, cit., 149 segg. Sul regime particolare di occupazione cui fu sottoposta l'Italia dopo l'armistizio del settembre 1943, v. MONACO, *La revoca*, cit., 721 seg.; BISCARETTI DI RUFFIA, *Rilevati*, cit., 415 seg.

(14) L'art. 21 della legge di guerra, approvata col r. decreto 8 luglio 1938 n. 1415, contempla un particolare potere del comando supremo in ordine all'utilizzazione dei mezzi di trasporto e all'organizzazione e al funzionamento dei servizi relativi, nonché alla possibilità di modificare e sospendere le disposizioni relative ai trasporti. E gli art. 23 e 66 della stessa legge prevedono la possibilità di sequestrare persino il materiale ferroviario neutrale. Per l'art. 60, il quale riproduce l'art. 53 del regolamento annesso alla Convenzione dell'Aja del 1907, v. più avanti nel testo.

La particolare importanza, che la disciplina dei trasporti assume per l'occupante, viene comunemente rilevata dalla dottrina (v., p. es., MONACO, *La revoca*, cit., 721). E le potenze vincitrici, fin dall'altra grande guerra, hanno sempre imposto ai vinti, nelle condizioni d'armistizio, rigide norme in materia (cfr. M. S. GIANNINI, *Norme*, cit., 353).

Occorre inoltre ricordare che il regolamento annesso alla IV Convenzione dell'Aja del 1907, contenente le norme di diritto internazionale bellico, riconosce espressamente all'occupante il potere di far propri i mezzi di trasporto dello Stato occupato, come ogni altra cosa atta a servire alle operazioni di guerra (art. 53), (legge di guerra, art. 60). Occorre ancora tener presente che, in base all'art. 14-B dell'armistizio lungo firmato a Malta il 29 settembre 1943, il Governo italiano assunse l'obbligo di mettere « a disposizione delle Nazioni unite » « tutti i trasporti interni », e che, in base all'art. 19, nei territori i quali, per rappresentare le immediate retrovie del fronte, vennero tenuti sotto l'amministrazione diretta del G. M. A. (art. 18) (e tra essi, all'epoca in cui avvenne il sinistro di cui è questione, rientrava la località dove questo si verificò, sulla quale l'Amministrazione italiana riassunse i poteri soltanto l'11 febbraio 1944, in virtù del r. decreto legge 11 febbraio 1944 n. 34), il Governo italiano si impegnò a « mettere a disposizione delle Nazioni unite », « con il personale necessario per il loro funzionamento », tra l'altro, « i servizi pubblici, i porti, le installazioni per i trasporti e le comunicazioni, i mezzi e il materiale ». Ma sopra tutto occorre ricordare che gli Alleati, per quanto abbiano applicato diverse norme dell'armistizio con una certa benevolenza verso l'Italia, hanno tuttavia sempre preteso — come era ben spiegabile, data l'importanza strategica del servizio — rigorosa applicazione delle norme che ponevano a loro disposizione le comunicazioni ferroviarie (15), e hanno sempre « rigorosamente imposto », nelle zone di combattimento, il governo militare alleato, destinato a esercitare « tutti i diritti di una potenza occupante » (art. 20 dell'armistizio lungo) (v. il commento esplicativo anglo-americano, all'art. 20 dell'armistizio lungo), tra i quali, come si è visto, il potere di disposizione delle ferrovie rientra.

Risulta quindi evidente che l'amministrazione dei servizi ferroviari italiani, all'epoca e nel luogo in cui l'incidente avvenne, era nelle mani degli Alleati, i quali non si limitavano a esercitare su di essa un semplice controllo — come sembra ritenere la

---

(15) Nel commento esplicativo con cui i Governi degli Stati uniti e della Gran Bretagna hanno accompagnato nel novembre 1945 la pubblicazione dei documenti della resa italiana, si legge, in nota all'art. 14-B dell'« armistizio lungo », che « i trasporti italiani e i porti sono già stati in gran parte restituiti all'Amministrazione italiana, tranne per quanto concerne i necessari movimenti delle forze armate alleate e gli approvvigionamenti delle stesse ». Dal che chiaramente si evince che il G. M. A., fin quando non restituì le ferrovie all'Amministrazione italiana, provvide esso stesso alla loro amministrazione, e non si limitò a un semplice controllo.

sentenza annotata — ma ne disponevano direttamente (16).

Nè nulla può rilevare in contrario la circostanza che il servizio venisse concretamente disimpegnato dal personale italiano, posto a disposizione degli Alleati in applicazione delle clausole armistiziali. Perchè, se un tale stato di cose non faceva affatto venir meno — come ha giustamente avvertito la sentenza annotata — il rapporto di dipendenza organica tra quel personale e l'Amministrazione italiana, faceva certo venir meno — in quanto esso inerisce strettamente all'esplicazione del servizio — il rapporto di dipendenza funzionale (17). Il fenomeno, del resto, è tutt'altro che sconosciuto nel campo del diritto, dove non sono rari i casi di dipendenti di un ente, i quali funzionino — spesso esclusivamente — come organi di altro ente (18), o addirittura i casi di organi di un ente, i quali sotto certi aspetti operino come organi di un altro ente (19) ed è stato studiato anche nelle relazioni tra Stati diversi (cfr. CUCINOTTA, *Attività pubbliche dello Stato esercitate da organi di uno Stato straniero*, Milano, 1939).

5. — Ora, siccome, in mancanza di norme espresse, la responsabilità non può che risalire al soggetto al quale il fatto cui essa si riportava va imputato (v. DE CUPIS, *Il danno*, Milano 1946, pagg. 69, 307), e siccome l'imputazione di un qualsiasi fatto a un

---

(16) In effetti la direzione generale delle ferrovie italiane venne assunta dall'A. M. G. ed esercitata dal generale Gray, dell'esercito degli Stati Uniti. E il bilancio delle ferrovie divenne una voce del bilancio dell'A. M. G.

(17) Cfr. FERRARI, *Dell'occupazione*, cit., 474, secondo il quale gli organi amministrativi dello Stato occupato divengono «strumenti della volontà» dell'occupante. La situazione concreta, in cui gli organi dell'Amministrazione italiana nei territori soggetti all'A. M. G. vennero a trovarsi, è lucidamente descritta dal BISCARETTI DI RUFFIA, *Rilievi*, cit., 416 seg.

(18) Si pensi, a es., ai professori di ruolo e al personale amministrativo delle Università statali, nonchè ai funzionari dell'Azienda di Stato delle foreste demaniali, i quali, pur essendo uniti da rapporto di impiego con lo Stato, funzionano come organi, rispettivamente, dell'Università e dell'Azienda, enti dotati di personalità giuridica. In argomento, v. CANTUCCI, *La dipendenza degli organi da più enti e la funzione di controllo*, in *Studi senesi*, LX, 1946-47, 1 segg.; SANDULLI, *L'autonomia delle università statali*, in *Studi in memoria di Luigi Cosattini*, Trieste, 1949, nota 24.

(19) Si pensi, a es., al sindaco, capo dell'amministrazione comunale, il quale sotto certi aspetti è ufficiale del Governo (e cioè organo dello Stato); al direttore generale del Fondo per il culto, organo del Ministero dell'interno, il quale presiede il consiglio di amministrazione del Fondo per il culto, ente dotato di personalità giuridica; all'intendente di finanza, organo dell'Amministrazione finanziaria statale, il quale è membro di diritto del consiglio di amministrazione universitario. E si consideri la disposizione contenuta nell'art. 118 della Costituzione, secondo cui la regione può, per l'esercizio delle sue funzioni, avvalersi degli uffici degli altri enti locali.

ente giuridico avviene sempre e soltanto in considerazione del rapporto di dipendenza funzionale che leghi all'ente l'agente che abbia effettivamente operato — in quanto cioè egli abbia operato per conto dell'ente (v. ALESSI, *La respons. della pubblica amm.*, Milano 1939, I, pag. 43) — è chiaro che le responsabilità, in cui il personale ferroviario italiano sia potuto incorrere nell'esecuzione del suo servizio sotto il regime che si è descritto — nel quale esso si trovava, dal punto di vista funzionale, in rapporto di dipendenza col Governo militare alleato, che disponeva delle ferrovie italiane — non possono che farsi risalire agli Alleati (20).

Di un fatto del genere di quello di cui ebbe a occuparsi la sentenza annotata lo Stato italiano non potrà dunque mai rispondere a titolo di una propria responsabilità aquiliana: ma soltanto — e sempre che si provi che il fatto dannoso non inerisca direttamente ad azioni di combattimento (nel qual caso lo Stato sarebbe tenuto a titolo di risarcimento di danni di guerra, ai sensi della legge 26 ottobre 1940 n. 1543) — a titolo della libera assunzione dell'obbligo degli indennizzi per i danni prodotti dagli Alleati, ai sensi del decreto legge 21 maggio 1946 n. 451 (21).

(20) Pur riconoscendo che il personale ferroviario italiano passò funzionalmente alle dipendenze dell'Amministrazione militare alleata, il VIRGA, *Responsabilità*, cit., n. 2, afferma che i suoi atti erano riferibili all'Amministrazione italiana e non a quella alleata: e ciò sul presupposto che l'amministrazione dell'occupante verrebbe di regola svolta secondo le norme dell'ordinamento dello Stato occupato, e per ciò appunto eserciterebbe «potestà proprie di quest'ultimo», «sostituendosi ai suoi organi governativi». Questa tesi — la quale inspiegabilmente (e in contrasto con la critica che lo stesso autore gli muove) indulge a quell'inaccettabile orientamento dottrinale, secondo cui lo Stato occupante sarebbe da considerare, nell'esercizio dei suoi poteri in territorio d'occupazione, rappresentante dell'occupato (per tale critica, v. ampiamente BALLADORE-PALLIERI, *La guerra*, cit., 330 segg.) — va senz'altro respinta. In tutti i campi, cui ritiene opportuno estendere la propria azione, l'occupante — come inerisce alla sua naturale posizione di preminenza — non può derivare che dal suo stesso ordinamento — anche quando mantenga in vigore le norme instaurate dallo Stato occupato — la propria autorità.

(21) È da notare che «i danni dipendenti da azioni non di combattimento da parte degli Alleati», cui fa riferimento la lettera d dell'art. 1 del r. decreto legge 21 maggio 1946 n. 451, non possono essere — in virtù del principio generale secondo cui non esiste responsabilità senza colpa — che i danni colposi. Gli eventuali danni determinati — come sembra sia nel caso in questione — da causa di forza maggiore connessa con la condotta della guerra da parte degli alleati, anche se non dipendenti da azioni di combattimento, sono invece da considerare soggetti alla disciplina della legge sui danni di guerra, la quale ha carattere generale, e manifestamente prescinde da ogni colpevolezza, ispirandosi inequivocabilmente a un criterio di responsabilità oggettiva.

# Obblighi dello Stato e obblighi dell'assicuratore in materia di danni di guerra

Pubblicato in

*Assicurazioni\**

Roma, 1948, pp. 227-249

\* Estratto con paginatura autonoma



SOMMARIO. — 1. Il principio generale dell'obbligo statale all'indennizzo dei danni di guerra e le sue necessarie limitazioni. — 2. Rischi di guerra a carico dello Stato e rischi di guerra a carico di assicuratori privati. — 3. Il problema della discriminazione dei danni di guerra dagli altri danni. — 4. Sua soluzione alla stregua della definizione del rapporto di causalità giuridica. — 5. La discriminazione tra i singoli danni bellici coperti dai diversi obbligati all'indennizzo. — 6. Rapporti tra obbligo statale e obbligo dell'assicuratore in ordine al medesimo danno bellico. — 7. Dimostrazione del carattere sussidiario del primo rispetto al secondo. — 8. Dimostrazione che lo Stato non è tenuto a titolo di responsabilità all'indennizzo dei danni di guerra. — 9. Inammissibilità della surrogazione dell'assicuratore al danneggiato per l'indennizzo dei danni di guerra da parte dello Stato.

1. — La portata immensa delle conseguenze dannose inerenti ai moderni sistemi di lotta fra i popoli — caratterizzati da una formidabile potenza distruttrice e dall'impiego di essa nei confronti di tutte quante le energie vitali della nazione nemica — ha purtroppo sospinto nel nostro tempo, non ancor sanato dalle recenti piaghe, e tuttavia già tanto inquieto, al primo piano dell'attenzione pubblica il problema della riparazione dei danni di guerra (1).

---

(1) Il problema dei danni di guerra, per quanto spesso considerato in vari dei suoi singoli aspetti (per alcuni argomenti specifici, v. indicazioni in ALIOTTA, *Risarcimento di danni di guerra e responsabilità dell'amministrazione militare in tempo di guerra*, in *Giur. it.*, 1948, I, 2, 269 segg., nonché gli scritti citati *infra*, sub nota 1 a pag. 229), non ha ancora avuto nella letteratura recente una esauriente e adeguata trattazione unitaria. V., ad ogni modo, FRAGHI' e GUIDI, *Danni di guerra* in *Nuovo digesto italiano*, VI, Torino, 1938, al quale si rinvia per le indicazioni sulla

Un sano principio di solidarietà esige che gli effetti pregiudizievoli della guerra vengano equamente ripartiti tra tutti i cittadini (1). Inerisce quindi alla coscienza sociale che lo Stato, entificazione della comunità per conto della quale — e non importa se l'interesse comune venne bene o male inteso — quei danni furono subiti, si assuma tutti tali effetti, ripartendone a sua volta l'onere tra i cittadini in proporzione delle possibilità di ciascuno. E ciò appare talmente consono ai canoni della moderna concezione della funzione statale che la legislazione sul ristoro dei danni di guerra può esser considerata come espressione di un principio superiore ormai acquisito all'ordinamento giuridico (2).

Naturalmente lo Stato — coinvolto esso stesso prima di ogni altro nel turbine della rovina — non sempre è in grado di soddisfare integralmente il dovere sociale della reintegrazione. Per altro, la *salus rei publicae* spesso consiglia di non turbare mediante aggravii fiscali al di là di certi limiti — come ai fini di una reintegrazione piena sarebbe necessario — le situazioni economiche assestatesi o in via di assestamento in un nuovo sistema di equilibrio, sia pure non fondato su basi di perfetta equità. Nella impossibilità di realizzare un ristoro integrale, valutazioni di utilità e di opportunità sociale possono quindi consigliare di procedere di volta in volta a discriminazioni tra interessi degni di essere ristorati integralmente e interessi i quali possono essere parzialmente sacrificati (3). Nè mancano ulteriori fattori d'ordine vario, i quali possono suggerire altre e più gravi limitazioni.

Ciò non toglie tuttavia che il principio dell'obbligo dello Stato al ristoro dei danni di guerra vada considerato come una

---

letteratura anteriore, nonchè BOCCONI, *Il problema dei danni di guerra*, Bologna, 1940; VISCO, *La riparazione dei danni di guerra alla popolazione civile*, Torino, 1943.

(1) Cfr. la relazione ministeriale alla legge 26 ottobre 1940 n. 1543 sul risarcimento dei danni di guerra.

(2) In tal senso cfr. SANDULLI, *Fatti dannosi della repubblica sociale e responsabilità dello Stato italiano*, in *Foro it.*, 1947, I, 161.

(3) Particolare interesse presentano a tal proposito le norme contenute nell'art. 6, 1° comma, parte 2ª, nell'art. 7, 2° comma, e nell'art. 8 della legge 26 ottobre 1940, n. 1543.

conquista insopprimibile del nostro tempo (1). Onde sembra si possa affermare che la concreta disciplina della materia, che in occasione di ogni conflitto il legislatore opera, più che alla fun-

(1) Se tale obbligo sia da considerare imposto solo a tutela dell'interesse pubblico (sia pur venendo per tal modo ad assistere l'interesse privato) o a diretta tutela dell'interesse privato — se cioè da esso derivino per i privati dei semplici interessi tutt'al più legittimi, o addirittura dei veri e propri diritti soggettivi — è questione che ha dato luogo a vive perplessità. E una recente detta decisione del Consiglio di Stato, redatta dall'attuale presidente dell'alto consesso, la quale ha escluso che i danneggiati di guerra avessero un diritto all'indennizzo, ritenendo che potessero vantare soltanto un interesse legittimo (IV<sup>a</sup> sez., 5 luglio 1947, n. 530, in *Giur. cass. civ.*, 1947, I, 333, con nota favorevole dell'ALESSI, *Questioni in materia di risarcimento di danni di guerra*, e nota contraria del CAPACCIOLI, *Sulla natura della pretesa al risarcimento dei danni di guerra*), la ha ridestata. Senza voler prendere in questa sede definitiva posizione sull'argomento, a me pare si debba tuttavia convenire del carattere di diritti soggettivi delle pretese private all'indennizzo. È da osservare innanzitutto come il pur notevole interesse pubblico che indubbiamente ispira la legislazione sull'indennizzo dei danni di guerra non sia quello che in via diretta e in misura preminente il legislatore ha avuto di mira. Non molto diversamente da quanto avviene in materia fiscale, dove non si discute che le norme sull'applicazione delle imposte riflettano diritti soggettivi — come in generale nelle materie dove vengono in questione rapporti patrimoniali — le norme relative all'indennizzo dei danni di guerra, pur avendo di mira un interesse pubblico, tutelano in via diretta e immediata un interesse privato. Quanto poi a quella certa discrezionalità di cui l'autorità amministrativa gode in relazione alla concessione dell'indennizzo (artt. 3, 4, 6, 7, 8, legge cit.), è da sottolineare che essa non implica affatto un potere dell'autorità di volutare alla stregua del pubblico interesse se nelle singole ipotesi sia o non il caso di concedere l'indennizzo — ciò che unicamente legittimerebbe, in conformità dei principi, la possibilità di configurare l'indennizzo come interesse legittimo e non come diritto soggettivo —; ma riflette soltanto, indipendentemente da ogni valutazione di opportunità amministrativa, la determinazione del concorso delle circostanze che la legge richiede perchè si faccia luogo all'indennizzo — attività di giudizio non diversa da quella che normalmente esplica il magistrato per accertare prima dell'applicazione della norma se ricorrano o meno gli elementi di quella certa fattispecie che il legislatore intese sottoporre ad essa. In relazione, infine, al potere statale di procedere all'indennizzo dei danni relativi ai beni mobili, anzichè in danaro, mediante la consegna di una cosa equivalente (legge cit., art. 6, 2° comma), anche esso non significa affatto il venir meno del diritto del privato all'obbligo correlativo, al quale lo Stato non può in alcun modo sottrarsi; ma soltanto la possibilità di sostituire la prestazione di una cosa a quella di un'altra. E se ciò implica un potere discrezionale dell'amministrazione, questo non incide sul diritto all'indennizzo, col conseguente affievolimento di esso, ma soltanto sul modo dell'indennizzo. Di tal che in questa ipotesi può dirsi che il privato, mentre ha un vero e proprio diritto all'indennizzo, non vanta che un interesse in ordine al modo di esso.

zione di instaurazione di tale obbligo, assolve a quella di delimitazione e specificazione di esso in considerazione delle circostanze dell'ora (1).

2. — Che in presenza della enorme moltiplicazione dei rischi della guerra moderna soltanto lo Stato sia in grado di provvedere adeguatamente — se pure in forma non piena — alla restaurazione dei relativi danni, è fatto palese dalla circostanza che persino quei particolari rischi bellici, i quali, a differenza degli altri, erano stati per antichissima tradizione garantiti dalle imprese private sotto forma di assicurazione, sono stati in occasione dell'ultimo conflitto assunti dallo Stato (2). Lo Stato ha avvocato, infatti, a sè l'assicurazione contro i rischi bellici della navigazione (R. D. L. 23 novembre 1939 n. 1939; legge 3 aprile 1941 n. 499). Che poi il ristoro dei danni di guerra attinenti alla navigazione sia stato tenuto dallo Stato sul piano assicurativo, prescrivendo per altro l'obbligatorietà dell'assicurazione (legge ult. cit. art. 2), e non sia stato assoggettato alla comune disciplina dell'indennizzo propria degli altri danni di guerra, è stato sopra tutto dovuto all'intento di conservare, avvalendosi di un sistema di sperimentata efficienza, attraverso una più rigorosamente definita e più rapida forma di ristoro, l'interesse a una navigazione divenuta a causa della guerra rischiosa oltre ogni misura.

Quanto ai rischi bellici non inerenti alla navigazione, la tradizione è stata sempre nel senso della generale non assunzione di essi da parte delle imprese assicuratrici, a causa della eccessiva indeterminatezza della loro alea. La loro esclusione, la quale per le assicurazioni contro i danni è in linea di principio sancita dall'art. 1912 cod. civ., suole essere generalmente prevista nelle condizioni di polizza delle altre assicurazioni.

3. — Un problema che prima di ogni altro attira l'attenzione di chi batta il terreno che interessa questo studio è quello delle interferenze e della necessità di discriminazione tra gli

(1) Per una più diffusa giustificazione dell'obbligo statale all'indennizzo dei danni di guerra v. *infra*, n. 8.

(2) Sull'antica tradizione dell'assicurazione dei rischi bellici della navigazione, v. BRUNETTI, *Il rischio di guerra nelle assicurazioni marittime. La disciplina giuridica*, in questa Rivista, 1939, I, 392 segg.

obblighi inerenti alla legislazione sui danni di guerra e alle assicurazioni contro i rischi bellici, e gli obblighi degli assicuratori privati ai sensi delle polizze di assicurazione ordinaria.

Il problema non è però tanto — come a prima vista potrebbe sembrare — di logica astratta, quanto di logica giuridica. Non si tratta, infatti, di determinare se un certo evento sia o non da far risalire, in base a una comune valutazione logica, alla guerra; ma di stabilire se tale relazione di consequenzialità esista, secondo la norma regolatrice dell'obbligo del ristoro (sia essa una norma legislativa, sia una norma convenzionale).

Il problema della causalità giuridica è, in fondo, come più volte è stato osservato, un problema d'interpretazione di disposizioni normative (1). Sul campo del diritto, infatti, il principio di causalità è rappresentato dalla disposizione normativa che regola il rapporto (2). Il concetto di causa è quindi quello che di volta in volta il diritto assume come tale. Basti pensare al 2° comma dell'art. 40 cod. pen.: « Non impedire un evento, che si ha l'obbligo di impedire, *equivale a cagionarlo* ».

È da osservare per altro che sul piano del ristoro dei danni di guerra — come in generale sul terreno della responsabilità civile (3) — le norme legislative offrono ben pochi lumi circa il criterio da seguire per determinare l'esistenza di un nesso causale. Nè di più ne offrono in generale le polizze di assicurazione, presso le quali, come presso le prime, manca di massima ogni definizione del danno di guerra.

Le formule adottate — è vero — spesso diversificano tra loro (4). Ma, in considerazione della estrema incertezza di idee e

---

(1) Cfr. per tutti, ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934, 146 e *passim*, BRUNETTI, *Il rischio di guerra*, *cit.*, 408 segg.; FANELLI, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Roma, 1946, 168.

(2) Cfr. anche per indicazioni, SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, pag. 2 e nota 4 *ivi*.

(3) Come è stato giustamente osservato (BRUNETTI, *Il rischio di guerra*, *cit.*, 406 segg.), la norma del codice civile che limita il risarcimento del danno alle conseguenze immediate e dirette del fatto dannoso (art. 1223) attiene più che alla ricerca della causalità, alla misura del risarcimento.

(4) L'art. 1 della legge 26 ottobre 1940 n. 1543 sul risarcimento dei danni di guerra si riferisce ai danni che « siano *conseguenza* di un qualsiasi fatto della presente guerra ». L'art. 1912 *cod. civ.*, il quale si riferisce ai rischi non compresi normalmente nelle assicurazioni contro i danni, parla di « danni *determinati* . . . . da guerra ». L'art. 1 della legge 3 aprile 1941 n. 499, relativa all'assicurazione

di terminologia che esiste in materia (1), errerebbe chi pensasse che a tale diversità di linguaggio possa attribuirsi un valore in ordine ad una eventuale adesione all'una piuttosto che all'altra soluzione in tema di rapporto causale (2). Tutto quanto si può dire in proposito, a me pare sia soltanto che le formule adottate presso di noi, sia nei testi legislativi che nei contratti di assicurazione, tendono nel concetto del danno di guerra alla maggiore possibile latitudine. Il che, per altro, non può significare, naturalmente, mancanza di ogni limite della categoria; ma sta semplicemente a indicare la maggiore possibile ampiezza concettuale alla stregua della comune esperienza.

4. — Pur riconoscendo dunque tale latitudine, non si potrebbe certo far assurgere a criterio determinante del nesso di causalità su questo terreno — come del resto, a maggior ragione, su qualsiasi terreno giuridico — quello della *condicio sine qua non* (3) — il quale, pure, da un punto di vista di logica astratta, pare quello che meglio vale alla individuazione della causa di ciascun evento. Se, infatti, sul piano della logica pura è vero che in ordine a ciascun evento ognuno degli elementi, che lo

---

obbligatoria contro i rischi bellici della navigazione, parla di « danni materiali che colpiscono le cose assicurate . . . in generale per atti od operazioni di guerra ». E la stessa dizione ricorre nell'art. 1 della polizza italiana di assicurazione per rischi di guerra sopra merci trasportate per via marittima, ed. 1940 e 1942. Altre polizze (così, p. es., quelle considerate dalle sent. Trib. Milano 17 gennaio 1945, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, 20 e 13 agosto 1947, in *Foro it.*, 1948, I, 562) parlano di « infortuni causati da avvenimenti di guerra ».

(1) Per ampie indicazioni sul problema della causalità giuridica, v. particolarmente ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit.; RANIERI, *La causalità nel diritto penale*, Milano, 1936, nonché, sul terreno che qui particolarmente interessa, GASPERONI, *La causa dell'evento di assicurazione*, in questa Rivista, 1938, I, 26 segg.; FANELLI, *L'assicurazione privata*, cit., 165 segg. Per rendersi conto della incertezza dei concetti e dei termini che è comune su questo terreno, basti pensare ai vari sensi in cui da parte dei diversi autori si parla di *occasione*: cfr., p. es., STOPPATO, *L'evento punibile*, Torino, 1898, 62 segg.; ANTOLISEI, *op. cit.*, 193 segg.; SRAFFA, *Le assicurazioni contro gli incendi e i danni provenienti da terremoto*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, I, 207; BRUNETTI, *Il rischio di guerra*, cit., 405. Sul senso in cui tale concetto va inteso, v. *infra*, n. 4.

(2) Cfr. in tal senso gli spunti del PERETTI-GRIVA, *Osservazione*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, 19 segg.

(3) Per una esauriente esposizione della teoria causale della *condicio sine qua non*, v. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., 27 segg.

abbiano condizionato, è da ritenere pienamente equivalente agli altri, e, come tale, è da considerare, al pari degli altri, condizione dell'effetto e concausa di esso (1), sul piano giuridico, pur in mancanza di ogni precisazione normativa, non può dirsi altrettanto.

Il diritto, infatti, per la sua natura pragmatistica, è sempre preordinato a particolari scopi. E in relazione ai fini specifici di volta in volta avuti di mira, non prende in considerazione che alcuni degli elementi determinanti del singolo effetto (2). Anzi, non è raro il caso che, in relazione a scopi specifici diversi, configuri di volta in volta come causa di uno stesso evento or l'uno

(1) Cfr. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., 32, 146.

(2) Perciò una concezione del rapporto di causalità adatta in relazione a determinati problemi giuridici può non essere soddisfacente in relazione ad altri. Così, ad es., sul campo del diritto penale, dove compito della teoria causale è la determinazione dei casi in cui l'evento esteriore si possa obbiettivamente attribuire a una norma (cfr. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., 185), e dove assume quindi rilievo decisivo l'essenza conoscitiva e volitiva della natura umana, la concezione della causalità adeguata — la quale è in grado di far leva sulla circostanza che ogni individuo agente, avendo normalmente conoscenza di una serie di nozioni di comune dominio, è in grado di disporre in conseguenza dei fatti prevedibili in base a tali nozioni — appare, almeno nelle sue formulazioni più moderne (MEZGER, *Strafrecht*, Berlin, 1931, 122) la più soddisfacente (in fondo non si allontanano gran che da essa i risultati più recenti acquisiti alla dottrina: v. ANTOLISEI, op. cit., 212 segg.). E altrettanto può dirsi nel campo della responsabilità civile, dove essa viene pure comunemente accolta (cfr., per tutti, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 7ª ed., Milano, 1947, 287). Tuttavia, malgrado ancor oggi venga considerata in dottrina come la meglio appropriata alla risoluzione dei problemi che vi si agitano (cfr., p. es., FERRARINI, *Note sull'assicurazione marittima dei rischi di guerra*, in *Riv. dir. nav.*, 1942, II, 153; BRUNETTI, *Assicurazione dei rischi di guerra e perdita presunta della merce per arresto della nave*, in *Giur. it.*, 1947, I, 2, 135), tale concezione non pare la meglio rispondente alle esigenze del campo dei danni civili derivanti da fatti in cui la volontà umana non viene in considerazione (cfr., in un certo senso, FANELLI, *L'assicurazione privata*, cit., 168): invero, in questo campo ciò che conta è l'accertamento del fatto cui realmente si debba far risalire l'evento; e la circostanza che esso sia eventualmente anomalo — a meno che ciò non valga a rivelare l'intervento di altri fattori — non può né deve avere alcun rilievo (cfr. GASPERONI, *La causa dell'evento*, cit., 37 segg., 40 segg.). All'opinione secondo cui un'unica concezione sarebbe idonea a risolvere il problema causale in tutti i campi del diritto (cfr., p. es., BRUNETTI, *Il rischio di guerra*, cit., 406) è quindi da preferire l'opinione contraria (v., p. es., VIDALI, *Il rapporto di causalità tra rischio ed evento nell'assicurazione*, in *Dir. e prat. comm.*, 1937, I, 271; GASPERONI, op. cit., 29 segg.; FANELLI, loc. cit.).

or l'altro degli elementi che lo hanno condizionato. Basti pensare, ad es., per non allontanarci dal campo di indagine che qui si batte, che lo stesso evento del saccheggio operato in una città da un gruppo di appartenenti alle forze combattenti, che abbiano profittato dell'assenza dei proprietari e della mancanza del servizio d'ordine dipendenti dall'infuriare nella zona delle operazioni di guerra, mentre viene in considerazione, ai fini dell'applicazione della legislazione sui danni di guerra e della generalità delle polizze d'assicurazione, come danno di guerra, viene poi, ai fini dell'applicazione della legge penale, configurato come reato, e quindi come evento causato dagli individui che commisero il fatto (1).

Ora, se così è — se cioè il diritto di volta in volta assume a causa dell'evento questa o quella delle *condizioni* che hanno contribuito a determinarlo (e non tutte le condizioni, come sul piano logico dovrebbe essere) — è evidente che, d'altra parte — destinato com'è a regolare rapporti concreti della vita, e ispirato quindi costantemente alle comuni regole dell'esperienza — esso, in tanto faccia assurgere soltanto una, o soltanto alcune delle condizioni, e non tutte, a fattore decisivo in ordine all'evento — al fine di ricavarne le conseguenze giuridiche che di volta in volta ne fa discendere — in quanto le comuni regole dell'esperienza rivelino che senza di quelle l'evento non si sarebbe normalmente prodotto (2). E' sempre su tale presupposto che vanno interpretate le disposizioni giuridiche, le quali ipotizzano come causa di certi eventi i fatti di una determinata specie.

Quindi, non in ogni caso in cui un certo evento sia comunque collegato con quel fatto, nel senso che senza di questo esso non si sarebbe verificato, può dirsi che quel fatto sia la sua causa giuridica o comunque sia elemento costitutivo di questa.

Affinchè un fatto possa esser considerato come causa giuridica di un certo evento, non è sufficiente che nell'ipotesi con-

---

(1) Su questi concetti, cfr. SANDULLI, *Responsabilità dell'assicuratore per violenze arbitrarie nel corso dell'insurrezione liberatrice*, in *Foro it.*, 1948, I, 554, in nota alla sentenza del Trib. Milano, 13 agosto 1947, relativa a una specie analoga a quella prospettata nel testo.

(2) Questo rappresenta indubbiamente il lato positivo riscontrabile nella teoria dell'adeguatezza, tra i cui più recenti aderenti nel nostro campo v., anche per indicazioni, FERRARINI, *Note sull'assicurazione marittima*, *cit.*, 153.

creta esso sia stato *condicio sine qua non* di tale evento (1). Troppe volte, invero, concorrono con esso dei fattori del tutto imprevisi e straordinari, la cui concomitanza, assolutamente accidentale, rende anormale il rapporto tra quel fatto e l'evento.

Sarebbe per altro eccessivo e scarsamente soddisfacente l'escludere il nesso di causalità giuridica ogni volta che comunque sia da ritenere che l'evento non si sarebbe verificato se con il fatto in questione non avessero concorso altri fattori eccezionali (2).

Sono molto frequenti le ipotesi in cui dei fattori eccezionali e straordinari non sarebbero di per sè idonei alla produzione dell'effetto che ne deriva, se con essi non concorresse il fatto in questione. E l'escludere in tutte tali ipotesi un nesso di causalità tra questo e l'evento, sarebbe cadere nell'eccesso opposto di quello di chi configurasse come causa giuridica qualsiasi *condicio sine qua non*; e avrebbe come conseguenza l'accoglimento di soluzioni palesemente inique. Si pensi al caso — che diede occasione a una famosa decisione arbitrale — del fiammifero caduto in mare acceso, e capitato accidentalmente in una pozza di nafta galleggiante sull'acqua per essere fuoriuscita da uno squarcio provocato da un siluro nel fianco di una petroliera ancorata là presso — col conseguente incendio della petroliera (3) —.

(1) Per ampie critiche della teoria secondo cui ogni *condicio sine qua non* sarebbe elemento essenziale nel rapporto di causalità giuridica, v. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., 27 segg.; GASPERONI, *La causa dell'evento*, cit., 30 segg. Qualche affinità con tale teoria si può riscontrare in quella raccolta dal BRUNETTI, *Il rischio di guerra*, cit., 409 segg. — e da lui definita della « occasionalità necessaria » — in base alla quale il nesso di causalità viene smisuratamente allargato fino a comprendervi — e con ciò la nozione viene ad esserne svisata — le occasioni che « alimentano la probabilità del verificarsi del sinistro ». Contro tale orientamento — il quale sul terreno della guerra marittima porta alla conseguenza di trasformare in rischi di guerra gli stessi rischi ordinari — v. i rilievi critici del FERRARINI, *Note sull'assicurazione marittima*, cit., 155 segg.; *Concorso di rischi ordinari e di guerra nella produzione del sinistro*, in questa Rivista, 1947, II, 2, 87 e del MANCA, *Il rapporto di causalità nell'assicurazione rischi di guerra*, in *Dir. mar.*, 1946. 37.

(2) È da ritenere inaccettabile quella formula, secondo cui, ogni volta che l'evento si sia verificato per l'intervento di fattori eccezionali, è da escludere il nesso di causalità col fatto con cui gli eventi eccezionali abbiano concorso (ANTOLISEI, *Il rapporto causale*, cit., 213 segg.). Tale difetto di formulazione è comune presso i teorici della causalità adeguata.

(3) Il caso si verificò a Genova durante la prima guerra mondiale, e venne risolto da un collegio arbitrale presieduto da SRAFFA il 28 marzo 1919 (la deci-

Si pensi al caso di un fulmine, il quale, cadendo su un piroscampo in navigazione di guerra carico di esplosivi, ne abbia provocato lo scoppio. Si pensi al caso di un urto non grave tra due navi, delle quali l'una carica di esplosivi sia scoppiata. Si pensi al caso in cui una nave, costretta a navigare sotto costa per disposizioni ricevute dall'autorità militare, colta dalla tempesta si sia fracassata contro gli scogli (1). Sia la caduta del fiammifero, sia il fulmine, sia l'urto, sia la tempesta sono fatti straordinari ed eccezionali, assolutamente estranei alla guerra. Tuttavia, senza il concorso delle condizioni nelle rispettive ipotesi determinate dalla guerra, essi non sarebbero stati idonei a produrre delle conseguenze del genere di quelle verificatesi. Se lo squarcio provocato dal siluro nel fianco della petroliera non avesse fatto fuoriuscire la nafta, il fiammifero caduto in mare si sarebbe spento, e non avrebbe potuto dar fuoco alla petroliera; se la nave colpita dal fulmine e quella urtata non fossero state cariche di esplosivi, il fulmine avrebbe potuto tutt'al più produrre un incendio facilmente domabile coi mezzi di bordo, e l'urto avrebbe potuto provocare dei danni facilmente riparabili; se la nave colta dal fortunale non fosse stata costretta dalle disposizioni impartitele a rimanere sotto costa, e avesse potuto prendere il largo, si sarebbe sottratta al pericolo dell'urto contro gli scogli.

In tutte tali ipotesi dunque la guerra contribuì a rendere operanti delle condizioni, le quali senza il suo concorso non sarebbero state in grado di generare le conseguenze verificatesi. E appunto per ciò la circostanza del carattere del tutto eccezionale e straordinario delle condizioni che con essa operarono in nulla può valere a eliminare il nesso di causalità giuridica esistente tra essa e l'evento.

Esistono, per altro, dei fattori eccezionali e straordinari, in presenza dei quali non può più parlarsi di un nesso di causalità giuridica tra il fatto che si consideri e l'evento. Essi sono rappresentati da quelle condizioni imprevedibili estranee al fatto,

---

sione è pubblicata nella *Riv. dir. comm.*, 1919, II, 98) nel senso della riconducibilità dell'evento dannoso al fatto della guerra.

(1) L'ipotesi è stata portata all'esame del Trib. Roma, il quale con la sentenza 5 novembre 1947, in *Dir. mar.*, 1947, 556, ha riconosciuto ricorrere nella specie il danno di guerra.

le quali anche indipendentemente da questo siano in grado di produrre delle conseguenze del genere di quelle intervenute. In tal caso il collegamento tra l'evento e tale fatto, sebbene non possa esser negato, è da considerare, a causa della sua indifferenza, giuridicamente irrilevante. E sarebbe di conseguenza eccessivo e iniquo il configurare questo come causa giuridica di quello. Si pensi all'ipotesi che una nave, costretta dalla guerra a battere una determinata rotta, sia stata colpita da un fulmine, prendendo fuoco; o all'ipotesi che una nave costretta dalla guerra a riparare in un certo porto, si sia in esso urtata con un'altra nave, danneggiandosi. Senza la guerra l'incendio e l'urto non si sarebbero verificati. In tutti e due i casi la guerra fu dunque *condicio sine qua non* dell'evento. Tuttavia nessuno potrebbe affermare che qui la guerra abbia rilievo di primo piano. L'evento potè prodursi solo in quanto al fatto occasionato dalla guerra vennero ad aggiungersi dei fattori assolutamente eccezionali e straordinari, i quali anche indipendentemente dal concorso della condizione determinata da essa sarebbero stati idonei a produrre delle conseguenze del genere. Mentre sul piano logico non potrà quindi negarsi che anche nei casi or ora considerati la guerra vada ritenuta come *condizione* del danno, e cioè come elemento della serie causale, nel senso che il danno non si sarebbe prodotto senza di quella, sul piano strettamente giuridico non si potrà dire che essa lo abbia *causato*, e cioè che ne sia stata la *causa giuridica*. Si potrà soltanto dire che essa lo avrà *occasionato*, e cioè la si potrà configurare come semplice *occasione* del danno (1).

Riassumendo può dunque affermarsi che il fatto al quale il diritto faccia riferimento in relazione a un certo evento — e nel caso nostro la guerra — in tanto può esser considerato come causa di questo, in quanto — sia pure non direttamente, ma contribuendo a rendere operanti delle altre condizioni che senza il suo concorso non lo sarebbero state — abbia condizionato

---

(1) In tal modo al concetto di *occasione*, che ha avuto spesso su questo terreno infelici applicazioni, viene ad essere attribuito un significato univoco, cui corrisponde un regime giuridico proprio ed esclusivo: quello delle condizioni che non assurgono a causa giuridica. Per un'applicazione analoga sul terreno del diritto penale, v. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità, cit.*, 193 segg. Sulle incertezze che regnano in argomento, v. FANELLI, *L'assicurazione privata, cit.*, 171 e nota 1 ivi.

quell'evento (ne sia stato cioè *condicio sine qua non*) — sempre però che i fattori condizionanti estranei ad esso non fossero per loro natura in grado di produrre indipendentemente dal suo corso un evento di quel genere. Qualora quest'ultima circostanza non ricorra, infatti, spostandosi il peso determinante verso le altre condizioni, la condizione in questione, anzichè come *causa* non potrebbe esser considerata che come *occasione* dell'evento (1).

5. — Alle precisazioni cui si è stati in grado di pervenire in ordine alle leggi della causalità giuridica, e in particolare della forza causale dei fatti di guerra, è inerente la limitazione generica del concetto del danno di guerra; e cioè del danno che ha per causa un fatto di guerra. E' da osservare tuttavia che tale delimitazione di carattere generico non è per sè sola sufficiente a risolvere i problemi che si pongono in ordine ai fatti di tal genere, in relazione a cui sorgono gli obblighi di indennizzo da parte dello Stato e da parte degli assicuratori.

La legislazione e le polizze assicurative di norma non assoggettano a identica disciplina, indiscriminatamente, tutti i danni di guerra. Si consideri, ad es., che il risarcimento da parte dello Stato ai sensi delle norme legislative generali sul risarcimento dei danni di guerra (legge 26 ottobre 1940 n. 1543) è espressamente escluso per le navi mercantili soggette all'assicurazione obbligatoria contro i danni di guerra (art. 1, comma 3<sup>o</sup>), come è espressamente escluso per i danni sopportati dagli stranieri (art. 3), e per quelli sopportati da alcuni cittadini che si trovino in particolari condizioni (art. 4); e si tenga presente che il trattamento fatto per i danni agli immobili è diverso da quello fatto per i danni ai mobili (art. 6 segg.). Ma soprattutto merita

---

(1) Non è il caso di prendere in esame quelle teorie sul rapporto di causalità, che, come quella della causa prossima e quella della causa efficiente, non hanno incontrato fortuna per la loro indiscreta inadeguatezza. Per la prima, largamente seguita nel campo assicurativo dalla giurisprudenza anglosassone (cfr. indicazioni in BRUNETTI, *Il rischio di guerra*, cit., 416 segg.), v. l'ampia confutazione dell'ANTOLISEI, *Il rapporto causale*, cit., 67 segg., e, sul nostro terreno, del GASPERONI, *La causa dell'evento*, cit., 31 segg. Per l'altra, che ha avuto varie formulazioni tra le quali si inquadra il recente tentativo del GASPERONI, op. cit., 42 segg., v. oltre la diffusa critica dell'ANTOLISEI, op. cit., 73 segg., 77 segg., 85 segg., 99 segg., i rilievi mossi sul nostro terreno al Gasperoni dal FERRARINI, *Note sull'assicurazione marittima*, cit., nota 1 a pag. 154 e dal FANELLI, *L'assicurazione privata*, cit., nota 1 a pag. 170.

attenzione la circostanza che, mentre le polizze assicurative adottano di massima, in relazione ai danni di guerra, delle formulazioni generiche e quindi di ampia portata, la legislazione relativa agli indennizzi dei danni di guerra da parte dello Stato — salvo qualche limitata eccezione (legge cit., art. 2, ult. comma, come modif. dal DLCP 6 settembre 1946 n. 226) — circoscrive l'obbligo statale ai danni derivanti da fatti posti in essere dagli appartenenti alle forze combattenti.

Si consideri allora, ad es., l'ipotesi di un saccheggio compiuto da elementi facinorosi estranei alle forze combattenti in una località nella quale, pel sopraggiungere delle operazioni belliche, sia venuto meno l'esercizio dei pubblici poteri. Che la guerra, elemento condizionante senza il concorso del quale l'evento non si sarebbe normalmente potuto verificare, vada nell'ipotesi specifica configurata come causa giuridica del danno, non pare possa dubitarsi (1). Che quindi l'assicuratore, il quale si fosse genericamente assunto i rischi di guerra, sia tenuto a indennizzare tale danno, sembra chiaro. Non altrettanto può dirsi invece ai sensi della legislazione sull'indennizzo da parte dello Stato dei danni di guerra, la quale, come si è visto, non contempla se non i danni — non importa se riferibili o non all'amministrazione — compiuti dagli appartenenti alle forze belligeranti.

Ne risulta per ciò nella materia, tra le obbligazioni cui i soggetti non responsabili del danno di guerra — tra i quali sia lo Stato che gli assicuratori rientrano — possono esser tenuti in ordine al ristoro del danno stesso, tutta una complessa rete di interferenze e di discriminazioni, collegata appunto alla diversità e alla limitazione dei rischi bellici assunti.

Non è quindi soltanto questione di determinare i limiti entro cui il danno sia riportabile o meno alla guerra, al fine di stabilire se all'indennizzo sia tenuto chi sia obbligato per i danni ordinari, o chi sia obbligato per i danni di guerra. Ma è ancora questione di stabilire se quel dato danno del quale si tratti, pur

---

(1) Cfr. Trib. Napoli 14 settembre 1944, in questa Riv. 1946, Mass., n. 56; App. Napoli 7 maggio 1945, ivi, n. 31. Il Trib. Napoli 14 maggio 1947, in questa Rivista, 1947, II, 2, 83, escluse invece giustamente il fatto di guerra nel caso in cui un furto era stato perpetrato quando il turbine della guerra era già passato, per quanto perdurasse l'occupazione bellica. In argomento v. SALANDRA, *Il saccheggio come rischio di guerra*, in nota alla sent. ult. cit.

essendo da far risalire indiscutibilmente alla guerra, rientri tra quelli per i quali quel certo soggetto che si prenda in considerazione sia tenuto all'indennizzo.

6. — Nei confronti tra Stato e assicuratore privato un problema della discriminazione tra i danni bellici rispettivamente coperti non è però facile da prospettare, fuori del caso in cui lo Stato venga esso stesso in considerazione in veste di assicuratore.

Allorchè lo Stato venga invece in considerazione nella sua funzione sociale di restauratore dei sacrifici sopportati dai sudditi a causa della guerra, il problema delle interferenze tra i suoi obblighi e quelli dell'assicuratore privato viene, infatti, a esser per solito assorbito da un altro problema.

Come già si è notato, le formule adottate dalle polizze assicurative, nell'esclusione o nell'assunzione dei rischi di guerra, sono per lo più ampie e generiche, mentre la formula relativa all'obbligo dello Stato all'indennizzo è specificamente limitata ai danni compiuti da elementi appartenenti alle forze combattenti. Nè sono comuni i casi di assicurazioni private limitate a quei danni bellici che non sono soggetti all'indennizzo statale (il che si spiega con la considerazione che chi si preoccupa di assicurarsi contro i rischi di guerra preferisce, nell'assumersi i non lievi oneri dell'assicurazione, di garantirsi in modo certo anche per quei rischi il cui ristoro da parte dello Stato è purtroppo nella pratica tanto incerto nel *quantum* e nel *quando*).

Allorchè sussista l'impegno di un assicuratore, esso è dunque di solito di portata più ampia dell'obbligo statale, e comprensivo di questo. Di conseguenza, il danno dipendente da un fatto di guerra, dovuto a elementi delle forze combattenti, il quale sia garantito da una assicurazione, viene ad essere di solito coperto sia dall'assicurazione che dalle norme dell'indennizzo statale.

Su questo terreno non sorge per ciò tanto il problema di determinare se sia questione di un danno al cui risarcimento sia tenuto l'uno piuttosto che l'altro di due soggetti obbligati rispettivamente in ordine a danni diversi. Il problema verte piuttosto sulla individuazione del modo — cumulativo, alternativo, o sussidiario — in cui, in occasione del verificarsi di un danno, al cui ristoro siano impegnati due soggetti, questi siano tenuti.

Se il problema sorgesse tra l'assicuratore privato e lo Stato

assicuratore, esso sarebbe facile a risolvere secondo i principi della doppia assicurazione (art. 1910 cod. civ.). Sul campo dell'indennizzo ai sensi della legge sui danni di guerra esso si presenta invece alquanto più delicato.

Tuttavia non pare che la soluzione possa esser dubbia.

La cumulabilità dei due indennizzi è senz'altro da escludere al di là dei limiti dell'entità del danno. Ciò discende da quel generale principio, il quale non consente che alcuno si arricchisca senza causa (art. 2041 cod. civ.), e del quale sia l'art. 12 della legge 26 ottobre 1940 n. 1543 — che in ordine all'indennizzo statale esclude espressamente il cumulo al di là dei limiti indicati — sia l'art. 1910 cod. civ. — che in caso di doppia assicurazione pone gli stessi limiti — non sono che applicazioni.

In base al T. U. 27 marzo 1919 n. 426 al danneggiato veniva offerta la scelta tra l'azione per l'indennizzo nei confronti dello Stato, e l'azione nei confronti degli altri eventuali obbligati (art. 15, comma 2°), tra i quali era espressamente compreso l'assicuratore (comma 3°). Però già in base a quella legislazione — la quale, pure, parlava di un « diritto di scelta » — l'obbligo dello Stato aveva carattere puramente sussidiario rispetto a quello degli eventuali altri obbligati verso il danneggiato. Infatti, una volta che quest'ultimo avesse preteso — come, data l'alternatività dell'azione, aveva diritto — il ristoro da parte dello Stato, a questo veniva a sua volta riconosciuta dall'ordinamento la possibilità di surrogarsi al danneggiato nei confronti degli altri obbligati (art. cit., comma 3°).

In base al T. U. del 1919, dunque, l'obbligo dello Stato aveva carattere sussidiario rispetto a quello di ogni altro obbligato per i danni di guerra e rispetto all'obbligo dello stesso assicuratore; ma si trattava per altro di un obbligo il cui adempimento poteva esser preteso da parte del danneggiato anche indipendentemente da ogni tentativo nei confronti degli altri obbligati, salvo il diritto di regresso dello Stato verso di questi. Il che rappresentava indubbiamente, sul terreno delle obbligazioni sussidiarie, una anomalia, per quanto questa non fosse isolata, non mancando altri ben spiegabili esempi del genere (1) (si pensi all'obbligo del fideiussore: art. 1944 cod. civ.; a quello

---

(1) Per la giustificazione di tali eccezioni v. SANDULLI, *Questioni in tema di risarcimento di danni di guerra*, in *Foro it.*, 1948, I, 128.

dell'avallante: art. 37 legge camb.). E' noto, infatti, che per principio il debitore sussidiario è impegnato soltanto per il caso in cui la prestazione del debitore principale si sia dimostrata inconseguibile (1) (v., p. es., per quanto riguarda l'obbligazione sussidiaria dei soci a responsabilità illimitata, gli artt. 2304, 2318, 2471 cod. civ.; per quanto riguarda l'obbligazione sussidiaria del girante e del traente della cambiale e dell'assegno bancario, gli artt. 50 legge camb. e 45 legge ass. banc.).

Le norme oggi in vigore in materia di danni di guerra nulla specificano in relazione alle caratteristiche dell'obbligo statale all'indennizzo, fuori che escludere la cumulabilità di tale indennizzo con quello dovuto da qualsiasi altro obbligato (legge 26 ottobre 1940 n. 1543, art. 12). Dal carattere meramente sussidiario di tale obbligo rispetto a quello degli altri eventuali obbligati all'indennizzo non pare possa tuttavia dubitarsi una volta che si coordinino adeguatamente la norma che nega il cumulo degli indennizzi con le altre disposizioni esistenti in materia (2).

Il carattere sussidiario dell'obbligo dello Stato non è del resto, anche sul piano logico, di difficile dimostrazione. Lo Stato si sforza di riparare entro i limiti del possibile alle sperequazioni determinate nelle situazioni economiche dei sudditi dalla casualità dei colpi abbattutisi su di essi nel corso di una lotta combattuta per conto — anche se non sempre nell'interesse — dell'intera comunità. Se il suo intento è quello di assicurare una perequazione dei sacrifici, e di garantire a tutti un ristoro possibilmente adeguato, la necessità di una riparazione da parte sua — la quale purtroppo, nella precaria situazione finanziaria che di solito consegue alle guerre dei nostri tempi, non può essere che parziale e insoddisfacente — non sorge naturalmente ove alla riparazione siano tenuti — quale che sia il titolo della loro obbligazione — altri soggetti, a meno che l'adempimento da parte di questi non si riveli impossibile. Tanto più è logico che lo Stato si astenga dall'intervenire in questi casi, quanto meno gli è facile il procedere materialmente — e non per mala volontà — alla sua funzione risanatrice.

---

(1) Sul concetto e le caratteristiche delle obbligazioni sussidiarie, v. per tutti MESSINEO, *Manuale, cit.*, II, 259.

(2) Per tale dimostrazione, e per richiami in argomento, v. SANDULLI, *Questioni in tema di risarcimento, cit.*, 130.

Se tali sono le necessità ispiratrici della legislazione, è ovvio che un obbligo dello Stato sussisterà solo se e in quanto il danneggiato non abbia diritto ad essere ristorato in tutto o in parte da altri, o se gli altri eventuali obbligati al ristoro non siano stati in tutto o in parte — entro i limiti, naturalmente, entro cui lo Stato si riconosca obbligato — in grado di adempiere al loro obbligo.

Se, tuttavia, anche in base alla legislazione vigente, all'obbligo statale all'indennizzo non può essere attribuita che natura sussidiaria, sarebbe per altro errato il ritenere che la disciplina di tale sussidiarietà sia rimasta immutata rispetto a quella del T. U. del 1919. La disposizione attinente all'alternativa lasciata al danneggiato tra la possibilità di agire verso lo Stato e quella di agire verso gli eventuali altri obbligati — alternativa la cui espressa formulazione era stata ritenuta necessaria dal legislatore dell'altra guerra — non figura infatti, nella legge in vigore (art. 12 legge 26 ottobre 19'0 n. 1543). E, trattandosi di una norma particolare, la quale non rappresentava certo l'applicazione di un principio generale — essendo, come si è visto, il principio generale in tutt'altro senso (1) — la mancata inclusione di essa nel nuovo testo legislativo non può essere interpretata che con valore abrogativo (2).

Secondo il sistema in vigore l'obbligazione statale nei confronti del danneggiato di guerra va dunque trattata secondo i principî generali delle obbligazioni sussidiarie.

7. — Nè sarebbe esatto ritenere che la relazione tra l'obbligo dello Stato e l'obbligo dell'assicuratore nei confronti del danneggiato vada posta in termini diversi da quella in cui si pone la relazione tra l'obbligo dello Stato e quello di un qualsiasi soggetto tenuto al ristoro ad altro titolo (si pensi, ad es., all'obbligazione ex debito dell'appartenente alle forze combattenti, il

(1) Cfr. SANDULLI, *Questioni in tema di risarcimento*, cit., 128.

(2) La tesi secondo cui la alternatività delle obbligazioni sussisterebbe anche sotto il vigore della legge 1940, difesa in dottrina dal BIANCO, *Saccheggi fascisti e danni di guerra*, in *Foro it.*, 1947, I, 851, è stata seguita in giurisprudenza dalla Corte d'appello di Torino (14 novembre 1947, ivi, 1948, I, 128) e da quella di Brescia (20 marzo 1948, ivi, 770). Contro di essa, oltre lo studio cit. sub nota prec., v. ALIOTTA, *Risarcimento di danni di guerra*, cit., 274.

quale — esorbitando dalle sue funzioni, e impegnando quindi direttamente sè stesso e non la pubblica amministrazione (1) — avesse compiuto un abusivo atto di violenza alle persone o alle cose). La formula legislativa, la quale, nell'escludere la cumulabilità dell'indennizzo statale con le eventuali indennità da chiunque dovute a qualsiasi titolo (art. 12 cit.), dimostra — particolarmente quando la si coordini con le altre norme proprie della materia — di concepire l'indennizzo ad opera dello Stato come avente natura meramente sussidiaria, è, infatti, così inequivocabilmente assoluta da non consentire la formulazione di eccezioni. Del resto, dato che la tradizione legislativa (nè nulla può contare in proposito il fatto che essa fosse in passato orientata per l'alternatività) era nel senso di considerare, in relazione all'obbligo statale all'indennizzo, l'obbligo dell'assicuratore alla stessa stregua di quello di qualsiasi altro terzo — se il legislatore avesse veramente voluto un mutamento di orientamento nei confronti dell'obbligo dell'assicuratore, lo avrebbe manifestato chiaramente. Il silenzio della legge vigente sul punto non può dunque significare, se non che, anche rispetto all'obbligo dell'assicuratore — non diversamente che rispetto all'obbligo di qualsiasi terzo — l'obbligo dello Stato ha natura meramente sussidiaria (2).

Nè varrebbe il rilievo che, a differenza degli altri eventuali obbligati, l'assicuratore viene a esser tenuto per un danno del quale non è responsabile. Perchè in tanto ciò avviene, in quanto egli se ne è espressamente — e non importa se a titolo aleatorio — assunto l'onere in corrispettivo del premio che l'assicurato, temendo di non poter ricevere da altri, e nemmeno dallo Stato, alcun ristoro, e sobbarcandosi a un sacrificio patrimoniale, si è impegnato a corrispondergli per garantirsi contro i rischi.

8. — Il carattere sussidiario dell'obbligo dello Stato rispetto a quello dell'assicuratore potrebbe sembrare tuttavia anomalo e inspiegabile a chi considerasse le obbligazioni derivanti allo Stato

---

(1) Cfr. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, I, 1939, 163 segg.

(2) La stessa soluzione ricorre nella legislazione straniera. Cfr., ad es., per la Francia, l'art. 49 della legge 12 luglio 1941, il quale esclude ogni diritto di regresso dell'assicuratore dei danni di guerra contro lo Stato.

dalla legislazione sui danni di guerra come aventi titolo in una sua responsabilità (1).

Dall'art. 1916 cod. civ. risulta, infatti, che l'obbligo dell'assicuratore, per quanto questi sia tenuto — come è proprio della sua obbligazione (e in ciò sta la differenza rispetto alla sussidiarietà dell'obbligo statale) — all'immediato ristoro del danneggiato, è esso stesso un obbligo sussidiario rispetto all'obbligo del risarcimento cui l'eventuale responsabile del danno sia tenuto. Ove lo Stato fosse da considerare responsabile dei danni di guerra, il configurarlo come obbligato sussidiario nei confronti dell'assicuratore si risolverebbe quindi in un vero e proprio capovolgimento della situazione.

Una attenta analisi dimostra tuttavia — e più sopra se ne è fatto cenno — che ben altro è il titolo dell'obbligo statale all'indennizzo. E anzi il fatto stesso che il legislatore configuri tale obbligo come sussidiario rispetto a quello dell'assicuratore è in grado di offrire una riprova dell'impossibilità di considerarlo come inerente a una responsabilità.

Se è vero che la guerra — la quale per natura è un fatto proprio ed esclusivo degli Stati (2) — rientra istituzionalmente tra le attribuzioni dello Stato (costituzione, artt. 78, 87), e precisamente attiene alla funzione di governo (3), e se è vero che di conseguenza lo Stato si determina in ordine a essa sotto tutti i profili (sia per ciò che riguarda il suo inizio, che per ciò che riguarda il suo svolgimento) secondo la più piena discrezionalità, senza esser vincolato — come inerisce alla natura del potere di cui si tratta — al rispetto di alcuna posizione giuridica soggettiva (4), è ovvio che per tutto quanto attiene a essa lo Stato non potrà per definizione mai venire in considerazione, rispetto al proprio ordinamento, come autore di un torto (5). In-

---

(1) Tale punto di vista, che, pure, in passato aveva avuto qualche autorevole sostenitore (v. CHIRONI, *Colpa extra-contrattuale*, Torino, 1925, 392 segg.), è oggi assolutamente discredito.

(2) Cfr. per tutti SCELLE, *Manuel élémentaire de droit international public*, Paris, 1943, 627.

(3) Cfr. SANDULLI, *Atto politico ed eccesso di potere*, in *Giur. Cass. civ.*, XXI, 1946, 518 segg.

(4) Cfr. SANDULLI, *Atto politico*, *cit.*, nota 13 a pag. 520.

(5) Non mi pare possa esser seguito in materia qualche recente orientamento giurisprudenziale e dottrinale favorevole all'ammissibilità — sia pure entro

fatti, non può esservi torto dove non vi è comportamento anti-giuridico. Di conseguenza, dato che il concetto di responsabilità implica sempre — anche quando sia a titolo oggettivo (1) — un torto messo a carico dell'obbligato (2), la guerra non potrà mai, per l'ordinamento statale, esser fonte d'una responsabilità dello Stato verso chiunque.

Che altro sia il fondamento giuridico dell'obbligo dello Stato all'indennizzo dei danni di guerra, è confermato, del resto, ampiamente dalla circostanza che, in base all'art. 2 della legge 26 ottobre 1940 n. 1543, lo Stato è tenuto, a titolo indifferenziato e oggettivo, non soltanto per i fatti inerenti alla condotta della guerra compiuti dalle sue forze combattenti, ma anche per quelli compiuti dalle forze combattenti alleate e nemiche, nonché per quelli imputabili in proprio ai singoli appartenenti alle forze combattenti; mentre invece — fuori dell'eccezionale ipotesi delle esplosioni, contemplate dall'ult. comma del cit. art., come modif. dal DLCP 6 settembre 1946 n. 226 — non è tenuto per i fatti non dovuti a elementi delle forze combattenti. Qualora fosse da considerare obbligato a titolo di responsabilità, esso non potrebbe, invero, esser tenuto per danni assolutamente a lui estranei, quali almeno quelli compiuti dalle forze del nemico aggressore; mentre, in base al principio di causalità, dovrebbe necessariamente esser tenuto per i fatti connessi con la guerra da esso provocata, anche se non compiuti da appartenenti alle forze belligeranti, quali certamente gli atti di violenza commessi da malviventi profittando della situazione anormale inerente al passaggio delle operazioni belliche per una certa località.

L'obbligo statale all'indennizzo dei danni di guerra affonda indubbiamente le sue radici in un principio dal quale lo stesso principio di responsabilità trae origine — e precisamente in quel più generale principio, secondo cui il soggetto, per conto del quale un altro abbia dovuto sopportare un sacrificio suscettibile di valutazione patrimoniale, è tenuto al ristoro economico.

---

ristretti limiti — di una responsabilità dello Stato per fatti di guerra (Trib. Napoli, 5 novembre 1946, in *Dir. e giur.*, 1947, 146; ALIOTTA, *Risarcimento di danni di guerra*, cit., 271 segg.).

(1) Cfr. PIERANDREI, *La costituzione e le sue norme di competenza*, in *Giur. it.*, 1948, II, nota 25 a c. 265.

(2) Cfr., per tutti, BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, 2ª ed., Padova, 1942, 236.

Di tale principio il nostro ordinamento conosce tuttavia, anche fuori del campo della responsabilità — e cioè anche sul campo dei danni, non anti-giuridici — sia sul terreno del diritto privato, che su quello del diritto pubblico, notevoli applicazioni (1). Sarebbe quindi erroneo il ritenere che ogni volta che un soggetto sia per legge tenuto a ristorare il danno — collegato o non a un proprio fatto (2) — sopportato da un altro soggetto, l'obbligo sia connesso a una sua responsabilità. E certo sarebbe erroneo il ritenere che le obbligazioni al ristoro dei danni di guerra gravino sullo Stato a titolo di responsabilità.

Nessuna meraviglia può quindi destare la circostanza che il legislatore, non solo configuri l'obbligo dello Stato come meramente sussidiario nei confronti degli eventuali responsabili del danno, ma lo configuri come tale persino nei confronti dell'assicuratore, il quale, in fondo, per quanto sia in ordine di tempo il primo a dover ristorare il danneggiato, è anch'esso — in quanto tenuto al ristoro di danni dei quali non è responsabile, col diritto di rivalersi poi verso il responsabile — obbligato in via sussidiaria.

Il superiore principio del quale poc'anzi si è fatto cenno — secondo cui il soggetto per conto del quale un altro abbia dovuto sopportare un sacrificio suscettibile di valutazione patrimoniale è tenuto al ristoro economico — per quanto la coscienza sociale ne appaia talmente penetrata che anche al di fuori del campo della responsabilità esso ha avuto vistose applicazioni legislative, appare del resto allo stato attuale, fuori del campo della responsabilità, più una norma direttiva alla quale il legislatore si ispira, e alla quale quindi lo stesso interprete può rifarsi, che un precetto assoluto. E che non ogni volta che una applicazione di esso ricorre si possano invocare le regole del

---

(1) Cfr. SANDULLI, *Spunti in tema di indennizzo per atti legittimi della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1947, I, 939 segg., e ivi richiami di legislazione e dottrina.

(2) Si noti che esistono persino dei casi in cui un soggetto può esser tenuto a ristorare un danno al quale non solo egli sia stato estraneo, ma che sia stato addirittura prodotto dallo stesso danneggiato. Si pensi all'ipotesi di un individuo, il quale per salvare la vita a un naufrago si sia gettato in mare avendo un prezioso orologio al braccio, con il conseguente guasto dello stesso: in tal caso è indubbio che il naufrago salvato sarà tenuto all'indennità di cui all'art. 2045 cod. civ.

principio di responsabilità, è fatto ancor più palese dalla diversità del regime giuridico adottato dal legislatore per i casi di responsabilità e per gli altri casi: infatti, l'indennizzo pel danno non antiggiuridico, a differenza di quello pel danno antiggiuridico, non viene commisurato al sacrificio effettivamente sopportato, ma viene per solito limitato — quando non esistano ulteriori limitazioni — al valore oggettivo, e cioè estrinseco, del diritto sacrificato (1).

Ben è dunque spiegabile il fatto che l'applicazione del suenunciato superiore principio venga talvolta tenuta dal legislatore entró un ambito piuttosto circoscritto — specialmente quando l'obbligo dell'indennizzo ricada sullo Stato, e quando questo sia posto dalle contingenti difficoltà finanziarie nella impossibilità di spiegare in pieno la sua vitale forza risanatrice.

Di tali restrizioni la legislazione sui danni di guerra, con le sue eccezioni e le frequenti limitazioni al ristoro dei sacrifici subiti dai sudditi, rappresenta appunto un chiaro e vistoso esempio. E il carattere della sussidiarietà dell'obbligo dello Stato nei confronti dell'obbligo dell'assicuratore, lungi dal costituire una anomalia, rappresenta nel quadro del sistema — ben si può dire — una non iniqua applicazione del principio ispiratore di quella legislazione rivolta essenzialmente a ripartire i limitati fondi a disposizione dello Stato tra coloro che non siano stati in altro modo coperti pel danno subito.

9. — Se è vero che lo Stato non è obbligato verso i danneggiati di guerra a titolo di responsabilità, e che il suo obbligo ha carattere sussidiario persino nei confronti di quello dell'assicuratore, è chiaro che non possa trovare applicazione nei suoi confronti la disposizione dell'art. 1916 cod. civ., in base alla quale l'assicuratore che abbia pagato l'indennità è surrogato, fino alla concorrenza dell'ammontare di essa, nei diritti dell'assicurato verso i terzi responsabili.

Nè può avere alcun valore in contrario la considerazione che nella vigente legislazione non è stata ripetuta la disposizione, contenuta nel T. U. del 1919 (art. 15, comma 3, ult. parte), la quale espressamente escludeva ogni regresso verso lo Stato degli altri eventuali obbligati al ristoro dei danni di guerra. La norma

---

(1) Cfr. ALESSI, *La responsabilità*, cit., I, 267 e ivi indicazioni.

— la cui esplicita formulazione era lì spiegabile con le necessità di un testo legislativo non felicemente espresso — non rappresenta, infatti, che la manifestazione di un principio naturale proprio indistintamente a tutte le obbligazioni a carattere sussidiario, sul cui terreno sarebbe contro natura un diritto di regresso del debitore primario verso il debitore sussidiario. La sua espressa formulazione sarebbe quindi da considerare del tutto superflua.

Nulla potrebbe per ciò pretendere da parte dello Stato l'assicuratore che avesse proceduto al ristoro del danneggiato di guerra. In materia di danni di guerra l'assicuratore potrebbe quindi avvalersi del diritto di surroga unicamente nei confronti di quei soggetti diversi dallo Stato, ai quali possa eventualmente farsi risalire direttamente la responsabilità di un fatto, che pure, sotto il profilo assicurativo, sia da comprendere tra i fatti di guerra. Si pensi, ad es., al caso in cui dei malviventi abbiano profittato del passaggio delle operazioni militari per compiere delle violenze alle persone o alle cose, o al caso in cui degli atti dello stesso genere siano stati compiuti da elementi appartenenti alle forze belligeranti abusando dei propri poteri, e per ciò senza che la loro azione fosse imputabile all'amministrazione (1).

---

(1) La giurisprudenza — la quale, come si è visto, inquadra tra i rischi di guerra anche gli atti di violenza privata commessi profittando della guerra (v. *supra*, nota 1 a pag. 239) — è costante nel considerare come rischi di guerra gli atti di violenza arbitraria commessi sulle persone o sulle cose da elementi appartenenti alle forze combattenti. Cfr. App. Genova 5 febbraio 1946, in questa Riv., 1947, II, 2, 78; Trib. Chieti, 9 aprile 1947, *ivi*, II, 2, 28; App. L'Aquila, 11 aprile 1947, in questa Riv. 1948, Mass. n. 9; Trib. Bologna, 22 maggio 1947, in questa Riv. 1948, II, 2, 29. *Contra*, in casi di specie, Trib. Milano, 13 agosto 1947, in *Foro it.*, 1948, I, 552; App. Brescia, 18 febbraio 1948, in *Giur. it.*, 1948, I, 2 (d. prossima pubbl.).



Sulla competenza a giudicare  
del mancato riconoscimento da parte dei comuni  
delle obbligazioni contratte  
sotto il regime repubblicano fascista\*

Pubblicato in

*Il Foro Italiano*

Bologna, 1949, I, col. 32-38

\* *Nota* a Cass., Sez. Un., 22 maggio 1948, n. 778, *ibid.*, col. 32;  
le massime sono riportate alla pagina seguente

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE CIVILI: 22 MAGGIO 1948 N. 778; PRES. FERRARA P.P., EST. PASQUERA, P. M. EULA (CONCL. CONF.); COMUNE DI GENOVA (AVV.TI VASSALLI, RAGGI, BEER, GRASSO) C. BARBIERI (AVV. GIUSTI).

*Contratto da un comune un mutuo collegato all'emissione di titoli negoziabili, è competente l'autorità giudiziaria ordinaria per le controversie tra i portatori di titoli e il comune, che abbia dichiarato di non riconoscere le obbligazioni assunte, ancorché, al fine di accertare la validità del prestito, il sindacato giurisdizionale debba estendersi alla legittimità delle deliberazioni amministrative, con le quali venne decisa od autorizzata l'operazione.*

*È altresì soggetto al sindacato di legittimità del giudice ordinario il provvedimento dell'amministrazione comunale che, sul presupposto della nullità delle predette deliberazioni, sospende il pagamento degli interessi e delle annualità di ammortamento.*

1. — Con questa sentenza e con l'altra di pari data, n. 780 (identica nel contenuto, e per la maggior parte, anche nella forma), pronunciata nella analoga causa promossa dal Comune di Milano (*Foro it.*, Mass., col. 160), le Sezioni unite della Corte Suprema hanno posto termine alla prima tappa di due delicate e importanti vicende giudiziarie, suscitate dai prestiti obbligazionari contratti da importanti comuni del Nord durante il regime repubblicano fascista (1).

È prevedibile che in più di un cultore del diritto amministrativo la soluzione adottata abbia a destare serie perplessità. E io stesso, con tutto il dovuto rispetto all'alta autorità da cui le pronuncie promanano, debbo avanzare più di una riserva circa il modo in cui gli strumenti della discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo sono stati maneggiati. Sono tuttavia convinto che la soluzione accolta sia quella giusta. Le osservazioni che seguono saranno per ciò dedicate a dimostrare quale, a mio modesto avviso, fosse la via da percorrere per giungervi.

2. — La specie era la seguente.

Durante il regime nazi-fascista, alcuni grandi comuni settentrionali, la cui situazione finanziaria era venuta ad aggravarsi a causa dei maggiori oneri imposti dalla guerra, furono costretti a ricorrere a prestiti obbligazionari, i quali vennero, secondo l'art. 300 del t. u. legge com. e prov., autorizzati dal Governo della Repubblica fascista. I CLN si affrettarono ad avvertire i cittadini che il Governo legittimo non avrebbe mai riconosciuto tali prestiti. E, una volta avvenuta la liberazione, le autorità comunali insediate dal restaurato Governo legittimo, sul presupposto della provenienza da autorità fasciste degli atti amministrativi sui quali i prestiti si fondavano, dichiararono di non riconoscerli, e rifiutarono di conseguenza il pagamento degli interessi e delle quote di ammortamento.

Chiamati dai portatori delle cartelle innanzi ai tribunali ordinari, per esser condannati all'adempimento degli obblighi assunti, i comuni eccepirono la competenza del giudice amministrativo, e suscitarono il regolamento di giurisdizione.

---

(1) In argomento si vedano i due studi del RAGGI, *I prestiti obbligazionari emessi dai comuni durante il governo della c. d. Repubblica sociale*, in *Foro pad.*, 1946, I, 15 segg., e dell'ALESSI, *I prestiti obbligazionari emessi dai comuni durante il periodo della Repubblica sociale*, *ivi*, 89 segg.

3. — Era giuridicamente nel giusto tale eccezione? Si controverteva cioè di diritti soggettivi o di interessi legittimi?

Che in ordine alla discriminazione di queste due categorie, le quali tanto tormento hanno offerto agli studiosi e alla pratica, ci si riesca ancor oggi, a tanti anni di distanza da quando di essa furono gettate le prime basi teoriche (2), a orientare in modo sicuro e inequivoco, sarebbe impossibile affermare (3). E non meno lo sarebbe l'affermare che, anche quando in astratto si fosse raggiunta una formulazione sufficientemente soddisfacente, si sarebbe attraverso essa in grado di procedere in concreto a una facile differenziazione dei casi (4).

Non è questa la sede più opportuna per riesaminare e approfondire il delicatissimo argomento. Che tuttavia il criterio accolto dalle sentenze annotate — secondo cui tutte le volte che comunque venga in questione un rapporto creditorio già perfezionato ci si trovi necessariamente, e indipendentemente da ogni interferenza di atti amministrativi, sul terreno dei diritti soggettivi — sia ben lungi dal soddisfare, mi pare possa venire con sicurezza affermato (5). Non sembra, in fatti, possibile contestare che, allorché ci si imbatta in una potestà pubblica, il cui esercizio sia disciplinato dall'ordinamento, non tanto in funzione dell'interesse dei singoli soggetti giuridici (6), quanto in funzione dell'interesse generale (7), dovunque e comunque questa potestà possa interferire con posizioni giuridiche di altri soggetti, a queste

(2) Per una recente rielaborazione della discriminazione sulla base degli schemi tradizionali, v. RANELLETTI, *I problemi della giustizia nella pubblica Amministrazione e i diritti soggettivi*, in *Riv. amm.*, 1948, 65 segg.

(3) Cfr., p. es., la recente nota del FORTI, *L'oggetto della domanda e la discriminazione della competenza giurisdizionale*, in questa raccolta, 1947, III, 86 segg.

(4) Ne dà conferma il notevole numero di casi controversi che la giurisprudenza è costretta a prendere in esame. Cfr., tra le decisioni più recenti, Cons. Stato, IV Sez., 28 febbraio 1947, *Foro it.*, Rep. 1947, voce *Comune*, n. 22; V Sez. 15 aprile 1947, n. 132, *ibid.*, voce *Prefetto*, nn. 19, 29; 15 aprile 1947, n. 134, *ibid.*, voce *Requisizioni*, n. 89; 18 marzo 1947, *ibid.*, voce *Giustizia amm.*, n. 26; 18 ottobre 1946, *ibid.*, voce *Competenza civ.*, n. 73; 9 ottobre 1946, *id.*, 1947, III, 86; Cass. 21 dicembre 1946, *id.*, Rep. 1946, voce *Competenza civ.*, n. 63; 29 gennaio 1946, *id.*, 1947, I, 118.

(5) Cfr., in tal senso, da ultimo, la nota redazionale in *Foro amm.*, 1947, I, 2, 110. V. inoltre, particolarmente, TOSATO, *L'impugnativa dei decreti reali di annullamento*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 46 segg.; MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amm.*, in *Foro amm.*, 1940, IV, 64 segg., e presso di lui ulteriori indicazioni.

(6) Così avviene invece per la potestà tributaria, l'esercizio della quale è disciplinato da norme poste a tutela diretta dei singoli. Cfr., p. es., BORSI, *La giustizia amministrativa*, 7ª ed., Padova, 1941, 116 segg.; MIELE, *Questioni*, cit., 58.

(7) Non è affatto necessario che tale potestà abbia carattere discrezionale, come pure viene spesso autorevolmente sostenuto (v. p. es., CARUSO-INGHILLERI, *Petition causa petendi ed oggetto del ricorso nella giurisdizione amministrativa di annullamento*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1934, I, 22; MIELE, *Questioni*, cit. 58). Quando una potestà pubblica appaia disciplinata dall'ordinamento nell'interesse generale, anche se essa sia vincolata, non ne nascono diritti soggettivi.

non possa esser riconosciuta la qualifica di diritti soggettivi (8). Di fronte a una potestà di tal genere, e nell'ambito cui essa si estende, ogni altro soggetto viene a trovarsi, in fatti, necessariamente in una posizione di soggezione: e la tutela degli interessi dei singoli non può essere che *occasionale*, e *condizionata* alla tutela dell'interesse pubblico.

Nessuna rilevanza può avere per ciò l'addurre il carattere patrimoniale dell'interesse privato di cui si tratti. Non si può certo negare che il campo dei rapporti patrimoniali sia quello dove più inequivoca è la presenza di diritti soggettivi. Tuttavia qualsiasi diritto soggettivo — anche se di natura patrimoniale — tutte le volte che comunque su di esso possa intervenire una pubblica potestà, a meno che l'esercizio di questa non appaia disciplinato in stretta ed esclusiva funzione dell'interesse individuale, degrada — naturalmente sotto l'aspetto specifico di cui si tratta — a interesse legittimo (9). Già da tempo la dottrina ha posto in evidenza come, in presenza di una pubblica potestà cui sia dato intervenire sul rapporto, l'esistenza di un contratto dal quale discendano diritti patrimoniali non implichi necessariamente il carattere di diritti soggettivi delle posizioni giuridiche dei soggetti del rapporto regolato dal contratto (v. gli autori citati alla nota 5 e la bibliografia da essi segnalata).

4. — Ora, nella specie esaminata dalle sentenze annotate, ricorreva o non una potestà pubblica cui fosse dato incidere sul rapporto regolato dal contratto?

Il problema è tutto qui. Perché, una volta dimostrata l'inesistenza di una potestà di tal natura, naturalmente ne discenderebbe, con la impossibilità di ogni interferenza dei pubblici poteri sulle posizioni giuridiche dei soggetti del rapporto, l'indiscutibile riconoscimento a tali posizioni — assistite da una tutela piena e assoluta nei confronti di tutti gli altri soggetti — della qualità di diritti soggettivi. Una volta dimostrata invece l'esistenza di una tale potestà, discenderebbe, dalla possibilità — a essa inerente — di interventi dei pubblici poteri sulle posizioni giuridiche dei soggetti privati del rapporto contrattuale, la degradazione di queste posizioni a interessi privi di una tutela piena, garantiti soltanto *occasionalmente* e *indirettamente* dalle norme rivolte in via primaria alla disciplina del legittimo esercizio della potestà in questione da parte del suo titolare.

In fondo, allorchè si discuta se un certo comportamento dei

---

(8) In tal senso va precisata la formula del TOSATO, *L'im-pugnativa*, cit., 47, secondo cui « di fronte ad una potestà, in relazione a ciò che ne forma l'oggetto, non si può vantare alcun diritto ».

(9) Cfr., p. es., FORTI, *L'oggetto della domanda*, cit., 87; Cons. Stato, IV Sez., 9 ottobre 1946, in questa raccolta, 1947, III, 86; V Sez., 15 aprile 1947, n. 132, cit. *sub* nota 4. V. anche SANDULLI, *Sulla competenza a giudicare delle espropriazioni viziate nella causa*, in *Dir. e giur.*, 1948, 78 segg.

pubblici poteri implichi la violazione di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo, la prima indagine da compiere è se il soggetto pubblico sia o non *titolare* di una potestà del genere di quella esercitata. Qualora tale indagine dovesse dare risultato negativo, ne discenderebbe come conseguenza la qualifica di diritto soggettivo della posizione giuridica violata (cfr. SANDULLI, *Sulla competenza*, cit., pag. 79). Qualora invece l'esito dell'indagine dovesse esser positivo e la violazione della norma dovesse attenersi soltanto alla *possibilità di esercitare* concretamente nel caso specifico il potere effettivamente appartenente al soggetto pubblico, o al *modo dell'uso* di esso, alla posizione soggettiva violata non potrebbe esser riconosciuta altra qualifica che quella di mero interesse legittimo.

Il problema si riduce dunque a quello della discriminazione degli elementi giuridici, in presenza dei quali soltanto può parlarsi della esistenza di un determinato potere, dagli elementi i quali invece condizionano semplicemente l'esercizio di quel potere, o ineriscono soltanto al modo del suo uso. Mancando uno degli elementi appartenenti alla prima categoria, mancherà lo stesso potere di interferire sulle posizioni giuridiche soggettive — per modo che, godendo queste di una tutela piena e assoluta da parte dell'ordinamento, saranno da considerare come veri e propri diritti soggettivi. Mancando soltanto uno degli elementi appartenenti alla seconda categoria, non potrà invece negarsi la sussistenza del potere in questione — con la conseguenza della degradazione a meri interessi legittimi delle posizioni giuridiche a esso soggette — e ogni eventuale difetto, inerente all'esercizio del potere o al modo del suo uso, non potrà risolversi che nella violazione di tali interessi.

Quali, secondo il mio modo di vedere, siano gli elementi da cui dipende l'esistenza di un potere giuridico presso un determinato soggetto, e quali invece ineriscano semplicemente alla possibilità di esercizio di tale potere o al modo del suo uso, ho avuto già modo di illustrare in altro studio (*Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amm.*, in *Rassegna dir. pubbl.*, 1948, I, 34). In questa sede mi limiterò quindi a ricordare come, per identificare in una certa azione l'esercizio di un determinato potere previsto dall'ordinamento, sia necessario che esso venga effettivamente esercitato dallo stesso soggetto, sullo stesso oggetto, con lo stesso contenuto e la stessa causa, e nel concorso delle medesime circostanze, cui l'ordinamento fa riferimento in ordine al potere di cui si tratta. Allorchè uno soltanto di tali elementi non coincida, dovrà convenirsi di non essere in presenza di quel potere: con la conseguenza, ai fini che qui interessano, della mancanza di ogni posizione di soggezione giuridica del soggetto nei cui confronti l'azione sia stata esercitata rispetto all'agente che abbia voluto esercitarla, e cioè con la conseguenza della tutela più piena della posizione giuridica del primo rispetto al secondo — posizione alla quale, appunto per ciò, non può essere disconosciuta la qualifica di diritto soggettivo.

5. — Cerchiamo ora, alla stregua delle premesse fin qui fissate, di determinare se nella specie esaminata dalle sentenze annotate, le posizioni dei portatori delle cartelle dei prestiti obbligazionari comunali fossero o non soggette a un potere del genere di quello che le pubbliche autorità intesero esercitare col disconoscere l'obbligatorietà dei prestiti stessi.

Il problema mi pare non abbia alcuna ragione di esser posto per quanto riguarda gli avvertimenti dei CLN, secondo cui il Governo legittimo non avrebbe riconosciuto i prestiti in questione. A parte l'epoca in cui tali avvertimenti vennero fatti — epoca in cui i CLN non avevano alcuna veste legale che li qualificasse come titolari di un potere giuridico in tal senso (10) — sembra decisivo contro la tesi secondo cui quegli avvertimenti dovrebbero esser sufficienti alla caducazione delle obbligazioni assunte dai comuni, la considerazione che in fondo essi non si risolvevano in altro che nel porre in guardia gli eventuali sottoscrittori dei prestiti contro i provvedimenti che avrebbero poi dovuto essere presi dal Governo legittimo. Quegli avvertimenti cioè — come giustamente ha osservato il Supremo Collegio — non erano essi stessi rivolti alla caducazione delle obbligazioni assunte dai comuni, ma erano un semplice preannuncio, privo di ogni giuridica rilevanza, della loro caducazione a opera del Governo legittimo.

6. — Ben più seriamente il problema si pone nei confronti delle deliberazioni prese dalle autorità comunali a seguito della liberazione.

A questo proposito mi pare che le pronuncie annotate, col ritenere che le delibere comunali fossero rivolte all'annullamento delle delibere relative ai contratti di prestito conclusi dai rispettivi comuni sotto il regime repubblicano fascista, siano incorse in un notevole equivoco. Quelle delibere, in fatti, non intesero minimamente pronunciare un annullamento. Esse si limitarono a dichiarare di « non riconoscere » le obbligazioni contratte dalle amministrazioni fasciste; cioè le considerarono non operanti, ritenendo di conseguenza i rispettivi comuni liberi dagli impegni assunti da quelle amministrazioni (11).

(10) Fin quando a essi non venne delegata dal decreto legis. luog. 28 febbraio 1945 n. 73 « la rappresentanza del Governo nella lotta contro il nemico », i CLN, sforniti come erano di un effettivo potere d'impero sul territorio sul quale operavano, non potevano venire considerati come pubbliche autorità. Sul valore che la *effettività* ha in ordine alla riconoscibilità della sussistenza di un pubblico potere, v. richiami in SANDULLI, *Fatti dannosi della Repubblica sociale e responsabilità dello Stato italiano*, in questa raccolta, 1947, I, nota 26 a col. 155.

(11) Una volta escluso che si trattasse di annullamento, non è il caso di prendere in considerazione l'ipotesi che la caducazione dei prestiti fosse stata pronunciata dai comuni a causa della illegittimità degli atti autorizzativi — posti in essere dalle autorità governative della Repubblica fascista — sul cui presupposto i prestiti stessi erano stati deliberati. In fatti, siccome l'inesistenza o l'invalidità di un presupposto del genere degli atti autorizzativi non opera sull'atto in funzione del quale il

Ne avevano il potere ?

Il problema va esaminato alla stregua dei principi accolti dal nostro ordinamento in ordine al valore giuridico degli atti posti in essere dalle pubbliche autorità sotto il regime repubblicano fascista. La materia è governata dal decreto legisl. luog. 5 ottobre 1944 n. 249, il quale però va integrato e considerato alla luce di principii più generali, rispetto ai quali — come in altra occasione ho avuto modo di porre in evidenza — esso riveste carattere suppletivo (SANDULLI, *Fatti dannosi*, cit., 156, e quivi ampie indicazioni sull'argomento). Ed è veramente strano che nelle sentenze annotate non si faccia alcun riferimento nè a quel decreto, nè a quei principii.

Ora, il citato decreto considera espressamente — per dichiararli privi di efficacia — soltanto due categorie di atti di diritto privato della pubblica Amministrazione: le alienazioni dei beni patrimoniali dello Stato (art. 2, n. 4), e gli atti portanti disposizioni dei beni degli enti pubblici (art. 2, n. 5) (12). Per gli altri atti di diritto privato delle pubbliche Amministrazioni rimane dunque aperta la via a due soluzioni. O per essi bisogna risalire a quei principii generali rispetto ai quali il decreto citato si pone come instauratore di una disciplina suppletiva. O bisogna considerarli compresi nella formula contenuta nel 1° comma dell'art. 4 del decreto (« i provvedimenti e gli atti amministrativi diversi da quelli indicati negli articoli precedenti »): possibilità, quest'ultima, tutt'altro che da escludere, ove si consideri la notevole imperfezione tecnica del decreto in questione, più volte lamentata, e ove si ponga mente che anche quegli atti di diritto privato, che espressamente vengono contemplati dai n. 4 e 5 dell'art. 2 di esso, vengono nel successivo art. 3 — il quale prevede la possibilità di una loro convalida — abbracciati nella formula comprensiva di « provvedimenti » (13).

presupposto viene in essere, se non provocandone l'invalidità derivata, e più precisamente l'annullabilità (cfr. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 317 segg., nota 60 a pag. 332), una caducazione dei prestiti basata sulla giuridica inesistenza dei necessari atti autorizzativi non avrebbe potuto sostanzinarsi che in un annullamento. Ciò che, come si è visto, invece in ipotesi non è.

(12) Per casi di tal fatta, v. Trib. Roma 19 maggio 1945, *Foro it.*, Rep. 1943-45, voce *Locazione*, n. 56; Cons. di Stato, V Sez., 28 febbraio 1947, cit. *sub* nota 4. Un dubbio che i prestiti in questione possano farsi rientrare nella categoria degli « atti portanti disposizioni di beni degli enti pubblici », viene affacciato dal RAGGI, *I prestiti*, cit., 18.

(13) È stato autorevolmente sostenuto che i prestiti in questione rientrerebbero nella categoria contemplata dall'art. 2 n. 3 decreto legisl. luog. n. 249 del 1944 (« atti amministrativi emanati sulla base di leggi e regolamenti emanati dal governo repubblicano »), e come tali sarebbero senz'altro inefficaci: ciò sul presupposto che una norma giuridica della Repubblica fascista ne avrebbe consentito l'emanazione in deroga al disposto degli art. 299 e 300 t. u. com. e prov. (RAGGI, *I prestiti*, cit., 17). Giustamente è stato però obiettato che i prestiti comunali non trovavano affatto in quella norma la propria « base » (ALESSI, *I prestiti*, cit., 92 seg.): la norma in questione si limitava, in fatti,

Comunque, qualsiasi delle due soluzioni abbia ad accogliersi, la conclusione rimane identica. In base ai principi generali, in fatti, la operatività degli atti posti in essere dalle autorità illegali durante il periodo insurrezionale, è condizionata alla circostanza che essi attengano all'esercizio dell'ordinaria amministrazione, e non siano atti di ragion politica. E gli atti compiuti sotto l'impero della repubblica fascista contemplati dal 1° comma dell'art. 4 del decreto citato, i quali vengono di diritto considerati operativi per l'ordinamento italiano a meno di non esser dichiarati inefficaci dal Ministro competente, in tanto possono venir privati della loro operatività, in quanto — come vien dimostrato dall'obbligatorietà della motivazione del provvedimento ministeriale — appaiano atti di ragion politica (14).

Dunque un atto di diritto privato di una pubblica Amministrazione, posto in essere sotto il regime della repubblica fascista, quando non fosse uno di quelli considerati inefficaci di diritto dai n. 4 e 5 dell'art. 2 del decreto cit., a meno di apparir atto di ragione politica, non potrebbe mai venir dichiarato inefficace.

**Ora, non risulta che i prestiti obbligazionari contratti dai comuni in questione fossero atti di ragion politica (15). Di conseguenza, non potendo essi formare oggetto di caducazione, mancava il potere di porre in essere nei loro confronti un provvedimento del contenuto di quelli adottati dai rispettivi comuni.**

E, in mancanza di un tale potere, la posizione giuridica dei portatori delle cartelle del prestito non poteva che essere considerata assistita da quella tutela piena e diretta, che è propria della categoria dei diritti soggettivi.

---

a introdurre modificazioni in ordine agli atti preparatori preordinati alla loro emanazione, mentre il potere in base al quale i comuni provvedevano alla emissione dei prestiti continuava a rimanere quello previsto dall'ordinamento legittimo italiano.

(14) Su tali concetti, v. SANDULLI, *Fatti dannosi*, cit., 156 segg., nonché *Responsabilità aquiliana dello Stato per fatti compiuti dalla Repubblica sociale italiana nell'esercizio dell'ordinaria amministrazione*, in questa raccolta, 1947, I, 257 segg.

(15) Il prestito del Comune di Genova, a es., era stato emesso per pagare debiti dell'esercizio precedente e per colmare il deficit dell'esercizio in corso. Che poi — come da più parti è stato affermato (v. p. es., RAGGI, *I prestiti*, cit., 18) — le somme ricavate siano state destinate a spese diverse da quelle cui erano legittimamente destinate, e, tra l'altro, alle spese dell'occupazione germanica, è un fatto il quale può implicare, se mai, una responsabilità degli amministratori, ma non può certo valere a far perdere la sostanza giuridica di atti di ordinaria amministrazione agli atti deliberativi dei prestiti. Del resto, neanche la dimostrazione di una intenzione dei preposti agli organi comunali, preesistente alla emissione dei prestiti, di destinarne il ricavato a illeciti scopi politici, sarebbe sufficiente a trasformare la sostanza giuridica di quegli atti deliberativi: essa varrebbe tutt'al più a far considerare le deliberazioni come atti viziosi da eccesso di potere, e legittimerebbe, se mai, i comuni a un loro annullamento d'ufficio (potere del quale essi, come si è visto, non si avvalsero); ma non li legittimerebbe mai a dichiararle senz'altro inefficaci e a non riconoscere le obbligazioni assunte.

7. — A tal proposito, poi, non occorre neanche fermarsi a considerare la questione se il potere alla pronuncia della inefficacia spettasse al « Ministro competente », secondo l'interpretazione letterale della formula contenuta nell'art. 4 del cit. decreto, o all'autorità comunale, come — per quanto in contrasto con l'interpretazione più conforme alla lettera della formula di un decreto tecnicamente assai poco felice — sembrerebbe per altro più logico. In effetti, una volta dimostrato che la insussistenza del potere di un provvedimento del genere nell'ipotesi specifica era già inerente alla circostanza che l'atto in questione aveva un oggetto diverso da quelli consentiti, il fornire — mediante la dimostrazione della provenienza dell'atto da un soggetto (il comune) diverso da quello che avrebbe, se mai, potuto emanarlo (lo Stato) — la prova di una seconda causa di insussistenza del potere, appare persino superfluo (16).

8. — Una volta fornita la dimostrazione che i Comuni non avevano alcun potere del genere di quello esercitato nei confronti dei prestiti obbligazionari contratti dalle rispettive amministrazioni

(16) A maggior ragione non sembra decisiva a tal fine la determinazione se — una volta assodata l'appartenenza al comune, anzi che allo Stato, del potere di caducazione di cui è questione — la competenza alla pronuncia fosse (vigente il r. decreto legge 4 aprile 1944 n. 111 sul regime provvisorio delle amministrazioni comunali) del sindaco (il quale in effetti vi aveva provveduto per il Comune di Genova), o della giunta municipale (la quale aveva invece provveduto per il Comune di Milano). Data l'importanza del provvedimento, e in analogia con quanto disposto per lo Stato dal 2° comma dell'art. 4 decreto leg. luog. 5 ottobre 1944 n. 249 — il quale, col richiedere una pronuncia ministeriale, rivela l'esigenza dell'intervento dell'autorità investita della somma potestà di amministrazione attiva — la seconda soluzione appare la più logica. Tuttavia la questione non investe più, come è ovvio, l'esistenza o meno di un potere comunale in materia (in quanto presuppone già risolto positivamente il problema dell'appartenenza al comune del potere in questione): ma investe semplicemente — come avviene per tutte le questioni di discriminazione di competenze tra gli organi di uno stesso ente — l'esercizio del potere. Una violazione delle relative norme non può dar luogo, di conseguenza, a questioni di diritti soggettivi.

Ciò non può significare, per altro, che sol per questo la competenza dovesse essere nell'ipotesi specifica del Consiglio di Stato. Se è vero che ogni questione relativa al legittimo esercizio di un pubblico potere (questione di interessi legittimi) presuppone risolta la questione dell'esistenza di tale potere (questione di diritti soggettivi), è naturale che, dove risulti provato che un tale potere manchi (e che di conseguenza si è ancora nel campo dei diritti soggettivi), una questione della legittimità dell'esercizio di esso non possa neppur sorgere. Allorché quindi un soggetto pubblico ponga in essere un atto pel quale non abbia il potere, e lo ponga per di più in essere in violazione delle norme relative all'esercizio di quel potere, la questione dell'illegittimo esercizio del potere non si pone neppure, in quanto è assorbita dall'altra — assolutamente anteriore — della mancanza stessa del potere (con felice espressione il Cons. di Stato, V Sez., nella decisione 28 febbraio 1947 più volte cit., rileva che in casi del genere il provvedimento, « legittimo o illegittimo che sia, incide sui diritti soggettivi perfetti »).

sotto il regime repubblicano fascista, ne discende, come immediata conseguenza, la tutela piena delle posizioni giuridiche dei portatori delle cartelle di tali prestiti nei confronti dei Comuni, e la necessità del riconoscimento a tali posizioni della qualifica di diritti soggettivi.

Ben a ragione quindi il Supremo Collegio negò nelle specie sottoposte al suo esame la competenza del giudice amministrativo.



Questioni in tema di responsabilità  
della pubblica Amministrazione  
per reati colposi dei propri agenti\*

Publicato in

*Diritto e Giurisprudenza*  
Napoli, 1949, pp. 279-282

\* *Nota* a Tribunale di Napoli, Sez. I, 7 agosto 1948, *ibid.*, p. 279;  
la massima è riportata alla pagina seguente

TRIBUNALE DI NAPOLI, SEZIONE I: 7 AGOSTO 1948; PRES. COPPOLA, EST. ROSSI;  
LEUCI ED ALTRI (AVV. GENZANO) C. FF. SS. (AVV. DELLO STATO).

*L'Amministrazione ferroviaria, nell'ipotesi di sinistro che integri gli estremi di un reato imputabile ai suoi agenti, risponde dei danni subiti dal viaggiatore in dipendenza del sinistro non solo a titolo di colpa contrattuale ma altresì a titolo di colpa aquiliana (ex delicto); e sotto quest'ultimo aspetto è tenuta a risarcire anche i danni morali.*

La sentenza è ineccepibile, nella soluzione e nella motivazione.

1. — Il principio secondo cui la responsabilità contrattuale del danneggiante non valga a escludere la sua responsabilità *extracontrattuale* verso il danneggiato, è da considerare ormai acquisito alla giurisprudenza, e alla più attendibile dottrina (v., anche per ampie indicazioni, DE CUPIS, *Il danno*, Milano 1946, 47 s.; v. tuttavia nel senso che la responsabilità del vettore per gli infortuni toccati al trasportato sia da considerare come mera responsabilità contrattuale, di recente, Trib. Roma, 2 gennaio 1947, con nota favorevole di MILONE, nonchè ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, II, Milano 1941, 237 s.). E' quindi fuori dubbio che il danneggiato, allorchè ricorrano gli estremi della colpa aquiliana, possa a tal titolo agire nei confronti del danneggiante, anche se questi sia verso di lui tenuto pure a titolo contrattuale.

Se poi, in casi di tal genere, si abbia, oltre che concorso di norme, anche — come sembra più esatto — concorso di azioni (*contra* DE CUPIS, o. c., 48), è problema, che, nè la sentenza ha esaminato *ex professo* — in quanto irrilevante in ordine al caso in esame —, nè merita attenzione in questa sede.

2. — Non meno esatta appare l'applicazione che la sentenza ha fatto dei principi relativi alla responsabilità aquiliana della pubblica amministrazione.

A questo riguardo ci si trova in presenza di principi da lungo tempo acquisiti alla dottrina, e ormai costantemente accolti dalla giurisprudenza. Oggi è fuori discussione che la pubblica amministrazione — come ogni altra persona giuridica — risponde degli atti dei titolari dei propri organi, nell'esplicazione delle loro funzioni, a titolo di responsabilità diretta (cfr., per tutti, VITTA, *Diritto amministrativo*, I, 3ª ed., Torino 1948, 445 s.; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, 5ª ed., Milano 1948, 262 s.; e, nella giurisprudenza più recente, Cass., 31 luglio 1942, in *Foro it.* 1942, I, 1007; 5 febbraio 1945, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1945, I, 36; il luglio 1947, in *Rep. Foro it.* 1947, voce « Responsabilità civile », n. 103).

Si tratta, in vero, di un principio, il quale trova la sua base nella essenza stessa del rapporto organico, che lega all'ente i propri agenti — per cui si ha quel caratteristico e noto fenomeno di imputazione a esso delle azioni poste in essere dai suoi agenti nell'esplicazione delle attività proprie dell'ente (su di che, v. ampiamente, da ultimo, MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, I, Pisa 1945, 93 ss.; ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947. voce « Organo », 145 ss.).

Nè a tal riguardo pare nel vero chi vorrebbe discriminare, rispetto agli altri, quegli agenti, i quali esplicano un'attività puramente materiale, la quale per la sua natura appunto non potrebbe venire imputata all'ente (ALESSI, o. c., I, 1939, 160, 167 ss.). Nessuna base offre, in fatti, il nostro diritto positivo per una discriminazione di tal genere. Anche gli agenti destinati esclusivamente alla esplicazione delle così dette attività materiali, di carattere puramente esecutivo, sono pur sempre uniti all'ente dal rapporto organico. E non si vede per qual ragione la riferibilità all'ente delle azioni da questi poste in essere dovrebbe esser governata da principi diversi da quelli che regolano la riferibilità a esso delle azioni poste in essere dagli altri suoi agenti.

Il problema della riferibilità all'ente dell'operato dei propri agenti rimane però, naturalmente, problema di limiti. E ciò non solo nel senso che all'ente non possono esser riferite se non le azioni poste in essere dai suoi agenti — al meno formalmente — in funzione degli obbiettivi suoi propri (su di che v. ALESSI, o. c., I, 163 s.); ma anche e particolarmente nel senso che all'ente non possono certamente esser riferiti quegli atti, i quali, se bene voluti nell'interesse dell'ente, per la loro stessa essenza manifestamente esorbitano dalle funzioni istituzionali proprie di esso. E' per ciò appunto che, nel considerare la questione della riferibilità all'ente degli atti illeciti dei suoi agenti, si è sempre escluso che a esso potessero imputarsi gli illeciti intenzionali (v., per tutti, W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 2ª ed., Berlin 1928, 265; RANELLETTI, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7ª ed., Milano 1945, 98; ZANOBINI, *Corso*, cit., I, 238; e, in giurisprudenza, tra le pronuncie più recenti, Cass., 11 febbraio 1946, in *Mass. Foro it.* 1946, 33; 9 luglio 1946, *ivi*, 192; 7 aprile 1947, in *Giur. compl. Cass. civ.* 1947, II, 258; *contra*, in generale, la dottrina e la giurisprudenza francese: v. WALINE, in *Rev. dr. publ.* 1948, 9 sgg., e presso di lui indicazioni), mentre nella dottrina meno recente ci si era addirittura spinti fino a escludere l'imputabilità degli illeciti commessi per colpa grave (v., p. es., MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 4ª ed., Torino 1898, 312). L'illecito intenzionale è, in fatti, per la sua stessa natura, incompatibile con i caratteri istituzionali di qualsiasi ente pubblico.

Altro è il problema se l'illecito proprio dell'agente, non imputabile all'amministrazione a titolo di responsabilità diretta, possa a essa farsi risalire in alcuni casi, e in quali, a titolo di responsabilità indiretta. Ma la questione, assai delicata, meriterebbe un lungo discorso. E non è qui il caso di indugiarsi su di essa (v. sul punto ALESSI, o. c., I, 169 s.).

3. Non meno giusta appare, in fine, nella sentenza, l'affermazione del principio della responsabilità della pubblica amministrazione per i danni non patrimoniali derivati dai reati colposi commessi dei propri agenti nell'esplicazione delle loro attribuzioni.

In tal senso è ormai concordemente orientata la giurisprudenza, a partire dalla nota sentenza della Cassazione del 14 marzo 1943 (*Foro it.* 1943, I, 629), la quale ha rinnegato il precedente indirizzo in senso contrario (v. anche Cass., 11 febbraio 1946, e 7 aprile 1947, entrambe già cit.; App. Napoli, 28 settembre 1946, in questa rivista 1947, 92; *contra*, App. Napoli, 26 gennaio 1946, *ibidem*, 1947, 6; se bene in dottrina, in contrasto con voci favorevoli a tale orientamento

(GABRIELI, *Danno non patrimoniale « ex delicto » e responsabilità degli enti pubblici*, in *Giur. it.* 1943, I, 1, 366), non sia mancato chi abbia, con acutezza di critica, manifestato il proprio dissenso (COLETTI, *Considerazioni in tema di responsabilità della pubblica amministrazione per fatto illecito dei suoi dipendenti*, in *Giur. compl. Cass. civ.* 1947, II, 261 ss., al quale si rinvia per indicazioni relative alla giurisprudenza e alla dottrina anteriori).

Contro la tesi rigettata dal Tribunale — la quale fa leva essenzialmente sulla circostanza che, rispondendo la pubblica amministrazione a titolo diretto per gli illeciti dei propri agenti, non potrebbe a essa applicarsi la norma dell'a. 185 c.p., la quale, nell'estendere a dei soggetti diversi dal responsabile penale l'obbligo del risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali del reato, si riferirebbe soltanto ai casi di responsabilità indiretta (aa. 2048-49 cc.) — sembra decisivo il rilievo (il quale non è sfuggito alla sentenza della Cass. 7 aprile 1947, cit.), che lo spirito dell'a. 185 c.p. è palesemente nel senso di riferirsi a qualsiasi caso di preposizione, e quindi, oltre al caso del rapporto institorio, anche a quello del rapporto organico. Non pare dunque fondato l'argomento che — una volta escluso che la pubblica amministrazione risponda dei danni non patrimoniali a titolo di responsabilità indiretta — con l'ammettere l'applicabilità a essa dell'a. 185 c.p. si verrebbe a fare interpretazione analogica di una norma eccezionale (COLETTI, *o. c.*, 264). In vero, non di interpretazione analogica è qui il caso, e nemmeno di interpretazione estensiva: si tratta, in fatti, soltanto di individuare il contenuto di una formula legislativa — e cioè di mera interpretazione dichiarativa.



## In tema di responsabilità per tosatura di donna presunta fascista\*

Publicato in

*Il Foro Italiano*

Bologna, 1949, I, col. 1106-1107

\* *Nota* a Tribunale di Bergamo 24 febbraio 1949, *ibid.*, col. 1106;  
la massima è riportata alla pagina seguente

TRIBUNALE DI BERGAMO: 24 FEBBRAIO 1949; PRES. IANNARONE P., EST. NAPOLETANO; PERINI (AVV. CORTI) C. PAGLIARINI (AVV. MASNERI).

*La tosatura dei capelli, cui sia stata sottoposta, da parte del comando partigiano in una località appena liberata dall'occupazione germanica, una donna presunta fascista, al fine di evitare più gravi manifestazioni di violenza di folla, è da considerare come atto lecito dell'autorità, e pertanto non dà luogo a responsabilità personale dell'agente.*

Dal contenuto della sentenza si ricava che col ritiro delle forze armate germaniche, e col venir meno dell'autorità della Repubblica sociale, nella località in cui i fatti della causa ebbero a verificarsi, l'autorità di fatto del C.l.n.a.i. — al quale col decreto legis. luog. 28 febbraio 1945 n. 73 era stata attribuita sul piano politico la rappresentanza del governo legittimo — si affermò per mezzo del locale comando di presidio partigiano, vale a dire di un suo organo locale (sulla natura dei C.l.n. v. LEVI, *Alcune osservazioni sulla natura giuridica dei C.l.n.*, in *Giur. Cass. civ.*, XXII, II, 1946, 356).

Se la forzata tosatura di una donna nelle circostanze descritte nella sentenza, che indubbiamente rappresentava un atto di violenza sulla persona commesso in contrasto con le norme giuridiche — in quanto non previsto come sanzione nè dalle leggi del governo legittimo, nè da quello per sua delega emanate dal C.l.n.a.i., da cui il comando partigiano ripeteva la sua autorità — poteva perdere il suo carattere di anti-giuridicità, ciò non poteva dunque accadere se non alla stregua di altri principi, che non quello della appartenenza di un potere normativo primario a chi la tosatura dispose ed attuò. Se infatti un tale potere è ben compatibile con l'essenza dell'autorità di fatto, esso certo non lo è con quella di organo dipendente di carattere esecutivo, che era propria del comando partigiano. Pare quindi che esattamente la sentenza abbia cercato di spiegare la non anti-giuridicità del fatto nell'essere esso stato commesso in stato di necessità, al fine di evitare le più gravi violenze private, che, nel caso non fosse stato compiuto, erano state minacciate dalla folla imbestiata.

A questo punto sorge il problema se, in una ipotesi di tal genere, il fatto fosse o non ascrivibile all'Amministrazione. Alla soluzione negativa potrebbe spingere la considerazione che esso sarebbe stato attuato in funzione degli interessi dei privati minacciati dalla violenza: dove un atto venga posto in essere dal titolare di un pubblico potere avendo di mira espressamente ed esclusivamente interessi privati, esso non può infatti venir riferito all'Amministrazione (cfr. SANDULLI, *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, 160 segg.). La soluzione positiva sembra tuttavia la più corretta. In-

vero nella specie si trattava di tutelare, più che gli indeterminati interessi privati, l'interesse pubblico del mantenimento dell'ordine. Non par dubbio dunque che, ove la descrizione contenuta nella sentenza sia fedele alla realtà, il fatto dovesse farsi risalire alla Amministrazione, e non ai suoi agenti. Con la conseguenza che, trattandosi di un fatto il quale, pur non essendo illecito — in quanto posto in essere in stato di necessità — era tuttavia lesivo di interessi particolari, il soggetto leso in tali interessi avrebbe potuto invocare l'applicazione dell'art. 2045 cod. civ. a carico dell'Amministrazione. Il che appare pienamente conforme ai principi che governano la responsabilità dell'Amministrazione per atti legittimi (cfr. SANDULLI, *Obblighi dello Stato e obblighi dell'assicuratore in materia di danni di guerra*, in *Assicurazioni*, 1948, 246 segg., e ivi richiamati).

Nè sembra si possa negare che, in mancanza di norme in contrario da parte del restaurato governo legittimo, gli atti del potere di fatto — ad eccezione di quelli rivolti a disestare il sistema legittimo — conservino pur dopo la restaurazione la loro vitalità giuridica (in argomento, v., anche per ulteriori richiami, da ultimo SANDULLI, *I limiti*, cit., 142 segg.), con tutte le conseguenze ai fini di eventuali responsabilità pubbliche (così anche LEVI, *op. cit.*, 357 seg.).

La sentenza sopra riportata è stata annotata anche da TARIN, *Sulla natura giuridica e sull'attività dei C.l.n.*, in *Foro pad.*, 1949, I, 711.

In tema di trasferimento allo Stato italiano  
di obblighi patrimoniali della repubblica  
sociale italiana\*

Publicato in

*Il Foro Italiano*

Bologna, 1950, I, col. 360-361

\* *Nota* a Tribunale di Roma 8 settembre 1949, *ibid.*, col. 359;  
le massime sono riportate alla pagina seguente

TRIBUNALE DI ROMA: 8 SETTEMBRE 1949; PRES. FRANGIPANI P., EST. BOCCIA;  
S.I.R.T.I. (AVV.TI D'ALOIA, BRASCHI) C. MINISTERO FINANZE.

*Salvo specifiche disposizioni contrarie e limitative, lo Stato italiano è succeduto nella generalità dei rapporti patrimoniali attivi e passivi della Repubblica sociale.*

*Il Governo legittimo restaurato è tenuto a restituire le somme, che il Governo della Repubblica sociale italiana avrebbe dovuto restituire per averle percepite senza esserne autorizzato dalle disposizioni da esso emanate in materia tributaria, né da quelle vigenti nello Stato italiano.*

La soluzione è giusta. Non tutte le formulazioni accolte nella sentenza sembrano però esatte.

1. — Il Tribunale è partito dal concetto che tra la Repubblica sociale e lo Stato italiano vi sia stata in relazione a tutti i rapporti patrimoniali una vera e propria successione. La tesi non pare attendibile.

Che lo Stato italiano, al momento della restaurazione, si sia preoccupato di tornare in possesso di tutto quanto di suo la Repubblica sociale si era appropriata, e di tutto quanto essa aveva percepito in veste di autorità statale, inerisce infatti non a un rapporto di successione, ma all'essenza stessa della restaurazione. Che il Governo legittimo non abbia inteso sottentrare a titolo di successione in tutti i rapporti patrimoniali della Repubblica sociale, è fatto palese, tra l'altro, dallo stesso decreto legisl. 18 febbraio 1946 n. 112, applicato dalla sentenza, dal quale — in coerenza, del resto, col n. 1 dell'art. 1 decreto legisl. 5 ottobre 1944 n. 249 (legge fondamentale della materia) — risulta che lo Stato non volle sottentrare nei crediti tributari derivanti dalla legislazione del Governo neo-fascista, se non per quel tanto che era consigliato dalla opportunità di non incidere in modo perturbatore sul funzionamento della macchina finanziaria.

Non è dunque esatto — come sembra abbia ritenuto la sentenza — che dal complesso della legislazione risulti l'intento della instaurazione di una successione del Governo legittimo al Governo neo-fascista in tutti i rapporti patrimoniali (cfr. da ultimo M. S. GIANNINI, *Ancora sui rapporti tra Stato italiano e repubblica sociale italiana*, in *Giur. Cass. civ.*, 1949, vol. XXVIII, I, 863; CANSACCHI, *Responsabilità personale dei funzionari della Repubblica sociale italiana*, in *Giur. it.*, 1948, I, 1, 537 seg.). La posizione del Governo legittimo rispetto ai rapporti patrimoniali, nei quali era parte il Governo fascista repubblicano, non può esser determinata — in mancanza di norme in contrario — se non sulla base della specificazione dell'efficacia, rispetto all'ordinamento legittimo, dei fatti nei quali quei rapporti abbiano la loro fonte; specificazione che fa capo ai principi generali della materia, e alla legislazione espressamente emanata al riguardo (decreto legisl. 5 ottobre 1944 numero 249 e leggi successive).

A tale stregua è da ritenere che in linea di massima lo Stato italiano sia sottentrato in quei rapporti patrimoniali della Repubblica sociale, la cui fonte risiede in fatti riconosciuti efficaci rispetto al proprio ordinamento (cfr. SANDULLI, *Fatti dannosi della Repubblica sociale e responsabilità dello Stato italiano*, in *Foro it.*, 1947, I, 158). Di conseguenza, a es., lo Stato italiano è da ritenere sottentrato negli obblighi patrimoniali derivanti alla Repubblica sociale da un fatto dannoso verificatosi nella esplicazione del servizio ferroviario ordinario, e non negli obblighi derivanti dalla nomina di un funzionario non « convalidata » dal Governo legittimo restaurato.

2. — Ora, in relazione al caso deciso con la sentenza annotata, è da chiedersi quale sia a tale stregua il trattamento da farsi all'obbligo di restituzione di somme indebitamente percepite dalla Repubblica sociale in sede di riscossione tributaria.

In mancanza di norme in contrario nella legislazione speciale è da ritenere che, rientrando l'attività di riscossione dei tributi in quella di ordinaria amministrazione, essa figuri tra quelle da riconoscere efficace nell'ambito dell'ordinamento legittimo, in quanto esplicita dal Governo usurpatore nella sua posizione di autorità di fatto (SANDULLI, *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, 142 segg.); (sul sottentrare dell'autorità legittima negli obblighi assunti da quella di fatto, v. SANDULLI, in *Foro it.*, 1949, I, 1107). Perciò l'obbligo di restituire una somma indebitamente percepita in sede di riscossione di tributi è da ritenere rientrante tra quelli in cui il Governo legittimo è sottentrato al Governo usurpatore.

Nè può rilevarsi che nella specie si trattasse di una somma percepita in sede di riscossione di un tributo imposto da norme diverse da quelle vigenti nello Stato italiano », e cioè di uno di quei tributi, in relazione ai quali l'art. 1 decreto legisl. 18 febbraio 1946 n. 112 dispone che — non ostante l'inefficacia di quelle norme ai sensi dell'art. 1, n. 1, decreto legisl. 5 ottobre 1944 n. 249 — lo Stato non è tenuto a restituzione. La regola contenuta nel cit. decreto legisl. n. 112 del 1946 dispone infatti il venir meno degli obblighi di restituzione aventi titolo nella percezione da parte del Governo usurpatore di somme legittimamente e validamente riscosse in base a leggi finanziarie repubblicane fasciste, e non può importare il venir meno degli obblighi di restituzione aventi titolo in qualsiasi altra indebita riscossione. La *repetitio indebiti* trova infatti il suo titolo — come ha ben avvertito l'annotata sentenza — unicamente nel pagamento dell'indebito; e la colorazione del pagamento d'indebito è perfettamente identica e indifferente, qualsiasi possa essere la causa in funzione della quale, per errore o per altro, esso sia intervenuto.

La negazione dell'obbligo di restituzione da parte dello Stato italiano, oltre che delle somme validamente percepite dalla Repubblica sociale in base alle norme richiamate dall'art. 1 decreto legisl. n. 112 del 1946, anche di quelle indebitamente percepite

in base a una falsa applicazione delle stesse norme, potrebbe esser giustificata soltanto qualora la *ratio* del citato articolo fosse da cercare nel fatto che le somme riscosse siano state utilizzate dal Governo usurpatore. Che tale non sia la sua *ratio* è fatto però palese dalla circostanza che, in caso contrario, la regola avrebbe dovuto estendersi a qualsiasi somma riscossa dal Governo della Repubblica sociale, e quindi anche ai pagamenti ottenuti in base alla legislazione del Governo legittimo — il che manifestamente non è. La *ratio* della disposizione fu invece un'altra: essa è da ricercare unicamente nell'intento di non aggravare e sconvolgere il funzionamento dell'organismo finanziario, mediante una generale revisione dei tributi riscossi o in corso di riscossione.

Occorre dunque convenire — con la sentenza — che il disposto dell'art. 1 decreto legisl. n. 112 del 1946 non si estende alle somme indebitamente percepite in più dal fisco della Repubblica sociale in sede di riscossione dei tributi fissati dalle sue leggi, e che quindi il regime di tali somme è quello che risulta dai principi generali. Perciò, sulla base di quanto più sopra si è detto, è da ritenere che lo Stato italiano sia sottentrato al Governo usurpatore nell'obbligo della restituzione di esse.

3. — Soltanto nella ipotesi in cui fosse dimostrata l'arbitrarietà (e quindi l'illiceità) della riscossione, l'obbligo non sussisterebbe. E ciò perchè in tal caso non ci si troverebbe più nei limiti dell'ordinaria amministrazione.

Sussisterebbe però eventualmente anche in tal caso la possibilità, da parte di chi abbia subito l'arbitraria imposizione, di ripetere dallo Stato, a titolo di indebito arricchimento — e con tutte le limitazioni proprie di tale istituto — la somma sborsata, allorchè fosse provato l'effettivo passaggio di essa dalla cassa del Governo usurpatore in quella del Governo legittimo.



In tema di vigili del fuoco  
e di responsabilità dell'Amministrazione statale  
per incidenti in servizio\*

Pubblicato in

*Il Foro Italiano*

Bologna, 1950, I, col. 633-634

\* Nota a Tribunale di Brescia 5 ottobre 1949, *ibid.*, col. 632;  
le massime sono riportate alla pagina seguente

TRIBUNALE DI BRESCIA: 5 OTTOBRE 1949; PRES. ED EST. CANDIA; NISOLI C. MINISTERO DIFESA-ESERCITO.

*Il dipendente statale infortunato in servizio o in occasione del servizio può pretendere dallo Stato soltanto il trattamento economico previsto dalle norme che regolano il rapporto di servizio e la quiescenza, e non anche il risarcimento del danno; la regola vale anche nei casi in cui il fatto dannoso, per quanto dovuto a persone di cui lo Stato debba rispondere direttamente, risulti estraneo al servizio in occasione del quale l'incidente avvenne.*

*I corpi provinciali dei vigili del fuoco sono enti autarchici.*

*I sottufficiali dei vigili del fuoco sono impiegati dei corpi provinciali.*

1. — Dei due problemi affrontati dal Tribunale — il primo, se la norma contenuta nell'art. 1 decreto legge 6 febbraio 1936 n. 313 valga a escludere nel dipendente statale o nei suoi aventi causa ogni pretesa a risarcimento verso lo Stato anche nell'ipotesi in cui l'incidente occorso in servizio o in occasione del servizio sia dipeso da un fatto, pur esso ascrivibile allo Stato, ma estraneo all'espletamento del servizio; e il secondo, se i vigili del fuoco e i relativi sottufficiali siano o non da considerare dipendenti da un'Amministrazione dello Stato ai sensi di quel decreto legge — il secondo rivestiva indubbiamente il carattere di questione pregiudiziale. Dato infatti che l'art. 1 del cit. decreto legge si riferisce soltanto ai « dipendenti civili e militari di qualsiasi Amministrazione dello Stato », è evidente che unicamente dopo aver individuato nell'infortunato un dipendente statale sarebbe possibile una applicazione di quella norma nei suoi confronti.

Se avesse proceduto con ordine, analizzando *in limine litis* tale questione, il Tribunale, il quale giustamente la ha risolta nella specie in senso negativo, si sarebbe risparmiato l'esame della seconda questione, cui ha invece voluto dar precedenza, e in relazione alla quale è pervenuto a una soluzione che non pare meritare consenso (la pronuncia è già stata criticata a tal proposito dall'ALESSI, *Sui limiti di applicabilità del decreto legge 6 febbraio 1936 n. 313*, in *Foro pad.*, 1950, I, 58).

2. — Prendiamo dunque in esame dapprima la questione che in ordine logico merita priorità.

Come già si è detto, giustamente la sentenza annotata ha negato ai vigili e ai sottufficiali dei corpi provinciali dei vigili del fuoco la qualifica di dipendenti dall'Amministrazione dello Stato; in tal senso v. già Cons. Stato, V Sez., 28 luglio 1943 (*Foro it.*, Rep. 1943-45, voce *Pompieri*, n. 3); 26 novembre 1946 (*id.*, Rep. 1947, voce cit., nn. 2-4); App. Napoli 27 marzo 1946 (*ibid.*, voce cit., n. 1); *contra*, Trib. Torino 17 aprile 1946 (*id.*, Rep. 1946, voce cit., n. 2).

Con la legge 27 dicembre 1941 n. 1570 venne data una sistemazione unitaria ai servizi antincendi, creando una organiz-

zazione a base nazionale («Corpo nazionale dei vigili del fuoco»), facente capo, attraverso una apposita direzione generale, al Ministro dell'interno, cui venne riconosciuta un'ampia potestà di direzione e di controllo (art. 1 e 3). L'organizzazione venne però articolata in tanti «corpi provinciali» dei vigili del fuoco, quante sono le provincie, i quali, per quanto facciano «parte» del corpo nazionale, sono tuttavia dotati di personalità giuridica (art. 2): essi appartengono a quella categoria di persone giuridiche pubbliche, che, in considerazione della essenzialità per lo Stato della funzione che sono chiamate a disimpegnare, sono a esso legate da vincoli di particolare intimità (tanto che lo Stato tiene strettamente collegato il loro ordinamento con il proprio, e ne sopporta in tutto o in parte le spese di funzionamento), e alle quali il FERRARA (*Le persone giuridiche*, Torino 1938, 128 segg.) riservò la qualifica di enti parastatali.

Ora, i dipendenti del Corpo dei vigili del fuoco soltanto per una parte sono inquadrati nel personale dello Stato. E precisamente lo sono gli ufficiali permanenti e gli impiegati dei «servizi speciali» centrali (sanitari, ginnico-sportivi) (art. 3, e tabella B allegata alla legge cit.), i quali gravano sul bilancio dello Stato; per quanto la legge preveda il rimborso all'erario delle relative spese da parte della Cassa sovvenzioni antincendi (altro ente a struttura nazionale) (art. 40).

Anche allorchè, come normalmente avviene, prestano servizio presso i singoli corpi provinciali, gli ufficiali — alla cui destinazione, come a tutti i provvedimenti attinenti alla loro carriera, si provvede con decreto ministeriale (art. 9-11) — conservano pur sempre la qualifica di impiegati statali. Essi si trovano cioè in posizione analoga a quella del personale delle Università statali, dei funzionari dell'Azienda delle foreste demaniali, ecc. (In argomento, cfr. CANTUCCI, *La dipendenza degli organi da più enti e la funzione di controllo*, in *Studi senesi*, LX, 1946-47, 1 segg.; SANDULLI, *L'autonomia delle Università statali*, in *Annali triestini*, XVIII, 1948, nota 25): dal punto di vista organico sono inquadrati nell'Amministrazione statale, dal punto di vista funzionale sono inquadrati nell'Amministrazione dei corpi provinciali.

Diversa è invece la posizione dei vigili e dei sottufficiali. I quali — per quanto il numero e la ripartizione dei posti tra i singoli corpi provinciali vengano stabiliti dal Ministro (art. 1 reg. appr. col r. decreto 16 marzo 1942 n. 690), e per quanto lo stesso Ministro sia l'unica autorità competente a bandire i concorsi e a distribuire gli idonei tra le singole sedi, ed, eventualmente, a operare i trasferimenti (legge, art. 13; reg., art. 14), nonchè a provvedere in ordine all'idoneità al passaggio nella categoria dei sottufficiali e agli avanzamenti in seno a questa (legge, art. 16; reg., art. 16 segg.); (e tutto questo complesso di interventi ministeriali inerisce all'importanza che una buona organizzazione e un perfetto addestramento del personale dei servizi antincendi riveste per lo Stato) — sono inquadrati organicamente nei ruoli propri di ciascun corpo provinciale (legge, art. 13).

Essi non sono cioè dipendenti dello Stato, ma dei corpi provinciali. Su questi grava l'onere finanziario del loro mantenimento (legge, art. 44); ed essi stessi hanno competenza in ordine alla loro nomina (legge, art. 13), come in ordine agli altri provvedimenti attinenti alla loro carriera — promozioni (legge, art. 16), note di qualifica (reg., art. 52 segg.), cessazione dal servizio, riammissione (reg., art. 85 segg.) — salvo la possibilità del ricorso al Ministro (che è un ricorso gerarchico improprio) in alcuni particolari casi (reg., art. 17, 59).

Analoga è la posizione del personale volontario (compresi gli ufficiali), il quale tutto non è inquadrato nel personale statale, e appartiene organicamente ai corpi provinciali (legge, articolo 17; reg., art. 105 segg., e partic. 112, 120).

È esatta dunque la sentenza annotata in quanto ha negato al sottufficiale, che subì l'infortunio, la qualifica di dipendente statale, ed ha escluso l'applicabilità nella specie dell'art. 1 del decreto legge n. 313 del 1936.

3. — Che se invece di un sottufficiale si fosse trattato di un ufficiale permanente di un corpo provinciale, naturalmente diversa avrebbe dovuto essere la soluzione, essendo indiscutibile la qualifica di dipendenti statali degli ufficiali permanenti.

Supposto dunque che l'incidente sul quale il Tribunale ha avuto a pronunciarsi fosse da considerare, per quanto riguarda la sua sostanza, rientrante tra i fatti cui si riferisce l'art. 1 del decreto legge n. 313 del 1936 — come il Tribunale ha ritenuto — la pronuncia non avrebbe potuto essere che nel senso della mancanza di ogni diritto dell'infortunato al risarcimento.

È vero che anche gli ufficiali dei corpi provinciali dei vigili del fuoco dal punto di vista funzionale sono inquadrati proprio in tali corpi, e non nell'Amministrazione statale. Ma ciò, se può, a es., far sì che una eventuale loro responsabilità nell'esplicazione del servizio debba far carico al corpo provinciale al quale appartengono, e non allo Stato (per casi analoghi, v. Cass. 5 febbraio 1942, *Foro it.*, 1942, I, 762; App. Napoli 3 giugno 1940, *retro*, c. 71) — in quanto in relazione alla responsabilità ciò che conta è soltanto il rapporto di dipendenza funzionale (cfr. SANDULLI, *Sulla responsabilità della pubblica Amministrazione in regime di occupazione militare*, in *Foro it.*, 1948, I, 1102, e ivi altri richiami) — non può per altro decidere della specie in esame.

La norma in questione, la quale regola gli obblighi derivanti allo Stato dagli infortuni occorsi in servizio ai propri dipendenti, attiene alla disciplina del rapporto di servizio — e cioè di un rapporto il quale non corre tra il dipendente e l'ente col quale egli si trova in relazione di dipendenza funzionale, ma tra lui e quello col quale egli si trova in relazione di dipendenza organica: si tratta infatti proprio di una delle norme che regolano il rapporto di dipendenza organica. È evidente dunque che essa dovrà essere applicata non soltanto nei casi in cui il dipendente statale anche dal punto di vista funzionale presta servizio per conto dello Stato,

ma pure nei casi in cui egli, per ragioni connaturate all'essenza del suo rapporto di servizio, dal punto di vista funzionale agisca alle dipendenze di un altro ente.

4. — Veniamo però ora a vedere se sia esatta l'interpretazione che del contenuto della fattispecie regolata dall'art. 1 decreto legge n. 313 del 1936 ha dato il Tribunale (nello stesso senso si erano già pronunciati la Corte di cassazione, Sez. un., 24 luglio 1946, *Foro it.*, Rep. 1946, voce *Pensione*, n. 5; la Corte d'appello di Firenze 8 febbraio 1947, *id.*, Rep. 1947, voce *Impiegato governativo*, nn. 80, 81; il Tribunale di Torino 17 aprile 1946, *id.*, Rep. 1946, voce cit., n. 48).

Tale norma è rivolta a escludere ogni altra pretesa al di fuori del trattamento prescritto dalle norme sul rapporto di servizio e sul trattamento di quiescenza, per gli incidenti occorsi in servizio o in occasione del servizio, per « qualunque causa », al personale dipendente dello Stato. È indubbio dunque che, quale che possa essere stata la causa dell'incidente occorso in servizio o in occasione del servizio, lo Stato sarà tenuto a quel trattamento, indipendentemente dal fatto che vi abbia concorso una colpa, e che questa sia da far risalire allo stesso infortunato, all'Amministrazione o a terzi (in quest'ultimo caso lo Stato potrà eventualmente procedere verso costoro per il ristoro della somma dovuta sborsare). Ed è indubbio che il trattamento economico, per tal modo praticato, liberi lo Stato da ogni obbligo verso gli aventi diritto, sì che questi non possano pretendere alcun ulteriore risarcimento: come la norma dice, « unicamente » quello in essa previsto è il trattamento che compete loro da parte dello Stato, in conseguenza dell'infortunio.

Merita tuttavia di esser precisato se il ristoro contemplato nella norma in questione possa valere a escludere anche le responsabilità che ineriscano a fatti, i quali risultino del tutto estranei al « servizio », in occasione del quale l'incidente ebbe a prodursi. Si pensi all'ipotesi del militare in licenza, il quale rimanga infortunato in un incidente provocato da colpa del personale delle Ferrovie statali sulle quali si trovi a viaggiare; all'ipotesi del postino, che durante il suo giro di distribuzione della corrispondenza venga raggiunto da un colpo d'arma da fuoco sparato dalla polizia in occasione di un tumulto; all'ipotesi dell'agente di pubblica sicurezza, il quale, nello spostarsi da un luogo a un altro nell'adempimento del servizio, venga investito da un automezzo dell'Amministrazione militare. L'elemento comune a tutte tali ipotesi è che il fatto che provocò l'infortunio, pur avendo colpito il dipendente statale mentre era in servizio, o in occasione del servizio, nulla aveva che fare col « servizio », e cioè col complesso di fatti che normalmente ineriscono al genere di attività propria delle funzioni del dipendente, ed è venuto con esso a interferire del tutto casualmente, e, per così dire, dall'esterno.

Ora, qualora dovesse ammettersi che anche tali fatti siano da far rientrare nella categoria di quelli per cui l'art. 1 decreto legge

n. 313 del 1936 esclude ogni pretesa al risarcimento, si giungerebbe a due gravi conclusioni: 1) che, mentre nell'incidente occorso in occasione del servizio, la cui responsabilità debba farsi risalire a un privato, il dipendente statale infortunato avrebbe sempre modo di pretendere il risarcimento del danno subito, non altrettanto gli sarebbe dato nell'incidente di servizio dovuto a un fatto estraneo al disimpegno del servizio, la responsabilità del quale debba farsi risalire all'Amministrazione; 2) che, mentre il dipendente statale infortunato (a es., in un investimento automobilistico) a opera di un fatto, la cui responsabilità sia da farsi risalire all'Amministrazione, avrebbe diritto al pieno risarcimento da parte dello Stato ove l'incidente gli sia occorso fuori servizio, non altrettanto gli sarebbe dato quando lo stesso incidente, del tutto estraneo all'espletamento del suo particolare servizio, gli sia occorso in occasione di questo.

È evidente che una interpretazione di tal genere, destinata a sacrificare gravemente il diritto al risarcimento assicurato dall'ordinamento a ogni soggetto danneggiato, non possa esser accolta se non quando risulti manifesto che essa sia l'unica possibile. Ora, tale non pare il caso nell'ipotesi in questione.

È vero che l'art. 1 decreto legge n. 313 del 1936 esclude per i dipendenti statali, oltre l'indennizzo previsto dalle norme sul rapporto di servizio o sulla quiescenza, ogni obbligo dell'Amministrazione per l'inabilità e la morte in servizio o in occasione di servizio « da qualunque causa prodotta ». È da tener tuttavia presente che la norma in questione deriva direttamente — e ne costituisce un perfezionamento — dal decreto legis. 21 ottobre 1915 n. 1158, il quale fu mosso dall'intento di superare quella giurisprudenza che si era venuta orientando nel senso che il trattamento di quiescenza non esoneri l'Amministrazione in nessun caso (e quindi nemmeno nei casi in cui il fatto dannoso abbia stretta attinenza col servizio) dall'obbligo di risarcire il danno cagionato dalle persone di cui l'Amministrazione stessa sia tenuta a rispondere: si veda in proposito l'elaborata sentenza della Cassazione, Sez. un., 24 luglio 1946, *Giur. it.*, 1947, I, 1, 112, nella quale è svolta un'ampia analisi storica (*Foro it.*, Rep. 1946, voce *Pensione*, n. 5).

L'intento ispiratore della norma del 1936, e la sua funzione furono dunque essenzialmente quelli di meglio tutelare i dipendenti statali infortunati, che — a qualsiasi categoria appartengano (impiegati e non impiegati) — si vollero ora a differenza di quanto prima avveniva, ristorare per le inabilità « di qualsiasi grado », e non solo per gli incidenti « causati » dal servizio, ma anche per quelli semplicemente « occasionati » da esso. L'espressione « qualunque causa » contenuta nell'art. 1 decreto legge n. 313 del 1936, se quindi è indiscutibilmente destinata a coprire le eventuali responsabilità in cui l'Amministrazione sia incorsa in occasione dell'espletamento di quel particolare servizio nel quale l'incidente si sia verificato, non pare che — in mancanza di elementi dai quali in modo certo sia dato desu-

mere una così grave incidenza sui diritti privati — possa esser invocata per coprire altresì le responsabilità dell'Amministrazione per i fatti non inerenti al servizio, ma venuti soltanto incidentalmente a interferire con l'espletamento di esso.

Una diversa interpretazione verrebbe evidentemente a eccedere l'intento legislativo, il quale fu, da un lato, quello di accordare la più ampia certezza di indennizzo per gli incidenti di servizio — da chiunque e comunque provocati (e quindi anche per fatti estranei all'Amministrazione) — e nello stesso tempo fu quello di evitare che l'Amministrazione per lo stesso incidente di servizio, pel quale si assumeva incondizionatamente il carico dell'indennizzo, dovesse rispondere anche a titolo di danno. Ma, in mancanza di ulteriori precisazioni, questa esclusione di responsabilità non può evidentemente coprire se non i danni normalmente verificabili, in relazione al particolare servizio, a opera dell'Amministrazione, e non anche quelli derivati da un fatto dell'Amministrazione del tutto estraneo al servizio, e venuto a interferire con questo in modo accidentale. Di un tale danno l'Amministrazione sarà tenuta a rispondere alla stessa maniera, cioè, in cui ne risponderebbe un privato qualsiasi.

Se cioè pare esatto che, oltre l'indennizzo cui si riferisce il decreto legge n. 313 del 1936, non possa accampare altre pretese verso lo Stato il militare, che a causa della scarsa prudenza del suo comandante, si sia infortunato durante una esercitazione, e l'agente di pubblica sicurezza infortunato durante le operazioni destinate a sedare un tumulto da un colpo di arma da fuoco partito per colpa di un suo compagno, o anche dall'investimento a opera di un automezzo di un reparto militare sopraggiunto a dar man forte alla polizia (in tutti tali casi l'incidente inerisce infatti immediatamente al servizio da espletare), non altrettanto sembra da ritenere in relazione agli esempi riferiti più sopra, nei quali i fatti determinanti degli infortuni nulla avevano a che fare col servizio che si trattava di espletare.

Una tale conclusione è l'unica coerente con la regola di non interpretare con larghezza le norme destinate a limitare o comprimere i diritti dei cittadini.

Essa importa che, in relazione ai fatti considerati — e quindi nelle ipotesi del genere di quella che ha dato luogo alla causa decisa con la sentenza annotata — non possa non darsi corso alla azione di risarcimento nei confronti dell'Amministrazione (oltre ALESSI, *loc. cit.*, cfr., JAMALIO, *Occasione di servizio, pensione privilegiata e risarcimento di danno*, in *Giur. it.*, 1947, I, 1, 116). Con l'avvertenza, naturalmente, che dal risarcimento dovrà esser detratto tutto quanto dagli aventi diritto possa essere stato percepito per titoli, cui si riferisce l'art. 1 del decreto legge n. 313 del 1936.

In tema di responsabilità dello Stato italiano  
per fatti dannosi ai propri dipendenti  
al servizio delle truppe alleate\*

Pubblicato in

*Il Foro Italiano*

Bologna, 1950, I, col. 941-942

\* Nota a Tribunale di Genova 25 marzo 1950, *ibid.*, col. 940;  
le massime sono riportate alla pagina seguente

TRIBUNALE DI GENOVA: 25 MARZO 1950; PRES. MARTINO P., EST. CALUSI; BOT-  
TONE (AVV. CIGLIUTI) C. NICORA E MINISTERO DIFESA-ESERCITO.

*Lo Stato italiano non risponde, fuori dei limiti fissati dal decreto legisl. 21 maggio 1946 n. 451, dei danni derivanti da incidenti stradali conseguenti alla circolazione di automezzi alleati, ancorché guidati da militari italiani, se questi agivano alle dirette dipendenze degli alleati.*

*Il decreto legisl. 21 maggio 1946 n. 451, che prevede il risarcimento da parte dello Stato italiano dei danni prodotti dalle truppe alleate, riguarda anche i danni extracontrattuali che non si riferiscono ad azioni di combattimento.*

1. — La seconda massima è di ovvia esattezza, data la chiara formulazione in tal senso dell'art. 1 decreto legisl. 21 maggio 1946 n. 451.

La prima massima può invece suscitare qualche perplessità.

È esatto il principio per cui la responsabilità pel fatto di un agente dipendente organicamente da un soggetto giuridico, ma operante per conto di un altro, debba farsi risalire all'ente per il quale egli opera e non a quello dal quale dipende organicamente. Ciò appunto è avvenuto nel caso di assunzione, da parte dell'Amministrazione alleata di occupazione, di interi servizi dell'Amministrazione italiana, con tutto il personale a essi appartenente (cfr. SANDULLI, in *Foro it.*, 1948, I, 1098; CHICCA, in *Dir. e giur.*, 1949, 265; nonché App. Napoli 3 giugno 1949, *retro*, 71, con osservazione di SANTONI RUGIÙ, in riforma della contraria sentenza Trib. Napoli 4 giugno 1948, *Foro it.*, 1948, I, 1097). E altrettanto è da ritenere che sia avvenuto in tutti quei casi in cui singoli dipendenti dell'Amministrazione italiana (militari o civili) siano stati posti a disposizione dell'Amministrazione alleata di occupazione per il compimento di servizi di questa propri.

Diversa è invece la situazione in quei casi in cui l'Amministrazione italiana abbia continuato a operare per proprio conto, sia pure sotto il controllo più o meno rigoroso degli Alleati. Qui infatti ogni eventuale responsabilità non potrebbe farsi risalire che all'Amministrazione italiana (v., p. es., Trib. Napoli 13 dicembre 1948, *Dir. e giur.*, 1050, 63, con nota di FRAGOLA).

Tra tali situazioni si può dire che quella offerta dalla fattispecie decisa dal Tribunale di Genova nella sentenza commentata rappresenti un'ipotesi intermedia. Sembra infatti — da quanto è dato desumere dalla motivazione in diritto — che l'autista dell'automezzo investitore — di proprietà delle forze armate alleate — appartenesse a un reparto italiano ausiliario degli Alleati, al quale l'automezzo stesso era stato dato « in dotazione » per provvedere ai servizi a esso affidati.

È noto che reparti militari italiani hanno avuto vario impiego alle dipendenze del Comando alleato operante in Italia durante la guerra di liberazione. Di tali reparti alcuni avevano una

piena autonomia amministrativa e funzionale, se pur, naturalmente, dipendevano tatticamente dal Comando alleato: così era certamente per quelli inquadrati nel Corpo di liberazione. Altri invece, addetti di massima a servizi ausiliari, pur avendo una certa autonomia amministrativa, si trovavano rispetto ai comandi alleati in una posizione di più stretta dipendenza funzionale. Per altri, di minore entità, la stessa autonomia amministrativa era estremamente limitata, e l'autonomia funzionale mancava del tutto.

Ora, mentre nessun dubbio può correre che di un eventuale fatto dannoso commesso da un dipendente di un reparto inquadrato nel Corpo di liberazione debba esser tenuto responsabile lo Stato italiano, e mentre sembra evidente che, per quanto riguarda i minori reparti ausiliari posti rispetto agli Alleati in situazione di piena dipendenza funzionale, la responsabilità non potrebbe farsi risalire che agli Alleati, suscita notevoli perplessità il caso intermedio. Per il quale la soluzione va di volta in volta cercata nel primo o nel secondo senso, lasciandosi guidare sopra tutto da una attenta analisi di fatto.

È per questo che il punto essenziale della indagine giudiziale in questa materia dovrebbe sempre esser rappresentato da una attenta ricerca di fatto in tale direzione. E appunto di tale ricerca si avverte la mancanza nella sentenza annotata.

Nella quale è anche da lamentare l'inutile riferimento alla *culpa in eligendo* e alla *culpa in vigilando*, entrambe estranee, come è noto, al fondamento della responsabilità della pubblica Amministrazione, che è una vera e propria responsabilità diretta (cfr. per tutti ZANOBINI, *Corso di dir. amm.*, I, 5<sup>a</sup> ed., Milano, 1947, 263).

2. — Una recente sentenza del Tribunale di Milano (17 ottobre 1949, *For. pad.*, 1950, I, 445) ha ritenuto che lo Stato italiano si sarebbe con l'art. 76 del Trattato di pace (diventato legge dello Stato in virtù del decreto legisl. 28 novembre 1947 n. 1430) assunto un vero e proprio obbligo giuridico verso i danneggiati, di risarcire tutti i danni prodotti dagli Alleati, e che di conseguenza tale norma avrebbe abrogato il decreto legge 21 maggio 1946 n. 451: onde lo Stato italiano sarebbe sottentrato nell'obbligo del ristoro dei danni recati dagli Alleati allo stesso titolo per cui questi erano tenuti (e che era indubbiamente un titolo di responsabilità diretta). Ove tale punto di vista fosse esatto, lo Stato dovrebbe esser tenuto nei limiti della responsabilità diretta e non in quelli del semplice indennizzo, anche al risarcimento dei danni prodotti da dipendenti dell'Amministrazione italiana al servizio degli Alleati.

La tesi è però destituita di ogni fondamento. L'art. 76 del Trattato di pace, se ha creato un obbligo — del resto esso stesso generico (« un equo indennizzo ») — dello Stato italiano verso i Governi alleati per il ristoro dei danni da essi prodotti sul suo

territorio, e se ha esentato questi ultimi (con valore obbligatorio per i cittadini italiani, in virtù del decreto 28 novembre 1947) da qualsiasi pretesa di enti o di privati per ristoro di danni subiti in occasione dell'occupazione, non ha infatti in alcun modo regolato rapporti tra lo Stato italiano e gli eventuali danneggiati, e non ha in alcun modo fatto sorgere in questi ultimi diritti verso lo Stato italiano. Le loro pretese — ove non venga in questione una responsabilità diretta dell'Amministrazione italiana — non possono quindi, oggi come prima, esser altre, verso l'Amministrazione italiana, che quelle previste dal decreto 21 maggio 1946 n. 451.



In tema della responsabilità dell'Amministrazione  
per omessa partecipazione ai candidati  
della loro ammissione a concorso\*

Publicato in

*Il Foro Italiano*

Bologna, 1951, I, col. 845-846

\* *Nota* a Tribunale di Avellino 14 febbraio 1950, *ibid.*, col. 844;  
la massima è riportata alla pagina seguente

TRIBUNALE DI AVELLINO: 14 FEBBRAIO 1950; PRES. ED EST. GRASSINI P.; DE RISI  
(AVV. TITOMANLIO) C. SANTANIELLO (AVV. MONTELLA).

*Il candidato non vanta un diritto soggettivo alla comunicazione della sua ammissione al concorso; pertanto il comune, il cui sindaco abbia ommesso di adempiere alla disposizione ricevuta dal prefetto di partecipare al candidato la comunicazione del presidente della commissione relativa alla sua ammissione al concorso, non è tenuto nei suoi confronti al risarcimento dei danni.*

1. — La sentenza ha fatto esatta applicazione del principio della risarcibilità dei soli danni inerenti alla lesione di diritti soggettivi (cfr. per tutti ALESSI, *La responsabilità della pubblica Amministrazione*, Milano, I, 1939, 173 segg.). È pacifico infatti che il candidato di un pubblico concorso vanta all'ammissione al concorso un interesse legittimo e non un diritto soggettivo. A maggior ragione è quindi da ritenere che egli non vanti un diritto alla comunicazione dell'atto di ammissione al concorso.

2. — Sarebbe stato per contro assai più difficile far discendere la mancanza di responsabilità del Comune dalla circostanza della estraneità alle sue funzioni della trasmissione delle comunicazioni degli organi dell'Amministrazione statale. Se è fuori dubbio che tale funzione non sia propria del comune, non pare infatti possibile negare che essa rientri tra quelle cui il sindaco è tenuto nella sua qualità di organo locale dell'Amministrazione dello Stato: in tal senso — anche a prescindere dalle argomentazioni che nello stesso senso potrebbero ricavarsi dal n. 1 dell'art. 152 t. u. legge com. e prov. 1915 — può dirsi che esista una vera e propria consuetudine, la quale sembra trovare piena legittimazione nel n. 7 dello stesso articolo. Ed è noto che l'orientamento più diffuso è nel senso di considerare il comune (e non lo Stato) responsabile degli atti posti in essere dal sindaco nella qualità di ufficiale di governo (v., anche per indicazioni, DE GENNAEO, *La responsabilità per gli atti del podestà quale ufficiale di governo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1942, I, 50).

3. — Poco calzante appare l'argomentare che, in favore della irresponsabilità dell'Amministrazione per l'omessa partecipazione al candidato dell'ammissione al concorso, la sentenza fa dalla limitazione di responsabilità dell'Amministrazione postale pel mancato recapito della corrispondenza raccomandata. È fuori dubbio infatti che, ove l'Amministrazione tenuta alla comunicazione raccomandata, anzi che avere — come nella specie — un semplice *dovere* (verso l'ordinamento) di partecipare al candidato

l'ammissione al concorso, avesse un vero e proprio *obbligo* (verso il candidato) — e cioè ove il candidato vantasse un vero e proprio *diritto* alla partecipazione — l'omissione della spedizione raccomandata ben sarebbe suscettibile di dar luogo a risarcimento del danno (sulla distinzione tra doveri e obblighi, v. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 104 segg.). È infatti principio che sia tenuto al ristoro chiunque abbia omesso di adempiere al proprio obbligo nel modo prescritto (art. 1218 cod. civ.). Per scagionarsi dalla responsabilità, l'Amministrazione tenuta alla comunicazione avrebbe quindi, quanto meno, l'obbligo di provare che, per eventi eccezionali, la raccomandata, quand'anche spedita, non sarebbe ugualmente pervenuta al destinatario. La semplice circostanza che l'Amministrazione postale non sia tenuta a ristorare se non entro ristretti limiti i danni inerenti al servizio postale, non può valere a scagionare l'Amministrazione tenuta alla spedizione, più di quanto non potrebbe valere a scagionare qualsiasi inadempimento la circostanza che l'adempimento avrebbe pur sempre potuto essere ostacolato da una causa di forza maggiore.

## La posizione dei creditori pecuniari dello Stato

Publicato in

*Rivista Trimestrale*

*di Diritto Pubblico*

Milano, 1952, pp. 543-564



SOMMARIO: 1. Il problema. - 2. Maturazione del debito pecuniario dello Stato e maturazione della potestà a provvedere al pagamento. - 3. Incidenza sulla posizione giuridica del creditore dello Stato dello stanziamento in bilancio, - 4. e della destinazione dei fondi. - 5. I momenti successivi della procedura delle spese erariali, - 6. e la loro incidenza sulla posizione giuridica del creditore dello Stato. - 7. Conclusioni. - 8. Conseguenze in ordine: A) alla possibilità nei confronti dell'Amministrazione statale inadempiente: a) di sentenze di condanna al pagamento; - 9. b) di sentenze di condanna al risarcimento dei danni causati dal ritardo dello stanziamento in bilancio e della emissione del titolo di spesa; 10. c) di azioni esecutive prima della emissione del titolo di spesa; - 11. B) alla ammissibilità a carico dell'Amministrazione statale: a) di interessi moratori; - 12. b) di interessi corrispettivi.

1. — Il problema dei debiti pecuniari dello Stato e della posizione giuridica dei relativi creditori è dei più incerti.

Per rendersene conto basti pensare alla disparità delle soluzioni date dalla giurisprudenza ad alcune questioni le quali ne toccano i punti maggiormente sensibili. Mentre alcune sentenze ritengono infatti che lo Stato sia tenuto al pagamento di interessi corrispettivi allorchè non provveda al pagamento dei suoi debiti allo scadere di essi <sup>(1)</sup>, altre escludono nel modo più categorico tale soluzione, sulla considerazione della inesigibilità dei crediti verso lo Stato prima della emissione dei relativi titoli di spesa <sup>(2)</sup>. Nonostante qualche affinità col secondo, si differenzia

---

(1) Cass. 31 luglio 1944, n. 457, in *Giur. Cass. civ.*, 1944, 371; App. Roma 25 maggio 1950, in *Foro ital.* 1951, I, 490.

(2) Cass. 26 aprile 1951, n. 1014, in *Foro ital.* 1952, I, 711; 5 giugno 1951, n. 1601, *ibidem*, 845. V. anche la determinazione della Corte dei conti 4 agosto 1949, *ibidem*, 1950, I, 60.

poi da entrambi tali orientamenti quello — nettamente affermato —, il quale fa decorrere l'obbligo erariale al pagamento degli interessi sulle somme indebitamente percepite a titolo di tributo, dal momento di passaggio in giudicato della sentenza che ordina il rimborso <sup>(3)</sup>. Maggiore concordia regna invece circa la esclusione dell'obbligo dell'Amministrazione statale al pagamento di interessi moratori <sup>(4)</sup>.

La ragione di tante incertezze e disparità di orientamenti risiede nella scarsa attenzione che presso di noi hanno richiamato i problemi relativi alla amministrazione contabile dello Stato. E' invece unicamente a seguito di una attenta analisi dei vari atti e momenti attraverso i quali lo Stato perviene ai suoi pagamenti, e delle ripercussioni che il progressivo svolgimento della serie ha sulla situazione giuridica del creditore, che può giungersi a una soddisfacente soluzione dei complessi problemi che la materia involge.

2. — La prima cosa da determinare con esattezza è la distinzione — troppo spesso trascurata — tra il momento di maturazione del credito di colui verso cui lo Stato sia tenuto — vale a dire il momento in cui il credito diventa liquido ed esigibile ai sensi del codice civile (art. 1243 e 1282) —, e il momento in cui legittimamente lo Stato può (e prima del quale non può), in base ai propri ordinamenti, procedere al pagamento.

La determinazione del primo momento va compiuta alla stregua delle leggi civili; la determinazione del secondo va compiuta invece alla stregua della legislazione sulla contabilità dello Stato, la quale — come si cercherà di dimostrare — non viene a incidere, se non in modo indiretto, sulla consistenza del rapporto di diritto civile tra lo Stato e i suoi creditori.

<sup>(3)</sup> Cass. 19 giugno 1945, in *Giur. ital.* 1945, I, 1, 72, e sentenze ivi richiamate in nota; *contra* App. Bologna 11 maggio 1942, in *Foro ital.*, Rep. 1943-45, v. Tasse e imposte in genere, n. 104-105.

<sup>(4)</sup> P. es., Cass. 19 giugno 1948, n. 959, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, II, 442, con nota di GARGIULO; 26 aprile 1951, n. 1014 cit.. Per altre citazioni v. GARGIULO, *loc. cit.*. In senso difforme vedasi la recente sentenza del Trib. Roma 3 novembre 1951, in *Foro ital.* 1952, I, 1130.

Una volta contemplato dalle norme vigenti un rapporto obbligatorio, nel quale lo Stato possa assumere la figura di debitore, verso un altro soggetto, di una somma di danaro (a titolo di compenso per prestazione di servizi; di prezzo di compravendita; di restituzione di indebito; di risarcimento di danni; di indennizzo per danni non antigiuridici il cui ristoro sia posto a suo carico; di contributi obbligatori a favore di enti minori o di privati; ecc.), l'obbligazione in questione *sorterà* al momento in cui si saranno verificati i fatti ai quali le norme collegano il suo nascere — e che cioè considerano come *fonte* di essa — (conclusione del rapporto di servizio, o del contratto di compravendita; pagamento indebito; fatto giuridico o antigiuridico da indennizzare; decorso del tempo in relazione al quale è previsto il contributo; ecc.), e *maturerà*, cioè si trasformerà in obbligo *attuale* di adempiere, al momento in cui il credito sia divenuto liquido ed esigibile, nel senso in cui tale concetto si applica a tutte le obbligazioni previste dal nostro ordinamento ( art. 1243 e 1282 cod. civ.), vale a dire allorchè — ove necessario — sia stato accertato, nelle forme di volta in volta richieste (od, ove occorresse, dal giudice) il suo ammontare, e si siano realizzate le condizioni e i termini previsti per l' adempimento (compimento della controprestazione; valutazione legale del danno da ristorare; realizzazione della condizione; ecc.) (4<sup>bis</sup>).

Divenuto il credito liquido ed esigibile nel senso or ora chiarito, il creditore dello Stato, in quanto riconosciuto tale dall'ordinamento, è portatore verso lo Stato di un vero e proprio *diritto soggettivo* attuale di credito di una somma di denaro, quale è disciplinato dagli artt. 1277 segg. cod. civ. Egli potrà con ogni mezzo far valere — anche in giudizio — tale suo diritto. E, appunto perchè si tratta di un diritto, la competenza alla tutela di esso spetterà — ai sensi dell'art. 2 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo — ai tribunali ordinari.

Rimane però il problema se a tali giudici il creditore dello

---

(4<sup>bis</sup>) Sulla distinzione tra nascita dell'obbligazione e nascita del debito, v. BARBERO, *Sistema istituz. del dir. priv. ital.*, II, Torino, 1949, 5, 33.

Stato possa, pel solo fatto del suo diritto, e senza riguardo alla procedura prevista dalla legislazione sulla contabilità dello Stato per l'effettuazione delle spese erariali, chiedere una sentenza di condanna, e se possa agire *in executivis*.

Rimane inoltre il problema se, senza riguardo alla predetta procedura, lo Stato possa, pel solo fatto della liquidabilità ed esigibilità del credito, esser considerato un debitore moroso (articolo 1218 cod. civ.), e se comunque sia tenuto agli interessi corrispettivi (art. 1282 cod. civ.).

La risposta a tali interrogativi non può esser data se non attraverso una disamina di quella procedura, e del valore giuridico dei singoli momenti di essa in relazione alla posizione del creditore.

3. — Come poc'anzi si è esposto, le singole obbligazioni pecuniarie dello Stato trovano — al pari di ogni altra obbligazione — la propria *disciplina* nelle norme dell'ordinamento, e la propria *fonte* — vale a dire il proprio *titolo* — negli atti o fatti cui l'ordinamento collega il nascere di esse (contratto; atto amministrativo di nomina o di concessione di un sussidio o di una sovvenzione; fatto dannoso; *in rem versio*; riscossione indebita; condanna giudiziaria; ecc.).

Ora, mentre la normazione relativa alle singole obbligazioni dello Stato è necessariamente anteriore allo stanziamento in bilancio dei fondi occorrenti (l'art. 81 Cost. vieta infatti che con la legge del bilancio si stabiliscano nuove spese), per contro è regola di buona amministrazione che l'assunzione di obbligazioni — vale a dire il porre in essere gli atti o i fatti destinati a esser fonti delle obbligazioni — non abbia luogo se non in un momento successivo dello *stanziamento in bilancio*, e sulla base di questo.

Naturalmente tale regola può trovare piena applicazione per ciò che riguarda gli *atti* — i quali sono fatti *voluti* (e invero rigoroso è il sistema dei controlli predisposti dalla nostra legislazione a che gli atti dell'Amministrazione che importano impegni di spese — e cioè assunzione di obblighi pecuniari — non eccedano gli stanziamenti: art. 55 L. cont. di Stato; art. 18 scgg. t.u. Corte dei conti).

Altrettanto non può dirsi invece per ciò che riguarda i *meri fatti* — compresi tra questi quegli atti di agenti diversi dall'Amministrazione, che vengono a operare nei riguardi di quest'ultima come meri fatti (p. es. sentenze giudiziarie): essendo i fatti in questione assolutamente indipendenti dalla volontà dell'Amministrazione, è ben possibile il caso che alle obbligazioni che essi comportano non corrisponda un adeguato stanziamento. E' noto, ad es., che per i danni di guerra — il cui ristoro, alla stregua della L. 26 ottobre 1940, n. 1543, viene ritenuto, dall'orientamento dottrinale che pare più accettabile, come un vero e proprio obbligo giuridico dello Stato <sup>(5)</sup> — il bilancio non ha mai provveduto finora ad adeguati stanziamenti. E, del pari, non sempre figurano, nei bilanci di previsione dei singoli ministeri, nel capitolo delle « spese di liti, arbitraggi, risarcimenti di danni, ed accessori », somme adeguate ai bisogni dell'anno finanziario (fatto che per altro non dà luogo a gravi inconvenienti, dato che, essendo le spese in questione solitamente classificate in bilancio come *obbligatorie*, ai sensi dell'art. 40 L. cont. di Stato, per esse è possibile far capo al fondo di riserva per le spese obbligatorie e d'ordine, che istituzionalmente figura nello stato di previsione del ministero del tesoro, e che per lo più è sufficiente alla bisogna).

Ora, qual'è la conseguenza del mancato stanziamento in bilancio della somma occorrente al pagamento di un'obbligazione pecuniaria dello Stato legittimamente sorta, e divenuta — ai sensi della legislazione comune (e cioè del codice civile) — liquida ed esigibile (p. es., credito del contribuente, a seguito del riconoscimento, da parte della stessa Amministrazione, del carattere indebitato di una riscossione tributaria; credito dell'impiegato illegittimamente licenziato, a seguito della pronuncia giurisdizionale la quale dichiara il suo diritto a riscuotere una certa somma per competenze arretrate)?

---

<sup>(5)</sup> SANDULLI, *La natura della pretesa all'indennizzo per danni di guerra*, in *Riv. amm.* 1949, 1, e ivi indicazioni. Adde DE FRANCESCO, *Il problema del risarcimento dei danni di guerra sotto l'aspetto giuridico*, *Atti del Conv. naz. di studi sui danni di guerra*, Roma 1950.

E, noto che la legge del bilancio è un atto del Parlamento inerente alla suprema direzione politica dello Stato <sup>(6)</sup>. Essa si risolve in un conferimento di poteri al Governo, e precisamente nel conferimento del potere di disporre, durante l'anno finanziario, in un certo modo — e cioè con una determinata destinazione —, in vista della soddisfazione dei vari bisogni dello Stato, delle somme derivanti all'Erario dalle pubbliche entrate <sup>(7)</sup>. Con tale legge il Parlamento indirizza cioè il corso dell'amministrazione pubblica durante l'anno finanziario *de quo*, curando di bilanciare le entrate e le spese, e di ripartire queste ultime conformemente alla più conveniente soddisfazione delle pubbliche esigenze.

Naturalmente rientra tra le norme di buon reggimento politico quella di non lasciare insoddisfatte le obbligazioni legittimamente assunte dallo Stato, sopra tutto al fine di non far venir meno il credito di esso: è quindi buona regola che il Parlamento ponga a disposizione del Governo gli stanziamenti necessari a che

---

<sup>(6)</sup> Per una dettagliata esposizione critica delle varie opinioni sulla legge del bilancio, v. VITAGLIANO, *Il contenuto giuridico della legge del bilancio*, Roma 1910. Sulla inerenza della formazione del bilancio alla funzione politica, v. da ultimo MORTATI, *Ist. di dir. pubbl.*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 1952, 332 sgg..

<sup>(7)</sup> Non si tratta però nè di una delega, in quanto questa presuppone l'attribuzione di poteri propri del delegante — mentre invece la gestione finanziaria è funzione propria del Governo —; nè di un conferimento di competenza (così invece VITAGLIANO, *op. cit.*, 399), in quanto questa presuppone un allargamento della sfera di attribuzioni dell'autorità beneficiaria del conferimento — mentre invece la gestione finanziaria, come si ripete, rientra nelle attribuzioni istituzionali del Governo. Non si tratta però nemmeno di una autorizzazione (così invece, a es., ORLANDO, *Principi di dir. costituz.*, 4<sup>a</sup> ed., Firenze 1905, 164 sg.), in quanto questa presuppone la rimozione di un limite a una preesistente potestà dell'agente autorizzato — mentre invece, prima della legge del bilancio, il Governo, per il fatto stesso che non esistevano (non essendo stati ancora predisposti) i fondi relativi alla gestione, non poteva esser considerato titolare del potere di disporre di quei fondi (è inesistente il potere quando ne manchi l'oggetto: cfr. SANDULLI, *Per la delimitaz. del vizio di incompetenza degli atti amm.*, in *Rass. dir. pubbl.* 1948, I, 32). Più esattamente deve dunque dirsi che la legge del bilancio consiste nel porre in essere l'oggetto sul quale dovrà venire a esercitarsi un potere del Governo, del quale, prima di quella legge, sussistono tutti gli elementi, tranne che, appunto, l'oggetto.

questo possa assolvere le obbligazioni legittimamente sorte a carico dello Stato. Tuttavia, allorchè per una qualsiasi ragione (ponderazione delle varie necessità; errore di valutazione; obbligazioni o deficienze di proventi sopravvenute e imprevedibili; ecc.) ciò non sia avvenuto, il Governo, fuori dei casi in cui può legittimamente far capo ai fondi speciali a sua disposizione — sempre che questi siano sufficienti — (fondo di riserva per le spese obbligatorie e d'ordine; fondo di riserva per spese impreviste: art. 40-42 L. cont. di Stato) —, non può disporre, in difformità della legge del bilancio, dei fondi in suo possesso, se non in base a una nuova legge (art. 43 L. cit.).

Come opera questo impedimento sulla situazione giuridica del creditore dello Stato?

In passato fu ritenuto talvolta persino che il mancato stanziamento in bilancio importasse definitiva revoca delle norme poste a base dei diritti dei creditori. Ciò sul presupposto della natura legislativa dell'atto con cui il Parlamento approva il bilancio — atto al quale, perciò appunto, non mancherebbe la forza di modificare l'ordinamento preesistente <sup>(8)</sup>. Una più approfondita considerazione della natura della legge del bilancio — la quale, come si è visto, consiste nel disciplinare il modo in cui il Governo può disporre dei fondi che ha, *durante l'anno finanziario* — ha consentito però di osservare come — almeno fin quando si mantenga nell'ambito della sua funzione e non decampi da essa (come forse poteva esserle consentito in passato, ma non le è più consentito oggi, che, in regime di costituzione rigida, l'art. 81 Cost. le attribuisce un contenuto rigorosamente determinato) — la sua sfera di vigenza si estenda al solo anno finanziario cui essa ha riguardo, e la sua sfera d'azione rifletta soltanto la possibilità di assolvere a certe obbligazioni in quel certo anno finanziario (e cioè la immediata esigibilità dei relativi crediti), ma non anche il sussistere o il venir meno di quelle obbligazioni (e cioè la loro stessa esistenza) <sup>(9)</sup>.

<sup>(8)</sup> V. indicazioni al riguardo in VITAGLIANO, *op. cit.*, 436 sg.

<sup>(9)</sup> Cfr., per tutti, CAMMEO, *Comm. delle leggi sulla giust. amm.*, Milano, I, 1911, 763; INGROSSO, *Ist. di dir. fin.*, Napoli, I, 1935, 72 sgg.

Il disattendere l'opinione di cui si è fatto cenno non importa tuttavia adesione a quell'orientamento, il quale tende a considerare la legge del bilancio come destinata a operare unicamente nei rapporti tra Potere legislativo e Amministrazione, e non anche nei rapporti tra questa e i suoi creditori <sup>(10)</sup> (e così viene a configurare — per quanto non sempre esplicitamente — la legge del bilancio come avente rilevanza puramente interna). Se è vero che la legge del bilancio è — come si è detto — un atto di natura squisitamente politica, e che il sistema costituzionale ha voluto riservare al Parlamento l'indirizzo della gestione finanziaria dello Stato e la ripartizione dei fondi, di cui esso dispone per ciascun anno finanziario, tra le varie esigenze pubbliche, appare inconcepibile il consentire a organi di altri poteri — vuoi amministrativi, vuoi giurisdizionali — la possibilità di sovrapporre le proprie determinazioni a quelle del Parlamento, e di disporre quindi, sia pure per la necessità di soddisfare preesistenti obbligazioni, dei fondi dell'Erario per fini diversi da quelli previsti dal Parlamento. Ove pure abbia errato nella sua valutazione politica, omettendo di destinare alla soddisfazione delle obbligazioni dello Stato un adeguato stanziamento, l'operato del Parlamento rimane comunque insindacabile; e a nessun organo dello Stato è dato sostituirsi a esso in una funzione gelosamente riservatagli dall'ordinamento.

E' fuori dubbio dunque che la legge del bilancio, la quale ometta di stanziare per l'anno finanziario cui si riferisce i fondi necessari all'adempimento di un dato obbligo pecuniario dello Stato, mentre non è per sè sola idonea a far venir meno tale obbligo, è tuttavia pienamente operante non soltanto nei confronti dell'Amministrazione — la quale, in tale situazione, è per quell'anno carente di potere in ordine a quel pagamento —, ma anche nei confronti dei terzi interessati — nei confronti dei quali un eventuale

---

<sup>(10)</sup> Così ARCOLEO, *Dir. costituz.*, Napoli, 1904, 445 sgg.; VITAGLIANO, *op. cit.*, 435; CAMMEO, *op. cit.*, I, 1122; e, da ultimo, TESORO, *Problemi giur. della legge del bilancio*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1936, I, 292 sg.. V. anche la recente sentenza del Trib. Roma 3 novembre 1951 cit..

pagamento da parte dell'Amministrazione sarebbe — in quanto in violazione della legge del bilancio — pienamente illegittimo, e quindi ripetibile <sup>(11)</sup>.

In quale situazione si trova allora il creditore, pel pagamento del cui credito, già liquido ed esigibile ai sensi del codice civile, non sia stato provveduto al necessario stanziamento? In virtù della liquidità ed esigibilità del credito, e dal momento in cui questo acquistò tali qualità, il creditore ha maturato anche il diritto *al pagamento*. Tale diritto — non il diritto di credito, si noti bene — rimane però in stato di *pendenza* <sup>(12)</sup>: esso *esiste*, ma non è ancora *operante*. La maturazione del credito ai sensi del codice civile — vale a dire l'acquisto da parte di esso delle qualità di liquidità e di esigibilità — ha fatto diventare attuale, completandone la fattispecie, il *diritto di credito* (e cioè ha fatto acquistare al creditore il *diritto al pagamento*); tuttavia, fin quando manchi lo stanziamento in bilancio — e, come si vedrà, fin quando manchino i vari adempimenti contabili dell'Amministrazione —, il *diritto al pagamento* — nel cui sorgere, come si è visto, la maturazione del credito si risolve — rimane a sua volta *inoperante*.

4. — Con lo stanziamento in bilancio non è esaurito il procedimento previsto perchè l'Amministrazione dello Stato possa provvedere al pagamento. Una volta che esistano in bilancio i fondi necessari, è infatti predisposta, in vista del pagamento, tutta una serie di atti dell'Amministrazione attiva e degli organi di controllo, volti ad assicurare la piena rispondenza dell'impiego di fondi alle leggi vigenti e al bilancio.

Tra tali atti non va compreso, naturalmente, quello destinato a costituire il *titolo* dell'obbligazione, vale a dire l'atto di assunzione dell'impegno (art. 49, 51 L. cont. di Stato) — il quale, come si è visto (n. 3), per le obbligazioni sorgenti da *atti* dell'Ammini-

<sup>(11)</sup> Cfr. INGROSSO, *op. cit.*, I, 66, 73 sg.. Perplesso, al riguardo, BENTIVENGA, *Elem. di contabilità di Stato*, Milano 1950, in nota a p. 218, riferendosi alla contraria opinione di Duguit.

<sup>(12)</sup> Su tale concetto, v. SANDULLI, *Man. di dir. amm.*, Napoli 1952, 62.

strazione, è, di massima, successivo allo stanziamento in bilancio (la legge non consente infatti *atti* di assunzione di impegni ove non esista il corrispondente stanziamento: art. 50, 2° comma L. cont. di Stato). Tale atto rimane, per definizione, fuori del procedimento predisposto per il pagamento del debito con esso assunto.

Del pari rimangono estranei al procedimento stesso i controlli, sia interni (controllo di ragioneria: art. 50 ult. cit.), che esterni (controllo della Corte dei conti: art. 18 sgg. t.u. Corte dei conti), predisposti per tali atti e condizionanti la loro efficacia.

Essendo gli atti di *assunzione di impegni*, soggetti ai rigorosi controlli predisposti dall'ordinamento, anche e sopra tutto al fine del riscontro della esistenza in bilancio dello stanziamento dei fondi occorrenti, è evidente la necessità che l'autorità che assume l'impegno prenda cura, nel farlo, di tale esistenza. Ove vi ottemperi, l'atto di assunzione dell'impegno importerà a un tempo anche la destinazione di un certo fondo dell'apposito capitolo esistente in bilancio a quella data spesa. Appunto su tale destinazione di fondi viene a esercitarsi il controllo di ragioneria volto ad accertare « la giusta imputazione della spesa al bilancio nonchè l'esistenza del fondo disponibile sul relativo capitolo » (art. 50 2° comma L. cont. di Stato).

Ora, questa destinazione, che nelle assunzioni di impegni mediante atti dell'Amministrazione non acquista una autonoma rilevanza giuridica — dato che, in tanto l'autorità di controllo procederà alla registrazione dell'assunzione dell'impegno, in quanto riscontri legittima la destinazione (con la conseguenza che il conferimento dell'efficacia all'atto di assunzione dell'impegno assorbe in sé il riscontro sulla destinazione, e quest'ultimo non figura come un atto a sé stante) —, assurge invece ad autonomia nei casi in cui il sorgere dell'impegno non discende da un atto dell'Amministrazione, bensì direttamente dalla legge (p. es., premi e contributi speciali per chi intraprenda particolari attività o compia particolari opere di interesse pubblico; indennizzi per danni di guerra; ecc.), o da una sentenza. In tali casi infatti il controllo — il quale qui non potrà, per ragion di cose, estendersi alla legittimità del-

l'assunzione dell'impegno — non potrà comunque mancare di esercitarsi sull'atto col quale l'Amministrazione destini alla soddisfazione di quel certo impegno, in tutto o in parte, la somma stanziata su un dato capitolo del bilancio (atto che non consiste in una *assunzione di impegno*, bensì in una semplice *destinazione di fondi* alla soddisfazione di un preesistente impegno). Discende infatti dalla assoluta inderogabilità — dianzi descritta (n. 3) — della legge del bilancio, che nessun impegno (e quindi neanche quelli che hanno la propria base direttamente nella legge, oppure in una sentenza) possa esser soddisfatto ove non esista in bilancio un corrispondente stanziamento <sup>(13)</sup>. E la formula, la quale prevede il controllo di ragioneria su tutti gli atti coi quali « si autorizzano spese », appunto al fine di accertare « la giusta imputazione della spesa al bilancio nonchè l'esistenza del fondo disponibile sul relativo capitolo », risponde proprio a tale esigenza, e non può non essere interpretata nel senso più lato e rigoroso, sì da comprendere negli « atti di autorizzazione », cui fa riferimento, anche quelli coi quali l'Amministrazione si limita a destinare fondi a spese inerenti a impegni che fanno carico a essa indipendentemente da un proprio atto rivolto ad assumerli <sup>(14)</sup>.

<sup>(13)</sup> *Contra* CAMMEO, *op. cit.*, I, 1121 sg., il quale ritiene che le sentenze contro la pubblica Amministrazione possono venir eseguite pure in mancanza di adeguato stanziamento di fondi in bilancio. Nello stesso senso, implicitamente, quella giurisprudenza che collega interessi corrispettivi al passaggio in giudicato delle sentenze che ordinano la restituzione delle somme riscosse dall'Erario per tributi non dovuti (nota 3).

<sup>(14)</sup> Cfr. PRESUTTI, *Il controllo preventivo della Corte dei conti sulle spese pubbl.*, Torino 1908, 181 sgg.. Il fatto che la nostra legislazione sottopone al riscontro contabile — senza troppo distinguerli terminologicamente tra di loro — sia l'atto di *assunzione dell'impegno* (art. 49 sgg. L. cont. di Stato, e partic. art. 49, 50, 4° comma, 51; art. 271-276 regol.), sia — quando abbia una propria autonomia — quello di *destinazione di un fondo* alla spesa impegnata (art. 50, 2° comma, L. cit.), spiega la discordia esistente in dottrina circa il concetto di impegno di spesa. Mentre l'opinione prevalente tende infatti a comprendere sotto tale concetto tutti gli atti e i fatti dai quali comunque nascono obblighi pecuniari per lo Stato (v. per tutti A. D. GIANINI, *Elem. di dir. fin.*, Milano 1945, 319 sg.; BENTIVENGA, *op. cit.*, 208 sgg.), altri tendono a restringere il concetto a quello di *destinazione di fondi* (INGROSSO, *op. cit.*, III, 1946, 18 sgg.). La verità — come risulta dal testo — è

Quanto si è detto importa che, mentre nei casi di assunzione di impegni per atto dell'Amministrazione il procedimento amministrativo preordinato al pagamento ha inizio in un momento successivo al controllo di ragioneria e (ove occorra) della Corte dei conti — dato che prima di tale controllo è *la stessa obbligazione* che non può dirsi ancora sorta; nei casi invece in cui l'impegno non discenda da un atto dell'Amministrazione quel procedimento ha inizio in un momento anteriore al controllo, e comprende in sé il controllo. Esso ha precisamente inizio con l'atto di destinazione, da parte dell'Amministrazione attiva competente, di certi fondi, esistenti nell'apposito capitolo del bilancio, alla soddisfazione di una data spesa già in precedenza impegnata. Qui infatti l'obbligazione dell'Erario già esiste prima della destinazione e del controllo su questa; e destinazione e controllo condizionano non *l'obbligazione*, bensì *il pagamento*.

5. — Mentre, come si è detto, la destinazione dei fondi e il riscontro di essa non sempre hanno una propria autonomia, e non sempre si inseriscono nel procedimento preordinato al *pagamento* dei debiti dell'Erario, rientrano invece sempre in tale procedimento (e mai in quello di costituzione dell'obbligazione) la liquidazione e l'ordinazione della spesa, che rappresentano gli stadi della procedura contabile immediatamente successivi al controllo sulla destinazione dei fondi.

La *liquidazione* della spesa, da parte dell'Amministrazione competente a ordinare il pagamento, consiste nell'accertamento, im-

---

che negli art. 49-53 la L. cont. di Stato si preoccupa essenzialmente dei controlli preordinati alla destinazione dei fondi dello Stato in conformità del bilancio: il controllo si esercita però autonomamente su un vero e proprio atto di destinazione di fondi soltanto in casi eccezionali, mentre normalmente viene assorbito dal controllo sull'atto di assunzione dell'impegno. Ciò importa che la controversia tra le due riferite opinioni non ha in pratica grande importanza, in quanto, da un lato, sia l'assunzione dell'impegno che la destinazione di fondi, sono concetti che hanno pieno diritto di cittadinanza nel nostro sistema, e, dall'altro, non è esatto che il controllo contabile venga a esercitarsi sempre e soltanto su una delle due manifestazioni della potestà dell'Amministrazione.

diatamente precedente all'emissione del titolo di spesa, e basato sulla necessaria documentazione, della esistenza e della maturazione dell'altrui diritto di credito e del suo ammontare (art. 55, 3° comma, L. cont. di Stato, e art. 277 regol.). Essa non sempre coincide con la liquidazione cui fanno riferimento gli artt. 1243 e 1282 cod. civ., la quale assai spesso le preesiste e opera — anche per le somme dovute dallo Stato — in modo del tutto autonomo, e per sé solo, nel suo ambito, efficace (14<sup>bis</sup>). Mentre, a es., il credito relativo a un danno, che venga liquidato spontaneamente dall'Amministrazione, diventa per la prima volta liquido al momento dell'atto di liquidazione da parte dell'autorità competente a ordinare la spesa, il credito relativo a un danno, per la cui liquidazione l'interessato sia stato costretto a rivolgersi al magistrato, è liquido fin dal momento del passaggio in giudicato della sentenza, non ostante che a tale momento l'atto di liquidazione contabile non sia ancora intervenuto.

Sulla base della liquidazione da essa operata, la stessa Amministrazione procede all'*ordinazione* della spesa, vale a dire alla emissione del titolo di spesa, sotto forma di assegno, di ruolo nominativo, di ordinativo su una tesoreria, ovvero sotto forma di apertura di credito a favore di funzionari delegati (i quali provvedono a loro volta ai pagamenti o mediante assegni, o mediante prelevamento dai fondi dell'accreditamento loro concesso e soddisfazione in danaro dei creditori) (art. 54-64 L. cont. di Stato: art. 278-416 regol.).

Il titolo di spesa è anch'esso soggetto al riscontro di ragioneria, nonchè a quello della Corte dei conti — che ne condizionano l'efficacia — (art. 55, 57, 62, 63 L. cont. di Stato; art. 25 t. u. Corte dei conti); e in occasione di tale riscontro (salvo che per le aperture di credito) si provvede anche alla verifica dell'atto di liquidazione (art. 55, 62, 63 cit.).

---

(14<sup>bis</sup>) *Contra* INGROSSO, *op. cit.*, III, 61 sg.. Conforme, implicitamente, PRESUTTI, *op. cit.*, 188.

6. — Qual è la posizione del creditore, una volta che, esistendo lo stanziamento in bilancio, non abbia ancora avuto corso o compimento il procedimento amministrativo preordinato alla emissione del titolo di spesa e alla efficacia di esso? Può dirsi che il diritto al pagamento, che, come si è visto, prima della approvazione dello stanziamento era in stato di pendenza, sia divenuto pienamente operante una volta intervenuto quest'ultimo? o lo stato di pendenza di esso continua a durare per tutto il periodo di svolgimento della procedura preordinata alla emissione di un efficace titolo di spesa?

La soluzione del quesito nel primo senso <sup>(15)</sup> presuppone l'attribuzione alla procedura in questione di una operatività meramente interna all'Amministrazione, non destinata quindi a incidere nei rapporti di questa coi suoi creditori. Tale soluzione non sembra però rispondente alla funzione che l'ordinamento ha inteso attribuire alle norme che regolano la procedura stessa. Una volta riconosciuta la piena efficacia esterna della legge del bilancio (n. 3), la medesima efficacia non può infatti non venir riconosciuta alla procedura in questione, la quale è volta ad assicurare la piena rispondenza della disposizione, da parte dell'Amministrazione, del pubblico danaro alla destinazione a questo riservato dalla legge del bilancio. Sembra quindi impossibile negare che anche i singoli atti del procedimento amministrativo preordinato al pagamento (destinazione dei fondi, liquidazione, ordinazione, e relativi controlli) condizionino la operatività del diritto del creditore al pagamento, e che il mancato esaurimento della loro serie tenga tale diritto in stato di *pendenza*.

Da tale stato il diritto al pagamento esce invece con la emissione del titolo di spesa (o — quando l'Amministrazione operi a mezzo di aperture di credito — con la emissione dell'assegno, o col pagamento in danaro da parte del funzionario delegato). Una volta posto in essere il titolo di spesa, il diritto al pagamento diventa pienamente e incondizionatamente operante. Al titolare di esso non può più esser negata la soddisfazione del credito; ed egli

(15) Implicitamente in tal senso PRESUTTI, *op. cit.*, 183.

può chiedere agli agenti pagatori l'immediata osservanza del suo diritto. Anzi nei casi in cui l'Amministrazione si avvalga, come titolo di spesa, del sistema degli assegni tratti sull'istituto incaricato del servizio di tesoreria, con la emissione del titolo, l'obbligazione dello Stato non soltanto diventa matura per la soddisfazione, ma viene automaticamente a esser soddisfatta con la semplice accettazione dell'assegno da parte del creditore (art. 55, 4° comma L. cont. di Stato). Con l'accettazione dell'assegno (il quale è un vero e proprio titolo di credito: art. 67, 1° comma L. cit.) si produce infatti, attraverso una novazione legale, la soddisfazione del creditore da parte dello Stato, e il sottrarre a questo — come puro e semplice obbligato cambiario — dell'istituto sul quale l'assegno è tratto <sup>(16)</sup>.

7. — Riassumendo — prima di passare a trarne le naturali conseguenze — quanto si è fin qui venuti chiarendo, si possono enunciare le seguenti proposizioni:

a) il *diritto di credito pecuniario* verso l'Erario, non diversamente dall'analogo diritto verso qualsiasi altro debitore, può esser considerato perfetto dal momento in cui il credito diventa liquido ed esigibile ai sensi del diritto comune, e cioè delle leggi civili;

b) il *diritto al pagamento* di tale credito rimane però in stato di *pendenza* fin quando, a seguito degli altri adempimenti previsti dalla legislazione sulla contabilità di Stato, non sia stato emesso il titolo di spesa;

c) l'osservanza delle regole di procedura disposte dalla legislazione sulla contabilità di Stato per le spese dell'Erario è condizione della legittimità del pagamento.

8. — Vediamo ora quali siano le conseguenze che da tali principi discendono.

Consideriamo innanzi tutto la possibilità delle azioni volte a ottenere la condanna dell'Erario a un pagamento.

Da quanto si è esposto circa lo stato di pendenza in cui il diritto al pagamento erariale rimane fino alla ordinazione della

---

(16) INGROSSO, *op. cit.*, III, 56 sg.

spesa — la quale presuppone la complessa procedura contabile che si è descritta — discende la impossibilità di una condanna a un pagamento immediato (17). L'ordinazione della spesa è un atto riservato all'Amministrazione, e, come si è visto, non può aver luogo se non a conclusione della prescritta rigorosa procedura volta alla garanzia di esigenze inderogabili di ordine costituzionale: rappresenterebbe quindi uno straripamento di potere la sostituzione del Giudice all'Amministrazione nell'emissione di un atto di tal genere.

Da quanto si è esposto circa la piena operatività dei crediti verso lo Stato una volta che essi siano divenuti liquidi ed esigibili — non ostante la non operatività del diritto a pretenderne il pagamento fin quando non sia stata esaurita la procedura contabile preordinata alla emissione del titolo di spesa — discende tuttavia la piena possibilità di una condanna « in futuro » dell'Erario. Condanna che, come è noto, viene ammessa tutte le volte che vi sia necessità di prevenire il danno che deriverebbe dalla mancanza di un titolo esecutivo al momento in cui la prestazione sarà dovuta (18).

Data l'essenza della condanna « in futuro » è evidente però la scarsa utilità che essa può avere pel creditore dello Stato. Ove l'Amministrazione contesti addirittura l'esistenza o l'entità del credito, l'azione volta alla condanna « in futuro » potrà valere — non meglio però di quanto lo potrebbe una azione di mero accertamento — a suscitare un irrefutabile titolo di impegno della spesa. Ma per ciò che riguarda la produzione del titolo esecutivo — che è l'obiettivo tipico ed essenziale dell'azione di condanna — l'utilità di una azione di tal fatta nei confronti dell'Erario è quasi inconsistente. Una condanna « in futuro », insuscettibile di essere attuata se non a seguito della emissione da parte dell'Amministrazione del titolo di spesa, servirà infatti ben poco al creditore: egli non potrà servirsene che in un momento nel quale (essendo ormai stato

(17) In tal senso INGROSSO, *op. cit.*, III, 60 sgg.; *contra* CAMMEO, *op. cit.*, 1122 sg.

(18) CHIOVENDA, *Ist. di dir. proc. civ.*, I, 2<sup>a</sup> ed., 4<sup>a</sup> rist., Napoli 1950, 170; CALVOSA, *La sentenza condizionale*, Roma 1947, 89 sgg.

emesso il titolo di spesa) è difficile che l'Amministrazione gli neghi il pagamento.

9. — Una volta escluso che il creditore dello Stato possa, prima della emissione del titolo di spesa, chiedere la condanna dell'Amministrazione all'immediato pagamento della somma di sua spettanza — in quanto tale condanna importerebbe una sostituzione del Giudice all'Amministrazione nella emissione del titolo di spesa — ci si può però chiedere se colui che vanta verso l'Erario un credito liquido ed esigibile, pel quale — a causa del ritardo o addirittura della omissione della procedura contabile — non veda emettere il titolo di spesa, possa agire contro l'Amministrazione per sentirla dichiarar tenuta al risarcimento del danno.

La soluzione positiva di tale quesito <sup>(19)</sup> presupporrebbe una risposta affermativa al quesito pregiudiziale se il creditore dell'Erario abbia un diritto soggettivo al sollecito corso della procedura contabile preordinata alla emissione del titolo di spesa. Quel quesito pregiudiziale non può invece avere se non risposta negativa.

Per quanto riguarda il ritardo di stanziamento in bilancio della somma necessaria, anche a prescindere dall'ostacolo rappresentato dalla circostanza che l'atto di approvazione del bilancio ha forza di legge (ostacolo che forse potrebbe essere aggirato osservando che per Costituzione la legge del bilancio ha carattere esecutivo e non innovativo rispetto alle leggi che sono a base delle obbligazioni dello Stato), vi è l'altro insormontabile ostacolo rappresentato dalla impossibilità istituzionale che un atto posto in essere nell'esercizio del potere politico — quale è l'atto di approvazione del bilancio — leda dei diritti soggettivi. E' noto infatti che di fronte al potere politico non vi sono diritti soggettivi <sup>(20)</sup>.

Ma non diversa deve essere la soluzione per ciò che riguarda il ritardo nel compimento degli atti della procedura contabile di competenza dell'Amministrazione. Le norme che disciplinano tale

---

<sup>(19)</sup> In tal senso, p. es., VITAGLIANO, *op. cit.*, 435; Trib. Roma, 3 novembre 1951, *cit.*.

<sup>(20)</sup> Cfr. SANDULLI, *Man.*, *cit.*, 444.

procedura sono predisposte dall'ordinamento a garanzia del perfetto regime della pubblica economia; e i poteri che esse conferiscono agli organi amministrativi importano valutazioni di tempo e di modo, le quali devono essere ispirate al più accorto contemperamento delle pretese creditorie dei terzi, della più assoluta serietà del riscontro, e della graduazione nel tempo delle esigenze pubbliche da soddisfare a spese dell'Erario. E' fuori dubbio quindi che in ordine all'uso di tali poteri i creditori dello Stato non possono vantare, per ciò che attiene al momento dei singoli atti, un diritto soggettivo.

Gli interessi di tali soggetti all'osservanza delle norme sul buon uso dei poteri in questione, essendo degli interessi qualificati, ed essendo anzi specificamente tenuti presenti dalle norme attinenti ai poteri stessi, non possono tuttavia non esser riconosciuti come veri e propri interessi legittimi. Con la conseguenza che i soggetti medesimi, se non possono far valere innanzi ai tribunali ordinari un diritto al sollecito svolgimento della procedura contabile, potranno almeno agire innanzi al giudice amministrativo al fine di ottenere una pronuncia di illegittimità del comportamento omissivo dell'Amministrazione <sup>(21)</sup>, ed eventualmente potranno in un secondo momento chiedere al medesimo giudice — ai sensi dell'art. 27 n. 4 t. u. sul Consiglio di Stato — la emissione dell'ordine di pagamento in sostituzione dell'Amministrazione, ove questa, dopo la pronuncia giurisdizionale di illegittimità, persistesse nel comportamento negativo.

Dato che l'illegittimità dell'azione amministrativa viene qui a riflettersi su un diritto soggettivo — il diritto alla soddisfazione del credito (il quale si trova in stato di soggezione — e cioè di affievolimento — rispetto al potere pubblico di scegliere il tempo dell'adempimento) — i creditori potranno poi, una volta ottenuta

---

(21) Cfr. INGROSSO, *op. cit.*, III, 63 sg.; Cass. 5 giugno 1952, *cit.* - Trattandosi di un procedimento amministrativo, in cui gli altri atti (destinazione dei fondi e relativi controlli; liquidazione) rappresentano puri e semplici elementi preparatori (cfr. A. D. GIANNINI, *op. cit.*, 320; BENTIVENGA, *op. cit.*, 209), l'atto da impugnare sarà il silenzio-rifiuto sulla istanza dell'interessato di emettere il titolo di spesa.

dal giudice amministrativo la pronuncia di illegittimità, rivolgersi anche ai tribunali ordinari per ottenere il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno <sup>(22)</sup>.

10. — Passando ora a considerare la possibilità di un'azione esecutiva nei confronti dell'Erario inadempiente all'obbligazione di pagamento di una somma di danaro, è facile dedurre, da quanto si è detto in relazione alle limitazioni dell'azione di condanna contro l'Erario, l'impossibilità di procedere *in executivis* prima della emissione del titolo di spesa <sup>(23)</sup>. L'azione esecutiva presuppone un titolo esecutivo operante: e questo, nel caso della condanna « in futuro » — quale soltanto può essere una condanna dell'Amministrazione prima della emissione del titolo di spesa (n. 8) — non sussiste se non a decorrere dal momento della ordinazione del pagamento.

11. — Resta infine da esaminare se e quando lo Stato sia tenuto a pagare interessi nel caso di pagamento oltre la data di maturazione del debito.

Da quanto si è detto circa la rilevanza esterna delle rigorose norme preordinate alla complessa procedura relativa alla effettuazione delle pubbliche spese, discende che, almeno fin quando il ritardo di tale procedura non sia stato dichiarato illegittimo da parte del giudice amministrativo (n. 9), il tardivo pagamento dovuto al mancato compimento di essa non potrà esser considerato colpevole. Ciò importa che lo Stato non può per tale ritardo esser tenuto ad alcun ristoro di danni, e non è quindi tenuto al pagamento degli interessi moratori previsti dall'art. 1224 cod. civ. <sup>(24)</sup>.

<sup>(22)</sup> Cfr. SANDULLI, *Man.*, cit., 408.

<sup>(23)</sup> *Contra* CAMMEO, *op. cit.*, I, 1120 sgg.; ICHINO, *Se il Fisco sia tenuto a pagare immediatamente le spese processuali alle quali sia stato condannato con sentenza esecutiva*, in *Giur. ital.* 1949, I, 2, 600.

<sup>(24)</sup> Cfr. la giurisprudenza richiamata *sub* nota 4, nonchè GARGIULO, *loc. cit.* *Contra* DE MARTINI, *Interessi moratori e corrispettivi*, ecc., in *Giur. Cass. civ.*, 1944, 382; nonchè Nota redaz. in *Riv. amm.* 1949, 26.

12. — Altrimenti si pone il problema per quanto riguarda gli interessi corrispettivi — e cioè quelli che l'art. 1282 cod. civ. collega *ipso jure* (vale a dire *automaticamente*) ai crediti liquidi ed esigibili, per il solo fatto del ricorrere in essi tali attributi <sup>(25)</sup>.

Come si è spiegato, la procedura contabile non incide sulla maturazione del debito dello Stato — il quale ben può essere liquido ed esigibile, ai sensi del codice civile, ancor prima della liquidazione contabile prevista dall'art. 55 L. cont. di Stato e dall'art. 277 regol. (n. 5).

Così stando le cose, sembra evidente che non possa esser negato il diritto dei creditori dello Stato agli interessi corrispettivi, anche se al momento della maturazione del credito la procedura contabile non era compiuta, o addirittura non era ancora iniziata. E' vero che le norme da osservare nella procedura contabile hanno valore anche nei confronti dei terzi; tuttavia il loro valore nei rapporti esterni non riflette la maturazione del credito — la quale è disciplinata dalle regole del codice civile —, ma soltanto il momento di esercitabilità della pretesa di pagamento (n. 6). Alla stessa maniera quindi che non può essere esonerato dal pagamento degli interessi corrispettivi chi abbia senza sua colpa ritardato il pagamento, poniamo, a causa della ritardata concessione da parte del giudice tutelare della autorizzazione alla riscossione dei capitali necessari a effettuarlo (art. 374 n. 2 cod. civ.), non può esserne esentata l'Amministrazione la quale non abbia adempiuto il debito alla scadenza a causa del mancato — per quanto non illegittimo — compimento della procedura contabile. Gli interessi corrispettivi non hanno infatti la loro ragion d'essere nella mora del debitore: la loro funzione — sulla base della comune esperienza della produttività del danaro — è semplicemente quella di attuare il principio di giustizia che esige l'esclusione dell'indebito arricchimento di chi non abbia adempiuto, continuando così a restare in grado di disporre del danaro altrui. E' appunto perciò che essi decorrono *ipso jure*.

Nè può valere argomentare contro l'ammissibilità di un obbligo

---

(25) Cfr. GUICCIARDI, *Osservazione*, in *Giur. ital.* 1946, I, 1, 74.

dell'Erario agli interessi corrispettivi la circostanza che lo Stato istituzionalmente non impiega il danaro in operazioni proficue, sopra tutto perchè non può disporre dei suoi fondi se non in conformità del bilancio <sup>(26)</sup>. E' stato giustamente replicato al riguardo che, pur senza storno di capitoli, a una grande azienda, quale l'Amministrazione statale, la disponibilità di somme trattenute non può non riuscire di vantaggio, sia pure nei soli movimenti interni di cassa <sup>(27)</sup>. Potrebbe ancora aggiungersi che il mancato adempimento da parte dello Stato, mentre consente a questo di non far ricorso al credito (con ciò sottraendolo all'onere di interessi 'di mutuo), espone il creditore a procurarsi altrove quel danaro che aveva il diritto di attendersi dalla soddisfazione del proprio credito (con ciò costringendolo ad assumersi i relativi oneri): il che viene a realizzare proprio quelle condizioni obbiettive di indebito arricchimento del debitore, cui il legislatore si è proposto di ovviare con l'art. 1282 cod. civ.. Ma tutte queste sono considerazioni di secondaria importanza. Ciò che è essenziale è invece che la norma dell'art. 1282 non ammette deroghe se non espresse, e che, in presenza di una regola inequivoca come quella enunciata in tale articolo, non è consentito all'interprete risalire ai motivi che mossero il legislatore a formularla, per ricavarne in modo tortuoso eccezioni assolutamente incompatibili col contenuto della disposizione <sup>(28)</sup>.

Ancor meno convincenti sono poi gli argomenti che la giurisprudenza suole addurre per affermare la decorrenza dell'obbligo statale al pagamento degli interessi sulle somme indebitamente percepite a titolo di tributo soltanto dal momento del passaggio in giudicato della sentenza che ordina il rimborso <sup>(29)</sup>. Tale giurispru-

<sup>(26)</sup> Tale argomento viene utilizzato dalla sentenza della Cass. 5 giugno 1952, n. 1601, cit.. V. anche GRECO, *Decorrenza degli interessi sulle somme per imposte e tasse indebitamente percepite*, in *Riv. tributaria*, 1947, 166.

<sup>(27)</sup> Cass. 31 luglio 1944, n. 457 cit..

<sup>(28)</sup> Cfr. DE MARTINI, *loc. cit.*. La giurisprudenza ha sempre ritenuto che fosse irrilevante, in ordine all'obbligo del debitore di pagare gli interessi corrispettivi, la circostanza che egli avesse o non, in effetti, impiegato le somme dovute (Cass., 15 dicembre 1939, n. 3324, in *Giur. ital.*, Rep. 1939, v. Interessi, 1).

<sup>(29)</sup> V. indicazioni *sub* nota 3.

denza è certo meno rigorosa di quella che in ogni altro caso di debiti dell'Erario esclude qualsiasi obbligo di interessi prima della emissione del titolo di spesa; e non è quindi coerente con essa. Comunque gli argomenti di cui si avvale non sono affatto felici. Essa fa leva, da un lato, sul principio della presunzione di legittimità degli atti amministrativi, e, dall'altro, sull'art. 120 R. D. 11 luglio 1907, n. 560. Ora, il primo argomento — sviluppando il quale si afferma che soltanto col passaggio in giudicato della sentenza che ordina la restituzione delle somme indebitamente percepite verrebbe meno la presunzione di legittimità dell'atto di accertamento del tributo — è infondato, innanzi tutto perchè la sentenza del giudice ordinario non è in grado di far venir meno quella presunzione, e poi perchè, pur ammesso che essa fosse in grado di tanto, una volta intervenuta la sentenza la presunzione verrebbe meno *ex tunc*. Il secondo argomento a sua volta è inesatto, perchè il citato art. 120 (il quale riguarda la sola imposta di ricchezza mobile) — e altrettanto è a dire per l'art. 35 L. 8 giugno 1936, n. 1231 — dispone che, qualora i ricorsi siano risolti in senso favorevole ai contribuenti, l'Amministrazione non può procedere al rimborso delle somme indebitamente percepite, prima che la sentenza sia passata in giudicato; ma con ciò non dispone affatto una esenzione dell'Amministrazione dall'obbligo di pagare gli interessi corrispettivi <sup>(30)</sup>.

---

<sup>(30)</sup> Cfr. GUICCIARDI, *loc. cit.*.

## Osservazioni in tema di rifiuto di pareri sugli onorari da parte di ordini professionali\*

Publicato in

*Giustizia Civile*

Milano, 1959, II, pp. 256-259

\* *Nota* a Consiglio di Stato, Sez. IV, 24 giugno 1959 n. 705, *ibid.*, p. 255;  
le massime sono riportate alla pagina seguente

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE IV: 24 GIUGNO 1959 N. 705; PRES. BOZZI C., EST. FIGA; CIANCARINI (AVV. ANGELONI) C. ORDINE AVVOCATI E PROCURATORI DI ROMA (AVV. SORRENTINO), PROCURATORE GENERALE APPELLO E PROCURATORE REPUBBLICA ROMA.

*Rientra nella giurisdizione del Consiglio di Stato la controversia relativa alla legittimità degli atti emanati dai Consigli degli Ordini professionali e in particolare da quelli degli Ordini degli Avvocati e dei Procuratori.*

*È ammissibile il ricorso avverso l'atto, con il quale il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori rifiuta di dare il parere previsto dall'art. 636 c.p.c. sulla liquidazione degli onorari di avvocato, in quanto quell'atto preclude la possibilità di ottenere l'ingiunzione di pagamento ed è così immediatamente lesivo di un interesse legittimo.*

*È illegittimo il rifiuto da parte del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di dare il parere sulla liquidazione degli onorari a persona che, essendo ammessa al gratuito patrocinio, non abbia pagato la tassa speciale stabilita dall'Ordine, per la emanazione del detto parere.*

In base all'art. 636 c.p.c. la domanda di decreto ingiuntivo per il pagamento di onorari dovuti ai professionisti deve essere accompagnata — a meno che si tratti di onorari determinati in base a tariffe obbligatorie — dal parere del competente consiglio dell'ordine professionale, al quale, nell'emanare il decreto, il giudice è tenuto a uniformarsi (nei limiti della somma domandata). Un consiglio dell'ordine forense, richiesto del parere da persone ammesse a promuovere col beneficio del gratuito beneficio un procedimento ingiuntivo, lo rifiutò, non avendo i richiedenti previamente pagato la tassa prescritta per il rilascio dei pareri. I richiedenti impugnarono tale rifiuto innanzi al Consiglio di Stato, il quale, con la decisione che si annota, accolse il ricorso dichiarando illegittimo il rifiuto.

\*\*\*

Prima e più che sul merito, l'interesse del giudizio si concentrò su tre questioni di rito sollevate dall'ordine professionale resistente, le quali furono tutte esattamente risolte.

Con la prima si eccepiva che i pareri degli ordini professionali, rappresentando manifestazioni dell'autonomia istituzionale degli ordini stessi, non rientrerebbero nella categoria degli atti amministrativi impugnabili ai sensi dell'art. 26 t.u. Cons. di Stato.

La fragilità dell'affermazione era fin troppo evidente. È pacifico in giurisprudenza e in dottrina che gli ordini professionali, soggetti autonomi istituzionalmente preposti all'esercizio di funzioni pubbliche (tenuta dagli albi professionali e relative certificazioni, esercizio dei poteri disciplinari nei confronti degli iscritti, pareri sugli onorari, ecc.), sono enti pubblici (vedi in giurisprudenza Cass. 5 ottobre 1955 n. 2832, *Giust. civ. Rep.* 1955, v. *Professionisti* 30, 31, e, da ultimo, 22 ottobre 1958 n. 3393, in questa *Rivista* 1959, I, 57; Cons. Stato, Ad. gen., 17 novembre 1949 n. 452, cit. in *Relaz. del Presidente del Consiglio di Stato sul quadriennio 1947-50*, Roma 1952, I, 102; c. in dottrina, LEGA, *La libera professione*, Milano 1950, 121 ss.; GASPARRI, *Natura giur. e attribuzioni degli ordini dei medici*, *Foro amm.* 1955, IV, 18, oltre i manuali di diritto amministrativo: ZANOBINI, SANDULLI, ecc.). Di tale unanime convinzione è impossibile negare l'esattezza. Non può esser dubbio dunque che gli atti che i consigli degli ordini pongono in essere nell'esercizio delle proprie funzioni pubblicistiche — atti indubbiamente destinati ad operare nell'ordinamento generale — sono atti amministrativi. È perciò chiaro che essi non si sottraggono alla disciplina generale circa il sindacato giurisdizionale degli atti amministrativi dettata dall'art. 113 Cost., dall'art. 2 l. abolitiva del contenzioso amministrativo e dall'art. 26 t.u. Consiglio di Stato. Nessuna disposizione costituzionale esonera gli atti in cui si manifesta l'autonomia degli ordini professionali dalla disciplina comune alla generalità degli atti amministrativi. E, dato il carattere universale dell'art. 113, comma 1 Cost., una siffatta esenzione non potrebbe esser disposta se non a mezzo di un'altra norma costituzionale.

\*\*\*

Un'altra questione sollevata per contestare l'ammissibilità del ricorso poggiava sulla considerazione della mancanza di interesse a impugnare un parere. Il Consiglio di Stato ha respinto l'eccezione osservando che il rifiuto opposto dall'ordine professionale era immediatamente lesivo di interessi dei ricorrenti, in quanto si trattava del rifiuto di un parere indispensabile per l'emanazione del decreto ingiuntivo che i ricorrenti si proponevano di ottenere.

Se una simile argomentazione era sufficiente ai fini del decidere, è peraltro da osservare che l'interesse all'impugnativa del rifiuto da parte di un ordine professionale di esprimere il parere sugli onorari del quale sia stato richiesto ha più solide basi.

Contrariamente a quanto la decisione annotata mostra di ritenere (allorchè dice che il rifiuto del parere « ha interrotto il procedimento impedendo in pratica l'emanazione della ingiunzione ») il parere in esame non ha natura di atto preparatorio del decreto ingiuntivo. Atti preparatori sono quelli posti in essere in stretta e immediata funzione della emanazione di altri atti; e in generale i pareri rientrano in tale categoria (vedi SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, ristampa, Milano 1959, 52 ss. e 160 ss.). Ma l'atto del quale qui ci occupiamo non possiede tale carattere.

Non diversamente dai pareri preparatori, anche quello in questione è un atto di valutazione, consistendo nella enunciazione di un giudizio valutativo (su tale categoria di atti amministrativi, vedi SANDULLI, *Manuale di dir. amm.*, V ed., Napoli 1959, 285). Peraltro si tratta di un atto dotato di autonomia funzionale: la valutazione in esso enunciata è fine a sè stessa, potendo esser richiesta ed enunciata indipendentemente da ogni relazione di strumentalità rispetto ad altre finalità: anche se normalmente viene richiesta in vista della risoluzione — bonaria o contenziosa — di contese circa la misura degli onorari spettanti al professionista, la valutazione in esame è funzionalmente autonoma, esaurendo in sè medesima il proprio compito. Lungi dal collocarsi come elemento preparatorio di una procedura unitaria preordinata alla liquidazione del giusto onorario e culminante in atti successivi, l'atto che la denuncia vive di vita propria e indipendente, ed esaurisce la propria funzione nel rendere un servizio pubblico a chi, avendovi interesse (quale che possa esser tale interesse — del quale egli soltanto è arbitro), ne abbia fatto istanza. Non diversamente, ad es., da un certificato di buona condotta.

Le cose non cambiano per il parere domandato al fine di ottenere il decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 636 c.p.c. Non diversamente da un certificato di buona condotta richiesto ed esibito in vista della partecipazione a un pubblico concorso (rispetto all'ammissione al quale l'esibizione di quel certificato rappresenta anch'essa una *condicio sine qua non*: art. 2 t.u. 10 gennaio 1957 n. 3), il parere dell'ordine professionale richiesto ed esibito per ottenere l'emanazione di un decreto ingiuntivo non può considerarsi emesso in vista e in funzione di quest'ultimo, stante l'assoluta indipendenza della emissione di esso da parte dell'ordine professionale rispetto al procedimento giurisdizionale in questione (l'inizio e la conclusione del quale non condizionano minimamente l'emissione stessa) e la possibilità della utilizzazione del parere, una volta concesso, per qualsiasi altra finalità, senza alcun vincolo a utilizzarlo (o ad utilizzarlo anche) per un procedimento ingiuntivo. In relazione al procedimento ingiuntivo il parere dell'ordine professionale si pone dunque come un presupposto indispensabile per una pronuncia di accoglimento, venendo a integrare il titolo del credito e il documento che lo rappresenta si pone come un documento indispensabile a tal fine; ma non si atteggia affatto come atto preparatorio. E ciò a parte ogni possibile riserva circa l'ammissibilità di una categoria di atti di potere pubblico preparatori di altri atti di potere pubblico di ordine diverso (atti amministrativi preparatori di atti legislativi o giurisdizionali, ecc.).

I pareri sugli onorari emessi dagli ordini professionali sono dunque atti amministrativi funzionalmente autonomi, posti in essere nell'esercizio di una funzione di valutazione tecnica ed emanati dietro richiesta degli interessati al fine di rendere un servizio a questi (servizio, peraltro, *necessario*, dato che l'utilità da esso recata non può esser conseguita se non col mezzo del parere in questione). Non possono perciò sussistere dubbi circa la loro impugnabilità *ex se*, e in quanto vi si abbia interesse, e circa l'impugnabilità *ex se* del rifiuto di essi.

\*\*\*

La ragione della elevazione a funzione pubblica del rilascio dei pareri sugli onorari — elevazione realizzata nel momento stesso dell'affidamento di essa a un ente pubblico istituzionalmente preposto alla tutela degli interessi della classe professionale configurati dall'ordinamento come interessi pubblici — è da ricercare nel fatto che risponde a un'esigenza di tutta la collettività, oltre che della classe professionale, che la valutazione dei gusti onorari venga riservata a un ente pubblico qualificato.

Non occorre però — come ha ritenuto la decisione annotata — risalire alle ragioni della elevazione di una attività a funzione pubblica per dimostrare che — come la decisione stessa, disattendendo la terza eccezione dell'ordine forense in causa, ha esattamente ritenuto — la pretesa all'esercizio di tale attività da parte degli uffici competenti non assurga — anche se l'esercizio stesso sia *dovuto* quando vi sia stata una richiesta degli interessati — alla dignità di diritto soggettivo. A tal fine basta invece rifarsi al principio generale per cui, essendo le funzioni pubbliche istituite dall'ordinamento sempre e soltanto in considerazione dell'interesse della collettività, anche se di esse possano beneficiare i particolari, e talvolta talune individuate categorie di particolari, nessuno può mai vantare un diritto soggettivo all'esercizio delle funzioni stesse (vedi, in generale, SANDULLI, *Note sulla nat. dei diritti civili*, *Foro it.* 1952, I, 1345 s.; *Manuale*, cit., 72; nonché, con riferimento alla funzione giurisdizionale, MICHELI, *Giurisdizione e azione*, *Scritti giur. in mem. di P. Calamandrei*, III, Padova 1958, 487 s.; A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amm.*, Milano 1958, 83 s.). In ordine a tale esercizio potranno tutt'al più vantare un interesse legittimo quelle individuate categorie di particolari, che l'ordinamento, nell'istituire la singola funzione pubblica, risulti abbia tenuto specificamente presenti (cfr. SAN-

DULLI, *Manuale*, cit., 72, con riferimento ai criteri di discriminazione tra interessi semplici e interessi legittimi enunciati a p. 55 ss.; vedi anche A. ROMANO, *op. cit.*, 107 ss., con riferimento alla funzione giurisdizionale).

E questa l'unica ragione per cui è fuori discussione che i richiedenti di un parere dell'ordine professionale in materia di onorari non vantano un diritto soggettivo ma soltanto un interesse legittimo all'ottenimento del parere richiesto. E soltanto tale interesse viene ovviamente leso, e non anche un diritto, quando per avventura l'ordine professionale, nel rifiutare di emettere un parere, giustifichi il diniego adducendo la violazione, da parte del richiedente, di un insussistente diritto dell'ordine stesso a una tassa di rilascio del parere.

Quando perciò in un caso di tal fatta il richiedente, senza contestare il potere dell'ordine professionale in materia, agisca in giudizio per far dichiarare l'illegittimità del rifiuto, venendo in questione l'accertamento della legittimità di un atto lesivo di interessi legittimi, non v'ha dubbio che la competenza a giudicarne sia del Consiglio di Stato e non del Tribunale civile. Infatti la competenza del Consiglio di Stato va determinata sulla base dell'oggetto sottoposto dal ricorrente al giudizio del magistrato, e sussiste sempre che, e soltanto se, tale oggetto attenga all'accertamento della legittimità di un atto amministrativo lesivo di interessi legittimi, e il ricorrente stesso non assuma che le proprie posizioni giuridiche lese dall'Amministrazione siano posizioni di diritto soggettivo (cfr. SANDULLI, *Giurisprudenza civ. e amm. in caso di rifiuto e limitazioni di autorizzazioni a costruire*, in questa *Rivista* 1959, I, 455 ss.; *Latte comune, latte speciale, provvedimenti amm. a tutela delle centrali del latte e competenza giurisdizionale*, *ivi*, 1440 e nota *l'ivi*, dove si illustra entro quali limiti sia valida la teoria della prospettazione ed entro quali la teoria oggettiva).

\* \* \*

Anche in ordine alla pronuncia sul merito, la decisione annotata appare esatta.

Se è vero infatti che — come si è visto — i pareri degli ordini professionali sugli onorari sono atti amministrativi dotati di autonomia funzionale, e non sono istituzionalmente collegati coi procedimenti giurisdizionali che si svolgono in vista della liquidazione degli onorari — onde non rientrano nella categoria cui si riferisce l'art. 12 della legge sul gratuito patrocinio (r.d. 30 dicembre 1923 n. 3282) —, nondimeno l'art. 11 n. 3 della stessa legge importa che tutte le volte che vengano richiesti per essere esibiti in giudizio — e non soltanto nei procedimenti ingiuntivi — essi devono esser rilasciati « senza percezione di diritti od altra spesa, dovendo, in simili casi, esser considerati come atti amministrativi « necessari per l'oggetto che diede luogo all'ammissione » al gratuito patrocinio.

Del resto, persino se non li si volessero considerare come atti amministrativi, le cose non muterebbero, dato che l'art. 11 n. 3 cit. dispone anche la gratuità (salvo eventuale recupero) di tutte le prestazioni di « ufficiali pubblici » richiesti della loro opera in relazione a giudizi per i quali sia stato concesso il beneficio del gratuito patrocinio.



## Brevi osservazioni in tema di pretese private all'esercizio delle funzioni pubbliche\*

Pubblicato in

*Giustizia Civile*

Milano, 1960, I, pp. 2091-2093

\* Nota a Cass., Sez. Un., 25 ottobre 1960 n. 2894, *ibid.*, p. 2091;  
le massime sono riportate alla pagina seguente

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE: 25 OTTOBRE 1960 N. 2894; PRES. OG-  
GIONI P.P., EST. FLORE, P.M. COLLI (CONCL. DIFF.); CONS. DELL'ORDINE AVVO-  
CATI E PROCURATORI DI ROMA (AVV. SORRENTINO) C. CIANCARINI (AVV.  
ANGELONI), PROCURATORE GEN. APP. E PROCURATORE REPUBBLICA ROMA.

*Il parere del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori sulla  
liquidazione degli onorari è emesso nell'esercizio di un'attività amministra-  
tiva e nell'interesse pubblico ed è perciò un atto amministrativo.*

*Rientra nella giurisdizione del Consiglio di Stato la controversia con-  
cernente la illegittimità del rifiuto del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati  
e Procuratori di dare il parere nella liquidazione degli onorari a persona che,  
essendo ammessa al gratuito patrocinio, non abbia pagato la tassa speciale  
stabilita dall'Ordine per l'emanazione del detto parere.*

Con questa sentenza la Corte di Cassazione rigetta il ricorso proposto avverso la decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, 24 giugno 1959 n. 705, pubblicata in questa *Rivista* 1959, II, 255, e da me commentata in senso sostanzialmente favorevole, *ivi* (*Osservazioni in tema di rifiuto di pareri sugli onorari da parte di ordini professionali*).

Non avrei altro da aggiungere alle osservazioni di favore e di perplessità in quella sede esposte circa i presupposti logici della decisione, se la sentenza della Cassazione non offrisse lo spunto a qualche ulteriore considerazione.

In contrasto con la tesi enunciata nella annotazione sopra menzionata (nella quale v. altre indicazioni di dottrina) essa contesta « che il singolo, rispetto all'esercizio della funzione pubblica, abbia sempre e soltanto un interesse legittimo » (per la verità quella tesi affermava semplicemente che i beneficiari dell'esercizio di una funzione pubblica non possono vantare, in ordine a tale esercizio, se non, al massimo, un interesse legittimo), e sostiene che esisterebbero casi in cui i particolari potrebbero vantare veri e propri diritti soggettivi a che i pubblici poteri esercitino le funzioni pubbliche a essi commesse. Aggiunge la sentenza che « vi sono, infatti, funzioni certificatrici rispetto al contenuto degli atti pubblici, assolutamente vincolate anche rispetto al singolo, che danno luogo a diritti soggettivi perfetti, che l'ordinamento tutela al punto da apprestare rimedi tali da consentire perfino l'adempimento in forma specifica: ciò ha luogo, ad esempio, per il rilascio di copie, estratti, certificati di atti pubblici custoditi presso depositari pubblici (art. 743-746 c.p.c.); per gli adempimenti dei conservatori dei registri immobiliari (art. 2673 ss. c.c.) » (nel senso della esistenza di un obbligo dell'autorità pubblica, senza però far cenno di un diritto dei particolari al riguardo, v., di recente, STOPPANI, *Certificazione, Enciclopedia del diritto*, VI, 802). In simili casi, secondo la sentenza, bisognerebbe o pensare a « una qualche forma di comunione di diritti » fra il soggetto che esercita la funzione pubblica e quello interessato a tale esercizio, oppure ritenere che la funzione pubblica « è così strettamente connessa con l'attività di diritto privato delle parti, che la tutela dell'interesse pubblico perseguita dalle norme è necessariamente congiunta a quella immediata dell'interesse privato ». Solo nei rimanenti casi, nei quali invece la funzione pubblica sia attribuita e venga esercitata « nell'interesse precipuo » della comunità, i particolari non potrebbero vantare, in ordine all'esercizio di essa, dei diritti soggettivi, ma, se mai, soltanto degli interessi legittimi. E tra questi la sentenza ammette che rientri quello del quale si discuteva nel caso in esame, riguardante la funzione degli ordini professionali di dar pareri sugli onorari spettanti ai professionisti, ai sensi e per gli effetti dell'art. 636 c.p.c. (che prescrive che la domanda di decreto ingiuntivo per il pagamento di onorari professionali deve essere accompagnata dal parere del consiglio dell'ordine, al quale il giudice è tenuto a uniformarsi).

Si potrebbe innanzi tutto osservare che, ove le riferite tesi fossero esatte, ne discenderebbe probabilmente l'inesattezza della soluzione data al caso in esame, sembrando difficile, e forse impossibile, contestare che in esso « la tutela dell'interesse pubblico perseguita dalle norme è necessariamente congiunta a quella immediata dell'interesse privato ». Ma le ragioni di dissenso dalle enunciazioni cui si è fatto cenno hanno più profonde radici.

Per principio, infatti, — o, se si preferisce, per definizione — non alcune soltanto, bensì tutte le funzioni pubbliche vengono svolte « nell'interesse precipuo » della società; e la regola non cessa di esser valida in quei casi in cui sia di immediata evidenza l'esistenza di soggetti che dall'esercizio di una funzione pubblica traggano particolare vantaggio, o per i quali lo svolgimento della funzione appaia addirittura mediale e strumentale in ordine al raggiungimento di finalità loro proprie.

La graduazione dell'interesse dei particolari a che le funzioni pubbliche vengano esercitate e correttamente esercitate, non può quindi non essere criterio fallace al fine di stabilire se i particolari vantino o meno un diritto soggettivo in ordine a tale esercizio.

Non si vuole con ciò negare che, siccome, per ragioni varie, l'ordinamento prende in par-

ticolare considerazione l'interesse di taluni soggetti in ordine all'esercizio da parte dei pubblici poteri di certe funzioni pubbliche, tali interessi, oltre ad apparire *differenziati* rispetto a quelli della generalità dei soggetti dell'ordinamento, si presentano, in ordine all'osservanza dei doveri giuridici dei pubblici poteri inerenti alle funzioni di cui trattasi, come particolarmente *qualificati*; appunto perciò essi sono da considerare come veri e propri interessi legittimi. Nondimeno in nessun caso sembrano potersi ammettere qualificazioni di grado più elevato di siffatti interessi, si da configurare dei veri e propri diritti dei particolari a che vengano nei loro confronti esercitate certe funzioni pubbliche. Come scrivevo altra volta (*Note sulla natura dei diritti civici, Foro it.* 1952, I, 1345), « contrasta per definizione coi caratteri della funzione d'imperio il concepirla al servizio del suddito, si da configurare quest'ultimo come titolare di un diritto verso l'autorità a che essa eserciti il proprio potere sovrano ». Anche quando la funzione pubblica sia vincolata nelle condizioni e in tutte le modalità del suo esercizio, e il potere pubblico non possa in alcun modo sottrarsi alla richiesta degli interessati di esercitarla, la funzione è, per sua natura, da considerare esercitata essenzialmente in vista dell'interesse collettivo. Onde le situazioni giuridiche altrui, basate su interessi correlati alla funzione pubblica, quand'anche questi interessi siano a essa collegati da vincoli particolarmente stretti ed evidenti, e persino quando la funzione sia istituita proprio al fine di consentire una più efficace soddisfazione e protezione degli interessi stessi, non possono esser considerate in posizione corrispettiva nei confronti del dovere del potere pubblico relativo all'esercizio della funzione.

Con ciò non si vuole tuttavia escludere che in casi particolari esistano veri e propri diritti dei privati in qualche modo concatenati con la funzione pubblica e con l'esercizio di essa. Non si tratta però mai di un diritto alla funzione, o, meglio, all'esercizio della funzione. Potrà trattarsi invece del diritto di non essere sacrificati dall'esercizio della funzione nei propri diritti soggettivi. E ciò non solo in quanto nell'esercizio della funzione i pubblici poteri sono tenuti a osservare il precetto *neminem laedere*, ma altresì in quanto essi sono tenuti a non mancare di esercitare la funzione e ad esercitarla in modo tale da non sacrificare i diritti rispetto ai quali la funzione riveste carattere strumentale e condizionante.

Più specificamente si può osservare che, se l'ordinamento subordina l'effettività, l'estrinsecazione o l'espansione di certi diritti dei particolari all'esplicazione di una qualche attività da parte di poteri pubblici (abilitazioni, iscrizioni di persone, di cose, di atti, in appositi registri pubblici, ecc.), i diritti stessi debbono essere considerati come condizionati dall'esercizio della funzione pubblica: onde, se l'omissione dell'esercizio, ovvero l'esercizio illegittimo di questa, venga a incidere negativamente sul diritto soggettivo condizionato, si avrà un illegittimo sacrificio di questo. Fenomeno che può dirsi normale in quei casi in cui la funzione pubblica appaia strumentale, essendo preordinata proprio al fine di assicurare — sia pure nell'interesse generale — un sistema di più efficaci garanzie per i rapporti intersoggettivi (così detta amministrazione pubblica del diritto privato).

In simili casi è chiaro che, dopo aver fatto affermare nella sede di volta in volta competente, l'illegittimità del comportamento del potere pubblico (diniego di una abilitazione professionale, della iscrizione in un albo, della celebrazione di un matrimonio, della trascrizione di un atto di trasferimento, ecc.), l'interessato potrà far valere innanzi al giudice dei diritti soggettivi la propria pretesa a essere indennizzato dell'ingiusto sacrificio che abbia dovuto subire nel proprio diritto, riconosciutogli dall'ordinamento, ma condizionato nella sua operatività, ovvero nella sua estrinsecazione ed espansione in tutte le possibili direzioni, dall'esercizio della funzione pubblica. Ciò non è sufficiente però perchè si possa parlare di un diritto dell'interessato all'esercizio della funzione.

E neanche autorizza a parlare di un diritto di tal fatta la circostanza che l'ordinamento configuri in modo talmente rigoroso la doverosità dell'esercizio della funzione, da apprestare, in caso di inosservanza del dovere in questione da parte del potere pubblico primariamente legittimato, la possibilità della sostituzione, nell'esercizio della funzione, di altri uffici (di volta in volta, superiori gerarchici; alti uffici amministrativi; uffici giudiziari). Siffatta sostituzione è preordinata infatti dall'ordinamento ad assicurare la realizzazione di quelle medesime finalità di interesse generale cui l'ordinamento preordina l'attività del potere pubblico primariamente legittimato, e non — come mostra di ritenere la sentenza annotata — ad assicurare la realizzazione di un « adempimento in forma specifica » (quasi che l'esplicazione della funzione pubblica fosse da configurare come una *prestazione* dovuta al soggetto interessato).

Che la configurazione di un diritto soggettivo verso i pubblici poteri in ordine all'esercizio delle rispettive funzioni sia estranea alla nostra tradizione giuridica, sembra indirettamente confermato, del resto, dal fatto che, nel caso che ai particolari fossero derivati dei danni da omissioni ed errori commessi da pubblici uffici nell'esercizio di funzioni inerenti alla così detta amministrazione pubblica del diritto privato, una responsabilità è stata ammessa, dalla legislazione anteriore alla Costituzione (mediante norme particolari e di stretta interpretazione), esclusivamente a carico degli agenti, e non anche a carico degli enti pubblici (v., per es., gli art. 2674-2676 c.c.; art. 55, 60, 743 c.p.c.). Nè sembra che l'art. 28 Cost. abbia innovato al riguardo, se non nei limiti di cui si è detto.

Lesione di interessi legittimi  
e obbligazione risarcitoria  
della pubblica Amministrazione\*

Publicato in

*Rivista Trimestrale  
di Diritto e Procedura Civile*  
Milano, 1963, pp. 1279-1298

\* Comunicazione presentata dall'A. al «Convegno sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesioni di interesse legittimo», svoltosi a Napoli dal 26 al 28 ottobre 1963 per iniziativa della sezione campana del Centro italiano di studi amministrativi. Segue, a p. 613 l'intervento tenuto dall'A. nella seconda giornata del Convegno



SOMMARIO: 1. L'art. 2043 c.c. come unica fonte legislativa della responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. — 2. Precisazioni in tema di « illecito civile » ai sensi dell'art. 2043 c.c.. — 3. Casi nei quali viene comunemente riconosciuta la risarcibilità di danni prodotti senza la lesione di diritti. — 4. L'obbligazione risarcitoria per la lesione di interessi soggettivi non elevati alla dignità di diritti e protetti da norme penali. — 5. Mancanza di obiezioni di principio al sorgere dalla lesione di interessi legittimi di una obbligazione risarcitoria della pubblica amministrazione. — 6. Inammissibilità che l'azione risarcitoria avente titolo dalla lesione di interessi legittimi a opera di atti amministrativi venga esercitata prima che il giudice amministrativo abbia dichiarato l'illegittimità dell'atto. — 7. Esclusione di una regola universale di obbligo della pubblica amministrazione di risarcire i danni derivanti da comportamenti lesivi di interessi legittimi; Casi limitatamente ai quali — per lo stretto collegamento degli interessi lesi a diritti soggettivi — il risarcimento può essere ammesso. — 8. Segue. — 9. Segue. — 10. Segue. — 11. Ragioni della esclusione dell'obbligazione risarcitoria nei rimanenti casi di lesione di interessi legittimi. — 12. Ammissibilità dell'obbligazione risarcitoria per inottemperanza amministrativa ai giudicati.

1. — La fonte che nel nostro ordinamento regola la responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione è l'art. 2043 c.c. A questo, e soltanto a questo, occorre dunque rifarsi per stabilire se sia riconosciuto un obbligo dell'amministrazione di risarcire i danni conseguenti alla lesione di quei particolari interessi, che l'ordinamento protegge mediante l'attribuzione ai loro portatori di una posizione giuridica di interesse legittimo.

Non sono invece decisivi in ordine al problema in esame né l'art. 28 della costituzione, né gli artt. 22 e 23 dello statuto degli impiegati civili dello Stato (t.u. 10 gennaio 1957, n. 3).

L'art. 28 cost. fu dettato essenzialmente in vista della affermazione della responsabilità personale dei funzionari e dipendenti pubblici per l'attività da essi esplicata al servizio dell'amministrazione: in quella sede si volle poi ribadire la contemporanea responsabilità dell'amministrazione, al fine di escludere la possibilità dell'illazione che l'enunciazione della prima responsabilità volesse significare esclusione della seconda (la sussistenza della quale, in ogni modo, fu espressamente, con l'occasione, presupposta). Che nell'articolo 28 si abbia riguardo unicamente agli « atti compiuti in violazione di diritti » non può dunque esser considerato elemento decisivo per escludere la responsabilità della pubblica amministrazione nel caso di lesione di interessi che non assurgono alla dignità di diritti. La limitazione è contenuta infatti in una norma che riguarda la responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione che le si accompagna; essa non riflette anche i casi in cui una responsabilità dell'amministrazione possa sussistere indipendentemente da una responsabilità dei funzionari e dipendenti; né, tanto meno, esclude che possano darsi casi siffatti.

La circostanza che l'art. 28 cost. contempla (non importa se in via principale o accessoria) la responsabilità della pubblica amministrazione per i danni arrecati mediante « atti compiuti in violazione di diritti », se può significare e significa che sarebbero incostituzionali quelle leggi, le quali pretendessero di escludere in casi siffatti una responsabilità dell'amministrazione, non può, d'altro canto, significare anche che nell'ordinamento vigente non siano consentite più liberali disposizioni di legge, che estendano la responsabilità della pubblica amministrazione a casi di danni compiuti non mediante la « violazione di diritti ». Nulla impedisce infatti, di norma, che leggi generali o particolari riconoscano ai cittadini, nei confronti dei pubblici poteri, garanzie maggiori di quelle che accorda la costituzione.

A maggior ragione, dopo quanto si è detto, è da escludere che possano importare una limitazione della responsabilità della pubblica amministrazione ai soli casi di danni arrecati mediante violazione di diritti soggettivi gli artt. 22 e 23 dello statuto degli impiegati civili dello Stato, i quali limitano in tali sensi la responsabilità di quegli impiegati, senza con ciò riferire la limitazione stessa alla responsabilità dell'amministrazione.

Né, a sua volta, una limitazione di quest'ultima responsabilità nei sensi indicati può leggersi nella legge del 1865 abolitiva del contenzioso amministrativo, lì dove circoscrive alla materia dei diritti la tutela dei particolari da parte dei giudici civili nei confronti della pubblica amministrazione. Quelle disposizioni (artt. 2 e 4) non regolano i rapporti di diritto sostanziale, ma si occupano soltanto della ripartizione delle competenze giurisdizionali e dei poteri del giudice (1).

Comunque, per vedere in esse la preclusione della possibilità di adire i giudici civili al fine di ottenere il ristoro di un danno subito attraverso la ferita di interessi tutelati dall'ordinamento facendo ai loro portatori una posizione soggettiva di interesse legittimo, occorrerebbe dimostrare che non può esser configurata come diritto soggettivo la pretesa alla riparazione di un danno siffatto. E tale dimostrazione non può esser conseguita se non alla stregua delle norme in materia di risarcimento di danni, e precisamente dell'art. 2043 c.c.

È soltanto l'interpretazione di questo che può e deve chiarire, dunque, se il danno subito in conseguenza dell'illegittimo sacrificio da parte dell'amministrazione di un interesse tutelato dall'ordinamento a titolo di interesse legittimo possa esser configurato come un « danno ingiusto », tale da dar titolo all'obbligazione di risarcimento configurata dall'articolo stesso.

2. — La teoria della responsabilità civile extra-contrattuale, nonostante l'importanza di alcuni recenti contributi, è però, purtroppo, ancora da scrivere. Non è stato ancora definitivamente chiarito se la regola *alterum non laedere*, enunciata nell'art. 2043, si riferisca alla lesione (mediante fatto dell'uomo, doloso o colposo) di qualsiasi interesse di fatto, o dei soli interessi in qualche modo protetti dall'ordinamento giuridico, o addirittura di alcuni soltanto di questi, particolarmente qualificati. Né questa può esser la sede per affrontare *ex professo* il delicato e scottante argomento. Onde ci si dovrà accontentare, in proposito, di procedere più per enunciazioni che per dimostrazioni.

Non è inutile premettere che non ogni volta che l'ordinamento impone il risarcimento (da non confondere a sua volta con l'indenizzo) di un danno patrimoniale vi è un illecito civile (p. es., l'articolo 872 c.c. contempla un risarcimento da privato a privato, pel

(1) Cfr. CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953, p. 148 ss.

semplice fatto della trasgressione di una norma, indipendentemente dal fatto che essa sia avvenuta con dolo o colpa) (2), e che, d'altro canto, esistono vari casi di illecito civile colpiti da particolari sanzioni, indipendentemente dalla sussistenza di un danno patrimoniale (per es., artt. 146 e 156 c.c.) (3). La fattispecie del « fatto illecito », cui ha riguardo l'art. 2043 c.c., e alla quale questo collega come conseguenza l'obbligo del risarcimento (reintegrazione per corrispettivo pecuniario) del danno, è soltanto quella del fatto dell'uomo, doloso o colposo, che abbia provocato un « danno ingiusto ».

L'art. 2043 riguarda « qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto ». I punti dubbi, che qui interessano, riguardano specialmente il significato delle espressioni « qualunque fatto... » e « danno ingiusto ».

Siccome la prima si riferisce soltanto ai fatti dolosi o colposi (e la limitazione deve ritenersi operante anche per la pubblica amministrazione (4)), ne rimangono naturalmente esclusi tutti i fatti posti in essere — *secundum ius* — nell'esercizio di un diritto (non quindi, per es., gli atti di emulazione e le vane manifestazioni di abuso del diritto) o nell'adempimento di un dovere (non quindi, per es., gli atti di esecuzione di ordini volti a imporre il compimento di fatti illeciti), o in stato di necessità o di legittima difesa (per questi ultimi v. gli artt. 2044 e 2045 c.c.). Per i fatti posti in essere *iure (rite et recte)* non può esser questione infatti di dolo o di colpa. L'espressione non può riferirsi dunque se non ai fatti non consentiti (in sé) dall'ordinamento, o posti in essere (se consentiti) in condizioni o con modalità difformi da quelle richieste o permesse. Essa non riguarda cioè se non fatti in un modo o nell'altro *contra iuris ordinem (quod non iure factum est, hoc est contra ius)*. Non può mai riguardare dunque, tra gli altri fatti, quello di porre in essere atti amministrativi *secundum ius*.

L'esigenza di un « danno ingiusto » sta poi ad indicare che l'ordinamento impone il risarcimento non in quanto il fatto *contra iuris ordinem* abbia recato a un terzo un qualsivoglia pregiudizio (generalmente patrimoniale: i così detti danni « morali » sono ammessi al risarcimento solo in via di eccezione: artt. 2059 c.c., 185 c.p., 89 c.

(2) Cfr. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito (diritto vigente)*, in *Novissimo digesto it.*, VIII, Torino, s.d., p. 168.

(3) Per altri esempi — non tutti egualmente sicuri — v. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, pp. 169 e 170.

(4) Cfr. CASETTA, *L'illecito*, cit., p. 143 ss.

p.c.), bensì solo in quanto il pregiudizio abbia realizzato una *iniuria*, e cioè in quanto abbia inciso nella sfera *giuridica* del soggetto danneggiato (*damnum iniuria datum*), vale a dire nel campo di interessi soggettivi protetti dall'ordinamento.

Rimangono dunque senz'altro esclusi dal risarcimento i pregiudizi che dal fatto abbiano potuto subire interessi, i quali siano sforniti di protezione, per avere la propria base in una situazione di illiceità (si pensi ai danni che il crollo di un edificio per fatto colposo del terzo abbia potuto recare al gestore di una bisca clandestina sistemata in esso). E ne rimangono altresì esclusi i pregiudizi che abbiano ricevuto quegli altri interessi di soggetti particolari, che siano sforniti di protezione giuridica in quanto giuridicamente irrilevanti come interessi individuali (si pensi al danno che dalla abolizione di un parco pubblico — eventualmente deliberata in modo illegittimo — abbia potuto ricevere il proprietario di uno stabile prospiciente su di esso).

3. — Si pone però a questo punto l'ulteriore problema — che è quello che nella presente sede particolarmente importa — se, oltre agli interessi protetti mediante il riconoscimento di un diritto soggettivo — che incontestatamente fanno parte del patrimonio giuridico dei soggetti cui appartengono —, possano esser considerati come elementi del patrimonio giuridico di un soggetto altri interessi giuridicamente qualificati, sì da doversi configurare come « ingiusto » anche l'eventuale danno recato da fatti lesivi di essi.

È il caso di ricordare in proposito che il diritto « vivente » nel tempo presente si è venuto evolvendo, non soltanto nel nostro paese, nel senso di una ammissione, su scala sempre più vasta, di un diritto al risarcimento per danni inerenti alla lesione di interessi che secondo i principi di una rigorosa dogmatica non possono esser configurati come diritti soggettivi (5).

---

(5) Per ampi riferimenti riguardanti la normativa e la casistica francesi e quelle germaniche, v. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, I, c. 1420 ss., e, segnatamente, c. 1425 ss., dove v. anche indicazioni critiche circa i casi in cui la nostra giurisprudenza ammette un risarcimento per danni che non abbiano inciso su veri e propri diritti (cc. 1436 e 1440 s.), a tali casi sono da aggiungere quelli nei quali l'obbligo del risarcimento di un danno che non abbia inciso su diritti soggettivi viene espressamente ricollegato da disposizioni legislative alla semplice trasgressione di un qualche precetto normativo, indipendentemente dalla sussistenza dell'elemento del dolo o della colpa (per es. — almeno secondo alcuni — art. 872 c.c.).

A questa evoluzione — la quale ha la sua spiegazione nella sempre maggiore esigenza di garanzia, nei paesi di civiltà occidentale, della sfera di interessi materiali e morali riconosciuti ai singoli, della dignità umana e dell'uguaglianza dei consociati (esigenza la quale si traduce, necessariamente, sul piano giuridico, in un ampliamento della sfera d'operatività degli antichi canoni dell'*alterum non laedere* e del *suum-cuique tribuere*), e anche perciò merita adesione — non è stata sorda la dottrina, privatistica e pubblicistica. La quale, se ha generalmente respinto con fermezza la spettanza di un risarcimento a chi abbia subito, per fatto altrui, il pregiudizio di interessi non considerati in alcun modo dall'ordinamento (e perciò giuridicamente irrilevanti), è venuta sempre più diffusamente ammettendo la necessità di riconoscere il diritto al risarcimento dei danni derivanti da fatti altrui, i quali abbiano in alcun modo inciso su interessi, che, pur senza assurgere alla dignità di diritti, siano in alcun modo presi in considerazione e resi oggetto di tutela, ad alcun titolo, da parte dell'ordinamento (6).

4. — In effetti il campo degli interessi dei particolari, protetti dall'ordinamento in sé e per sé (e non soltanto attraverso la protezione dell'interesse della collettività) ma non mediante il riconoscimento di un diritto soggettivo, è di notevole ampiezza.

A prescindere dalla sussistenza di interessi di tal fatta nel diritto privato (7), non pochi sono gli interessi di singoli soggetti, i quali, pur senza esser configurabili come diritti soggettivi, ricevono

(6) Cfr. SCADUTO e RUBINO, voce *Illecito (atto) — dir. moderno* —, in *Nuovo digesto it.*, VI, Torino, 1938, pp. 703, 706 s.; ZANOBINI, *Interessi legittimi nel diritto privato*, in *Studi in mem. di F. Ferrara*, II, Milano, 1953, p. 702 ss., ora in *Scritti vari di dir. pubbl.*, Milano, 1955, p. 353 ss.; MIELE, *Principi di dir. amm.*, Padova, 1953, p. 184 ss.; GALLO, *L'eventuale concorso della responsabilità della pubbl. amm. con quella dei propri dipendenti autori del fatto dannoso*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1956, p. 85; DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, nel *Commentario al c.c. diretto da Scialoja e Branca, sub art. 2043, IV*, Bologna-Roma, 1957, p. 292 ss.; BRANCA, *Istituzioni di dir. priv.*, Bologna, 1958, p. 579; PUGLIATTI, voce *Alterum non laedere*, in *Encicl. dir.*, II, Milano, 1957, pp. 99 ss., 107; SCHLESINGER, *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 338 ss.; SACCO, *op. cit.*, c. 1439 ss.; FRAGOLA, *Studio introduttivo sulla risarcibilità degli interessi legittimi*, Firenze, 1961, partic. p. 69 ss.; SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 166; M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amm. pubbl.*, in *Raccolta di scritti in on. di A.C. Jemolo*, III, Milano, 1963, p. 290; nonché gli altri autori cit. da CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 155, nota 25, e da CASSETTA, *op. cit.*, p. 139, nota 122.

(7) Al qual riguardo, v. special. ZANOBINI, *op. cit.*, e, tra i privatisti, BRANCA, *op. cit.*, p. 20 ss., e PUGLIATTI, *op. cit.*

dall'ordinamento — e precisamente da norme di diritto penale o di diritto amministrativo, dettate essenzialmente e precipuamente nell'interesse unitario della collettività — una particolare protezione (che si collega a una particolare considerazione), la quale, se non è diretta e immediata (come quella dei diritti soggettivi), non è — appunto perché particolare (e quindi espressamente voluta) — neppure meramente accidentale (come, ad es., quella che l'interesse, che una confessione religiosa o una lega antiblasfema può avere alla lotta contro la bestemmia, viene a ricevere dall'esistenza delle norme — dettate esclusivamente in funzione di un interesse sociale — le quali puniscono penalmente la bestemmia), ma è pur sempre una protezione accordata specificamente al singolo, se pure in via indiretta e occasionale (in quanto gli interessi in questione, se vengono considerati e protetti in sé e per sé, ricevono tale considerazione e protezione non da norme sostanziali dettate espressamente a tutela di essi, bensì da norme dettate essenzialmente in funzione della tutela di un interesse sociale).

È a tal titolo che ricevono (indiretta ma specifica) protezione, da precetti di diritto e di procedura penale, taluni interessi dei singoli; onde, non diversamente da coloro che siano stati lesi in un diritto, coloro che da un reato siano stati lesi in siffatti interessi, possono farne valere la lesione nel processo penale, ai fini del risarcimento del danno da parte dell'autore del reato, mediante la costituzione di parte civile e il potere di interloquire quindi in quel giudizio (artt. 185 c.p. e 22 c.p.p.). La materia delle contravvenzioni conosce vari casi del genere (per es., artt. 659 e 660 c.p., i quali, in concomitanza con l'interesse sociale, sono posti a tutela di interessi particolari, alcuni dei quali soltanto possono esser configurati come diritti). Ma è anche da ricordare che per remota tradizione si ammette il diritto al risarcimento del danno (e quindi la facoltà di costituzione di parte civile) dei familiari dell'ucciso, pur essendo assai difficile — per non dire impossibile — configurare un loro diritto verso i terzi in ordine alla vita di quest'ultimo. È da aggiungere che, pur non potendosi parlare di un diritto di alcun soggetto a che altri non commetta aggravi o falsa testimonianza, deve ammettersi la costituzione di parte civile contro chi abbia commesso tali fatti criminosi da parte di chi ne abbia subito danno.

In tutti questi casi, accanto e in aggiunta alla protezione, nei confronti del reo, dell'interesse generale della collettività (rappresentata dal pubblico ministero), l'ordinamento assicura un'ulteriore

protezione a interessi di singoli soggetti (le parti danneggiate), nonostante che tali interessi non possano essere configurati come diritti soggettivi; e — ciò che più importa ai fini del problema che ci occupa — l'accorda proprio in vista di un risarcimento di danni.

5. — Il campo del diritto amministrativo è però quello più ricco di interessi, i quali, pur senza esser protetti mediante il riconoscimento di una posizione di diritto soggettivo, sono tuttavia forniti di una specifica protezione giuridica, per quanto di diverso rango.

Tale protezione viene assicurata mediante il riconoscimento ai portatori di quegli interessi di una posizione giuridica che per tradizione ormai remota viene designata col nome di interesse legittimo, e che la costituzione, consacrando tale denominazione, configura inequivocabilmente come appartenente all'ordine delle posizioni giuridiche sostanziali (artt. 24, 103, 113).

Le posizioni di cui trattasi sono caratterizzate dall'esser connesse a un interesse soggettivo in ordine a un bene della vita (interesse sostanziale, dunque, e non meramente processuale), che riceve protezione (indiretta) di fronte alla pubblica amministrazione attraverso il fatto che l'ordinamento, nel regolare (in funzione dell'interesse collettivo) una qualche azione di quest'ultima, prende in alcun modo in considerazione la situazione particolare cui quell'interesse soggettivo si collega (si tratta dunque di posizioni soggettive notevolmente meno diffuse di quanto ritiene la giurisprudenza del Consiglio di Stato), e, in connessione a ciò, consente poi al soggetto stesso di agire in via amministrativa e giurisdizionale per far valere i difetti di quell'azione della pubblica amministrazione e farne venir meno gli effetti <sup>(8)</sup>.

Non può dunque sussister dubbio che gli interessi cui le posizioni giuridiche in questione si collegano siano protetti dall'ordinamento giuridico in sé e per sé, sia pure in modo diverso da quelli protetti mediante il riconoscimento di un diritto.

Orbene, come per la lesione delle posizioni soggettive diverse dai diritti, protette indirettamente dalle norme penalistiche sostanziali e processuali, di cui si è detto, così anche per la lesione degli interessi legittimi vantati nei confronti della pubblica amministrazione e protetti dalla legislazione amministrativa, o almeno per la lesione di

(8) Su questi concetti — sui quali ho avuto occasione di fermarmi più volte — mi sia consentito rinviare al mio recente volume *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, nn. 22-23, p. 40 ss.

buona parte di essi, non è possibile escludere *a priori*, appellandosi puramente e semplicemente ai princìpi, il diritto, del soggetto che abbia subito la lesione, al risarcimento degli eventuali danni.

In aggiunta a quanto si è detto circa l'esistenza di tradizionali casi di risarcimento di danni per fatti criminosi non concretantisi nella lesione di diritti, e a quanto si è detto in generale circa l'evoluzione del diritto « vivente » e delle vedute dottrinali in materia di responsabilità extracontrattuale — evoluzione legittimata dal fatto che la norma dell'art. 2043 c.c. (come del resto quella dell'art. 1151 c.c. 1865) non specifica il concetto di danno ingiusto (tanto che in tempi remoti, come in tempi recenti, non è mancato chi ha sostenuto che la regola *alterum non laedere* non presuppone la lesione di preesistenti posizioni protette dall'ordinamento) —, è anzi il caso di osservare in proposito che il rafforzamento della posizione dei singoli nei confronti della pubblica amministrazione, inerente alla costituzionalizzazione dei princìpi di legalità e di imparzialità nell'esercizio dei poteri di essa, del principio d'uguaglianza e delle garanzie di giustizia amministrativa, è venuto a dare nuova vitalità agli interessi dei singoli protetti di fronte alla pubblica amministrazione sotto forma di interessi legittimi. Onde, in mancanza di disposizioni in tali sensi nell'art. 2043, è da considerare eccessiva la limitazione, in via di principio, del risarcimento per « danno ingiusto » da esso contemplato ai soli casi di danno prodotto dall'amministrazione mediante la lesione di diritti.

Né sarebbe corretto, in difesa della affermazione della mancanza, in casi del genere, di un « danno ingiusto » ai sensi dell'art. 2043 c.c., invocare il fatto che, quando non intacca diritti soggettivi (e cioè agisce nell'osservanza delle norme « di relazione »), l'amministrazione opera nell'ambito dei suoi poteri, e appellarsi in conseguenza alla regola *qui suo iure utitur neminem laedit*. Infatti, se è vero che gli interessi legittimi si incontrano nel campo di esercizio dei poteri effettivamente spettanti all'amministrazione, non è men vero che (non altrimenti dal proprietario che ponga in essere atti di emulazione) l'amministrazione, la quale eserciti i propri poteri non *secundum ius*, non può dirsi che *suo iure utitur*, e che perciò per definizione non commetterebbe *iniuria*.

6. — Prima di procedere oltre è necessario precisare a questo punto che l'eventuale giudizio per conseguire la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno, conseguente alla lesione, a o-

pera di un atto amministrativo (o di un comportamento dell'amministrazione a esso equiparato), di un interesse protetto dall'ordinamento attraverso il riconoscimento al soggetto, cui esso appartiene, di una posizione giuridica di interesse legittimo, non potrebbe comunque aver corso se non dopo che fosse intervenuto — d'ufficio, o a séguito di procedimento amministrativo contenzioso o di procedimento giurisdizionale amministrativo promosso dall'interessato — l'annullamento di quell'atto amministrativo (o del comportamento equiparato). Non può pensarsi infatti in un caso simile a una condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni da parte del giudice civile, sulla base di una dichiarazione *incidenter tantum*, a opera del giudice stesso, della difettosità dell'atto, e di una disapplicazione di esso, indipendentemente da una pronuncia di annullamento da parte di un organo amministrativo o giurisdizionale a ciò qualificato.

Mancando l'annullamento, e permanendo perciò in vita l'atto, il giudice ordinario, ove dovesse conoscere di questo al fine di identificarvi il fatto causativo di un « danno ingiusto » ai sensi dell'art. 2043 c.c., dovrebbe invero conoscerne non *incidenter*, bensì *principaliter*, giacché in un giudizio di risarcimento il fatto causativo del danno si pone necessariamente come « titolo » del risarcimento, e cioè come *causa petendi*, e quindi come oggetto del giudizio, mentre gli artt. 2 e 3 l. cont. amm. e l'art. 26 t.u. Cons. Stato non consentono al giudice civile e riservano all'autorità amministrativa e al giudice amministrativo di conoscere *principaliter* della difettosità o meno di atti amministrativi che tocchino immediatamente (e cioè che « abbiano per oggetto », come si esprime l'art. 26) interessi legittimi e non diritti.

Una condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni per la lesione, a opera di un atto amministrativo (o di un comportamento equiparato), di interessi dei particolari, protetti mediante il riconoscimento di una posizione giuridica di interesse legittimo, non è dunque pensabile se non dopo che l'atto stesso sia stato eliminato dal mondo del diritto e sul presupposto di tale eliminazione. Anzi — come si vedrà — in taluni casi l'annullamento dell'atto non è per se solo sufficiente alla nascita del diritto al risarcimento.

7. — È giunto ora il momento di chiedersi se un problema di risarcimento di danni possa effettivamente porsi a proposito della lesione, da parte dell'amministrazione, di qualsiasi tipo di interesse protetto a titolo di interesse legittimo.

Dare una risposta a questo interrogativo è piuttosto arduo. Il quesito si collega infatti al tema della natura e della classificazione degli interessi legittimi — non ancora definitivamente sviscerato dalla dottrina non ostante la ricchezza e l'importanza dei contributi a esso recati — e a quello della determinazione — tuttora non raggiunta — di ciò che debba considerarsi per interesse giuridicamente protetto ai fini dell'applicazione dell'art. 2043 c.c. Né è possibile affrontare in questa occasione asperità di tanto impegno.

In questa sede ci si dovrà dunque accontentare di intuizioni e di spunti — e quindi di suggerimenti provvisori — piuttosto che di dimostrazioni e di punti di arrivo.

Si possono prendere le mosse dall'osservazione che non tutti gli interessi protetti nei confronti della pubblica amministrazione col riconoscimento di una posizione di interesse legittimo ricevono dall'ordinamento un riconoscimento e una tutela del genere di quelli che l'art. 185 c.p. attribuisce agli interessi individuali danneggiati attraverso la commissione di un fatto configurato dalla legge come reato. Con l'attribuire espressamente un diritto di risarcimento nei confronti del colpevole a chiunque abbia subito danno da un fatto sanzionato penalmente, e quindi a chiunque abbia da un simile fatto subito pregiudizio in un interesse individuale considerato dalla norma penale congiuntamente all'interesse generale della collettività in occasione della previsione della pena (si che possa dirsi che quest'ultima sia stata prevista *anche* a tutela di quell'interesse), l'ordinamento viene espressamente a conferire all'interesse in questione — anche quando non si tratti di un diritto soggettivo — un rilievo e una protezione giuridica *ex se*, sul piano patrimoniale, indipendentemente dalla sanzione penale.

Allo stesso modo opera l'art. 872 c. c. nell'attribuire un diritto di risarcimento a chi abbia subito pregiudizio nel proprio patrimonio immobiliare per effetto della violazione da parte di un terzo di norme di edilizia e di ornato pubblico. La riferita disposizione viene ad aggiungere alla tutela dell'interesse generale nei confronti dei costruttori, assicurata attraverso l'imposizione del dovere di osservanza delle anzidette norme (sanzionata sul piano amministrativo e sul piano penale), la protezione giusprivatistica di certi interessi individuali, anche quando non si tratti di diritti soggettivi, elevando tali interessi a posizioni giuridicamente garantite sul piano patrimoniale.

Altrettanto può dirsi per l'art. 2675 c. c. — che prevede la re-

sponsabilità patrimoniale del conservatore dei registri immobiliari verso i privati danneggiati dall'inosservanza di suoi doveri d'ufficio (sanzionati sul piano amministrativo dall'art. 2682 stesso codice) —, per gli artt. 55 e 60 c. p. c. — che contemplano (in aggiunta a quelle amministrative) analoghe responsabilità patrimoniali dei giudici, dei cancellieri e degli ufficiali giudiziari —, e per altre disposizioni, in cui (come in quelle ora ricordate) taluni (ma non tutti) ravvisano delle posizioni giuridiche diverse dai diritti soggettivi.

In mancanza di formule analoghe per ciò che riguarda la protezione degli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione, può ritenersi sufficiente a far considerare questi ultimi come oggetto di protezione (anche) sul piano patrimoniale il fatto che l'ordinamento li fa oggetto di una certa protezione giuridica (con l'ammetterne la difesa innanzi agli organi amministrativi contenziosi e ai giudici amministrativi) congiuntamente al fatto che l'art. 2043 c. c. impone il risarcimento di ogni danno « ingiusto » (e cioè lesivo di posizioni giuridiche protette) prodotto da fatti dolosi o colposi?

Per dare con sicurezza una risposta universalmente positiva a questo interrogativo occorrerebbe accogliere il concetto che costituisca danno « ingiusto », ai sensi dell'art. 2043, cit., ogni pregiudizio patrimoniale recato attraverso la lesione di qualunque interesse individuale sostanziale, che sia oggetto di una qualsiasi protezione giuridica in una direzione purchessia e a qualsivoglia titolo particolare. L'accoglimento di un simile concetto appare però, a prima vista, poco prudente, ben essendo possibile che l'ordinamento accordi una protezione limitata, e non estesa al piano patrimoniale, a certi interessi sostanziali. Anzi per la generalità degli interessi legittimi vantati nei confronti della pubblica amministrazione questa sembra da ritenere la regola, dato il carattere secondario e marginale che la protezione di essi (pur essendo da considerare protezione non « di diritto oggettivo ») assume rispetto a quella dell'interesse generale (tanto che da alcuni viene addirittura considerata come strumentale rispetto a quest'ultima): infatti le norme da cui nascono gli interessi legittimi sono dettate essenzialmente in funzione della disciplina dell'azione della pubblica amministrazione (e perciò appunto vengono appropriatamente designate come norme « d'azione ») e non della disciplina di rapporti intersoggettivi.

Ciò premesso, non si può tuttavia dimenticare che non poche posizioni di interesse legittimo sono intimamente collegate a posi-

zioni di diritto soggettivo, le quali ne costituiscono la base immediata: tanto da potersi addirittura dire che si tratta di interessi protetti in funzione della tutela di diritti soggettivi (9).

Una prima categoria — universalmente riconosciuta — di interessi di tal fatta è rappresentata dagli interessi alla preservazione di diritti soggettivi (così detti diritti « affievoliti » o suscettibili di « affievolimento ») nei confronti dei poteri amministrativi capaci di incidere su di essi estinguendoli o sminuendone la portata (poteri di espropriazione, requisizione, imposizione di vincoli su beni; di revoca di concessioni, licenze, autorizzazioni; di licenziamento, sospensione e punizione di impiegati; di sospensione dall'esercizio di attività professionali o economiche; di ordinare la demolizione o il ripristino di opere e la sospensione di lavori; ecc.).

Una seconda categoria — sulla quale il consenso è minore — è quella degli interessi alla realizzazione della piena espansione di diritti soggettivi, sottoposti — per l'operatività, o per l'esercizio in particolari direzioni — a controlli preventivi non liberi nell'*an* (visti, certe approvazioni) o a provvedimenti permissivi (abilitativi o autorizzativi), e cioè a provvedimenti — che, nel concorso delle condizioni richieste, sono « dovuti » — destinati a condizionare l'operatività del diritto *de quo*, oppure a rimuovere i limiti fissati dall'ordinamento all'esercizio del diritto (il quale appunto perciò è da designare, all'origine, come diritto « fiavole » o « in attesa di espansione » (10)): si pensi, ad es., da un lato, ai visti prefettizi ai contratti degli enti locali, dall'altro all'abilitazione alla guida di autoveicoli, all'autorizzazione comunale alla costruzione di edifici, al passaporto.

A entrambe le ricordate categorie di interessi legittimi (quella inerente all'« affievolimento » di diritti e quella inerente a diritti « in attesa di espansione »), appunto per la loro funzione strumentale rispetto ai corrispondenti diritti soggettivi, è difficile negare una protezione di maggior portata rispetto a quella consistente nella tutela in sede di giurisdizione amministrativa, ed estesa al piano patrimoniale, sì da far considerare effettivamente come « ingiusto » il danno recato con la loro lesione.

---

(9) In proposito mi permetto di rinviare alla mia nota *Collegamenti e consequenzialità tra diritti e interessi e relativa rilevanza ai fini delle competenze giurisdizionali*, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 212 ss.

(10) Per la quale categoria mi sia consentito di rinviare al mio *Manuale di dir. amministrativo*, Napoli, 1962, p. 73, e già 1954, p. 56.

8. — Nel caso del così detto « affievolimento », la lesione dell'interesse legittimo alla conservazione e all'integrità del diritto soggettivo viene addirittura a tradursi, automaticamente, una volta annullato l'atto lesivo, in una lesione dello stesso diritto, con conseguente impossibilità di recare in dubbio il diritto del soggetto leso al risarcimento del danno.

In simili casi l'annullamento del provvedimento (non importa se pronunciato per ragioni di sostanza o soltanto di forma) viene a ripristinare (*ex tunc*, come è proprio di ogni annullamento) il diritto sacrificato *non iure*, come se questo non fosse mai venuto meno. Eliminato il provvedimento « ablativo » (e cioè il « titolo » del sacrificio imposto), consegue che *medio tempore* (e cioè dal momento dell'esecuzione del provvedimento fino a quello del suo annullamento) l'interessato si trova ad aver subito *sine titulo* la soppressione o la compressione del proprio diritto. Di qui la nascita di un diritto al risarcimento — che in simili casi viene universalmente riconosciuto sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza (salvo qualche ingiustificata eccezione a proposito di casi di annullamento per ragioni meramente formali) —, il quale verrebbe meno soltanto nell'ipotesi che sopravvenisse (come talvolta sarebbe legittimo) un provvedimento di identico contenuto, operativo dalla stessa data di quello annullato, e non fatto oggetto a sua volta di caducazione.

Siccome in simili casi il diritto al risarcimento nasce dalla esistenza di una manomissione *sine titulo* (attraverso la esecuzione di un provvedimento da considerare mai venuto in vita) di una situazione di diritto soggettivo (né, una volta annullato il provvedimento che abbia inciso su tale situazione, ha importanza che alla conservazione e alla integrità di questa l'interessato vantasse una posizione di interesse legittimo), è chiaro però che è fuori luogo, a proposito di essi, parlare di risarcimento di danni per la lesione di interessi legittimi.

9. — Oltre allo stretto collegamento funzionale con un diritto soggettivo (che per antonomasia è una posizione soggettiva giuridicamente protetta), è la stessa coscienza sociale ad avvertire che, come non può restare senza ristoro, ad es., il danno patito in conseguenza dell'occupazione di un bene *sine titulo* (per esservi insediato per un certo tempo il beneficiario di un decreto espropriativo successivamente annullato), così non può restare senza ristoro, ad es., il danno conseguente al fatto che l'amministrazione abbia impedito al proprie-

tario di un'area, mediante un diniego di autorizzazione poi ritenuto illegittimo e perciò annullato (e dunque anche stavolta *sine titulo*), l'esercizio dello *ius aedificandi* (o dello *ius variandi*) inerente al diritto dominicale, come pure il danno conseguente al fatto che il preffetto abbia impedito al privato contraente, mediante l'illegittimo diniego (di poi annullato) del visto al contratto stipulato con un'amministrazione comunale, di ricavare dal contratto stesso i dovuti vantaggi.

È chiaro però che — diversamente dai casi considerati al numero precedente — nei casi ora in esame un diritto al risarcimento non potrebbe mai nascere col semplice fatto dell'annullamento dell'atto amministrativo negativo: qui l'annullamento, basato sulla constatazione della non conformità del comportamento dell'amministrazione sfavorevole all'interessato, alle regole (formali o sostanziali) fissate dall'ordinamento, non fa venir meno uno stato giuridico comportante il sacrificio di preesistenti posizioni di diritto soggettivo, ma si limita a ripristinare uno stato giuridico di mera attesa (della emanazione di un provvedimento amministrativo destinato a dare espansione a un diritto « fievole »).

A séguito dell'annullamento l'amministrazione ha però, di regola, il dovere di riprendere in esame il caso, e dovrà generalmente attenersi ai « punti di diritto » eventualmente enunciati nel giudicato amministrativo. Ciò non esclude peraltro che, in grandissima parte dei casi, essa disponga ancora di più o meno ampi poteri di scelta, utilizzando i quali potrebbe giungere legittimamente a una nuova soluzione sfavorevole per l'interessato (ad es., una autorizzazione a costruire, illegittimamente rifiutata, dall'atto annullato, per contrasto con le disposizioni del piano regolatore con cui in effetti non contrastava, potrà essere successivamente rifiutata per ragioni di ornato pubblico). In casi del genere, cioè, l'interesse del singolo, malamente toccato dalla prima soluzione sfavorevole, potrebbe esserlo *rite et recte* da una seconda soluzione anch'essa sfavorevole; e, ove non lo fosse neanche la seconda, potrebbe esserlo (a séguito di un nuovo annullamento) in sede di terza determinazione, o ancora oltre.

Allorquando però, a séguito dell'annullamento (non importa se del primo annullamento o di un annullamento ulteriore), l'amministrazione finalmente giunga (generalmente perché tenuta a farlo) alla emanazione — nella persistenza delle medesime condizioni di fatto — del provvedimento cui il privato aveva interesse (e in funzione del

quale aveva eventualmente agito in giudizio), codesto provvedimento, ove per la sua adozione siano prescritti (espressamente, o in base ai principi) termini d'obbligo (ad es., licenza edilizia), dovrà essere necessariamente adottato « ora per allora », e cioè con operatività *ex tunc*, nonostante che eventualmente non ne sussistano più, al momento presente (ad es., per mutamento della situazione dei luoghi o dei piani regolatori), le condizioni, e che quindi il provvedimento non possa esser reso operante nel presente e per il futuro (ad es., sopravvenuto un nuovo piano regolatore o una nuova situazione dei luoghi che renderebbero *contra ius* la costruzione al momento presente, la licenza edilizia, che avrebbe dovuto esser rilasciata a suo tempo, e che dovrà essere rilasciata « ora per allora », dovrà esser dichiarata però inoperante nel tempo attuale). Qualora poi l'adozione non avvenisse « ora per allora », l'atto sarebbe ancora una volta illegittimo, con conseguente possibilità di nuove impugnative e nuovo annullamento, ed eventualmente di azione *ex art. 27, n. 4, t.u. Cons. Stato*.

Tutto ciò importa che — ma solo, naturalmente, ove concorra l'elemento psicologico del fatto dannoso — l'amministrazione debba esser considerata responsabile dei danni determinati dal mantenimento, *medio tempore* (e cioè dalla maturazione del termine inderogabile fino all'adozione, e anzi all'operatività, del provvedimento « ora per allora »), di uno stato di fatto non corrispondente allo stato di diritto retroattivamente operante. Onde, ad es., la possibilità, pel costruttore che abbia finalmente ottenuto « ora per allora » la licenza edilizia in precedenza illegittimamente negatagli nonostante la sussistenza fin da allora dei necessari presupposti di fatto e di diritto, di agire in giudizio per il risarcimento dei danni che sia in grado di dimostrare di aver subito in conseguenza del ritardato rilascio.

10. — Al di là delle figure di interessi legittimi fin qui considerate può poi tentarsi un altro passo avanti — per quanto, allo stato attuale delle conoscenze, meno sicuro — a riguardo degli interessi al conseguimento di posizioni giuridiche di maggiore importanza (p. es., avanzamento, per titoli, di impiegati al grado superiore; nomina in servizio dei vincitori di concorso), necessariamente spettante — nel concorso delle necessarie condizioni — a coloro i quali si trovino con l'amministrazione — a causa della loro titolarità di una certa posizione di diritto soggettivo (come, rispettivamente, il diritto al

posto attualmente occupato, il diritto alla posizione di vincitore di concorso) — in una particolare relazione di diritti e obblighi.

Anche in questi casi l'interesse legittimo (alla promozione, alla nomina) ha la propria base immediata in un diritto; e l'ulteriore diritto che l'interessato aspira a conseguire (e alla cui conseguibilità è correlato l'interesse legittimo) rappresenta la naturale e necessaria espansione del diritto preesistente. Anche qui è dato ravvisare perciò uno stretto collegamento funzionale di un interesse a un diritto. Onde non sembra senza fondamento riconoscere anche per i danni prodotti con la lesione di siffatti interessi un diritto di risarcimento, sempre che (anche stavolta), a séguito dell'annullamento dell'originario rifiuto, sia intervenuto l'atto amministrativo (o la decisione giurisdizionale *ex art. 27, n. 4, t.u. Cons. Stato*), che abbia fatto luogo, « ora per allora », all'avanzamento, all'assunzione in servizio, ecc.

11. — A parte i casi fin qui indicati, riesce invece difficile pensare — alla stregua delle idee esposte — ad altri interessi legittimi, la lesione dei quali possa dischiudere la via al risarcimento dei danni.

È la stessa coscienza sociale — se non vado errato —, a non risentirsi del fatto che non abbiano altra tutela oltre quella offerta dalla giurisdizione amministrativa, e non ricevano protezione sul piano patrimoniale, i pregiudizi subiti dal singolo a causa della inosservanza da parte della pubblica amministrazione delle norme imposte alla sua « azione » e in conseguenza della quale l'interessato non abbia potuto conseguire i benefici di provvedimenti di tipo « concessorio », quali l'ammissione a un concorso, a una gara, a un istituto d'istruzione, l'attribuzione della vittoria nel concorso o nella gara cui abbia preso parte (diversa sarebbe però la soluzione nel caso di mancata dichiarazione di idoneità in un esame ordinato al conferimento di un titolo di studio), l'assegnazione di un alloggio (quando non si tratti di alloggio di servizio spettante di diritto), il conferimento di un incarico, l'attribuzione di una concessione o di una licenza, ovvero abbia dovuto patire le conseguenze sfavorevoli dell'emanazione in favore di altri di provvedimenti del medesimo tipo, quali una licenza o una concessione in concorrenza (allorché non sussista un diritto di esclusiva). Ipotesi, tutte, di lesione di interessi, i quali non sono posti (per così dire), come nei casi dianzi esaminati, al servizio di un diritto soggettivo (essi ineriscono infatti a settori in cui l'amministrazione opera *in re sua*), e che il riconoscimento fattone dall'ordinamento ai fini della possibilità dell'impugnativa dei prov-

vedimenti lesivi non è sufficiente a far considerare oggetto di una protezione giuridica in altre direzioni.

Un problema di risarcimento di danni da parte della pubblica amministrazione (nei confronti di terzi) non può poi sorgere affatto quando sia stata riscontrata la difettosità e sia stato pronunciato l'annullamento di meri atti permissivi (ad es., licenze edilizie, autorizzazioni all'impianto di industrie insalubri e pericolose), utilizzando i quali il beneficiario abbia ferito diritti di terzi. Qui il provvedimento dell'amministrazione (atto permissivo) non è destinato a conferire nuovi diritti, ma assolve semplicemente la funzione di rimuovere un limite all'esercizio di diritti preesistenti (se ed in quanto esistono), i quali vengono poi esercitati dagli interessati non obbligatoriamente e in virtù di un ampliamento della loro sfera giuridica a opera dell'amministrazione bensì facoltativamente e *iure proprio*: onde, se in tale esercizio (autorizzato dall'amministrazione) gli interessati interferiscono *contra ius* nella sfera giuridica dei terzi (si pensi alla mancata osservanza nelle costruzioni edilizie delle norme sulle distanze, sulle altezze, sugli allineamenti, sugli arretramenti, ecc.; alla produzione da parte di uno stabilimento industriale di *immissiones in alienum* non consentite), ciò è fatto loro e non fatto dell'amministrazione (il che si suole esprimere nella formula che le autorizzazioni non pregiudicano, ma « fanno salvi » i diritti dei terzi). È chiaro dunque che l'amministrazione non potrebbe essere chiamata a rispondere dei danni arrecati dalla costruzione di un edificio da essa autorizzato in violazione delle norme pubblicistiche, o dalle immissioni prodotte da un impianto industriale da essa autorizzato senza sufficienti cautele. (Diverso discorso sarebbe da fare invece per quanto riguarda i provvedimenti di tipo concessorio, dato che il campo d'azione di questi va considerato — anche quando si tratti di concessioni costitutive — come « proprio » dell'amministrazione — e perciò rimesso al suo potere di disposizione — e non « proprio » dei beneficiari: onde in tale campo, quando dall'esercizio della concessione sia derivato il sacrificio di diritti altrui, è raffigurabile, accanto alla responsabilità del concessionario, una responsabilità dell'amministrazione).

È altresì chiaro poi che l'amministrazione non potrebbe esser chiamata a rispondere (naturalmente dopo la dichiarazione della illegittimità e l'annullamento del proprio atto o comportamento negativo sulla richiesta indirizzata al riguardo dagli interessati) della mancata repressione delle attività *contra ius* poste in essere da terzi (esercizio di attività ed esecuzione di opere vietate o non autoriz-

zate; altri illeciti civili e penali nei confronti dei quali l'amministrazione avrebbe il potere-dovere di intervenire). A prescindere da ogni altra considerazione, è da escludere infatti che alcuno possa vantare un interesse giuridicamente qualificato all'esercizio da parte dei pubblici poteri della propria funzione repressiva <sup>(11)</sup>.

12. — È da fare un cenno, prima di chiudere queste note, al problema della sussistenza di un diritto al risarcimento nel caso che la pubblica amministrazione abbia mancato di conformarsi a un giudicato intervenuto nei suoi confronti (e cioè non vi abbia ottemperato). È noto infatti che l'art. 27, n. 4, t.u. Cons. Stato, col deferire alla giurisdizione (anche in merito) del Consiglio di Stato (non in sede di giurisdizione esclusiva) le azioni volte ad ottenere che l'amministrazione si conformi ai giudicati, configura le azioni stesse come poste a difesa di interessi legittimi.

Che la legge protegga sotto forma di interesse legittimo l'interesse a che l'amministrazione adotti i provvedimenti di volta in volta occorrenti per l'ottemperanza a un giudicato (provvedimenti nell'adozione dei quali frequentemente essa dispone di un notevole potere di scelta) non esclude peraltro che la parte vittoriosa in un giudizio (civile o amministrativo) vanti un vero e proprio diritto all'ottemperanza. Ciò inerisce al carattere di giurisdizione « di diritto soggettivo » che è proprio tanto della giurisdizione civile quanto di quella del Consiglio di Stato e dei giudici sottordinati — giurisdizioni che (l'una come l'altra) si svolgono in difesa degli interessi dei particolari, e non in funzione dell'interesse generale della collettività.

Allorquando il comportamento dovuto dall'amministrazione sia nettamente identificato o identificabile attraverso il giudicato, e sia tale che, ove lo avesse tenuto, la sfera patrimoniale del singolo ne avrebbe ricevuto un vantaggio che con l'inottemperanza è venuto a mancargli, o non avrebbe subito uno svantaggio che invece ha dovuto patire (ad es., riassunzione in servizio dell'impiegato del quale sia stato annullato il licenziamento; restituzione del bene requisito del quale sia stata annullata la requisizione; rilascio del diploma d'istruzione che in sede di giudizio *ex art. 27, n. 4*, promosso successivamente all'annullamento giurisdizionale di un precedente rifiuto, il

---

(11) A tale riguardo mi sia consentito rinviare ai concetti esposti da ultimo nella mia nota *Repressione di abusi edilizi e interessi dei terzi*, in *Giust. civ.*, 1963, II, p. 38.

Consiglio di Stato abbia ordinato di rilasciare), non può negarsi dunque all'interessato il diritto al risarcimento del danno, indipendentemente dall'esercizio (o dal nuovo esercizio) dell'azione *ex art. 27, n. 4*.

Né per negare che, quando vengano in considerazione degli obblighi di ottemperanza già concreti e puntuali, si possa agire per il risarcimento dei danni nei confronti dell'amministrazione anche senza aver prima promosso un giudizio *ex art. 27, n. 4*, può essere invocato <sup>(12)</sup> l'art. 26 t.u. 10 gennaio 1957, n. 3 sullo statuto degli impiegati civili dello Stato. Quest'ultimo riguarda infatti soltanto l'azione di risarcimento nei confronti degli impiegati responsabili. Né potrebbe essere altrimenti, dati i limiti della delega in base a cui il t.u. fu emanato, la quale non riguarda affatto la regolamentazione dei rapporti tra la generalità dei cittadini e l'amministrazione e le azioni giurisdizionali riguardanti tali rapporti.

---

<sup>(12)</sup> Come invoca MONTESANO, *Sulla riparazione dei sacrifici patrimoniali imposti da atti amm. illegittimi*, in *Foro it.*, 1963, IV, c. 46.

Sull'ammissibilità del risarcimento  
del danno patrimoniale  
derivante da lesione di interessi legittimi\*

Publicato in

*Atti del Convegno Nazionale*

Napoli, 27-29 ottobre, 1963, pp. 476-481

\* Intervento tenuto al Convegno svoltosi a Napoli dal 27 al 29 ottobre 1963, per iniziativa della sezione campana del Centro italiano di studi amministrativi. Alla p. 591 si è riportato il testo della comunicazione presentata dall'A. allo stesso Convegno



Già per mio conto mi proponevo di essere brevissimo. A maggior ragione lo farò dopo l'invito del Presidente.

Ho ragione di ritenere che quando l'amico Iaccarino ha fatto cenno, più di una volta, allo scetticismo manifestato da qualcuno dei partecipanti a questo convegno circa la maturità dell'argomento, intendesse riferirsi anche a chi vi sta ora parlando. Orbene, ho l'impressione che questo scetticismo avesse la sua ragion d'essere: i fatti lo hanno confermato. Con questo non voglio nulla togliere all'indubbio merito di avere indetto il convegno: merito notevole, non fosse altro che per aver richiamato l'attenzione su un tema che tutti vediamo quanto sia vivo.

Però, che esso sia piuttosto acerbo, mi pare altrettanto indubitabile. Abbiamo visto oggi alcuni altissimi cultori del diritto civile — i più degni rappresentanti di tale disciplina nella scienza giuridica italiana — nettamente divisi, su posizioni contrapposte: gli uni a sostenere la tesi della risarcibilità dei soli danni derivanti dalla lesione di diritti soggettivi; gli altri, ad ammettere anche la risarcibilità dei danni derivanti dal sacrificio di interessi diversi.

La divergenza dei punti di vista si accentua poi quando da questa disparità dei punti di partenza in sede di diritto comune, si passa sul terreno amministrativo. Sappiamo infatti quali contrasti esistano in ordine al concetto di interesse legittimo, alcuni ritenendo che si tratti di una posizione di diritto sostanziale, altri di una posizione di diritto processuale, ed essendo tutt'altro che chiara, definita e acquisita una classificazione degli interessi legittimi.

Ricordava ieri Lucifredi che nel 1935 Santi Romano lo aveva invitato a dedicare uno studio all'importante tema della classificazione degli interessi legittimi. A questo ricordo personale posso aggiungere il mio: perchè nel 1940 quel grande Maestro, non ancora degnamente commemorato, assegnò anche a me — evidentemente perchè Lucifredi non se n'era potuto occupare — lo stesso tema. Purtroppo io nel 1940 avevo da occuparmi di ben altri temi — ahimè, non di studio, e tanto meno di diritto amministrativo! —; e neanch'io ebbi modo di esaudire il suo desiderio. Ora che siamo

passati noi, purtroppo nella schiera degli anziani, siamo noi a richiamare l'attenzione dei più giovani su questo argomento di tanta importanza, invitandoli a portare su di esso il loro studio.

Mi pare comunque che il rimprovero mosso in alcuna delle comunicazioni presentate, da qualche privatista agli amministrativisti, di essere poco aggiornati su quelli che sarebbero i punti di arrivo del diritto privato nella materia del convegno, abbiano poca ragione d'essere, in presenza delle molte incertezze che dividono il campo dei cultori del diritto privato.

In realtà noi amministrativisti ci siamo fatti eco dei problemi e delle incertezze affioranti dagli studi, tutt'altro che definitivi, dei privatisti. Ed è indispensabile che anche nel corso di queste discussioni ci teniamo su un terreno concreto senza lasciarci prendere la mano da eccessive fantasie.

Nel campo del diritto privato che cosa riscontriamo di certo a proposito della protezione di interessi diversi dai diritti soggettivi? In quegli stessi articoli dei codici, in cui taluni vorrebbero vedere una protezione di interessi diversi dai diritti soggettivi (uso volutamente questa formula e non quella di interessi legittimi, e mi riferisco agli art. 872, 2675 del codice civile, agli art. 55 e 60 del codice di procedura civile, all'art. 185 del codice penale), in quegli stessi articoli, dicevo, non è facile stabilire se la protezione accordata dall'ordinamento riguarda delle posizioni di diritto soggettivo, oppure delle posizioni di natura diversa. Le incertezze sono tante. Ad ogni modo, ammettiamo pure che qui si abbia effettivamente la protezione di interessi diversi dai diritti soggettivi; constatiamo pure che nel « diritto vivente », formatosi attraverso la giurisprudenza, è stata ammessa — basandosi su una certa elasticità delle norme ricordate e di altre norme — l'esistenza di altri casi di risarcimento di danni per lesione di posizioni non universalmente riconosciute come diritti soggettivi. Questa tendenza è indubbiamente inerente ad esigenze vitali, tanto più vitale nel nostro tempo, aperto alla ricerca di una protezione delle posizioni soggettive maggiore che in passato. E la dottrina ha cercato di secondare queste tendenze. Però a che punto è arrivata? Siamo soltanto allo stadio dei tentativi. Affiorano i concetti piuttosto vaghi di « interesse rilevante », di « posizione giuridica rilevante »; troviamo segnalato un « principio solidaristico ». Ma finchè rimaniamo a queste scheletriche enunciazioni, siamo ancora in una fase di mere indicazioni tendenziali. Queste formule vanno riempite. E quando si vuol passare al riempimento, si vaga

nella più grande incertezza. Si compie, in fondo, — direi necessariamente —, una specie di giro senza fine. Ne parlavo poc'anzi con Pugliatti. Si compie una specie di giro senza fine perchè bisogna far capo al « diritto vivente » per riempire le formule ricordate; mentre, d'altra parte, è proprio il « diritto vivente » ad aver bisogno di indicazioni dalla dogmatica.

Quel che è certo però, è che la coscienza sociale, e con essa quella dei giuristi, è pervasa dell'anelito, dell'aspirazione a veder soddisfatta l'esigenza di una maggiore protezione delle posizioni soggettive.

Quando poi dal campo del diritto privato passiamo a quello del diritto amministrativo, c'è da chiedersi se effettivamente le posizioni di interesse legittimo, o meglio quegli interessi concreti in ordine a certi beni della vita che ricevono dall'ordinamento protezione nei confronti della pubblica Amministrazione a titolo di interesse legittimo (vale a dire mediante il conferimento, a chi ne sia portatore, della possibilità di adire certe vie di giustizia — amministrativa e giurisdizionale — per conseguire l'annullamento dell'atto amministrativo invalido), c'è da chiedersi, dicevo, se tali interessi possano esser configurati alla stregua di quelle posizioni soggettive che i privatisti ritengono che, essendo « rilevanti », possano dar luogo, se lese, a una pretesa di risarcimento di danni. Questo è il problema, come ho cercato di impostarlo nella mia comunicazione scritta distribuita all'ultim'ora (e che non tutti hanno ricevuta), e come con compiacimento l'ho visto autorevolmente posto da Nicolò questa mattina.

L'interesse legittimo, così come viene attualmente tutelato nel nostro ordinamento, riceve una limitata protezione, in sede di giustizia amministrativa. Orbene, può dirsi che per il solo fatto che l'ordinamento dà agli interessi in questione quella certa tutela, a tutti nota, nel campo dei ricorsi amministrativi e della giurisdizione amministrativa, gli interessi stessi assurgano a una dignità e tutela di carattere universale, e perciò operante anche sul piano patrimoniale? Questo è il problema che dobbiamo porci. Fin quando non ce lo poniamo in questi termini pecchiamo di superficialità.

Non basta che un interesse riceva una qualsiasi protezione dall'ordinamento giuridico, per poter ammettere che si tratta di un interesse protetto anche sul piano patrimoniale. Le protezioni che l'ordinamento giuridico accorda sono di diverso genere. Per affer-

mare che sussiste una protezione sul piano patrimoniale bisogna trovare una norma o un principio donde l'affermazione sia ricavabile.

Il fatto che si tratti di interessi in qualche modo protetti dall'ordinamento è troppo poco per autorizzare dunque a dire che gli interessi legittimi, se lesi, diano diritto a un risarcimento. Piuttosto (e qui riassumo brevemente le conclusioni della mia comunicazione) mi pare difficile negare un diritto al risarcimento dei danni in quei casi in cui sia stato leso un interesse legittimo, il quale sia intimamente e strettamente collegato con un diritto soggettivo: o perchè si tratti dell'interesse a che un preesistente diritto soggettivo non venga sacrificato — è il caso dell'affievolimento (in ordine al quale mi pare che siano tutti d'accordo) —; oppure — e qui mi pare occorra discostarsi dalle tesi più restrittive — perchè si tratti di interessi connessi a diritti soggettivi in attesa di espansione (o fievoli in partenza), vale a dire a diritti soggettivi di cui non è consentito l'esercizio se non sulla base di un provvedimento di tipo autorizzativo.

Ho sentito in alcuni interventi un certo scetticismo a proposito di questa categoria. Ma mi pare che gli interessi all'ottenimento di atti autorizzativi per l'esercizio di diritti (atti tra i quali sono da comprendere, oltre alle autorizzazioni, anche le abilitazioni e le approvazioni) sono degli interessi legittimi effettivamente diversi e più consistenti rispetto a quelli correlati a provvedimenti di tipo concessorio. Lo sono perchè, quando occorre un atto autorizzativo, preesiste sempre un diritto (generalmente riconosciuto addirittura dalla Costituzione); e perciò l'interesse legittimo è volto al pieno conseguimento di un bene della vita, il quale già inerisce alla sfera giuridica del soggetto di cui trattasi. Occorre però subito sottolineare (lo ha ricordato Nicolò stamattina; io lo avevo già detto nella mia comunicazione) che nei casi qui in esame il diritto al risarcimento non sorge per il solo fatto che l'atto amministrativo di diniego dell'autorizzazione, dell'abilitazione, dell'approvazione, del visto sia stato riconosciuto illegittimo e annullato. L'annullamento dell'atto amministrativo non produce altro effetto che quello di far rivivere la situazione preesistente: e la situazione preesistente in un caso di questo genere consiste puramente e semplicemente nell'aspettativa che l'atto autorizzativo, che prima era stato negato (e in relazione al quale ormai l'attesa non era più possibile) venga in vita. Di un diritto al risarcimento potrà dunque parlarsi solo se

e quando l'atto autorizzativo, originariamente negato, successivamente all'annullamento del diniego venga effettivamente concesso da chi solo è qualificato a concederlo. In quanto ciò avvenga — vuoi ad opera dell'Amministrazione competente, vuoi ad opera dell'Amministrazione dotata di poteri sostitutivi, vuoi ad opera del giudice amministrativo adito *ex art. 27, n. 4 t.u. Cons. St.* — potrà realmente dirsi che l'interessato abbia subito un danno per il fatto che l'« autorizzazione » non sia stata concessa « allora » (quando fu negata), sempre che « allora » sussistessero identiche condizioni. La Amministrazione dovrà cioè esser ritenuta responsabile dei danni prodottisi *medio tempore* in conseguenza del ritardo nella concessione dell'autorizzazione (la quale, quando venga accordata tardivamente, deve esser data « ora per allora »).

Formulavo, dubbiosamente, nella mia comunicazione un ulteriore caso di possibile diritto al risarcimento per lesione di interessi legittimi: il caso in cui, preesistendo una situazione giuridica di diritti e obblighi reciproci tra l'interessato e l'Amministrazione, il primo sia legittimato da tale situazione al conseguimento di ulteriori diritti. L'impiegato in servizio, cui spetta (a titolo di atto dovuto) una promozione dopo un certo periodo di tempo, probabilmente ha diritto anch'egli ad un risarcimento del danno, quando la promozione non gli sia data o sia ritardata. Colui il quale ha vinto un concorso, e si trova nello stato giuridico di « vincitore » (che può essere considerato come un vero e proprio stato di diritto soggettivo), viene a trovarsi, rispetto alla nomina all'impiego — cui si collegano numerosi diritti soggettivi — in una posizione di interesse legittimo alla cui lesione ugualmente non sembra eccessivo collegare un diritto al risarcimento.

Al di là di questi limiti mi pare però che non si possa andare. L'affermare (come ho sentito fare da Sorrentino) che sarebbe sufficiente la tutela accordata dalle norme sull'azione amministrativa a chi aspiri a una concessione, per legittimarlo a un risarcimento allorchè la concessione sia stata illegittimamente attribuita ad un altro, e il dire che altrettanto debba ammettersi nel campo delle licenze di commercio (che allo stato della legislazione non sono mere autorizzazioni), come pure il sostenere che abbia un diritto al risarcimento da parte dell'Amministrazione il titolare di una licenza di commercio pel fatto che di fronte al suo esercizio sia stata accordata un'analoga licenza di concorrenza, che abbia notevolmente inciso sui

suoi affari, mi pare impossibile. La tutela accordata dall'ordinamento nei riferiti casi alle posizioni soggettive sul piano della giustizia amministrativa, non collegandosi a posizioni riconosciute a titolo di diritto soggettivo, non appare sufficiente a legittimare i soggetti in questione a un risarcimento di danni.

## La responsabilità per lesione di interessi legittimi\*

Pubblicato in

*Il Foro Amministrativo*

Milano, 1982, pp. 1688-1696

\* Relazione svolta alla tavola rotonda tenuta nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma il 24 aprile 1982 sulla responsabilità per lesione degli interessi legittimi



1. Occorre prendere le mosse dal concetto di « danno » ai sensi dell'art. 2043 c.c. Esso consiste in un sacrificio incidente sul patrimonio. Lo si ricava indirettamente anche dall'art. 2059 c.c. e dall'art. 185 c.p. Il danno cui si riferisce l'art. 2043 suppone l'incisione di beni della vita aventi una valenza economica.

Deve trattarsi di un danno « ingiusto », e cioè *contra ius*: di un danno che chi lo subisce non sarebbe tenuto a subire senza reagire; un danno, dunque, che l'ordinamento non consente di arrecare impunemente.

Deve trattarsi inoltre di un danno inflitto ad « altri »: di una incisione cioè della sfera degli interessi che l'ordinamento riconosce come propri del soggetto che la subisce.

2. Negli ultimi decenni — soprattutto sotto l'impulso dei principi espressi nella Costituzione repubblicana e dell'evoluzione delle giurisprudenza e della dottrina dei paesi di più avanzata civiltà e maggiore benessere — si è manifestata nella dottrina italiana una tendenza all'ampliamento — al di là dell'area dei diritti soggettivi pieni — della sfera giuridica riconosciuta come propria dei soggetti dell'ordinamento; tendenza alla quale la stessa giurisprudenza non è del tutto insensibile.

Vengono ormai riconosciuti come autentici diritti quelli all'incolumità, alla salute e all'assistenza sanitaria, a certe forme di assistenza sociale, all'istruzione, al rilascio di diplo-

mi, alla registrazione degli atti interessanti lo stato giuridico e del patrimonio, alla prestazione della forza pubblica per l'esecuzione delle sentenze. Ma, a parte quelli appena indicati, ricevono riconoscimento come diritti, se pure in vario modo condizionati, non poche libertà e altre posizioni giuridiche espressamente considerate dalla costituzione, quali le libertà di espressione, di espatrio, di aprire istituti di istruzione, di esercitare un'attività economica — imprenditoriale o professionale —, ecc. A proposito di alcune delle ricordate posizioni soggettive la costituzione parla di diritti. Generalmente si tratta di diritti — almeno sotto certi aspetti — condizionati, o spesso — per chi accetta tale categoria — di diritti in attesa di espansione. Non c'è dubbio che anche essi appartengono alla sfera giuridica « propria » dei soggetti che ne sono portatori.

3. All'ampliamento della sfera giuridica individuale si accompagna connaturalmente, nelle società « solidaristiche » che godono di un elevato grado di benessere, la dilatazione della sfera del danno ristorabile, e dunque l'ampliamento dell'area del risarcimento dei danni subiti entro la sfera stessa.

Questo fenomeno è verificabile anche attraverso la giurisprudenza. Questa riconosce ormai il diritto al risarcimento del danno, ad esempio, al creditore di chi abbia perduto la vita in conseguenza di un fatto illecito altrui (tutti ricordano il caso dei giocatori della squadra di calcio torinese periti nell'incidente aereo di Superga e quello di un altro giocatore della stessa squadra, Meroni, perito in un incidente automobilistico), come pure ai familiari dell'ucciso e al convivente *more uxorio* che dall'ucciso riceveva il mantenimento, alla sedotta con promessa di matrimonio non rispettata, a chi abbia fatto credito alla persona insolubile colpevolmente presentatagli come solvibile, al danneggiato da notizie false propalate sul suo conto, al creditore danneggiato dall'altrui incitamento al debitore a non adempiere.

È a questo punto che emerge il problema se ed entro quali limiti possa ammettersi un diritto al risarcimento del titolare di un interesse legittimo che abbia subito danno in conseguenza dell'incisione della sua posizione soggettiva cui l'interesse legittimo accede.

Dirò subito che alla luce degli indirizzi dottrinari e giurisprudenziali di cui ho detto non dovrebbero esistere obiezioni di ordine giuridico a una risposta, in via di massima, positiva al quesito. Infatti appare impossibile negare l'appartenenza alla sfera giuridica del soggetto e la rilevanza patrimoniale di gran parte delle posizioni soggettive sostanziali che qui vengono in considerazione. Sono piuttosto ragioni di ordine pragmatico quelle che si frappongono, al di là di certi limiti, come ostacoli.

4. È chiara l'impossibilità di svolgere in questa sede la teoria degli interessi legittimi. Non è possibile procedere, al riguardo, se non per postulati, rinviando ad altre sedi più ampie spiegazioni.

Per interesse legittimo bisogna intendere, a mio avviso, una posizione di legittimazione nel procedimento amministrativo o nel processo amministrativo, la quale accede ad una posizione sostanziale qualificata (e cioè ad una posizione sostanziale rilevante per il diritto) che costituisce il sostrato dell'anzidetta posizione di legittimazione, vale dire dell'interesse legittimo.

La posizione sostanziale che sta alla base delle posizioni di legittimazione appena descritta può essere di volta in volta un diritto soggettivo oppure una posizione diversa — una posizione meno radicata, meno solida, meno piena e incondizionata — fatta dall'ordinamento al soggetto titolare.

La posizione di interesse legittimo è un indice, è la testimonianza — o, se si preferisce, la conferma — del rilievo giuridico che la posizione sostanziale (sottostante o retrostante) possiede. Quest'ultima posizione è anch'essa radicata direttamente nell'ordinamento giuridico, in quanto, da un lato, il diritto soggettivo (laddove vi sia) riceve da questo una protezione piena e diretta, e, dall'altro, quelle altre posizioni che sono anch'esse testimonia-

te dal riconoscimento di un interesse legittimo ricevono per ciò stesso, sia pure in modo diverso, considerazione e protezione dall'ordinamento.

Gli interessi di base o finali (gli interessi che ho chiamato retrostanti o sottostanti), quando non sono diritti soggettivi, possono essere interessi sostanziali appartenenti a varie fasce. È appunto a questi interessi sostanziali di fondo (diversi dagli interessi legittimi, se pur presupposti da questi) che si riferiscono (e non agli interessi legittimi intesi come posizioni di legittimazione) gli art. 24, 103 e 113 cost.

Di questi interessi sostanziali di fondo non tutti integrano il patrimonio giuridico in senso stretto, vale a dire quella sfera giuridica di un soggetto che è protetta dalle norme di relazione. Esistono anche posizioni inerenti alla sfera di un soggetto che sono cedevoli, essendo esposte — come ho già accennato — all'incidenza dei poteri pubblici. Si tratta di diritti e posizioni giuridiche, che, pur essendo fatte oggetto di considerazione e protezione talvolta addirittura da parte della costituzione, tuttavia non vengono elevate al ruolo di diritti soggettivi.

5. Se vogliamo procedere ad una classificazione di queste fasce di interessi sostanziali diversi dai diritti soggettivi pieni, ci imbattiamo in una serie assai varia e difforme. Però non possiamo rinunciare al tentativo di una ordinazione.

Vi è sufficiente concordia nel riconoscere che esiste una prima fascia di tali interessi sostanziali, che abbraccia quelli che sogliono essere indicati col nome di diritti affievoliti. Su questo tipo di posizioni soggettive non v'è bisogno di intrattenersi, data la comune accettazione della figura. Basterà ricordare le posizioni soggettive antagoniste ai poteri di espropriazione, di requisizione, di demolizione, etc. etc., i quali sono in grado di incidere sui diritti immobiliari, e inoltre le posizioni soggettive antagoniste al potere di annullamento di atti costitutivi di posizioni di diritto soggettivo. Nei casi della prima specie, la giurisprudenza riconosce comunemente il diritto al risarcimento allorchando l'incisione sia illegittima. Diverso era stranamente fino a qualche anno fa l'atteggiamento giurisprudenziale nei casi della seconda specie. Una sentenza della Cassazione del 1979 ha riconosciuto però il diritto al risarcimento nel caso di illegittima caducazione di una licenza di commercio. Mi pare che la fattispecie dell'illegittimo annullamento della licenza edilizia su cui fra poco dovrà pure pronunciarsi la Cassazione non dovrebbe esser trattata diversamente. In tutti questi casi di verifica l'incisione di una posizione alla quale non può essere negato il carattere di diritto soggettivo. Anche colui il quale costruisce sul proprio suolo, dopo essere stato debitamente autorizzato e in conseguenza di tale autorizzazione, non fa se non avvalersi del proprio diritto di proprietà, diventato sotto il profilo dell'edificabilità, in virtù della legittima autorizzazione, pieno e incondizionato; perciò l'illegittimo annullamento di quest'ultima viene a sacrificare con torto tale diritto.

Esiste poi una seconda fascia, quella che io chiamo dei diritti in attesa di espansione. Generalmente si tratta di posizioni inerenti a diritti ed interessi salvaguardati dalla costituzione, e che anzi spesso la costituzione denomina proprio diritti (anche se poi i chierici sanno che non sempre sono diritti, perché appunto hanno bisogno di una rimozione di limiti per potersi espandere). Oggi si tende comunque a riconoscere sempre più largamente che quelli dichiarati tali nella costituzione sono veri e propri diritti: quanto meno diritti che, rimossi i legittimi limiti da parte dell'autorità amministrativa competente, assumono assoluta pienezza. Penso all'apertura di scuole, teatri, esercizi pubblici, all'ammissione di pellicole cinematografiche alla programmazione, all'iscrizione negli albi professionali o in quegli altri elenchi nei quali chi possiede i necessari requisiti deve essere iscritto per potere esercitare determinate attività, al passaporto, all'ammissione alle scuole, all'università, ai luoghi di cura. Il diritto alla salute è fatto anche di questo. Oggi il diritto all'assistenza sanitaria è espressamente riconosciuto come tale; però per quanto riguarda l'ammissione a questo o a quel luogo di cura esiste solo un diritto in attesa di espansione.

6. In tutti i casi qui descritti c'è un collegamento con una posizione di diritto soggettivo.

Esistono però ulteriori fasce di interessi sostanziali da far valere nei confronti dell'amministrazione, in cui questo collegamento non c'è, e quindi l'inerenza alla sfera giuridica (al patrimonio giuridico) del soggetto, è un'appartenenza che ha una solidarietà minore. In questi altri casi le posizioni dei singoli vivono in un ambiente che è « proprio dell'amministrazione ». Qui il privato non ha che delle mere *chances*; ed è evidente che la tutela sarà più labile. Mi riferisco ai casi delle concessioni traslative, dei finanziamenti, dei sussidi, dei premi, delle onorificenze. Ma non solo ad essi. Anche alle nomine agli uffici onorari, alle nomine alla presidenza di enti, alle nomine nell'ambito dell'alta amministrazione dello Stato (ad esempio alla carica di direttore generale), e via dicendo. E inoltre a tutta la categoria delle assunzioni a impieghi non di ruolo, agli impieghi senza concorso. E via dicendo.

Esistono poi ancora altre fasce, in ordine alle quali sono presenti molte incertezze e zone grigie. Penso in particolare ai settori privati posti sotto direzione pubblica, i quali presuppongono un programma pubblico: ricorderò per esempio tutto il settore bancario, quello delle assicurazioni, le farmacie, certi campi di esercizio privato di pubbliche funzioni, quali quelli dei notai, degli agenti di cambio, dei trasporti di linea, dei trasporti di piazza, le concessioni per le radiotelevisioni libere (quando ci saranno), ecc.

In quest'area, programmata dalla pubblica amministrazione e governata da essa, non può dirsi che le singole posizioni attengono esclusivamente al patrimonio giuridico dell'amministrazione o, viceversa, al patrimonio giuridico del privato. Siamo in zone in cui le rispettive posizioni si fronteggiano, quasi senza che possa attribuirsi una posizione prevalente dal punto di vista soggettivo all'una delle parti che sono presenti nel rapporto.

Altrettanto potrebbe forse dirsi con riferimento ad una categoria, che certamente è diversa: quella che riguarda le posizioni concorsuali in cui gli aspiranti possono venirsi a trovare quando l'amministrazione debba far fronte a esigenze del tipo di quelle della provvista di posti nei pubblici impieghi, o di quelle per l'aggiudicazione di contratti di forniture, e via dicendo. In questa categoria forse rientrano pure gli scrutini, i concorsi interni, ecc. Qui indubbiamente siamo nell'ambito, nella sfera della pubblica amministrazione; ma vi sono posizioni giuridiche contrapposte dei singoli, che non si differenziano quasi in nulla rispetto alle posizioni in cui si trovano, nei confronti dei destinatari dell'invito, quei privati i quali abbiano rivolto un'offerta al pubblico o abbiano indetto un concorso, una gara e simili. La posizione della pubblica amministrazione non è molto differente rispetto alla posizione del privato, se non per il fatto che la prima procede mediante atti provvedimentali. Ma le persone chiamate a concorrere si presentano davanti all'amministrazione, facendo affidamento nell'offerta al pubblico in modo non molto diverso dal caso in cui l'offerta viene fatta da un privato. E si noti che non di rado chi risponde all'invito si espone anche patrimonialmente: pensiamo a quello che costa la partecipazione ad un appalto-concorso per certe opere di grande importanza: a volte le progettazioni costano centinaia di milioni.

7. A questo punto vorrei ricordare di nuovo che è indubbiamente presente nelle società economicamente evolute, nell'*affluent society* — la società del benessere —, un'espansione della solidarietà, della solidarietà-responsabilità, cioè del consapevole fenomeno per cui chi svolge una certa attività deve assumere su di sé pure i rischi dell'attività che svolge: una responsabilità patrimoniale che si riconnette ai rischi inerenti all'esercizio dell'attività.

Nelle società di questo tipo l'imprenditorialità è indubbiamente più intensa e più redditizia e l'impresa è più florida e consistente, e quindi può rispondere più facilmente e di più, verso coloro ai quali recherà danno. Nello stesso tempo in società di questo tipo l'azienda pubblica riesce ad essere più solida finanziariamente. Purtroppo occorre riconoscere che noi

invece non ci troviamo nella stessa condizione. Specialmente nell'ultimo decennio abbiamo fatto notevoli passi indietro. Eravamo ad un certo livello nell'area delle nazioni evolute, ma abbiamo regredito. Abbiamo una finanza pubblica labile e carente anche e soprattutto perché l'impresa, chiamata ad accollarsi molti oneri sociali e a svolgere un ruolo sostanzialmente assistenziale, è stata costretta ad abbandonare, o quanto meno ad assolvere in più difficile condizione, quella che è (dovrebbe essere) la sua autentica « funzione sociale »: quella di produrre ricchezze e di aumentare per tale via i posti di lavoro, inserendosi a tal fine nel quadro delineato degli art. 2 e 4 cost. Oggi da noi l'impresa è scaduta, affanna ed arranca, e, anche in conseguenza di ciò, arranca, con l'economia nazionale, la finanza pubblica.

Tutto questo viene a restringere necessariamente l'area della solidarietà: necessariamente, perché viene a mancare la concreta possibilità di essere solidali al punto che sarebbe necessario. Tanto lo studioso dei problemi giuridici, come il giudice si vedono a questo punto stretti nella morsa di due contrapposte esigenze: da un lato un'esigenza di civiltà e di rispetto di certi principi enunciati nella costituzione, che chiama alla solidarietà, e dall'altro il senso civico, che costringa a non trascurare la situazione reale della società nazionale, lo « stato della repubblica », ciò che essa è in grado di fare e dare per realizzare la solidarietà.

Non possiamo dimenticare logicamente che il diritto è contemperamento di interessi e valori, è adeguamento alle circostanze ed alle possibilità. Esso non può giocare un ruolo distruttivo di quella stessa società di cui vuole e deve essere il tessuto connettivo. Il detto *fiat iustitia, pereat mundus* non può essere di guida. Ma cercare altri criteri di guida in questa situazione appare enormemente difficile.

8. Indubbiamente non possiamo prescindere dagli indirizzi, i valori, i principi della costituzione. Il nostro è uno Stato di diritto: uno Stato sociale che non può né vuole abdicare alla condizione di Stato di diritto. La nostra costituzione viene giustamente apprezzata come una costituzione molto avanzata, tanto sotto il profilo dello Stato-diritto, quanto sotto quello dello Stato-sociale.

Un criterio, naturalmente, (del resto lo si applica anche nei rapporti di diritto privato) non può non essere quello del contemperamento degli interessi: del contemperamento degli interessi collettivi, dell'interesse generale, dell'economia nazionale, della finanza pubblica, con gli interessi dei particolari, dei governati che hanno a che fare con l'amministrazione. Un altro criterio è quello di privilegiare quegli interessi costituzionali che hanno carattere preminente. Anche la Corte costituzionale ha più volte affermato il principio dell'esistenza, della necessità di una graduatoria ponderata dei molteplici valori che sono presenti nella costituzione.

Il criterio del contemperamento, che in questa occasione mi limito soltanto ad additare senza riuscire ad approfondirlo, è in fondo quello stesso criterio che si applica, ad es., nell'art. 844 c.c. e che applicano i magistrati quando pongono a confronto tra loro il diritto di cronaca ed il diritto alla riservatezza.

Anche (ma non soltanto) per queste ragioni, fin quando duri quella situazione di ristrettezza economica che ho ricordato, e specie se si vuole ampliare la sfera degli interessi salvaguardati mediante un ristoro, appare difficile, a mio avviso, prescindere, allorché si pone un problema risarcitorio, dalla colpa dell'amministrazione, dall'elemento psichico. Su questo punto non sono d'accordo con la generalità della dottrina e con quella giurisprudenza, che mi pare in via di superamento, la quale fino a un recente passato affermava che in presenza di un atto illegittimo non occorre vedere se vi sia o no colpa dell'amministrazione. Può esservi l'errore scusabile, e in caso di errore scusabile anche l'amministrazione va discriminata, in quanto non colpevole. Non esiste, del resto, nessun aggancio normativo che differenzi, in questo campo, la posizione dell'amministrazione da quella degli altri soggetti. L'art. 2043 c.c. va applicato anche all'amministrazione; anche per questa non può esservi in

via di principio, responsabilità senza colpa.

9. Bisogna pure tener presente però, che, quando si sia in presenza di un atto amministrativo illegittimo, non sempre il danno ingiusto nasce necessariamente, direttamente ed esclusivamente da quest'ultimo.

Le fattispecie sono differenti. A volte il danno può prodursi in virtù della sola emanazione dell'atto amministrativo. Altre volte il danno non si produce invece se non in conseguenze dell'esecuzione dell'atto amministrativo. Supponiamo che un ordine di demolizione non venga portato ad esecuzione: il danno non ci sarà; se l'ordine di chiusura di un esercizio non riceve attuazione, il danno ugualmente non ci sarà. In altri casi, all'opposto, basta la semplice apertura del procedimento perché un danno si produca. Il procedimento disciplinare, specialmente se abbia divulgazione, è in grado di recar danno attraverso il discredito. È facile comprendere poi la diminuzione di valore delle cose per il solo fatto che esse vengono sottoposte a certe procedure espropriative o vincolative. Si tratta di fatti che producono di per sé stessi un danno. Si pongono addirittura problemi in ordine all'interesse processuale, nonostante che questo venga, in casi di questo genere, solitamente negato. E così pure in ordine alla giurisdizione: ché, nonostante la mancanza del provvedimento amministrativo e dell'esercizio del potere di porlo in essere, potrebbe sorgere in casi siffatti un problema di risarcimento.

Prescindiamo però dai casi di cui si è detto. È certo — comunque è accettato comunemente — che, se la fattispecie ingloba un atto amministrativo posto in essere nell'esercizio di un potere di cui l'amministrazione effettivamente dispone, bisogna prima andare davanti al giudice amministrativo: ogni volta che un atto amministrativo incida su interessi i quali non assurgano a diritto soggettivo assistito da una tutela piena e diretta, è pregiudiziale, rispetto alla questione del risarcimento, la questione relativa alla legittimità dell'atto.

Nei casi in cui l'atto amministrativo illegittimo posto in essere in condizione di sussistenza del potere viene a incidere su un diritto soggettivo, cioè su un diritto afflievibile, l'annullamento da parte del giudice amministrativo elimina l'atto, e, una volta intervenuto questo annullamento, il diritto al risarcimento non può mancare. Qui è come se l'atto non ci fosse mai stato: una volta che esso sia stato annullato (*ex tunc* e una volta per sempre), nasce, se c'è il danno e la colpa, il diritto al risarcimento. Ciò vale — come già detto — per l'ipotesi in cui l'atto di annullamento colpisca un illegittimo annullamento, per esempio quello di una licenza edilizia o di una licenza di commercio, e cioè di atti che abbiano prodotto la naturale espansione di un diritto.

Se l'atto amministrativo, anziché colpire un diritto già nato (o già espanso), incide su un diritto in attesa di espansione, allora l'annullamento giurisdizionale dell'atto che ha negato l'accrescimento della sfera giuridica del singolo — accrescimento in ordine al quale costui aveva una legittima e fondata aspettativa (a volte, ripeto, si tratta di posizioni denominate diritti dalla stessa costituzione, anche se in realtà questi sono solo diritti in attesa di espansione) — allora, dicevo, la dichiarazione di illegittimità del diniego di consentire l'espansione dovrebbe ugualmente condurre al risarcimento. Non dovrebbero esservi dubbi specialmente quando l'espansione è prevista e voluta dalla stessa costituzione; ma non soltanto in simili casi: si tratta infatti sempre di un'espansione radicata nell'ordinamento.

Perché il diritto al risarcimento possa effettivamente dirsi sussistente non basta però che vi sia stata prima la dichiarazione di illegittimità dell'atto di diniego; occorre altresì la constatazione che non esistano altri possibili elementi ostativi all'espansione. Bisognerebbe cioè portare avanti il discorso, sempre davanti al giudice amministrativo, nei confronti di questi ulteriori aspetti. Annullato per esempio, il diniego di una licenza edilizia per ragioni di ordine pubblico, quel diniego potrebbe essere legittimamente rinnovato (espressamente e attraverso il silenzio) fondandosi su ragioni urbanistiche, e viceversa. Per potersi presentare al giudice civile e chiedere il risarcimento, occorrerà perciò la previa sicurezza che la licenza

non poteva per nessuna ragione esser denegata; e bisognerà, quindi — laddove l'amministrazione non abbia essa stessa riconosciuto l'assenza di altri ostacoli — percorrere forse ancora (una o più volte) la via della giustizia amministrativa, al fine di contestare all'amministrazione ogni eventuale ulteriore obiezione circa la sussistenza di ragioni di diniego, utilizzando all'uopo, all'occorrenza, anche l'impugnazione del silenzio-rifiuto e l'azione di giudicato (per ottenere la nomina di un commissario).

10. Comunque è un fatto noto (e ciò appunto rende più impellente l'esigenza per ottenere un risultato favorevole attraverso un'azione risarcitoria) che non sempre la semplice dichiarazione di illegittimità dell'atto riesce ad essere soddisfacente, in quanto pienamente ripristinatoria e riparatoria.

Se l'interessato riesce ad ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo lesivo ora per allora, con la conseguenza dell'eliminazione di ogni danno nonostante che l'annullamento sia stato ottenuto a distanza di tempo, allora un problema di risarcimento può non sorgere affatto; anzi generalmente non si pone. Se un pubblico impiegato doveva avere una promozione o l'ottiene a distanza di anni, ma ora per allora, gli viene ricostruita la carriera, ed egli ottiene le spettanze economiche arretrate, con gli interessi e la svalutazione monetaria. In simili casi un problema risarcitorio può non sorgere affatto, e generalmente non sorge.

Ma non sempre la ripristinazione può esser fatta ora per allora. Esistono impedimenti nascenti da uno *ius superveniens* o da altre cause.

Se è stata negata una licenza edilizia, e l'interessato ha impugnato il diniego e ha ottenuto ragione dal giudice amministrativo, ma intanto è sopravvenuto un nuovo strumento urbanistico il quale conferisce all'area interessata altra destinazione, indubbiamente sussiste un interesse pubblico (urbanistico) prevalente rispetto a quello di assicurare al privato il ripristino della legalità attraverso il conferimento di una licenza ora per allora: ciò è tanto vero che per le finalità urbanistiche canonizzate negli appositi strumenti territoriali è consentito addirittura di espropriare e demolire le costruzioni già esistenti, eseguite in base a legittime licenze edilizie, ed esistono inoltre le misure di salvaguardia in corso d'opera. Tuttavia negare in casi di questo genere la possibilità di un risarcimento appare *summa iniuria*, se si accetta l'idea che nei casi stessi esiste una posizione appartenente al patrimonio proprio del soggetto, e non si vuole negare tale carattere a un diritto reale in attesa di espansione, anche se non possa dirsi che si tratta di un diritto pieno e incondizionato.

11. Anche l'annullamento di atti ablatori o diminutivi (e cioè di atti capaci di incidere su diritti affievolibili) non riesce sempre a produrre un effetto ripristinatorio. Facciamo il caso dei provvedimenti-prezzi e delle tariffe amministrative. La giurisprudenza afferma costantemente che le elevazioni dei prezzi non possono retroagire nei confronti dei privati che hanno pagato quanto autoritativamente stabilito. Il venditore non può chiedere e ottenere a distanza di anni il maggior prezzo, che, secondo diritto, avrebbe dovuto conseguire dall'acquirente se l'imposizione del prezzo amministrativo non fosse stata illegittima; e ciò anche se il provvedimento sia stato dichiarato illegittimo (naturalmente *ex tunc*). Ecco un altro caso di impedimento della possibilità di un ripristino ora per allora.

Esistono inoltre casi in cui la dichiarazione della illegittimità del diniego della espansione di un diritto — magari costituzionalmente garantito — non riesce, per ragioni di tempestività, ad essere utile. In certi casi la tempestività è essenziale alla consistenza stessa della posizione soggettiva. Ciò vale anche per i provvedimenti che stabiliscono prezzi e tariffe. Ma vale, come si è visto, prima di tutto per le libertà fondamentali. Se ho urgente bisogno di andare all'estero per concludere un affare o per ragioni di salute, a che mi giova il passaporto che mi venga rilasciato in ritardo rispetto all'occorrenza? Allo stesso modo, a che vale il riconoscimento tardivo del mio diritto di indire e organizzare una riunione preelettorale, l'esercizio del quale mi è stato impedito nel periodo elettorale ormai concluso? Altrettanto

dicasi per il riconoscimento tardivo del mio diritto ad una licenza di commercio o del mio diritto alla circolazione di un film diventato nel frattempo non più attuale o superato ormai dai gusti.

In simili casi davvero deve dirsi che il tempo è danaro e che l'intempestività viene ad azzereare o dimidiare l'utilità dell'amministrato.

12. La situazione si aggrava ancor più nei casi di silenzio-rifiuto. Quello del silenzio-rifiuto è un meccanismo incivile e perverso: a distanza di un anno e magari più dalla proposizione del ricorso, il giudice amministrativo affermerà che è illegittimo che l'amministrazione non mi abbia risposto, ma non mi dirà che cosa essa avrebbe dovuto rispondere, né che è illegittimo che non mi abbia accordato il bene della vita che avevo legittimamente richiesto; e io dovrò cominciare un nuovo giudizio, e nell'ipotesi migliore, se l'amministrazione continuerà a non rispondere, potrò ottenere la nomina di un commissario. In fondo quest'ultima sarebbe una fortuna, giacché se l'amministrazione mi risponde con un esplicito rifiuto, rischierò di finire in un dedalo inestricabile, come l'esempio già accennato del rifiuto a ripetizione di una licenza edilizia, per motivi ogni volta diversi, dimostra.

Si tratta di un vero e proprio vuoto temporale di giustizia. La giustizia rischia di esser negata per un periodo che può essere anche lungo, e ciò è estremamente grave. Se il Consiglio di Stato volesse, potrebbe risanare questa piaga con un coraggioso gesto di giustizia pretoria, introducendo, nei casi di silenzio-rifiuto, le prassi della immediata assegnazione di un termine per provvedere e della correlata nomina di un commissario, senza limitarsi, in prima battuta, a dichiarare semplicemente che è illegittimo il silenzio.

13. Chiusa la breve parentesi, va osservato che, se nei casi di dichiarazione dell'illegittimità del diniego all'espansione di un diritto si nega ogni possibilità di risarcimento, si può verificare addirittura uno svuotamento assoluto di posizioni soggettive garantite della costituzione. Riprendiamo l'esempio dei provvedimenti-prezzi. Se legittimi, essi vengono a comprimere legittimamente il diritto (la libertà) di iniziativa economica garantita dall'art. 41, comma 1, cost. Il comma 2 dell'articolo consente di farlo per ragioni di utilità sociale. Se però il provvedimento è illegittimo, vi sarà stata una ingiusta compressione del diritto garantito dal comma 1. Lo stesso discorso vale per la libertà di espatrio, e così pure, per la libertà di espressione: film, spettacoli teatrali e via dicendo.

In questi e in altri casi, e in particolare in quelli nei quali non c'è possibilità di ripristinare in modo risanatore *ex tunc* la situazione pregiudicata dal diniego illegittimo, o di ricondurla altrimenti a quella che avrebbe potuto e dovuto essere, in tutti questi casi, dicevo, se si nega anche il risarcimento del danno, e addirittura si nega o si ritarda l'azione giudiziaria — come si verifica attraverso il meccanismo del silenzio-rifiuto —, vengono ad essere azzerate o dimidiate posizioni soggettive, nonostante la garanzia costituzionale e le stesse garanzie giurisdizionali accordate dagli art. 24, 103 e 113 cost., i quali esigono prima di tutto l'effettività della giustizia.

14. Tutto questo fa enormemente pensare se guardiamo a una faccia della medaglia, quella dello Stato di diritto. Esiste però l'altra faccia, quella della finanza pubblica.

Ciò che attiene a questa diversa area non può oscurare però l'importanza della prima area. Mi rendo conto degli scrupoli che possono pesare sulla coscienza dei giudici. Però non posso non concludere affermando la mia convinzione che oggi la giustizia sia eccessivamente avara nei confronti delle lesioni di tante posizioni soggettive cui la costituzione vorrebbe assicurata maggiore protezione, e che sicuramente attengono alla sfera giuridica individuale e ricadono perciò nell'ambito del « danno ingiusto » recato ad « altri », cui si riferisce l'art. 2043 c.c. (il quale non si riferisce solo agli atti lesivi di diritti incondizionati).

In un'occasione come questa — più ricognitiva che conclusiva — sarebbe estremamente difficile andare oltre. Concludo perciò ribadendo l'idea, altre volte espressa, che un diritto al

risarcimento non dovrebbe esser negato nei casi dell'illegittima incidenza su diritti affievoliti o su diritti in attesa di espansione.

Le attuali condizioni della finanza pubblica rendono più difficile una conclusione nei medesimi sensi in riferimento ai casi in cui le posizioni soggettive sostanziali lese nel procedimento amministrativo attengano a semplici *chances*. In riferimento a queste mi pare, del resto, che l'ipotetico risarcimento non potrebbe, allo stato attuale, andare oltre il *damnum vitandum* per attingere invece addirittura l'area del *lucrum captandum*. Ad es., chi illegittimamente sia stato escluso da una gara d'appalto o sia stato pretermesso nella stessa non dovrebbe poter pretendere altro, se non il rimborso delle spese ragionevolmente affrontate per partecipare alla gara. Ma, ripeto, non oso azzardarmi a conclusioni definitive. Una *affluent society* potrebbe spingere ben oltre le conclusioni della propria dogmatica giuridica.

