

R. SILVIO TRENTIN

La cosa giudicata ~ ~ ~
nelle decisioni delle Sezioni
giurisdizionali del Consiglio
di Stato ~ ~ ~ ~ ~

Pisa

Stab. Tipografico

Succ. F. F. Nistri

1910

A

MIA MAMMA



CAPITOLO I.

Nozione di giurisdizione e di regiudicata

SEZIONE PRIMA.

Concetto di giurisdizione

§ 1. — **Principi generali. Delimitazione della ricerca.**

Nel costituirsi e nell'organizzarsi in forma autonoma della scienza del diritto pubblico, poche parole ebbero nella nuova terminologia lentamente elaboratasi un significato più vario e più incerto che la parola *giurisdizione*. Individuata e sufficientemente disintegrata dagli altri concetti affini nella classica tripartizione del Montesquieu venne a poco a poco, col prevalere delle nuove dottrine intorno allo Stato e col conseguente allargarsi e complicarsi della sfera di attività ad esso propria, a subire una modificazione profonda in quelle che sino allora erano state le sue basi concettuali; modificazione che ebbe la sua giustificazione teorica nelle dispute spesso vivaci, sempre gravissime, che nella dottrina sorsero all'effetto principalmente di definire alcuni nuovi istituti creati a guarentigia di nuovi interessi. Il sorgere dello Stato di diritto costituitosi a poco a poco sui ruderi dell'antico regime di polizia venne a portare un turbamento profondo nei rapporti di diritto pubblico, sino allora non soltanto sforniti di ogni sistemazione giuridica, ma privi pur anche di giuridico riconoscimento, e per conseguenza ad allargare, a modificare, ad accrescere di importanza le varie forme di attività statale.

La funzione stessa dello Stato sinteticamente considerata nella sua finalità, subì una radicale modificazione: lo Stato in altre parole cessò di contrapporsi sistematicamente all'individuo e di assumersi quale soggetto di un potere esercitantesi per il perseguimento di fini egoistici, diventando invece il rappresentante ed il tutore degli interessi dei singoli, considerati quali membri della consociazione politica, garantendone perciò il perseguimento ed assicurandone nel medesimo tempo la conciliazione.

Il rivolgimento si manifestò, come si intuisce, con maggiore accentuazione nel campo del diritto pubblico, dove, se pur qualche volta si scorgevano tracce esteriori di ordinamenti giuridici, imperavano sovrani la discrezione e l'arbitrio. Si può dire che tutto un nuovo campo venisse conquistato al diritto e tutto un nuovo ordine di istituti e di corrispondenti attività si costituisse. Fu appunto nella determinazione e nella classificazione di queste funzioni nuove e di queste nuove situazioni giuridiche che si verificò quella incertezza e quella confusione di principii che determinarono molto spesso nella pratica la instabilità di molti fra gli istituti di diritto pubblico e la complessità e difficoltà dei rapporti loro connessi.

La lunga e rigorosa elaborazione, trasmessaci in gran parte dai romani, dei principii del diritto privato, considerato, non senza giustificazione, come diritto comune, fece sì che a questi ultimi, nella determinazione dei nuovi rapporti, troppo spesso e troppo ciecamente si facesse ricorso, senza tener presenti le profonde differenze che derivavano dalla nuova posizione in questi rapporti assunta dallo Stato moderno. E siccome una delle conseguenze più importanti di questa nuova posizione, fu l'affermarsi anche nel campo pubblicistico di veri diritti subiettivi o di interessi legittimamente perseguibili, si comprende facilmente come il concetto di giurisdizione, ormai tradizionalmente concepita come una funzione statale esercitantesi nei rapporti fra privati, dovesse risentire di questa instabilità e di questa incertezza.

Come i rapporti di diritto privato si parificarono a quelli recenti di diritto pubblico, come anzi gli stessi diritti pubblici subiettivi si considerarono alla stessa stregua di quelli privati, non

riuscendosi a concepire come uno stesso principio ed uno stesso istituto potessero considerarsi in modo non univoco, così il concetto di giurisdizione di diritto privato fu trasportato nel campo del diritto pubblico, ricorrendo soltanto a rabberciature e modificazioni esteriori là dove esso si fosse dimostrato inadatto o insufficiente alla nuova funzione.

Da quanto abbiamo detto risulta evidente la necessità di fissare nel modo più rigoroso possibile la natura ed i limiti di questa funzione tanto importante dello Stato moderno, considerandone principalmente l'oggetto e studiandone il vario comportarsi in ordine alle diverse condizioni nelle quali il suo esercizio può effettuarsi.

Anzitutto occorre rilevare come nel linguaggio giuridico, non soltanto volgare ma anche scientifico, si adoperi la parola giurisdizione in modo non univoco servendosi di essa per indicare nozioni ed istituti i più svariati. Prescindendo dal significato che a questa parola può essere attribuito in considerazione a determinate circostanze di luogo e di tempo od a particolari necessità di ordine politico, possiamo affermare che sotto la nozione di giurisdizione vengono generalmente ricondotti tre ordini diversi di concetti.

In primo luogo si denomina giurisdizionale una particolare forma della attività statale, diremo meglio anzi una delle tre funzioni nelle quali la dottrina venne a concretare la giustificazione e lo scopo dello Stato moderno. In questo senso la parola giurisdizione venne adoperata dai costruttori della teorica costituzionale della divisione dei poteri, in contrapposto alle parole legislazione ed amministrazione.

In secondo luogo giurisdizione si adopera per indicare la competenza propria ad una determinata autorità ovvero l'esercizio funzionale di codesta autorità entro i limiti fissati dalle norme di competenza. Questo uso speciale della parola giurisdizione si verifica specialmente nella pratica ed è dovuto in gran parte alla difficoltà di definire il concetto di competenza ed alla facilità di confondere i rapporti intercedenti fra questo ed il concetto di giurisdizione.

In terzo luogo, ed è questo l'uso più comune, questa denomi-

nazione viene adoperata ad indicare le funzioni del giudice, e più particolarmente l'esercizio dell'autorità e delle attribuzioni a lui proprie senza distinguere quelle giudiziarie da quelle puramente amministrative (volontaria giurisdizione)¹⁾.

Come abbiamo osservato è questo ultimo il significato che più comunemente e nella pratica e nella dottrina viene attribuito alla parola giurisdizione, divenuta per conseguenza inseparabile dal concetto di autorità giudiziaria. La ragione di questa restrizione le cui conseguenze sono gravissime, come nel corso di questo studio verremo esaminando, deve rinvenirsi in quella concezione dei principi di diritto privato a cui precedentemente abbiamo accennato, per la quale questi vennero considerati come applicabili ad ogni rapporto giuridico ed estensibili a regolare ogni nuova situazione.

Senza intrattenerci ad esaminare il secondo dei significati attribuito alla parola giurisdizione la cui improprietà è evidente, noi dovremo risalire alla nozione di funzione giurisdizionale determinandone lo scopo e fissandone i limiti per poi studiare le varie forme che essa può assumere e dimostrare come pur conservando la sua natura non possa restringersi nel suo esercizio ad un unico tipo ed esaurirsi nell'esperimento di identici mezzi.

§ 2. — Evoluzione storica del concetto di giurisdizione.

Prima di intraprendere questa ricerca, crediamo necessario di osservare, allo scopo di togliere di mezzo equivoci, che noi prescindiamo assolutamente da tutti quei significati che la parola giurisdizione nella evoluzione storica del diritto venne ad assumere, e che tanto si differenziano da quelli propri del linguaggio giuridico moderno di cui sopra abbiamo fatto cenno. Questa osservazione molte volte fu dimenticata dalla dottrina la quale troppo spesso fece ricorso a principii propri di altri tempi e di diversi ordinamenti giuridici allo scopo di desumere la natura e studiare il comporta-

¹⁾ V. VACCHELLI. *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini ecc.* In vol. III del *Tratt. di dir. amm.* dell'Orlando, Milano, 1901, p. 253-54.

mento della funzione giurisdizionale nello Stato moderno, non tenendo cioè presente che essendo il concetto di giurisdizione uno degli attributi della sovranità è ben naturale che esso sia venuto modificandosi in relazione al vario organizzarsi dei poteri pubblici ed al susseguirsi di forme e di modi diversi di esercizio della loro attività¹⁾.

Nello stesso diritto romano la parola *jurisdictio* ebbe a subire una evoluzione concettuale parallelamente al modificarsi degli ordini costituzionali ed al trasformarsi degli istituti processuali per cui male si ricorrerebbe agli insegnamenti di quei giureconsulti per tracciare le linee fisionomiche del concetto di giurisdizione nello Stato moderno²⁾.

Nel lungo periodo medievale ancora minori elementi troveremmo per disintegrare la giurisdizione dalle altre funzioni dello Stato e per fissarne particolarmente il contenuto; anche nel diritto e nella legislazione ecclesiastica in cui molti fra i moderni istituti giuridici poterono pur trovare una notevole elaborazione invano si ricercerebbe una nozione di giurisdizione che ci potesse aiutare a definire il carattere della attività che per mezzo di essa lo Stato viene ad esercitare ed a determinare i rapporti di questa funzione con le altre proprie dello Stato di diritto. La concezione essenzialmente teocratica della sovranità che si rifletteva, con un'impronta caratteristica, su ogni aspetto della vita giuridica, toglieva molto spesso ogni ragione ad indagini dirette a stabilire alla stregua dei principii del diritto, il fondamento dei diversi istituti nei quali quella sovranità si estrinsecava.

Occorre adunque prescindere da tutti questi concetti variamente connessi a condizioni storiche ormai oltrepassate e tener soltanto presenti nello studio a cui ci accingiamo la natura e gli scopi fondamentali dello Stato, quali vennero delineandosi in quel grande

¹⁾ V. MORTARA. *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile.* Milano, Vallardi, vol. I, p. 2.

²⁾ Cfr. BERNATZIK. *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien, 1886 § 3; KAEMPFER. *Die Begriffe der iurisdictio*, Wien, 1876; v. inoltre: Dig. II, 1; Cod. III, 13; Cod. Theod. II, 1.

rivolgimento teorico ed istituzionale che segnò il passaggio dello Stato di polizia allo Stato di diritto e per il quale il concetto di sovranità a cui quello di giurisdizione si riconnette venne profondamente a mutarsi.

Lo Stato libero invero, costituitosi sopra la collettività assumendone però nello stesso tempo la rappresentanza, cessò di contrapporsi al singolo come soggetto di poteri (più che di diritti) sistematicamente in contrasto con gli interessi a questo propri, diventando invece il cooperatore e l'integratore delle forze individuali considerate come parti dell'organismo sociale, derivando per conseguenza, come bene osserva il Mortara ¹⁾, da questa nuova concezione della funzione di sovranità una necessaria determinazione di fini e limitazione di mezzi.

Nei primi tentativi diretti a costruire una dottrina nella quale sistematicamente trovassero applicazione questi nuovi principi fondamentali venuti a prevalere nella determinazione delle funzioni dello Stato, ebbe origine la famosa tripartizione dei poteri a questo propri e la corrispondente classificazione delle attività in cui essi si estrinsecano in attività legislativa, attività giurisdizionale ed attività amministrativa. Molte furono le critiche mosse a questa teoria le cui influenze furono relevantissime nella determinazione dei vari istituti specialmente del diritto pubblico; non si può però disconoscere che nella sua formulazione più semplice essa sia riuscita a stabilire un giuridico sistema di differenziazione fra le varie forme di attività statale contribuendo conseguentemente alla adozione di adeguati criteri per rintracciarne le forme ed i modi di esercizio.

Fu invece nella applicazione di questo sistema che si cadde in esagerazioni dannosissime adottando quel principio antiscientifico di separazione che molto spesso impedì il necessario coordinamento fra i vari istituti giuridici. Si volle cioè individualizzare ogni singola funzione in una determinata categoria di organi e dimenticando che i vari poteri che per mezzo di questi si esercitavano venivano a congiungersi nell'unico concetto di sovranità, si tentò di stabilire

¹⁾ *Op. cit.* I, 12.

dei limiti assoluti ed infrangibili di competenza, giungendo persino in pratica a subordinare la esistenza di una determinata funzione alla esistenza di un determinato organo fornito di caratteri speciali ed appartenente ad una determinata categoria ¹⁾.

Gli inconvenienti di una siffatta applicazione della teorica della divisione dei poteri si rilevarono con maggiore intensità nella determinazione delle varie forme di attività giurisdizionale il cui carattere si restrinse esclusivamente alla attività degli organi giudiziari veri e propri estendendolo a tutte le forme che in pratica essa poteva assumere. In questo modo appunto si originò quella nozione di giurisdizione alla quale più sopra abbiamo accennato, per cui tale dovrebbe considerarsi solo l'attività rientrante nella competenza e nell'esercizio dell'attività del giudice.

Ci ripromettiamo con questo lavoro di poter dimostrare la inesattezza non solo teorica ma anche pratica di siffatta concezione. Intanto sarà opportuno rilevare come il sistema che combattiamo si fonda sopra una indipendenza delle varie funzioni proprie dello Stato inconciliabile con la nozione di *organismo* che è presupposto di quella di *funzione*. Se invero lo Stato onde meglio essere studiato nella sua attività viene personificato attribuendogli facoltà e qualità proprie della persona fisica, se la sua attività si riconnette all'azione di determinati organi, se infine il raggiungimento del suo scopo che costituisce la ragione della sua esistenza giuridica si riporta all'esercizio di determinate funzioni, occorre necessariamente ammettere fra queste ultime dei rapporti di indispensabilità e correlazione reciproca senza dei quali il funzionamento dell'organismo sarebbe impossibile.

Ma come gli organi del corpo umano e specialmente quelli più

¹⁾ È questa la teorica sostenuta in Germania, con speciale applicazione al campo giurisdizionale dal LABAND. *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*. Freiburg, 1895, II, 329 e dal BORNHAK. *Allgemeine Staatslehre*, p. 204. V. contra JELLINEK. *Gesetz und Verordnung*. Freiburg, 1887, p. 213 e segg.; ROCCO. *La sentenza civile*. Torino 1906, p. 11, not. 11; CAMMEO. *La manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*. In *Tratt di dir. amm.* dell'Orlando, vol. III, p. 8-12.

importanti possono compiere contemporaneamente più funzioni e soddisfare per conseguenza a diverse necessità, così accade riguardo agli organi dello Stato, per cui non si potrà mai senza disconoscere questa legge pratica, desumere la natura della funzione dalla qualità dell'organo che la esercita senza tener conto del modo con cui questo esercizio si verifica e dello scopo a cui è diretto.

§ 3. — Il concetto di « difesa » nella determinazione della funzione giurisdizionale. Giurisdizione e legislazione.

Uno dei criteri con cui ordinariamente si usa contraddistinguere la funzione giurisdizionale dalle altre funzioni dello Stato è quello desunto dal concetto di difesa degli interessi propri ai membri della consociazione, definendosi essa ordinariamente come la attuazione delle norme di diritto obiettivo, considerate quali emanazioni della funzione legislativa, in cui si concreta la protezione dallo Stato accordata ai cittadini. Non vogliamo qui anticipare la questione, a cui in seguito accenneremo, se la funzione giurisdizionale si possa alcune volte considerare come una funzione automatica, avente per oggetto unico la applicazione della norma obiettiva senza alcuna considerazione degli interessi singoli che con questa norma possono trovarsi in rapporto, il che importerebbe ad eliminare in alcuni casi il criterio della difesa come caratteristico della giurisdizione: ci accontentiamo per ora di affermare che noi riteniamo questo criterio essenziale ma non sufficiente a distinguere la funzione di cui ci occupiamo dalle altre che allo Stato appartengono.

Certe forme di difesa infatti degli interessi singoli specialmente nei confronti dello Stato, considerato quale ente sottoposto al diritto, si attuano anche per mezzo della funzione legislativa e per mezzo di quella amministrativa ¹⁾. Si può dire anzi che riconosciuto nel diritto lo scopo di prevenire la lotta e di sedarla ove sorga, ogni manifestazione dell'attività dello Stato in quanto devesi considerare come organo supremo del diritto rappresenta sempre una difesa.

¹⁾ Cfr. VACCHELLI. *Op. cit.*, p. 228 e segg.

In altri elementi adunque noi dovremo rinvenire i caratteri differenziali della giurisdizione; nè sarà inopportuno a questo proposito premettere qualche breve considerazione intorno alla natura della funzione legislativa. Scopo primo dell'attività dello Stato, concepito quale supremo cooperatore degli interessi della consociazione, è quello di stabilire le condizioni fondamentali di coesistenza fra i vari interessi singoli e fra questi e quelli della consociazione, considerata quale collettiva espressione dei primi. In questo scopo si esaurisce quasi completamente la funzione dello Stato moderno: si può dire anzi che sia teoricamente e praticamente concepibile un ordinamento in cui l'esercizio di ogni attività statale si limiti a questa forma di protezione. Senza dubbio, ad ogni modo, è questa la sola funzione necessaria, imprescindibile, irrinunciabile dello Stato.

Essendo profondamente distinti e variabili gli interessi degli individui, presentando le forze ed i mezzi di cui essi dispongono una consistenza diversa ed una diversa intensità a seconda del verificarsi di circostanze le più disparate, moltiplicandosi per conseguenza, col moltiplicarsi di queste differenti condizioni, i modi con cui essi possono venire perseguiti; si comprende facilmente come nessuna forma di convivenza civile possa concepirsi la quale prescindendo da un sistema di norme che contemperando insieme questi vari e spesso fra loro contrastanti interessi segni ad ognuno i limiti ed i mezzi tutelandone entro questa stregua il perseguimento.

È per questa ragione che la funzione legislativa per mezzo della quale si esplica tutta quella fondamentale categoria di norme di condotta che è costituita dalle norme giuridiche ¹⁾, viene in pratica ad attuare la più alta forma di protezione degli interessi della consociazione, non soltanto considerata nei rapporti reciproci fra i suoi membri, ma anche nei rapporti fra questi e lo Stato col quale, come ente, la consociazione stessa si identifica.

È questa ultima una circostanza che occorre convenientemente

¹⁾ V. sui caratteri della norma giuridica: VANNI. *Lezioni di filosofia del diritto*, p. 68 e segg.; FILOMUSI-GUELFI. *Enciclopedia giuridica*, p. 11, e segg.; ROCCO. *La sentenza civile*, Torino, 1906, p. 2 segg.

rilevare: lo Stato nelle sue relazioni con gli individui, non appare più come nei regimi antecedenti quale soggetto di poteri sforniti di limiti ed estranei al diritto, ma bensì come un soggetto vero e proprio di diritti, risolvendosi le sue relazioni con i membri della società governata in un esercizio di diritti subiettivi pubblici e privati ¹⁾. La conseguenza di siffatta concezione che rappresenta una delle più grandi conquiste dell'epoca moderna fu, come si intuisce, la delimitazione entro confini garantiti dal diritto dell'attività dello Stato che risultò circoscritta dall'esistenza e dall'esercizio di diritti subiettivi pubblici e privati dei cittadini. In questo modo riuscì particolarmente determinata quella forma di attività dello Stato che si riconobbe come prodotto della funzione amministrativa e che solo poté acquistare importanza autonoma quando anche allo Stato si riconobbe la qualità di soggetto di diritti pubblici.

Derivò anche da questa concezione, profondamente innovatrice, il sorgere ed il costituirsi di tutta una serie di nuovi rapporti che il diritto considerato come prodotto della funzione legislativa fu costretto a regolare mediante la determinazione di norme di condotta, diverse da quelle a cui dovevano sottostare le relazioni reciproche fra cittadini e che per la natura speciale del nuovo soggetto di diritto partecipante a quei nuovi rapporti, dovettero assumere una speciale caratteristica.

Di qui in fine, la classificazione delle norme giuridiche in norme di diritto pubblico ed in norme di diritto privato, classificazione però non sempre sostanziale nè praticamente facile.

Emanata la norma giuridica non si esauriscono le funzioni dello Stato, nè si attuano in modo completo quella protezione e quella garanzia degli interessi della consociazione che costituiscono il suo scopo fondamentale. Infatti i rapporti che possono verificarsi nella vita della consociazione sono suscettibili di variazioni e trasformazioni così profonde che riesce assolutamente impossibile alla norma giuridica di poterli seguire particolarmente nelle loro diverse applicazioni; per questa ragione sorgerà frequentemente nella pratica

¹⁾ Cfr. MORTARA. *Op. cit.*, vol. I, p. 19 e segg.

la necessità di interpretare la norma giuridica per stabilire quale trattamento ad un determinato rapporto debba farsi in applicazione dei principi da essa norma contenuti, e conseguentemente quali fra gli interessi che in quel rapporto possono contrastarsi la prevalenza debba essere protetto.

In secondo luogo anche ammesso che la norma giuridica particolarmente contempra il rapporto in discussione ed in modo preciso determini la tutela di un determinato interesse, può rendersi necessaria la dichiarazione di questa norma e la sua applicazione per il disconoscimento, da parte di uno dei soggetti del rapporto giuridico, del comando o del divieto in essa contenuti. Poichè la norma giuridica, essendo diretta a stabilire le condizioni di coesistenza delle varie attività individuali, viene a risolversi in comandi o divieti limitanti la volontà e la attività singola in vantaggio di altre volontà ed attività singole.

È naturale che in questo modo venga riconosciuto a ciascun soggetto nel proseguimento dei suoi vari e molteplici scopi una sfera in cui la sua attività possa liberamente esercitarsi: questa sfera, in quanto risponda all'ordine giuridico stabilito, costituisce il diritto particolare o diritto subiettivo del soggetto dell'attività ¹⁾. Il quale adunque può definirsi la facoltà di perseguire un determinato interesse, quando questo perseguimento sia dalla norma obbiettiva autorizzato, mediante il riconoscimento della volontà a cui quell'interesse si riferisce.

§ 4. — **Diritto subiettivo pubblico e diritto subiettivo privato.**

Quando la norma obbiettiva era esclusivamente diretta a regolare le relazioni intercedenti fra i singoli allo scopo di rendere possibile la coesistenza delle diverse attività spesso contrastanti, il diritto subiettivo non poteva assumere che un carattere esclusivamente privato: le relazioni infatti che il singolo poteva contrarre con lo Stato

¹⁾ Cfr. MORTARA. *Commentario*, I, p. 14 segg.; CAMMEO. *Le manifestazioni di volontà ecc.*, p. 10 e segg.

erano poste al di fuori del diritto e regolate esclusivamente dalla discrezione propria del pubblico potere.

Allorchè in seguito alla nuova concezione dello Stato di diritto la norma giuridica sottopose alle sue prescrizioni anche i rapporti nei quali lo Stato figurava come parte, allora una nuova sfera di attività dovette aggiungersi a quella già posseduta dal privato, mentre contemporaneamente una profonda limitazione dovette subire il campo di esercizio dell'azione statale. In questo modo appunto sorsero i diritti pubblici subiettivi che tanta importanza oggigiorno hanno assunto nei diversi ordinamenti giuridici. Per quanto però la sfera in cui questi ultimi si esercitano vada ogni giorno più allargandosi, pure essa risulta assai più ristretta di quella in cui si esplicano i diritti subiettivi privati: inoltre il modo con cui le facoltà, a cui queste due categorie di diritti corrispondono, si fanno valere, profondamente si diversifica, perchè la norma giuridica diretta a regolare ed a contemperare le varie attività estrinsecantisi nell'ordine giuridico pubblico deve tener conto della speciale natura dell'ente che di quelle attività può essere soggetto ed all'attributo di sovranità che, per quanto ristretto entro limiti giuridici, non può da questo essere disgiunto.

La facoltà, per conseguenza, che costituisce il contenuto del diritto subiettivo pubblico non potrà mai parificarsi alla analoga derivante dal diritto subiettivo privato e ciò perchè diverse sono le condizioni ed i limiti a cui la norma giuridica sottopone la autorizzazione all'esercizio di quelle facoltà. È questa una considerazione a cui molto spesso non si attribuì la dovuta importanza, specie quando si volle subordinare (e ciò accadde frequentemente anche nella migliore dottrina) il riconoscimento di un diritto pubblico subiettivo al verificarsi delle condizioni determinanti la esistenza di un diritto subiettivo privato.

A codesta confusione di criteri molto certamente contribuì la tradizione, per la quale, mentre da una parte non si riusciva a concepire il diritto subiettivo se non come l'esercizio delle facoltà autorizzate e protette dalla norma giuridica privata, dall'altra si stentava a riconoscere la autorità di una norma giuridica imperante an-

che alla sovranità. Perpetuava inoltre questa confusione il linguaggio adottato dalle nuove legislazioni di diritto pubblico, nelle quali alle nuove facoltà riconosciute ai singoli ed allo Stato non si volle attribuire esplicitamente il carattere e la qualifica di diritto, per la diversa protezione che ad esse veniva accordata in confronto a quella derivante dalla norma giuridica privata, alla quale per conseguenza si restrinse la prerogativa di creare diritti.

§ 5. — Condizioni che giustificano l'esercizio della funzione giurisdizionale. — Definizione di giurisdizione.

Queste considerazioni era opportuno premettere per evitare che la confusione nella terminologia potesse riflettersi sull'apprezzamento delle forme di protezione proprie del diritto pubblico, ciò che tanto frequentemente si è verificato nella dottrina e nella pratica ¹⁾. Riprendendo ora l'esame dell'eventualità in cui la protezione accordata dalla norma obiettiva rimanga allo stato potenziale, senza riuscire per forza propria a dirimere il conflitto che in pratica possa essere sorto fra due interessi pretendenti una simultanea ed inconciliabile difesa, ricorderemo come i casi che possono dar luogo a questa eventualità siano riducibili sostanzialmente a due categorie: 1.º quando la sfera propria all'esercizio dell'attività di un singolo non riesca esplicitamente determinata dalla norma giuridica, per cui risulti uno stato di incertezza pericoloso per l'ordine e la pace sociale; 2.º quando pur risultando determinati questi limiti essi non vengano osservati nell'esercizio dell'attività del singolo diretta al perseguimento dell'interesse individuale.

In ambedue queste categorie di casi la incertezza o la inosservanza della norma giuridica si rivela comunemente in un contrasto fra interessi e volontà singole che occorre conciliare. È questo in vero il compito della funzione giurisdizionale la quale però può

¹⁾ Cfr. a questo proposito: BERNATZIK. *Rechtsprechung und Rechtskraft*. Wien, 1886, p. 1; SALANDRA. *La giustizia amministrativa nei governi liberi*. Torino, 1904, p. 85, e segg.

trovare una giustificazione al suo esercizio anche quando la incertezza della norma giuridica non abbia dato luogo ad un contrasto attuale e la interpretazione per ciò si richieda quale forma di protezione preventiva.

Se può essere vero adunque che scopo e movente della funzione giurisdizionale sia la difesa del diritto obiettivo non può però disconoscersi che considerata nel modo con cui essa viene esercitata, questa funzione, anche da un punto di vista cronologico, viene effettivamente ad attuare la protezione del diritto obiettivo attraverso alla tutela degli interessi subiettivi ¹⁾.

Se si volesse indagare la natura dell'attività che nell'esercizio della funzione giurisdizionale lo Stato pone in essere ed il processo logico da cui quella risulta, essa si potrebbe ridurre a due forme corrispondentemente alle due diverse categorie di casi che quell'esercizio possono richiedere; interpretazione di norme incerte ed applicazione di norme non osservate. Volendo perciò tentare una definizione di giurisdizione noi crediamo di poter chiamare tale quell'attività dello Stato diretta a dichiarare conformemente ai principi stabiliti dalla norma obiettiva la sfera propria all'esercizio dell'attività individuale, sia quando ne risultino incerti i limiti, sia quando questi vengano violati ²⁾.

¹⁾ V. Contra: MORTARA. *Commentario*, I, p. 19; CAMMEO. *Commentario*, p. 17; cfr. anche in senso favorevole alla nostra opinione ROCCO. *La sentenza civile*, p. 9.

²⁾ Analoga è anche la definizione che il CHIOVENDA dà (*Cosa giudicata e competenza*. In *Studi* in onore di C. FADDA, vol. II, p. 401) di contenuto della giurisdizione che egli intende per « l'attività di un organo dello stato diretto a realizzare una volontà di legge, mediante la sostituzione di una attività dovuta da alcuno o la costrizione di costui a prestarla, o mediante la produzione di un effetto giuridico ».

Dalla definizione stessa di giurisdizione si deduce logicamente la definizione di amministrazione la quale non potrà considerarsi se non quell'attività dello Stato per mezzo della quale questi persegue gli scopi molteplici che gli vengono assegnati dalla posizione che esso occupa nell'ordinamento costituzionale. È anche questa sempre una funzione sovrana, poichè questo carattere è insito ad ogni attività statale: occorre però notare che nella nuova concezione dello Stato di diritto anche la sovranità dovette assumere il carattere di concetto giuridico

A questa definizione si avvicina in ultima analisi quella assai diligente del Rocco ¹⁾ sebbene da essa noi ci discostiamo per la estensione che per essa si dà all'attività giurisdizionale, comprendendo in essa tutto il procedimento esecutivo che a nostro modo di vedere più propriamente appartiene alla funzione amministrativa e che solo per ragioni di opportunità può farsi rientrare nella giurisdizione senza che per questo assuma il carattere di elemento essenziale ²⁾.

Nè vale obiettare come fa il Rocco che la applicazione della norma giuridica, in caso di inosservanza, non può farsi dalla giurisdizione se non per mezzo del procedimento esecutivo, perchè si

e rinvenire nel diritto obiettivo la sua determinazione. Per modo che mentre nei sistemi precedenti la funzione amministrativa in forza della sua natura di funzione sovrana procedeva liberamente alla determinazione dei propri scopi ed alla scelta dei mezzi onde proseguirli oggi invece, specialmente dopo il riconoscimento di diritti pubblici subiettivi, questi scopi sono in gran parte definiti dalla norma obiettiva e l'esercizio della sovranità viene limitato alle forme di perseguimento, quando anche in ordine a queste non esista una norma giuridica. Male perciò definisce secondo noi l'attività amministrativa il Rocco, quando vuole restringerne l'esercizio al campo lasciato libero alla sovranità dal diritto obiettivo poichè in questo modo si verrebbe molto spesso a negare a questa attività stessa, un carattere di attività giuridica (cfr. Rocco. *La Sentenza civile*, p. 15).

Volendo invece distinguere da un punto di vista funzionale la giurisdizione dall'amministrazione nessun altro criterio meglio potrebbe servirci che quello acutamente messo in rilievo dallo SCIALOJA, il quale dopo aver constatato che così negli atti di amministrazione come negli atti di giurisdizione si può ordinariamente riscontrare un giudizio logico ed un atto di volontà, osserva che mentre nei primi il giudizio logico non ha valore per sè stante e va considerato soltanto come una premessa, una preparazione dell'atto, nei secondi si ha riguardo appunto al giudizio, e l'atto di volontà, che può accompagnarlo, si considera soltanto come un effetto consequenziale (V. SCIALOJA. *Sulla funzione della IV Sezione del Cons. di Stato*. Giust. amm. 1901, p. 72). Cfr. anche CHIOVENDA. *Principi di diritto processuale civile*. Napoli, 1905-06, p. 178; GALANTE. *Diritto processuale civile* (parte generale), Napoli, 1909, p. 260 e segg.

¹⁾ *Sentenza civile*, p. 9.

²⁾ Cfr. il nostro studio: *Sull'impugnativa in via possessoria degli atti amministrativi*, Archivio giuridico, vol. XI, terza serie, fasc. 3, p. 1 e segg.

potrà in contrario osservare vittoriosamente che la dichiarazione da parte dell'organo giurisdizionale, nei modi e con le forme che sono richiesti dalla funzione e che noi verremo ora determinando, è sufficiente ad applicare la norma obiettiva al caso concreto; la esecuzione di questa dichiarazione se è da considerarsi come una conseguenza diretta del carattere di obbligatorietà che è insito ed essenziale agli atti di giurisdizione, esorbita completamente dalla funzione di questa. Il fatto poi che gli ordinamenti positivi abbiano spesso attribuito funzioni esecutive ad organi giurisdizionali, non può essere sufficiente a giustificare la confusione di queste due funzioni distinte ¹⁾.

Il Mortara ²⁾ seguito dal Cammeo ³⁾ definisce la funzione giurisdizionale come un necessario proseguimento della legislativa, ciò argomentando principalmente dal fatto che la giurisdizione, secondo il suo modo di concepirla, abbia sempre per movente immediato la tutela del diritto obiettivo ⁴⁾.

¹⁾ Cfr. in questo senso: BERNATZIK. *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*. Wien, 1886, p. 64 seg.; JELLINEK. *Das Recht des modernen Staates*, I, *Allgemeine Staatslehre*. Berlin, 1900, p. 559. Anche il CAMMEO (*Commentario*, p. 19) acutamente contrasta l'opinione che vuol far rientrare nella funzione giurisdizionale il procedimento di esecuzione, osservando che se essa può considerarsi come il necessario e logico complemento della giurisdizione e se può essere opportunamente assegnata, in ragione delle molteplici connessioni, agli stessi organi giurisdizionali (sebbene ciò non avvenga in ugual modo in tutte le legislazioni), in sé stessa non è funzione giurisdizionale. Nel definire da un punto di vista scientifico le varie forme di attività che si manifestano nel campo giuridico, occorre prescindere dal modo con cui nella pratica esse possono venire attuate e dai caratteri degli istituti che ne possono regolare l'esercizio, poichè in questa maniera si rischierebbe di assumere come elementi essenziali e costitutivi dell'attività stessa, delle accidentalità variabili e contingenti. Che possa concepirsi una giurisdizione avente un ufficio esclusivamente declaratorio del diritto è dimostrato, nel campo amministrativo, dal tribunale dell'impero austriaco nell'esercizio della sua competenza sui diritti politici. Cfr. a questo proposito ULBRICH. *Oesterreichische Staatsrecht nel Marquardsen Handbuch*, p. 108 e SARWEY. *Das öffentliches Recht und Verwaltungspflege*, p. 204.

²⁾ *Commentario cit.* I, p. 17.

³⁾ *Commentario*, p. 17.

⁴⁾ A questa definizione si accosta anche il BARDELLI, in *Saggio storico sulla giurisdizione*, Pisa, 1894, vol. I, p. VI.

Noi crediamo che questa definizione non sia sufficiente ad individuare e caratterizzare la funzione di cui ci stiamo occupando, principalmente per due ordini di ragioni. In primo luogo perchè l'esercizio dell'attività giurisdizionale da parte dello Stato è sempre sottoposto ad una eccitazione esteriore per opera del soggetto di un interesse leso, e per conseguenza alla volontà di questo subordinato; la violazione della norma giuridica, considerata quale norma di condotta della consociazione, può per ciò verificarsi senza che si renda necessaria la sua restaurazione per opera della funzione giurisdizionale. In secondo luogo se può pure ammettersi, che per l'esistenza della giurisdizione sia necessario come presupposto indispensabile la esistenza di una norma giuridica di condotta, cioè di una attività legislativa, non si può d'altra parte disconoscere che identico presupposto suppone anche l'esercizio della funzione esecutiva. Lo stesso concetto di organismo al quale in conclusione si riporta quello di funzione, trae seco, come abbiamo già osservato, delle strette relazioni di connesità e di cooperazione, ma appunto per questo non si potrà su di esse fondarsi, senza cadere in una vana tautologia, per distinguere l'una funzione dall'altre.

Tanta maggiore importanza assume questa obiezione, quando si pensi che la funzione giurisdizionale potrebbe teoricamente compirsi anche prescindendo da ogni preesistente attività legislativa: nè sarebbe questa concezione irrealistica perchè la storia ce ne dimostra anche la possibilità pratica ¹⁾.

Che la funzione giurisdizionale che noi abbiamo cercato di definire nelle sue linee generali dovesse costituire una funzione di Stato si intuisce facilmente. Sorto nella pratica un contrasto fra due interessi i quali entrambi pretendano di trovare una giustificazione al loro modo reciproco di perseguimento nella speciale tutela loro accordata dalla norma obiettiva, la risoluzione sua che importa la interpretazione o la dichiarazione della norma stessa, non potrà essere

¹⁾ Cfr. SCHULTZE. *Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung*. Freiburg, 1883, p. 97 e segg.; UNGER. *Ueber die Haftung des Staates für Verzugs- und Vergütungszinsen*. Wien, 1903, p. 8 segg.

affidata ad una delle parti contendenti ma bensì ad un ente che stia al di fuori ed al di sopra dei singoli contrasti, ed un solo interesse abbia, quello alla applicazione della norma giuridica.

Lo Stato appunto trovasi in questa condizione e perciò la funzione giurisdizionale dovette necessariamente diventare funzione di stato. Siccome acutamente dimostra il Rocco ¹⁾ duplice è l'interesse dello stato al soddisfacimento effettivo degli interessi che il diritto tutela, cioè all'esercizio della funzione giurisdizionale. « Anzitutto perchè il non soddisfacimento di un interesse tutelato dal diritto crea uno stato di incertezza e di conflitto che può riuscire anche pericoloso per l'ordine pubblico ed è causa di perturbamento per tutta la collettività. In secondo luogo, perchè, il fatto stesso che lo Stato abbia ritenuto quell'interesse degno di tutela, significa che esso ne ha considerato il soddisfacimento come una condizione di esistenza o di sviluppo per tutta la società, e, quindi, un utile per tutta la società ».

§ 6. -- Elementi della giurisdizione -- Il giudice.

Una questione grave in linea teorica può sorgere a questo riguardo, quando si consideri la estensione assunta dalla norma giuridica obiettiva in seguito alla recente costituzione dello Stato di diritto, per cui anche i rapporti intercedenti fra i cittadini e lo Stato vennero sottoposti al diritto, e lo Stato stesso per conseguenza venne limitato nella sua discrezione e costituito, alla stregua dei singoli, soggetto di diritto subiettivo. Potrebbe infatti ragionevolmente dubitarsi se la interpretazione e la applicazione della norma giuridica debba rientrare nelle funzioni statali anche nel caso in cui cadano in controversia rapporti di diritto pubblico nei quali lo Stato è parte.

Questa questione poteva è vero anche sorgere nel caso in cui solo rapporti di diritto privato fossero in contestazione, poichè, come è noto, lo Stato può essere subietto anche di diritti privati indivi-

¹⁾ La *Sentenza civile*, p. 8.

duali, ma indubbiamente essa assunse una importanza maggiore ed un carattere speciale con l'estendersi del campo sottoposto alla norma giuridica.

I criteri per la risoluzione del problema furono forniti dalla teorica della divisione dei poteri che ancora una volta, in questa occasione, dimostrò, malgrado le esagerazioni alle quali da alcuni fu portata, la utilità della sua formulazione nel campo teorico. L'attività dello Stato come soggetto di diritti pubblici è rappresentata esclusivamente da quella funzione della sovranità che chiamasi ordinariamente amministrativa: il fatto però che questa funzione rientri nel concetto di sovranità non può importare come conseguenza la impossibilità di una sua sottoposizione alla norma obiettiva, poichè data la nuova concezione dello Stato, ogni attività di questo viene sottoposta al diritto. Se malgrado ciò, osserva giustamente il Mortara ¹⁾, può essere, adunque, senza scrupolo ritenuta funzione sovrana, ben si può indurne che non perda questo suo carattere per doversi assoggettare anche all'altra funzione sovrana, a quella giurisdizionale. D'altronde, egli prosegue, nè l'una nè l'altra di tali funzioni pone quella governativa in istato pupillare; bensì l'una e l'altra operano soltanto come termine, rispettivamente posto a ciascuno dei punti estremi dello spazio, in cui, libera ed autonoma, si spiega la attività della funzione di governo. Dal diritto obiettivo essa trae la norma e l'indirizzo del proprio svolgimento; dalla giurisdizione essa può ricevere quelle sanzioni e quelle rettificazioni che nei casi di contrasto fra i diritti dello Stato e dei cittadini si presentano necessarie per garantire la consociazione della conformità degli atti di governo alle norme giuridiche da cui sono disciplinati ²⁾.

¹⁾ *Commentario*, I, p. 20.

²⁾ Bene scriveva il SALANDRA (*Op cit.*, p. 277) a questo proposito che non bastano a risolvere le controversie che nel campo del diritto pubblico possono aver origine ed a costituire una opportuna garanzia ai diritti corrispondenti, la giurisdizione e la procedura detta ordinaria, organizzate, per lunga secolare tradizione, a risolvere i giudizi civili e penali. « Trattasi, egli proseguiva, di altra natura di giudizi, di altra materia di contestazioni, di altra legislazione da applicare. Occorrono

Determinata in questo modo la posizione della funzione giurisdizionale nello Stato moderno, studiatone particolarmente lo scopo, ed accennato alle relazioni con le altre funzioni della sovranità, occorre ora vedere in qual modo essa si attui. A questo proposito è necessario premettere una osservazione elementare, ma importantissima. I rapporti che dalla norma giuridica sono regolati, e sui quali in pratica la contestazione può verificarsi non possono, come abbiamo visto, ridursi ad un' unica categoria: la particolare natura propria dell' ente Stato imprime necessariamente uno speciale carattere ad ogni sua forma di attività, richiedendo corrispondentemente che la norma giuridica che a questa attività deve presiedere si fondi su criteri desunti da questo speciale carattere. Se vi possono essere in alcuni casi incertezze sulla natura di una norma di diritto obiettivo, non essendo sempre possibile una netta distinzione dell' ordine giuridico pubblico da quello privato, certo è che in linea generale la norma regolante i rapporti reciproci fra privati non si può confondere con quella regolante i rapporti fra cittadini e Stato.

Discende da ciò come logica conseguenza che l' esercizio della funzione giurisdizionale non possa sempre avvenire nello stesso modo e che nella interpretazione di una norma incerta o nella applicazione di una norma inosservata si debba avere particolare riguardo alla natura della norma stessa e dei rapporti da essa regolati e fondare su questo esame la scelta dei criteri per l' espletamento della funzione. È questa una osservazione che molto spesso dimenticarono i moderni scrittori, specialmente di diritto pubblico, che non apprezzando il valore del rivolgimento per cui anche lo Stato, nell' esercizio delle sue funzioni di sovranità, venne sottoposto al diritto obiettivo, non vollero riconoscere nella nuova sfera di rapporti che ne derivarono, l' esercizio della funzione giurisdizionale, se non quando questa fosse esercitata nei modi, con le forme e dagli

adunque altri giudici con una speciale procedura. Occorre una nuova giurisdizione, non eccezionale, non destituita di guarentige, ordinaria invece anch' essa, ma diversa e distinta. Così come sono organizzate la giustizia civile e la penale, occorre organizzare la *giustizia amministrativa*.

organi stessi, con cui veniva esercitata in confronto alla norma obiettiva di diritto privato ¹⁾.

La funzione giurisdizionale in altri termini si concepì come funzione esercitantesi esclusivamente in confronto dei rapporti di diritto privato, identificandone i caratteri e la natura con i caratteri e la natura degli organi che in pratica la esercitavano, negandone per ciò la esistenza tutte le volte che essa fosse venuta ad attuarsi in modo diverso ²⁾.

Se però le forme ed i caratteri esteriori dell' esercizio di questa funzione possono modificarsi a seconda che trattisi di interpretare e di applicare una norma di diritto privato od una norma di diritto pubblico, pure se ne potranno sempre determinare, in ordine allo scopo obiettivamente considerato, gli elementi costitutivi, cioè i suoi requisiti formali immutabili.

Un primo elemento indispensabile per l' esercizio di una qualsiasi forma di giurisdizione è costituito dal giudice. Siccome il contrasto fra due attività e fra due corrispondenti volontà in ordine alla interpretazione od alla applicazione di una norma di diritto obiettivo, si risolve in un conflitto fra due opinioni opposte per le quali entrambi i contendenti reputano protetta dalla legge la propria attività e volontà, e siccome d' altra parte la decisione di questo contrasto, cioè la interpretazione o la applicazione al caso particolare della norma obiettiva, non può essere affidata ad una delle parti senza andar contro ai più elementari principii di giustizia, così, come già a lungo abbiamo osservato, dovendo questa decisione essere attribuita ad una funzione dello Stato, considerato non come

¹⁾ In fondo l' amministrazione (per quanto si possa e debba considerare come funzione sovrana) non ha mai una completa libertà di apprezzamento, poichè è sempre possibile invocare dei principii, generali o particolari, ai quali i suoi atti sono sottoposti, se non altro il principio universale di agire secondo che lo richieda il bene pubblico. (Cfr. *BERNATZIK. Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, 3, 39 e segg. *TEZNER. Freies Ermessen der Verwaltungsbehörden*, 10 segg.; *JELLINEK. System*, 190).

²⁾ Cfr. *USSING. Le contentieux administratif et la jurisdiction administrative*, Trad. par Dareste. Copenhagen, 1902, p. 70-79.

subietto di diritti individuali, ma come la più alta forma di cooperazione e protezione sociale, dovrà sempre un organo dello Stato o da questo delegato, esercitare nelle singole applicazioni la funzione giurisdizionale.

Quest'organo appunto è il giudice. I requisiti che si richiedono nel giudice possono tutti esprimersi sotto un'unica denominazione: la indipendenza. L'indipendenza in cui deve trovarsi il giudice della cui funzione è per conseguenza un elemento indispensabile, deve risultare simultaneamente in ordine a tre diverse forme di attività: all'attività delle parti, all'attività del legislatore, all'attività dell'amministrazione. Riguardo all'indipendenza del giudice dall'attività delle parti abbiamo già discusso; osserveremo ora soltanto col Vacchelli ¹⁾ che sebbene non sia logicamente inconcepibile un giudizio nel quale vi sia una perfetta identificazione fra parte e giudice, potendo la mente umana benissimo astrarre dalla considerazione dell'interesse proprio per valutare equamente le ragioni proprie e quelle dell'avversario, pure rimane sempre vero che l'interesse proprio costituisce quella forma che più di ogni altra può far deviare l'uomo dal retto giudizio.

Sulla risoluzione dei contrasti fra i cittadini e lo Stato i quali importano la interpretazione o la applicazione di norme giuridiche pubbliche, sembrerebbe che codesto requisito di indipendenza mai si potesse riscontrare nel giudice, traendo esso la propria autorità da quello Stato stesso, i cui diritti subiettivi sono appunto in controversia. Come già abbiamo fugacemente notato, a questa obiezione si può facilmente rispondere, osservando che lo Stato pur costituendo un tutto organico ed inscindibile, dotato di un'unica volontà e di un unico scopo se concepito astrattamente nella sua funzione suprema di cooperazione, può però sempre scindersi, a differenza di quello che succede per l'individuo, in tanti soggetti quanti sono gli scopi specifici e le corrispondenti funzioni.

Ciò anche per la natura irrealistica di quest'ente, la quale importando la costituzione di organi fisici per l'esplicazione della volontà

¹⁾ *Difesa giurisdizionale* citata, pag. 260.

sua, rende possibile la distinzione loro non soltanto in ordine alle varie funzioni, ma anche entro la cerchia di una stessa funzione. Orbene, siccome gli organi per mezzo dei quali lo Stato persegue i suoi individuali diritti sono distinti per la composizione, per l'organizzazione e per la destinazione dagli organi attraverso i quali esso esercita la funzione giurisdizionale, così questa potrà sempre esercitarsi anche in confronto dello Stato senza che venga a mancare quel requisito essenziale dell'indipendenza della parte dal giudice che costituisce una condizione del suo esercizio.

Ma non soltanto dalla parte il giudice deve essere indipendente, ma anche dal legislatore. Vi furono nella storia, è vero, esempi di una confusione fra queste due funzioni e si ebbero i giudici legislatori ed anche (come negli illiberali ed antiggiuridici ordinamenti delle monarchie assolute) dei legislatori giudici. Queste eccezioni però dovute ad un inesatto apprezzamento delle funzioni dello Stato, anzi ad una perversa concezione della funzione stessa del diritto, non valgono ad attenuare la importanza di questo secondo requisito al quale le legislazioni moderne attribuirono giustamente tanta importanza poichè, come bene nota il Cammeo, ¹⁾ se il giudice non è separato dal legislatore non esiste garanzia di quella stabilità, di quell'ordine, di quella eguaglianza che sono le caratteristiche del diritto, rendendosi invece sempre possibile l'arbitrio.

In terzo luogo il giudice deve essere indipendente anche da quegli organi dello Stato attraverso i quali si esercita quella attività di questo che è diretta al perseguimento dei diritti subiettivi suoi propri. In altre parole, poichè gli organi per mezzo dei quali lo Stato esercita i suoi individuali diritti rientrano in quel campo di attività statali che viene determinata con la qualifica di amministrativa o governativa, ²⁾ gli organi giurisdizionali devono essere distinti da quelli amministrativi, non solo, come scrive il Cammeo, ³⁾ per il motivo che nessun interesse estraneo alla rigorosa applica-

¹⁾ *Commentario*, pag. 20.

²⁾ Cfr. MORTARA. *Commentario*, vol. I, p. 20.

³⁾ *Commentario*. p. 21.

zione logica del diritto, possa perturbare il corso della giustizia, ma anche perchè nel caso che la contestazione importi la interpretazione o la applicazione di una norma di diritto pubblico potrebbe verificarsi la coincidenza in uno stesso organo od in una stessa categoria di organi della qualità di giudice o di parte.

Alle volte però la difesa degli interessi singoli in confronto dello Stato può essere affidata agli organi stessi dell'amministrazione. Potrà chiamarsi giurisdizionale la attività spiegata da codesti organi in questa difesa? Noi crediamo che anche in questo caso si abbia un esercizio di giurisdizione, risolvendosi la difesa accordata dal diritto agli interessi che in questo campo possono venire a contrasto sempre nella interpretazione o nella applicazione della norma obiettiva. Questa affermazione sembrerà inconsulta o sovvertitrice, a coloro specialmente, e sono la immensa maggioranza, che sempre hanno voluto identificare il concetto e gli elementi della funzione giurisdizionale con il concetto e gli elementi della giurisdizione di diritto privato.

Che la difesa accordata agli interessi nel campo del diritto privato, cioè nelle relazioni reciproche dei singoli, sia profondamente diversa dalla difesa accordata agli interessi nel campo del diritto pubblico, è indubitabile. Non per questo però si potrà negare a quest'ultima il carattere giurisdizionale. Sottoponendo al diritto lo Stato, non si potrà mai parificare la sua attività a quella del privato per il carattere immanente suo di essere sempre in ogni e qualunque manifestazione il rappresentante dell'interesse collettivo della consociazione. Per conseguenza le relazioni intercedenti fra i singoli e lo Stato non potranno mai, senza pervertire la nozione e le funzioni di quest'ultimo, essere parificate alle relazioni fra privati, e la norma giuridica pubblica, nel determinare la sfera in cui ogni singolo e lo Stato stesso nell'esercizio della sua attività in confronto dei singoli possono agire liberamente, dovrà tener conto di quell'interesse collettivo il cui perseguimento è sempre con questa attività connesso.

Se adunque lo svolgimento dell'attività di un soggetto entro una determinata sfera e la facoltà di proteggere i limiti del campo così

designato da possibili invasioni da parte di altri soggetti chiamasi diritto, questo si avrà e nel caso che la protezione si eserciti nei modi e con le forme con cui si fa valere la norma giuridica obiettiva privata e nel caso che essa si eserciti nei modi e con le forme con cui si fa valere la norma giuridica pubblica; se invece la nozione di diritto viene subordinata all'esistenza di una protezione giurisdizionale privata, allora non potrà mai parlarsi di esso nel campo del diritto pubblico.

La terminologia adottata dalla dottrina distingue il diritto subiettivo privato dal diritto subiettivo pubblico, fondando però la distinzione su elementi esclusivamente formali ed esteriori. Infatti nell'uno e nell'altro caso perchè si possa parlare di diritto occorre che esista una difesa giurisdizionale privata, adattando la qualifica di pubblico o di privato, a seconda che nel rapporto figuri o non figuri come parte lo Stato. Quando la protezione accordata dal diritto obiettivo alla sfera giuridica individuale non si attua con le forme della giurisdizione privata, non si ha diritto: si ha interesse semplice o interesse legittimo a seconda che nessuna difesa od una difesa qualsiasi che sia diversa da quella giurisdizionale privata si attui.

Questa terminologia che è la prevalente non può chiamarsi certo nè esatta nè scientifica; poichè volendo assumere a criterio di classificazione la forma con cui la sfera giuridica individuale viene protetta non si potrebbero confondere in unica categoria i cosiddetti diritti, nè in un'altra categoria i così detti interessi. Non sempre è identico infatti il modo con cui la funzione giurisdizionale si esercita nel campo del diritto privato, nè identico quello con cui si esercita nel campo del diritto pubblico, per modo che fra i diritti dovrebbero distinguersi parecchie categorie e parecchie categorie fra gli interessi legittimi.

Per queste ragioni noi crediamo che se la giurisdizione si può definire nel suo esercizio funzionale e di essa si possono stabilire gli elementi fondamentali, non sia possibile il fissare le relazioni che fra questi elementi possono intercedere, nè i requisiti di cui debbano essi risultare; non sia logico nè scientifico per conseguenza

il richiedere la esistenza di relazioni e la presenza di requisiti propri di una determinata e specifica forma di giurisdizione, come condizioni per la esistenza della funzione giurisdizionale.

Nel campo del diritto privato due interessi contrastanti si trovano indubbiamente nelle medesime condizioni e perciò essi devono essere apprezzati alla stregua degli stessi criteri e nell'istesso modo e con le stesse forme devono essere vagliati i rapporti nei quali con essi interessi può trovarsi la norma giuridica. Si comprende facilmente che in ordine agli interessi privati la protezione giurisdizionale, salve rare eccezioni dovute alla tenue intensità di alcuni di questi interessi garantiti dalla norma giuridica ed alla corrispondente scarsa importanza in ordine ai fini dello Stato del contrasto in cui essi potessero eventualmente trovarsi, si sia ridotta ad un unico tipo con caratteri divenuti in una lunga pratica immutabili e che per opera di una tradizione ininterrotta a quest'unico tipo si sia ristretta, nella concezione volgare, la nozione di difesa giurisdizionale.

Fu questa appunto la ragione per cui sottoposti al diritto anche molti dei rapporti intercedenti fra il cittadino e lo Stato, si venne a disconoscere il carattere giurisdizionale ad ogni forma di difesa che a questi rapporti fosse accordata, tutte le volte che tenendo conto delle diverse situazioni in cui si trovavano i due interessi in contrasto, questa difesa si fosse attuata non con gli organi e con le forme della giurisdizione privata che male avrebbe potuto apprezzare quella diversa situazione ma bensì con organi e forme diverse i quali meglio avessero guarentito una equa conciliazione dell'interesse collettivo con l'interesse singolo.

È questo il caso per esempio, in cui la funzione del giudice anzichè dall'autorità giudiziaria vera e propria venga esercitata dall'autorità amministrativa. Occorre subito notare che quanto l'autorità amministrativa anzichè perseguire direttamente gli interessi in essa personificati, procede alla interpretazione od alla applicazione della norma giuridica allo scopo di risolvere un particolare conflitto fra la attività di un singolo ed una particolare esplicazione della sua propria attività, cessa immediatamente dal suo carattere amministrativo per

diventare giurisdizionale. La coincidenza in uno stesso organo delle due funzioni non può essere sufficiente ad attribuire il carattere particolare dell'organo ad ogni funzione da questo esercitata. La osservazione è molto importante, perchè, se il più delle volte la funzione amministrativa e la funzione giurisdizionale vengono esercitate separatamente con forme caratteristiche che rendono facile la identificazione delle due corrispondenti attività, alcune volte può succedere (e noi vedremo che esempi ce ne offre anche l'ordinamento italiano) che queste in un medesimo atto si estrinsechino contemporaneamente per modo che riesca estremamente difficile il distinguerle. Anche in questo caso è necessario non accomunare insieme le due funzioni perchè profondamente diverse sono nel sistema giuridico, a differenza di quello che crede il Mayer ¹⁾ le esplicazioni loro, cioè l'atto amministrativo e l'atto giurisdizionale.

Scrive il Vacchelli ²⁾ a giustificazione di quella forma di difesa che si esercita per mezzo delle stesse autorità amministrative, che lo Stato operando per mezzo di amministratori investiti di speciali autorità con l'ufficio di tutelare gli interessi della collettività e dei cittadini nei contrasti dei cittadini con esso Stato per fatti od omissioni lesive degli interessi dei primi, si manifesta una questione fra soggetti ineguali, il cittadino e l'autorità amministrativa, fra i quali quindi è possibile stabilire una qualsiasi precedenza e prevalenza, indipendentemente dall'opera di un terzo che giudichi della controversia, evitando con altro mezzo quella lotta che l'ordinamento giuridico deve escludere. La presunzione o la ricerca del buon diritto, egli prosegue, nell'operato dell'amministrazione, può quindi, in certa misura, essere un surrogato dell'opera del giudice, la quale non è

¹⁾ *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht* I, p. 32 e segg. e p. 95 e segg. Cfr. anche LOENING. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, p. 24 e segg. ROSIN. *Polizei Verordnungsrecht in Preussen*, p. 8; LABAND. *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, (ed. ted.) I, 69; ULBRICH, in GRÜNHUT. *Zeitschrift für das privat und öffentliche Recht ecc.* 9, p. 27 e segg. JELLINEK. *Gesetz und Verordnung*, 1888, p. 221 e segg. CAMMEO. *Commentario*, p. 93 e segg. e 171 e segg. O. MAYER. *Le droit administratif all.* (ed. fr.) I, p. 176.

²⁾ *Op. cit.* p. 255.

più indispensabile in modo assoluto, siccome nelle controversie fra eguali.

Meglio non si potrebbe mettere in rilievo la profonda diversità esistente fra i rapporti di diritto privato e quelli di diritto pubblico, nè meglio si potrebbero determinare le conseguenze importantissime che da questa diversità derivano. Non crediamo però che la terminologia adoperata sia scrupolosamente esatta nel qualificare le funzioni che l'organo amministrativo può essere chiamato a compiere per la risoluzione di un contrasto fra l'interesse collettivo e l'interesse individuale. Secondo noi questa risoluzione si ottiene sempre mediante l'esercizio di una funzione giurisdizionale e perciò se si potrà dire col Vacchelli che, attribuendo all'organo amministrativo codesta risoluzione, *si evita con altro mezzo* quella lotta che l'ordinamento giuridico deve escludere rendendosi, per la disuguale situazione in cui trovansi i soggetti in contrasto, *non indispensabile l'opera del giudice*, dovrà però aggiungersi che l'altro mezzo sarà un mezzo diverso da quello offerto dalla difesa giurisdizionale privata, ma sarà sempre giurisdizionale, e che l'opera del giudice, che in questo caso si manifesta non indispensabile, sarà quella del giudice privato, senza che questa affermazione importi il disconoscimento di un carattere giurisdizionale all'attività dell'organo amministrativo ¹⁾

Da quanto abbiamo detto speriamo risulti sufficientemente dimostrato l'errore su cui si basa la dominante dottrina, per la quale si subordina il riconoscimento del carattere giurisdizionale ad una determinata attività dello Stato, alla constatazione di tutti gli elementi

¹⁾ Questa interpretazione è del resto sottintesa dallo stesso Vacchelli, il quale non soltanto riconosce il carattere giurisdizionale alla difesa accordata agli interessi esplicitanti nel campo del diritto pubblico con modi e con forme così diverse da quella che si esercita nel campo del diritto privato, ma anche combatte acutamente e vittoriosamente il principio volgarmente professato che soltanto all'autorità giurisdizionale privata spetta l'esercizio della funzione giurisdizionale sostenendo che « non è sempre vero che tutto ciò che forma oggetto della competenza dell'amministratore non possa mai formare competenza del giudice, o viceversa ». (VACCHELLI. *Op. cit.* p. 270). Cfr. su questo punto anche ORLANDO. *La giustizia amministrativa*, in vol. III del *Trattato di diritto amministrativo*, p. 762 e segg.

e requisiti della giurisdizione di diritto privato ¹⁾. Se però secondo noi questo carattere giurisdizionale si deve estendere ad ogni forma di difesa, attuantesi anche nel campo amministrativo, in quanto sia diretta alla applicazione od alla interpretazione di una norma giuridica pubblica e per conseguenza alla risoluzione concreta di un conflitto esistente fra due interessi richiedenti uguale e simultanea protezione nella norma stessa, non si deve credere però che la nozione di giurisdizione di diritto pubblico si possa restringere ad un concetto unico e circoscrivere da requisiti immutabili.

Alcune volte infatti sarà un organo amministrativo, appartenente a quella categoria stessa a cui appartiene la autorità amministrativa della cui attività e del corrispondente interesse si discute, che assumerà la funzione di giudice; alcune altre un organo costituito con speciali requisiti, se pure rientrando nell'ordinamento amministrativo; alcune altre infine la stessa autorità giudiziaria. Nè basta: ma i requisiti propri degli altri due elementi costitutivi della giurisdizione non si potranno sempre richiedere nelle varie forme in cui questa si attua, variando essi, come verremo accennando in seguito, secondo la natura e la intensità del contrasto alla cui risoluzione deve tendere ²⁾.

¹⁾ Cfr. p. e. MAYER. *Deutsche Verwaltungsrecht*. Trad. fr. 1903, vol. I, p. 207-228, il quale non sa concepire un qualsiasi esercizio di funzioni giurisdizionali da parte delle autorità amministrative e riducendo al vago concetto di giustizia amministrativa ogni forma di protezione attuantesi per mezzo di queste con la osservanza di forme procedurali analoghe a quelle che garantiscono l'esercizio della giurisdizione civile, definisce come *atti amministrativi* gli atti nei quali questa protezione si estrinseca.

²⁾ Il requisito della indipendenza del giudice che ordinariamente si assume come essenziale per la esistenza della funzione giurisdizionale non può sempre avere la medesima importanza nè richiedere sempre una identica organizzazione funzionale. Come opportunamente osserva il Scialoja (*Sulla funzione della IV sezione del Consiglio di Stato*. Giustizia amministrativa, 1901, p. IV, p. 70) esso se può rappresentare una opportuna garanzia dell'esercizio della giurisdizione non può però costituire la essenza, alla stessa guisa che le forme solenni e la procedura in contraddittorio accompagnano opportunamente il più delle volte la giurisdizione, ma possono mancare a questa senza distruggerla, come possono talora riscontrarsi anche in atti di mera amministrazione. Cfr. anche CAMMEO. *Commentario cit.*, p. 286.

La relazione invero in cui due interessi possono trovarsi nel campo del diritto pubblico può variare infinitamente ed, in relazione a questa instabilità, la norma giuridica che a questa relazione deve presiedere presenta i più difformi caratteri. Il fatto che lo Stato quale soggetto di diritti deve sempre considerarsi come il rappresentante della collettività personificata, importa uno speciale carattere nei rapporti nei quali esso figura come parte; ma questo carattere, del quale precedentemente abbiamo discusso, non avrà sempre la medesima influenza nella risoluzione del conflitto a cui quel rapporto può dar luogo, ma sarà maggiore o minore a seconda delle particolari condizioni in base alle quali la norma giuridica obiettiva determina la prevalenza dell'interesse collettivo su quello individuale o viceversa. Cosicché allo stesso modo che quando la situazione dello Stato in confronto del privato corrisponde a quella del privato di fronte ad un altro privato, si risolve cioè in un rapporto fra eguali, la interpretazione e la applicazione della norma obiettiva si attua coi modi e con le forme proprie della giurisdizione ordinaria privata; quando questa situazione non potrà ridursi ad un rapporto fra eguali, la funzione giurisdizionale dovrà modificarsi nelle sue forme di esercizio corrispondentemente al variare della proporzione fra l'intensità dell'interesse individuale e la intensità dell'interesse collettivo.

§ 7. — **Gli elementi della giurisdizione: il contraddittorio.**

Un secondo elemento importantissimo compreso nel concetto di giurisdizione è costituito dal contraddittorio. Poiché l'obiettivo della funzione giurisdizionale consiste nel conciliare entro i limiti segnati dalla norma obbiettiva i vari interessi che in essa possono trovare protezione al fine di assicurare quella pace sociale che è una condizione fondamentale per la esistenza e per la vita di una qualsiasi consociazione, così è naturale che la necessità del suo esercizio solo allora si determini, quando un contrasto sorga tra due attività dirette al perseguimento di due interessi distinti, contrasto derivante dall'opinione espressa o tacita dei due rispettivi soggetti che la propria volontà ed il proprio interesse sieno assistiti dal diritto obbiettivo.

Per risolvere questo conflitto occorre vedere quale delle due opinioni corrisponda a verità, quale dei due interessi risulti effettivamente protetto. Il contraddittorio appunto ha l'ufficio di fornire al giudice gli elementi necessari alla risoluzione del conflitto ed alla applicazione della norma giuridica obbiettiva.

Soltanto infatti mediante la discussione fra i soggetti degli interessi contrastanti, potranno precisarsi le condizioni di fatto e le relazioni che queste eventualmente possano presentare con i principi in quella norma contenuti; soltanto mediante la valutazione obbiettiva degli argomenti addotti dagli interessati e mediante il loro reciproco confronto, potranno desumersi i criteri atti a risolvere il conflitto, a stabilire, cioè, quale delle due opinioni più risponda a verità, quale delle due interpretazioni sostenute meglio conduca al raggiungimento degli scopi propri alla norma giuridica. Il contraddittorio, come facilmente si intuisce, richiede la presenza di almeno due interessati, i quali in quanto siano dalla legge autorizzati a far valere di fronte all'organo giurisdizionale le loro ragioni, assumono il nome di parti ¹⁾.

Molto si potrebbe discorrere intorno a questo concetto che nella procedura può presentare le varietà più difformi ed intorno al quale molte questioni furono sollevate senza che sempre la dottrina ne potesse dare una soluzione pacifica. Noi ci limiteremo ad accennare che parte in giudizio può essere non solo il subietto fisico dell'interesse che si pretende dalla legge protetto, ma anche un rappresentante di questo subietto od un organo suo, nel caso che la individualizzazione di quell'interesse, non possa fisicamente aversi. Quest'ultima eventualità si verifica in speciale modo sul campo del diritto pubblico dove lo Stato come subietto di diritti, corrispondentemente alla sua natura fittizia, è costretto ad esercitare ogni sua attività per mezzo di persone fisiche che per ciò stesso assumono il carattere e la funzione di organi. È questa anzi la ragione per cui l'esercizio della funzione giurisdizionale è concepibile ed attuabile nel campo del diritto pubblico, nei confronti dello Stato.

¹⁾ Sul concetto di parte in causa, V. specialmente WACH. *Civilprozessrecht*, I, p. 518 e 533 ed O. MAYER. *Op. cit.*, I, p. 181.

Se invero la funzione amministrativa è quella attraverso cui si esercitano i diritti subiettivi dello Stato, se si deve riconoscere, come si fa in teoria, che l'attività che a questa funzione corrisponde è regolata da un complesso di norme giuridiche, se infine non si può prescindere nell'esame di ogni forma di attività statale dallo scopo generale ed assorbente tutti gli altri proprio allo Stato in ogni e qualunque sua manifestazione, quello della attuazione del diritto, in considerazione del quale appunto ogni esercizio di potestà pubblica a cui corrisponde la funzione amministrativa importa un diritto di comando e di coercizione sopra i singoli; si dovrebbe escludere in via assoluta che lo Stato potesse violare la norma obiettiva e per conseguenza disconoscere la possibilità di un eventuale conflitto con interessi singoli riguardo alla interpretazione od alla applicazione della norma stessa.

Ma dovendo lo Stato, per necessità derivanti dalla sua natura concettuale, agire sempre per mezzo di organi, risultando questi sempre di persone fisiche, si comprende come il principio teorico a cui abbiamo ora accennato, se può conservare il carattere ed il valore di presunzione, non possa avere la efficacia di un principio assoluto, poichè, come giustamente osserva il Mortara, ¹⁾ le persone fisiche, cioè gli uomini, come nell'esercizio dell'attività propria individuale possono sconfinare dalla norma giuridica offendendo l'altrui diritto subiettivo, è prevedibile che ne sconfinino anche quando agiscono con i poteri dello Stato.

Le parti si possono distinguere in effettive ed artificiali a seconda che la difesa dell'interesse in contrasto derivi dalla stessa iniziativa del soggetto ovvero dipenda da una determinazione della legge la quale, creando artificialmente la parte da cui questa difesa deve essere esercitata, tende ad assicurare in ogni conflitto per la migliore applicazione o interpretazione della norma giuridica il contraddittorio.

È tale e tanta infatti la importanza di questo elemento della giurisdizione che esso viene richiesto molto spesso per la formazione di giudizi non giurisdizionali e specialmente per l'esercizio dell'attività

¹⁾ *Commentario*, I, 21.

amministrativa in quel campo in cui la legge lascia alla libera discrezione, non limitata che da termini generalissimi, del potere pubblico la soddisfazione degli interessi dello Stato. Rientrano appunto in questa nozione i vari sistemi di autocontrollo istituiti da pressochè tutte le moderne legislazioni a garanzia di una retta azione amministrativa ¹⁾. I rapporti fra le parti in causa possono grandemente variare a seconda della natura dell'interesse in contrasto; alle volte possono essere di separazione assoluta come nei casi più semplici del giudizio fra privati, alcune altre di coesistenza, alcune altre infine di subordinazione, come nella maggior parte dei giudizi concernenti una norma obiettiva di diritto pubblico ²⁾.

Il rapporto della parte col giudice deve essere ordinariamente di separazione assoluta; è questo come abbiamo visto uno dei requisiti che vengono richiesti dalla finalità della funzione giurisdizionale che è quella di tutelare attraverso la protezione dei diritti subiettivi la applicazione e la retta interpretazione della norma giuridica obiettiva. Nel campo del diritto pubblico però, e ciò abbiamo avuto occasione di accennare trattando del giudice, questo requisito può perdere spesso molta della sua importanza data la natura degli interessi che qui vengono perseguiti ed i principi a cui la norma obiettiva si ispira. Perciò può darsi che dei rapporti anche stretti vengano ad intercedere fra la parte ed il giudice senza che per questo venga meno il carattere giurisdizionale della funzione da questo esercitata; così il giudice può appartenere, secondo la nozione che noi crediamo doversi attribuire alla giurisdizione, all'ordine amministrativo, e, nei limiti di questo, anche alla stessa categoria di organi a cui appartiene l'autorità della cui attività si discute.

Non potrà però mai con questa autorità e con la persona fisica attraverso cui essa si esercita identificarsi, poichè allora, come osserva il Vacchelli, scompare anche il concetto di un contraddittorio risolto da una forza esterna e si rientra nel concetto di un contrasto

¹⁾ Cfr. VACCHELLI. *Difesa giurisdizionale*, p. 258 e seg.

²⁾ Cfr. VACCHELLI. *Difesa cit.*, p. 260; ULBRICH. *Oesterreichisches Staatsrecht* (Handbuch des öffentlichen Rechts del Marquardsen, IV, 1.^o)

tolto di mezzo dalla forza a ragione prevalente di uno dei due contendenti ¹⁾).

Potrebbe concepire giurisdizione senza contraddittorio? Se la funzione giurisdizionale potesse venir esercitata da un potere sovrumano al quale fosse dato di apprezzare obiettivamente la natura dei vari interessi in contrasto, e vagliare, senza bisogno del concorso dei subietti contrastanti, le condizioni di fatto a cui quelli si pretendessero connessi, certamente il contraddittorio perderebbe ogni importanza e la applicazione o la interpretazione della norma giuridica potrebbe sempre farsi anche indipendentemente da ogni difesa o giustificazione delle parti. Siccome però anche la funzione giurisdizionale, come tutte le altre funzioni dello Stato, ha bisogno per il suo esercizio di organi umani, i quali con la loro natura portano seco tutte le imperfezioni e le insufficienze che appunto il contraddittorio tende ad attenuare, così si comprende facilmente come da esso non si possa mai prescindere senza rendere difficile il perseguimento dello scopo che alla giurisdizione è connesso. Certamente esso assumerà un'importanza maggiore o minore a seconda della natura dell'interesse in contrasto e del corrispondente carattere della norma giuridica obiettiva da applicare o da interpretare.

Per questo le forme che regoleranno l'uso di questo mezzo varieranno, in modo da estenderne il più possibile la efficacia quando trattisi di un conflitto fra due subietti in condizioni eguali, e da restringerlo e limitarlo nelle forme di esercizio e circoscriverlo da presunzioni quando il conflitto si verifichi fra due interessi posti in condizione di reciproca disuguaglianza ²⁾): anche riguardo a questo secondo

¹⁾ V. VACCHELLI. *Op. cit.*, p. 360.

²⁾ Nella giurisdizione cosiddetta amministrativa, può darsi anzi, secondo le moderne legislazioni, che la importanza del contraddittorio si attenui grandemente o completamente si annulli. Ciò si verifica in quei casi in cui la amministrazione per quanto interessata al giudizio non vi intervenga come parte, sia perchè il contraddittorio in confronto del privato venga istituito artificialmente da un organo dello Stato, sia perchè il suo intervento si reputi inutile data la presunzione che il giudice cosiddetto amministrativo abbia sempre a tutelare all'infuori della eccitazione, del concorso o del controllo dell'autorità di amministrazione,

elemento, adunque, occorre concludere che i requisiti che sempre lo hanno caratterizzato nell'esercizio della funzione giurisdizionale di diritto privato non si potranno considerare come immutabili ed essenziali al concetto di giurisdizione.

§ 8. — Gli elementi della giurisdizione: il procedimento.

Il terzo elemento di questa di cui ancora ci resta a parlare è il procedimento. La esistenza di un complesso di forme processuali è richiesta dalla necessità di regolare in maniera uniforme la esplicazione dell'attività del giudice ed il perseguimento degli interessi delle parti. Per conseguenza il procedimento sarà diverso a seconda della natura della norma giuridica obiettiva ed a seconda della protezione che da questa viene accordata agli interessi in contrasto: si può dire che per mezzo di esso venga determinato nei vari casi il rapporto fra le parti ed il giudice, limitando la discrezionalità di apprezzamento di questo ed assicurando il perseguimento degli interessi di quelle ¹⁾. A tre secondo il Cammeo si debbono ridurre gli scopi a cui sono dirette le forme processuali: assicurare l'ineffettibile esercizio della funzione giurisdizionale, ogniquale volta, sorto il contrasto, essa sia eccitata: garantire la eguaglianza delle parti di fronte al giudice mettendole in grado di esporre le loro ragioni: determinare una definitiva ed obbligatoria interpretazione del diritto obiettivo, che dia la misura irrevocabile dei diritti subiettivi in contrasto in un dato caso ²⁾).

Sono veramente questi gli scopi del procedimento quale elemento costitutivo della giurisdizione? Noi crediamo che le conclusioni del Cammeo le quali indubbiamente furono a lui suggerite dalla constatazione pratica del carattere e delle finalità proprie delle forme

gli interessi legittimi di questa. Si ha allora quella particolare figura giuridica che il diritto pubblico designa col nome di contumacia necessaria od istituzionale (cfr. ROMANO. *Le giurisdizioni speciali amministrative*, p. 285).

¹⁾ Cfr. VACCHELLI. *Op. cit.*, pag. 266.

²⁾ Cfr. CAMMEO. *Commentario*, pag. 21.

procedurali di diritto privato nelle legislazioni moderne, non si possono estendere ad ogni specie di giurisdizione e ad ogni modo non corrispondano nella loro particolare formulazione al concetto ed alla natura di funzione giurisdizionale, nè siano da questa rigorosamente richieste.

Così se riguardo al primo scopo non si può contestare che ogni procedimento debba essere diretto ad assicurare per ogni possibile controversia un giudice competente, non si può affermare però che sempre le forme processuali possano o debbano, specialmente nei casi di conflitto fra l'interesse pubblico e l'interesse privato, assicurare alle parti una eguaglianza di situazione di fronte al giudice. Riguardo poi al terzo fra gli scopi dal Cammeo assegnati al procedimento, la sua formulazione ci appare troppo assoluta per potersi estendere anche alle varie forme di giurisdizione di diritto pubblico. Sarà compito del resto di questo studio di precisare quale importanza l'istituto della cosa giudicata assuma riguardo alla più importante fra le giurisdizioni amministrative ammesse dalla nostra legislazione; ed i principii che a questo proposito verremo a stabilire saranno, speriamo, sufficienti a dimostrare la eccessiva rigidità della teorica del Cammeo.

Il Tezner, attribuendo una importanza eccessiva alla dottrina della divisione dei poteri e restringendo la sua osservazione all'ordinamento positivo austriaco viene a negare che una attività giurisdizionale possa compiersi per mezzo di organi appartenenti alla amministrazione e considera ogni forma di procedimento trovante applicazione nel campo amministrativo, anche se diretta a regolare la risoluzione di un conflitto di interessi e la relativa emissione di un vero e proprio giudizio, come un procedimento puramente ed esclusivamente amministrativo (*Verwaltungsverfahren*)¹⁾.

Questo procedimento amministrativo è secondo il Tezner quello diretto alla effettuazione secondo la legge di scopi ed interessi pubblici sotto la considerazione dei diritti e degli interessi individuali.

¹⁾ V. TEZNER. *Handbuch des österreichischen Administrativverfahren*. Wien, 1896, § 1, p. 1 segg.

A differenza del procedimento giurisdizionale che serve a regolare la esplicazione di funzioni aventi per iscopo la applicazione del diritto, il procedimento amministrativo si applica ad attività che, pur non infrangendo il diritto, oltrepassano lo scopo di questo, mirando alla eliminazione di pericoli personali e patrimoniali, alla conservazione ed al miglioramento delle condizioni di vita della collettività statale ed insieme di ogni singolo.

Ma perchè si abbia procedimento giurisdizionale occorre secondo il Tezner che esistano dei tribunali appositamente costituiti: ed in ciò propriamente sta la inesattezza della sua concezione. Poichè come abbiamo osservato precedentemente può darsi di frequente la opportunità di affidare alle stesse autorità amministrative la risoluzione di controversie di diritto pubblico e la applicazione o interpretazione della norma giuridica obiettiva che ad esse presiede. E non è vero, come crede il Tezner, che in questo modo si renda possibile una confusione fra i principii che devono regolare il trattamento degli interessi pubblici e gli assiomi giuridici che appartengono al procedimento civilistico e sono perciò propri a diritti ed interessi privati; in primo luogo perchè le norme a cui devono sottostare le autorità amministrative per l'esercizio di una loro eccezionale funzione giurisdizionale non si debbono necessariamente estendere anche all'attività che queste autorità pongono in essere per il perseguimento di semplici interessi amministrativi; in secondo luogo, perchè non è vero (e noi a lungo su ciò abbiamo insistito) che i principii che regolano il procedimento giurisdizionale, debbano sempre e ad ogni costo essere quelli propri del procedimento giurisdizionale privato.

Con ciò noi non vogliamo attribuire il carattere di giurisdizione ad ogni attività che si concreti in un giudizio, ma vogliamo semplicemente rilevare la inesattezza di quella concezione per cui solo allora si ha giurisdizione quando si abbia un organo appositamente costituito e completamente distinto dagli organi della funzione legislativa ed amministrativa esplicante la sua attività sempre secondo le stesse norme, quali cioè vennero elaborandosi e costituendosi nell'esercizio della giurisdizione privata.

Come bene osserva il Tezner, spesso la autorità amministrativa deve compiere, nell'esercizio della sua azione, un giudizio sopra la legittimità del suo procedimento ed ha da conferire a questo giudizio, secondo le varie circostanze, una espressione formale: non per questo la sua funzione potrà denominarsi dichiarativa del diritto (*Rechtsprechung*) od applicatrice o tutelatrice del diritto (*Rechtspflege*)¹⁾. Così per esempio si errerebbe nel definire giurisdizionale ogni forma di autocontrollo col quale la amministrazione compie una comparazione fra la sua attività e la norma giuridica. Non per questo però si potrà escludere ogni possibilità di giurisdizione dal campo amministrativo. È esatto in fatti come osserva il Tezner,²⁾ che mentre il procedimento di una autorità giurisdicente consiste nella dichiarazione di quanto è pervenuta a riconoscere, il procedimento di una autorità amministrativa, se può portare a questa dichiarazione, in essa non si esaurirà ma se ne servirà soltanto come punto di passaggio attraverso il quale quell'autorità possa giungere all'adempimento delle sue incombenze; e che per conseguenza siccome una azione conforme al diritto può servire a diversi scopi, così è in ultima analisi lo scopo quello che imprime la sua caratteristica ad una determinata attività.

Occorre però osservare che non tutti gli scopi hanno la stessa importanza, nè tutti sono fra loro indipendenti, ma che delle strette relazioni possono reciprocamente intercedere in modo da costituire il raggiungimento degli uni la condizione per il perseguimento degli altri. Per questa ragione potranno sempre questi scopi essere fra loro disintegrati e corrispondentemente essere distinte le attività che ad essi si connettono, ed alla stessa guisa che nessuno si sognerà di attribuire carattere giurisdizionale alle funzioni puramente amministrative che in via eccezionale vengono da molte fra le moderne legislazioni attribuite alle autorità giudiziarie, nessuno dovrà riconoscere il carattere amministrativo a quelle funzioni, che sia pure

¹⁾ Cfr. LABAND. *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, 3 Aufl. 1 Bd. p. 646; Hänel. *Deutsches Staatsrecht*. I, spec. pag. 129.

²⁾ *Op. cit.* p. 4.

in via transitoria ed incidentale possono essere deferite alle autorità amministrative quando lo scopo di esse, diretto alla risoluzione di un conflitto fra l'interesse collettivo e l'interesse privato ed alla dichiarazione dei principii contenuti nella norma obiettiva di diritto pubblico, possa individualizzarsi e considerarsi in modo distinto dallo scopo ordinario e definitivo dell'autorità stessa.

È certo utile distinguere il procedimento proprio alla funzione giurisdizionale dal procedimento proprio alla funzione amministrativa (il *Verwaltungsverfahren* dal *Verwaltungsgerichtliche-Verfahren*), ma non bisogna disconoscere la esistenza del primo ogniqualvolta non ci si trovi di fronte ad un tribunale vero e proprio organizzato alla stessa guisa dei Tribunali giudiziari di diritto privato. Questo, malgrado le sue precedenti premesse, viene a riconoscere in effetto anche il Tezner allorchè afferma il carattere giurisdizionale nella attività che viene esercitata dagli organi amministrativi, quando, da leggi speciali, venga loro deferita la competenza (come secondo la legislazione austriaca nei casi di controversie relative al brevetto di invenzione) per la risoluzione di conflitti di diritto patrimoniale fra Stato e privati senza che per questo venga imposta la osservanza delle norme proprie del processo civile¹⁾.

Che la funzione giurisdizionale nel campo del diritto pubblico possa e debba alle volte alternarsi alla funzione amministrativa e completarla è anche giustificato dal carattere bene messo in rilievo dal Tezner proprio alla giurisdizione amministrativa, quello cioè di essere un *judicium finium reguulorum*, avente come l'analogo ed omonimo procedimento del diritto romano, scopi non solo repressivi ma anche preventivi²⁾.

Volendo concludere intorno a questo terzo elemento della giurisdizione dovremo dire che, pur avendo esso un carattere di indispensabilità, non può rigorosamente determinarsi nei suoi requisiti, variando questi a seconda della norma giuridica della cui applicazione o della cui interpretazione si tratta ed a secondo della natura degli interessi venuti a conflitto.

¹⁾ Cfr. TEZNER. *Op. cit.* p. 10-11.

²⁾ Cfr. ARNDTS. *Lehrbuch des Pandekten*, § 321.

La ricerca della efficacia delle decisioni di una fra le più importanti giurisdizioni del diritto positivo italiano, quale in questo lavoro intendiamo di compiere, ci dimostrerà la verità di questa nostra affermazione e la instabilità dei principi giuridici ai quali le norme processuali devono conformarsi.

§ 9. — **Classificazione delle giurisdizioni in ordine al giudice.**

Data la varietà molteplice delle condizioni che possono accompagnare l'esercizio della funzione giurisdizionale, riuscirà di una certa importanza agli effetti della nostra ricerca l'accennare ai modi con cui le varie giurisdizioni possono essere classificate. Tenuta presente la nozione di funzione giurisdizionale, si comprenderà come diversamente essa si possa classificare a seconda del criterio che alla classificazione stessa vien posto a base ¹⁾. Il più importante di questi criteri è senza dubbio quello che viene desunto dalla natura del giudice: è appunto a questa stregua che sorse la distinzione fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione speciale. Come a lungo abbiamo già accennato, per molto tempo la difesa giurisdizionale fu ristretta ai rapporti puramente privati per cui alla sola risoluzione di conflitti da questi derivanti venne anche concettualmente limitata la corrispondente nozione, tanto da disconoscere l'esercizio di una giurisdizione tutte le volte che si facessero valere riguardo a questo esercizio delle forme e delle garanzie diverse da quelle che trovavano applicazione nell'esercizio della funzione giurisdizionale privata ²⁾.

¹⁾ V. CHIOVENDA. *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1905-06, p. 220-21; PRESUTTI. *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*. Napoli 1905, vol. I, n. 307; GALANTE. *Diritto processuale civile*, parte generale, p. 475 e segg.

²⁾ Cfr. sul concetto di giudice ordinario JHERINH. *Zweck im Recht*, I, p. 396 e segg.; BETHMANN-HOLWEG. *Der Civilprozess des gemeinen Rechts*. Bonn 1866, vol. III, p. 44 e segg. e 149; CAMMEO. *Commentario cit.*, p. 327; VACCHELLI. *La difesa giurisdizionale*, p. 273; ROMANO. *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in vol. III del *Trattato dell'ORLANDO*, p. 513 e 682; O. MAYER. *Le droit administratif allemand*. Ed. fr. I, p. 250; FICKER. *Forschungen zur Reichs und Rechtsgeschichte Italiens*. Innsbruck, 1890.

Tradizionalmente perciò si formò l'opinione, diffusa anche nella dottrina giuridica, che soltanto il giudice ordinariamente esercitante la giurisdizione nei rapporti dei singoli (giurisdizione che può assumere il carattere di civile o di penale a seconda che l'interesse minacciato o leso, nel conflitto a cui quei rapporti possono dar luogo, sia puramente un interesse individuale od un interesse collettivo o individuale e collettivo insieme) potesse presentare le garanzie di imparzialità, di capacità, di indipendenza che sole assicurassero il buon esercizio della funzione stessa. Questa tendenza, accentuatasi per opera della dottrina della divisione dei poteri, portò a confondere il concetto di giurisdizione col concetto di giurisdizione privata ed a disconoscere per conseguenza il carattere di giudice ad organi che pur esercitando funzioni giurisdizionali non fossero appartenuti all'autorità giudiziaria.

Si iniziò per opera di questo movimento teorico, una serie di riforme anche nelle legislazioni tendenti ad applicare il principio, allora strenuamente sostenuto, dell'unità delle giurisdizioni e ad assoggettare perciò alla così detta giurisdizione ordinaria anche tutte le controversie concernenti la interpretazione o la applicazione di norme prima sottratte al suo apprezzamento. Malgrado però questi sforzi, le così dette giurisdizioni speciali, così appunto chiamate in contrapposizione a quella ordinaria perchè esercitantesi con forme, con organi e su materie diverse, continuarono a sussistere anzi in questi ultimi tempi ad accrescersi, per cui bene poteva il Vacchelli affermare che se il principio dell'unità della giurisdizione ha seguito dopo la rivoluzione francese una linea ascendente, torna ora a ridiscendere ¹⁾.

La classificazione a cui abbiamo accennato, se non si può accettare alla stregua dei criteri su cui volgarmente la si vuole fondare, potrà accogliersi avendo riguardo esclusivamente alla natura dell'organo che nell'un caso e nell'altro esercita la funzione giurisdizionale ed alla materia che a questo esercizio è sottoposta. Occorre però a questo proposito tener presente che giurisdizione speciale non im-

¹⁾ Cfr. VACCHELLI. *Difesa ecc.*, p. 275.

plica alcun carattere di privilegio o di eccezionalità, ma può sempre conciliarsi con una competenza generale e normale, sia determinata da una specifica enumerazione, sia estesa con una formula comprensiva a tutta una serie di controversie caratterizzate da specifici requisiti¹⁾. Avendo sempre riguardo alla natura del giudice, le giurisdizioni possono distinguersi in popolari, pubbliche o private, intesi questi termini in un significato particolare, a seconda che il giudice venga scelto e nominato dal popolo, o direttamente dallo Stato per mezzo delle sue autorità, od infine dalle parti stesse.

Inoltre la posizione costituzionale dell'organo giudicante e la sua composizione possono fornire nuovi criteri a distinguere fra loro più giurisdizioni: così si avranno tribunali ordinari, quando il collegio od il giudice appartengono all'ordine giudiziario; tribunali amministrativi quando risultino costituiti da elementi scelti in seno all'ordine amministrativo; tribunali misti quando elementi tratti dall'uno e dall'altro ordine contribuiscano alla loro composizione²⁾. Riguardo alla potestà di cui il giudice è investito, un'altra distinzione può farsi a seconda che egli possa estendere l'esercizio della funzione giurisdizionale a lui attribuita a tutto intero il rapporto giuridico in controversia, ovvero debba limitarsi a conoscere di questo rapporto un solo aspetto lasciando all'esame di altri giudici i vari rimanenti aspetti del rapporto stesso: in questo modo si distinguono appunto le giurisdizioni piene da quelle limitate o, come altri meglio si esprime, le giurisdizioni di merito da quelle di pura legittimità.

Siccome poi codesta potestà può essere permanentemente congiunta, come d'ordinario, ad un organo dello Stato per modo che esso debba procedere all'esercizio della funzione giurisdizionale non appena una controversia sorga che rientri nella sua specifica competenza, e d'altra parte essa potestà può essere subordinata, non solo nel suo esercizio, ma anche nella sua esistenza a speciali condizioni,

¹⁾ Cfr. CAMMEO. *Commentario citato*, p. 427; GALANTE. *Diritto processuale civile* (parte generale) Napoli, 1909, p. 283. V. contra: ROMANO. *Le giurisdizioni speciali*, p. 583 e segg.

²⁾ Cfr. ROMANO. *Le giurisdizioni speciali amministrative*, l. c., p. 584; CAMMEO. *Commentario cit.*, p. 331.

così sempre avendo considerazione all'elemento del giudice si potranno distinguere dalle giurisdizioni permanenti le giurisdizioni temporanee, quali sarebbero per esempio quelle che si istituiscono in casi di guerra o di stato di assedio.

§ 10. — **Classificazione delle giurisdizioni in ordine alle parti.**

Nuove classificazioni si possono introdurre in questa materia se si ha riguardo alle persone che entrano a far parte del contraddittorio. Queste classificazioni ebbero una grandissima importanza nei tempi anteriori alla costituzione dello Stato di diritto, quando la popolazione era divisa in classi variamente ordinate e diversamente collegate e protette dallo Stato. Tale disuguaglianza di condizione a cui corrispondeva una disuguaglianza intrinseca di vita, di aspirazioni, di attività doveva portare come necessaria conseguenza una grande varietà nelle norme giuridiche regolanti la esplicazione di questa vita, il perseguirsi di queste aspirazioni, l'esercizio di queste attività. In tal modo derivò che le regole di condotta proprie ad una determinata classe o casta risultassero profondamente differenti da quelle proprie di altre classi o caste, per cui sorgendo controversie in ordine alla loro interpretazione od applicazione, è naturale e logico che la funzione giurisdizionale dovesse venire esercitata da organi e con modi e forme distinti. Così si ebbero i giudici dei nobili e dei borghesi, del clero e dei militari, dei commercianti ecc., prendendo a criterio distintivo della giurisdizione la qualità della persona ed il carattere della classe a cui essa apparteneva.

Col trionfo della rivoluzione francese e col diffondersi conseguente dei principî di libertà e di uguaglianza in nome dei quali quella si era compiuta, i vecchi ordinamenti vennero fatalmente a sfasciarsi ed alle precedenti istituzioni nuove succedettero con caratteri, finalità ed indirizzo profondamente diversi. Così nel campo giurisdizionale in forza della nuova concezione dei poteri e delle funzioni dello Stato e per il prevalere di teoriche basanti sui nuovi principî, si cercò, per quanto fu possibile, di estendere il concetto di giurisdizione ordinaria e di rendere più perfette le garanzie del giu-

dice, assicurandone anche meglio la indipendenza e la capacità. A poco a poco vennero adunque, sempre in omaggio ai principi di eguaglianza recentemente affermati, a scomparire le vecchie distinzioni di classe e ad estinguersi le prerogative che a quelle corrispondevano: le giurisdizioni speciali per persone dovettero in forza di ciò lasciarsi sostituire dalla giurisdizione comune così chiamata appunto, non perchè per essa soltanto venisse ad esercitarsi la funzione giurisdizionale, ma perchè nello stesso modo, con le stesse forme, con le stesse guarentige questo esercizio veniva compiuto senza eccezione alcuna derivante da considerazioni relative alla condizione delle parti in causa, a meno che codeste condizioni fossero intrinseche e non puramente esteriori.

Non per questo però il principio che ispirò codeste trasformazioni anche istituzionali potè ottenere una completa attuazione portando nel campo giurisdizionale alla abolizione assoluta dei vecchi criteri personali, poichè nelle varie legislazioni anche oggi esistono tracce, sebbene non del tutto ingiustificate, degli antichi ordinamenti, come riguardo ad alcune specie di funzionari (p. es. senatori), riguardo ai militari ed in alcuni altri casi ancora che è inutile il rintracciare.

A un altro criterio di classificazione può dar occasione l'elemento delle parti poichè dalla considerazione della loro natura potrà trarsi un nuovo argomento per distinguere la giurisdizione amministrativa dalla giurisdizione ordinaria, essendo necessario, perchè si abbia la prima che una almeno delle parti sia una pubblica amministrazione. Siccome poi, come precedentemente abbiamo osservato, può darsi come conseguenza dell'istituto della contumacia necessaria che la parte in un giudizio sia una sola e che il contraddittorio, come può accadere nei giudizi penali ed anche amministrativi, si compia artificialmente per mezzo di organi preventivamente determinati, così si potrà distinguere, sempre avendo riguardo a questo elemento del giudizio, le giurisdizioni bilaterali da quelli unilaterali ¹⁾.

Una classificazione più importante anche perchè più elementare si desume dalla natura della questione che forma oggetto della lite,

¹⁾ Cfr. a questo proposito MAYER. *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, 182.

cioè della materia su cui la giurisdizione si esercita: si riportano a questo criterio i concetti diffusissimi di giurisdizione civile, giurisdizione penale, giurisdizione amministrativa, giurisdizione disciplinare, giurisdizione commerciale, giurisdizione finanziaria o contabile ecc. Come bene osserva il Vacchelli ¹⁾, queste classificazioni secondo il criterio della materia, come quelle secondo il criterio delle persone sono costituite su basi così generali da servire a comprendere tutte le giurisdizioni, giacchè ogni giurisdizione ha contendenti o questioni oggettivamente considerati. Rimane così possibile un intreccio per il quale può aversi in pratica una giurisdizione civile per materia fra due soggetti della pubblica amministrazione; oppure una giurisdizione amministrativa per materia riflettente un atto dell'amministrazione che sia impugnato in un contraddittorio fra privati. La considerazione della materia sottoposta al giudizio può anche condurci alla distinzione fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione speciale alla quale siamo pervenuti considerando l'elemento del giudice, perchè parallelo al concetto di giudice ordinario si svolge quello di contenzioso ordinario, sebbene questi due concetti non sempre abbiano avuto piena rispondenza, dandosi frequente il caso, nelle legislazioni, di contenzioso speciale deferito a giudici ordinari e viceversa di contenzioso ordinario per la natura della controversia deferito a giudici speciali o eccezionali in considerazione di persone determinate ²⁾.

§ 11. — Classificazione delle giurisdizioni in ordine al procedimento.

Nuovi criteri di classificazione vengono infine forniti dal terzo elemento della giurisdizione, il procedimento. La prima e più ovvia distinzione a questo riguardo è quella fra giurisdizioni ad un solo grado e giurisdizioni a più gradi a seconda che la controversia venga definitivamente risolta dall'organo giurisdizionale davanti al quale

¹⁾ *Op. cit.*, p. 272.

²⁾ Cfr. VACCHELLI. *Op. cit.*, p. 275.

venga portata, ovvero possa aver luogo un ulteriore giudizio da parte di un'altra autorità. Se la funzione giurisdizionale potesse compiersi per mezzo di attività superumane le quali si esplicassero sempre conforme a giustizia in modo da procedere alla interpretazione ed alla esplicazione della norma giuridica con criteri assolutamente obiettivi, sarebbe inconcepibile un sistema il quale permettesse una graduazione dei vari organi giurisdizionali e creasse tutta una serie di rapporti fra essi, in modo da permettere che il giudizio dell'uno potesse essere vagliato, interpretato e corretto dal giudizio dell'altro.

Siccome però nell'umana società è impossibile prescindere da organi umani e questi per questa loro stessa qualità necessaria risultano estremamente limitati nei loro mezzi, così il sistema a cui abbiamo eccennato, che venne appunto acquistando sempre maggiore importanza con il diffondersi dei principi di libertà e con l'estendersi ad un campo sempre più vasto dell'applicazione di norme generali di condotta, costituì un ottimo espediente per integrare le facoltà dei singoli organi e per assicurare insieme, alla funzione giurisdizionale un più retto perseguimento ed agli interessi individuali una migliore garanzia. Così si hanno nelle varie legislazioni le giurisdizioni di primo grado, di appello, di cassazione, di revisione, di annullamento, ecc.

Sempre riguardo al procedimento, le giurisdizioni si possono distinguere in giurisdizioni *a priori* ed in giurisdizioni *a posteriori*. Questa distinzione ha assunto molta importanza specialmente nel campo del diritto pubblico, dopo che anche la attività dello Stato, in questo esplicantesi, venne sottoposta a norme giuridiche di condotta. Il concetto su di cui essa si fonda prima formulato in Francia e successivamente trasportato per opera di Ottone Mayer in Germania, è bene riassunto dal Romano che a questo proposito così scrive: « Ci sono rapporti che allorché si sente bisogno che essi siano determinati e definiti da una autorità dello Stato, danno luogo, sin da principio allo scopo di siffatta determinazione, ad un procedimento giurisdizionale: così avviene per i rapporti fra semplici privati ed anche per quelli di natura penale. Invece nelle relazioni con la pub-

blica amministrazione ciò sempre non si riscontra; ma può accadere che ove il cittadino si rifiuti ad adempiere a ciò che lo Stato crede dovere di lui, egli vi possa essere costretto senza bisogno di una preventiva dichiarazione giurisdizionale; salvo il diritto di provocar questa posteriormente e chiedere all'amministrazione che si rimedi al mal fatto e gli si risarciscano i danni sofferti: così per esempio avviene in materia di imposte tutte le volte che trova applicazione il principio *solve et repete*. È noto che la giurisdizione a posteriori deve considerarsi come una eccezione al principio che nessuno può farsi giustizia con le proprie mani. Ciò tuttavia non giustifica l'opinione di chi crede possibile che la pubblica amministrazione agisca sempre, previo l'esercizio di una giurisdizione originaria (*a priori*): ne seguirebbe un grave impacciamento, causa di dannosa lentezza, nell'attività dell'amministrazione medesima »¹⁾.

Esistono invero giurisdizioni *a priori* anche nel campo amministrativo, quale è p. es. in pressochè tutte le legislazioni la giurisdizione contabile, e, in Italia, quella disciplinare sui magistrati e professori di università²⁾; esse costituiscono però piuttosto dei controlli attuanti in forma giurisdizionale che delle vere giurisdizioni, e ad ogni modo rappresentano un procedere eccezionale dell'attività amministrativa la quale per la natura dell'interesse che persegue, per la prevalenza di questo sull'interesse individuale privato, per la presunzione in fine di legittimità che per necessità istituzionale deve soccorrere ogni esercizio di attività dello Stato, ha bisogno e possibilità di attenersi con una certa urgenza e di evitare, come ben rilevava il Romano, ogni causa di impaccio o di dannosa lentezza.

Le giurisdizioni *a priori* si possono alla loro volta distinguere in preventive od inquisitorie e repressive a seconda che la giurisdizione venga esercitata indipendentemente dal sorgere di una controversia

¹⁾ ROMANO. *Le giurisdizioni speciali ecc.*, p. 588; cfr. CAMMEO. *Commentario*, p. 332; SERRIGNY. *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*. Paris, 1865, p. 427; MAYER. *Deut. Verw. cit.* I, 188.

²⁾ CAMMEO. *Commentario*, p. 280.

ovvero soltanto quando una controversia od una violazione giuridica siano già nate ed attuali ¹⁾).

Così abbiamo creduto di aver compiuta la enumerazione delle più importanti classificazioni che la dottrina e la pratica hanno introdotto in materia giurisdizionale. Come si sarà notato, noi abbiamo precisato assolutamente da una distinzione abbastanza diffusa, specialmente fra i cultori del diritto amministrativo, fra giurisdizioni perfette e giurisdizioni imperfette. Precedentemente noi ci siamo sforzati di dimostrare come gli elementi della giurisdizione se si possono precisare nella loro formula generale, presentano una grande instabilità nei loro particolari requisiti, per cui il concetto di giurisdizione perfetta non potrà che aversi relativamente a speciali condizioni e soltanto riguardo a particolari rapporti giuridici. Per questi limiti che restringono il concetto suespresso, noi non crediamo che si possa accettare la classificazione a cui abbiamo accennato, anche perchè essa rischierebbe di portare, se non prudentemente interpretata, una confusione fra i principî del diritto privato, ai cui istituti la perfezione si vorrebbe attribuire, ed i principî del diritto pubblico.

§ 12. — **Rapporti che regolano la coesistenza di più giurisdizioni: rapporto di separazione.**

Dopo avere esaminato in quali modi possa distinguersi nel suo esercizio la funzione giurisdizionale, occorre indagare quali rapporti possano intercedere reciprocamente fra le varie giurisdizioni, e quali principî debbano presiedere a questi rapporti, perchè la attività dello Stato che in quella funzione si estrinseca abbia a raggiungere lo scopo importantissimo ad essa proprio di interpretare ed attuare il diritto obiettivo.

Da quanto abbiamo precedentemente detto, risulta facile il dedurre come prima importantissima conseguenza, che ciascuna giurisdizione in quanto risulta particolarmente ordinata in considerazione dei caratteri propri alla controversia che essa è chiamata a risolvere

¹⁾ Cfr. ROMANO. *Op. cit.*, p. 586; CAMMEO. *Commentario*, p. 332.

debba esercitarsi in modo assolutamente indipendente e distinto da ogni altra. Infatti in tanto la funzione giurisdizionale si attua con organi diversi ed in tanto relativamente a ciascuno di questi organi gli elementi di cui essa consta si comportano in modo particolare, in quanto la norma giuridica obiettiva della cui interpretazione e della cui applicazione si disputa presenti una natura speciale, tragga origine da condizioni che possono variamente diversificarsi e richiedere per conseguenza criteri molteplici di apprezzamento, e sia diretta infine a scopi il cui raggiungimento non può ottenersi sempre con gli stessi mezzi.

Se in considerazione a ciò si rese inattuabile il concetto, tanto ardentemente da alcuni vagheggiato, di una giurisdizione unica, ne deriva che ciascuna singola giurisdizione debba limitare la propria attività ad un determinato ordine di rapporti e non possa senza esorbitare dalla sua funzione, senza perciò snaturare il carattere alla sua attività, esercitarsi in un campo nel quale la applicazione della norma giuridica obiettiva sia affidata ad un'altra autorità giurisdizionale. Il rapporto adunque che in linea teorica deve regolare la coesistenza di più giurisdizioni è il rapporto di separazione assoluta; e ciò non soltanto è richiesto dall'unità concettuale della funzione giurisdizionale, per cui risulterebbe illogico, ripugnante e contrario alla dignità della funzione ed alla natura stessa dello Stato che una stessa norma di condotta giuridica potesse contemporaneamente essere interpretata ed applicata in modo diverso e spesso contraddittorio, ma deriva imprescindibilmente anche dalla necessità di conservare al comando insito in ogni decisione e per il quale soltanto lo scopo dell'attività giurisdizionale viene raggiunto ¹⁾ quella forza pratica senza della quale non può neppure teoricamente concepirsi ²⁾).

Questo principio importa adunque una completa indipendenza anche fra gli organi a cui l'esercizio della funzione giurisdizionale

¹⁾ Cfr. LABAND. *Deutsche Staatsrecht*, p. 334-338; CAMMEO *Commentario*, p. 303-304; MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, § 347).

²⁾ Cfr. STEIN. *Verwaltungslehre. Die Vollziehende Gewalt*. 1869, vol. II, p. 391.

viene attribuito, appartengano essi all'ordine giudiziario vero e proprio od all'ordine amministrativo: il fatto che gli uni e gli altri esplicano una attività diretta, sia pure diversamente, secondo il carattere della norma giuridica e la natura della controversia, all'applicazione del diritto obiettivo, rende teoricamente inconcepibile ogni rapporto di subordinazione, e toglie ogni fondamento ai criteri di migliore organizzazione e più profonda competenza coi quali alcune legislazioni, seguite da una dottrina superficiale, vorrebbero giustificare, dopo che le mutate condizioni giuridiche dello Stato richiesero la istituzione di nuovi organi giurisdizionali, una certa superiorità e preminenza della cosiddetta autorità giudiziaria ordinaria sulle giurisdizioni amministrative.

Nè si deve credere che, queste potendosi concepire, secondo la teorica da noi sostenuta, anche se in un medesimo organo si vengano a riunire le due funzioni distinte di amministrazione e di giurisdizione, si verrebbe in forza del principio sopra espresso a confondere assieme le due diverse attività che a quelle funzioni corrispondono ed a sottrarre la prima a quella subordinazione all'attività giurisdizionale che costituisce appunto la più alta garanzia che gli interessi individuali possano pretendere nel campo del diritto pubblico; perchè non in un medesimo modo queste due funzioni verranno esercitate, nè identici saranno nell'un caso e nell'altro gli elementi dai quali deve risultare la rispettiva attività ¹⁾.

La concorrenza poi di attività amministrative e di attività giurisdizionale, il loro comune esercizio per parte di un unico organo, non si riscontra esclusivamente nel campo amministrativo, ma anche in quello propriamente detto giudiziario, dove ad organi giurisdizionali si attribuiscono spesso incombenze amministrative, quali in

¹⁾ Il Vacchelli rinviene la giustificazione al principio generale che ora abbiamo formulato intorno ai rapporti di coesistenza fra più giurisdizioni, nella teorica della divisione dei poteri. Noi crediamo questo criterio insufficiente anche perchè, come abbiamo visto, non sempre ad una divisione di potere corrisponde una divisione di funzioni, non potendosi la funzione giurisdizionale circoscrivere entro la attività di determinati organi. Cfr. VACCHELLI. *Difesa ecc.* pag. 470.

ultima analisi sono le attribuzioni costituenti la cosiddetta giurisdizione volontaria e gran parte di quelle che rientrano nel procedimento esecutivo. Occorre anzi notare a questo proposito che nel caso di coincidenza in uno stesso organo di funzioni giurisdizionali ed amministrative, queste ultime resteranno sempre distinte dalle prime che non potranno, per l'identità fisica che altrimenti si riscontrerebbe fra giudice e parte, costituire in confronto di esse un vero controllo giurisdizionale.

Da quanto abbiamo detto risulta implicitamente un principio che sebbene non ci interessi direttamente, sarà bene accennare per rendere più facile la intelligenza di alcuni istituti del diritto pubblico, il principio cioè che (a differenza di quello che si verifica nelle relazioni intercedenti fra le autorità giurisdizionali) i rapporti fra l'amministrazione attiva e le varie giurisdizioni saranno regolarmente di concorrenza e non di separazione, costituendo l'attività amministrativa, come del resto quella del privato, il presupposto o per meglio dire l'oggetto su cui si esercita la competenza dell'attività giurisdizionale ¹⁾. Più che possibile e regolare, il rapporto di concorrenza fra l'amministrazione e la giurisdizione, corrisponderà, come opportunamente notava il Cammeo ²⁾, ad una *necessità effettiva*.

Ritornando alle relazioni che possono intercedere fra le diverse giurisdizioni, occorre mettere in rilievo quali altri sieno gli effetti derivanti dal principio di separazione assoluta. Anzitutto da esso deriverà come prima conseguenza che le decisioni delle diverse giurisdizioni non potranno reciprocamente esercitare alcuna influenza e che il principio della cosa giudicata, nei limiti e con la estensione con cui nei vari casi potrà accertarsi, non avrà efficacia se non nell'orbita di ciascun rapporto giuridico. Poichè, variando i criteri su cui troverà fondamento ciascun giudizio, la decisione che a questo in un dato caso viene a corrispondere non potrà influire in alcuna

¹⁾ Cfr. VACCHELLI. *La difesa giurisdizionale*, p. 449 e segg.; CAMMEO. *Commentario*, p. 359; LAFERRIÈRE. *Traité de la jurisdiction administrative*, I, 502; ROMANO. *Le giurisdizioni speciali amministrative*, loc. cit., p. 601 e segg.

²⁾ *Op. loc. cit.*

maniera sulla decisione e sul giudizio relativo che occorra vengano emessi in un caso diverso. In secondo luogo, ammesso che i rapporti intercedenti fra le varie giurisdizioni sieno di assoluta separazione, deriverà che la competenza propria ad un organo giurisdizionale costituirà un limite a quella degli altri organi. In terzo luogo occorre tener presente un'altra importante conseguenza del principio suespresso: che quando a garanzia dell'interesse singolo siano disposti contemporaneamente due mezzi, l'uno debba ritenersi non giurisdizionale, ma appartenente ad una categoria diversa di mezzi protettivi, quali quelli, per es., rientranti nella competenza dell'amministrazione attiva. Viceversa se in confronto di nessuno di questi mezzi potrà disconoscersi il carattere giurisdizionale, allora occorrerà limitarsi all'esperimento di uno soltanto, rinvenendo il criterio per la scelta nei caratteri propri della norma giuridica della cui applicazione si disputa, e nella natura dell'interesse che dalla norma si pretende protetto.

Il Romano accennando a questa eventualità, che cioè dal diritto positivo vengano contemporaneamente preordinate due garanzie in ordine ad uno stesso interesse, afferma che ove sorga dubbio quale di esse possa esperirsi, debba senz'altro essere preferita l'autorità giudiziaria comune alla giurisdizione amministrativa ¹⁾. Quanto abbiamo detto in tutto il presente capitolo crediamo sia sufficiente a giustificare la contraria opinione nostra: al Romano ci limiteremo ad osservare che il carattere eccezionale che egli afferma come proprio della giurisdizione amministrativa, ripugna al concetto stesso di giurisdizione e che se il sistema a cui cercò di ispirarsi un tempo il legislatore italiano parve concordare con questa sua concezione, in seguito la inesattezza del principio su cui si fondava, trovò secondo noi, la sua dimostrazione più convincente negli istituti nuovi che con funzioni giurisdizionali vennero elaborandosi nel campo del diritto pubblico.

Il principio della separazione assoluta però se in teoria si può con sufficiente esattezza formulare, incontra però nella pratica delle diffi-

¹⁾ Cfr. ROMANO. *Le giurisd. spec. ecc.*, p. 595

coltà rilevanti di applicazione che rendono necessarie alcune eccezioni le quali permettano alla funzione giurisdizionale di poter, senza sacrificio della sua unità concettuale, raggiungere gli scopi ai quali è preordinata.

§ 13. — **Eccezioni al principio di separazione: subordinazione delle varie giurisdizioni ad un giudice unico sulle competenze.**

Una prima eccezione è richiesta dalla necessità di far osservare i limiti delle competenze e di ottenere una applicazione, quanto più rigorosa sia possibile, del principio della separazione: perchè ciò si possa ottenere occorre che le varie giurisdizioni vengano sottoposte ad una giurisdizione superiore il cui ufficio appunto consista nel garantire la osservanza dei limiti che assicurano le condizioni di coesistenza e di esercizio delle prime. Verrà in questo modo a stabilirsi fra questa giurisdizione superiore e le altre giurisdizioni non già un rapporto di separazione, ma bensì un rapporto di subordinazione o per lo meno di coordinazione ¹⁾.

È questo certamente un sistema che si renderebbe inutile quando la funzione giurisdizionale fosse esercitata in modo da potersi escludere qualsiasi errore, ma che è assolutamente necessario data la relatività della perfezione che può essere propria degli istituti umani. Per quanto gli ordinamenti positivi possano ben riuscire a determinare e ad individuare il campo proprio a ciascuna giurisdizione e per quanto i giudici si preoccupino di osservare questi limiti, la varietà e la molteplicità dei casi che nella pratica possono presentarsi, rende inevitabile spesso la loro infrazione; e potrà per conseguenza sempre verificarsi che date due giurisdizioni coesistenti nel rapporto di separazione, l'una di esse pronunci sopra questioni riservate all'altra, invadendo la competenza di questa, ovvero che entrambe pronuncino sulla stessa questione. Data come possibile questa eventualità si comprende come gli ordinamenti positivi ten-

¹⁾ Cfr. ROMANO. *Op. cit.*, p. 595; VACHELLI. *Op. cit.*, p. 468-69; CAMMEO. *Commentario*, p. 360-63.

dano a prevenirla ed a por riparo, quando si verifichi, agli effetti dannosi ed antiggiuridici che da essa derivano; scopi questi che in nessun altro modo meglio si potrebbero raggiungere se non istituendo una istanza unica, cui sieno subordinate le varie giurisdizioni fra le quali il conflitto può verificarsi od a danno delle quali può aver luogo, e che conosca e risolva le sole questioni di competenza.

La subordinazione in questo caso non verrà a togliere alcun prestigio alle giurisdizioni in confronto delle quali essa viene a manifestarsi e perciò il rapporto nel quale essa si estrinseca, essendo limitato ad una sola questione di diritto, essendo cioè parziale, potrà bene chiamarsi con il Cammeo ¹⁾ *normale*. In pratica oltre questo rapporto di subordinazione parziale sono possibili anche dei rapporti di subordinazione totale o completa, che si verificano quando la giurisdizione superiore è altrettanto estesa quanto l'inferiore e viene per conseguenza a trovarsi nella stessa condizione in cui si trova, entro uno stesso ordine di giurisdizioni, la istanza di secondo grado rispetto a quella di primo grado.

Occorre però in questo caso che siano rigorosamente determinati i termini e precisate le forme con la osservanza dei quali la subordinazione abbia a verificarsi, perchè se la giurisdizione superiore potesse, indipendentemente da ogni garanzia procedurale, esercitarsi in confronto di quella inferiore, questa verrebbe a perdere ogni importanza, non solo, ma anche rimarrebbe priva del potere caratteristico ed indispensabile nell'esercizio di una funzione giurisdizionale, di rendere definitivamente obbligatoria la pronuncia nella quale quell'esercizio si esaurisce. Anche però se circoscritto da opportune e severe garanzie, il rapporto di subordinazione non può come regola presiedere alla coesistenza di più giurisdizioni, poichè oltre che importare una grande e spesso assai dannosa lentezza nella risoluzione delle controversie, viene a togliere alle giurisdizioni dei gradi inferiori molto del loro prestigio e della loro importanza. Esso perciò in un buon ordinamento positivo non potrà che occupare un posto eccezionale di fronte alla regola della separazione assoluta.

¹⁾ *Commentario*, 349.

§ 14. — **Eccezioni al principio di separazione: efficacia delle decisioni di un giudice incompetente.**

Non è questa però la sola eccezione che il pratico esercizio della funzione giurisdizionale porta al sistema normale di separazione del quale sopra abbiamo discusso. Questo sistema infatti presuppone che i limiti del campo di competenza proprio a ciascun ordine di giurisdizione sieno particolarmente definiti, non solo, ma che a codesta determinazione corrisponda una esatta classificazione dei diversi e molteplici rapporti giuridici sui quali la contestazione può verificarsi, in modo che riesca sempre facile la assegnazione loro ad un determinato ordine di competenze. Cotesto compito se può essere teoricamente soddisfatto in modo completo, non lo può essere praticamente, essendo le contingenze a cui si devono applicare i rapporti giuridici tanto e così rapidamente variabili da sfuggire a qualsiasi per quanto accurata prevedibilità.

Può verificarsi perciò in pratica che un determinato rapporto giuridico non possa con certezza classificarsi, per modo che, verificandosi in ordine ad esso una controversia, si presentino delle difficoltà per determinare in modo univoco quale giurisdizione sia competente a conoscere di esso. Data questa incertezza e dovendosi d'altra parte provvedere anche in questo caso alla applicazione della norma giuridica, può darsi che una determinata giurisdizione ascriva alla propria competenza la risoluzione della questione e decida su di questa. Se l'apprezzamento che ha servito di base alla sentenza si fondi su criteri inesatti od infondati, se cioè risulti che il rapporto giuridico in ordine al quale la giurisdizione ha esplicato la propria attività ed i propri poteri esulava completamente dalla sua competenza rientrando invece in quella di un'altra giurisdizione, potrà la decisione in questo modo emessa avere la efficacia di una vera sentenza e vincolare le parti alla sua osservanza, malgrado l'errore commesso che può essere grave ed evidente. Se anche in questo caso si volesse applicare il principio della separazione si dovrebbe, senza esitazione, rispondere negativamente alla domanda sopra formulata,

perchè da questo principio risulta logica la conseguenza che l'esercizio della funzione giurisdizionale soltanto allora si possa considerare come legittimo ed efficace quando si compia con l'osservanza dei limiti posti alla sua competenza, perdendo anzi il carattere e la importanza di giurisdizione quando da questi esorbiti.

Questa conseguenza rigorosa del principio di separazione era stato accolto già dalle leggi romane più però per soddisfare le esigenze del loro ordinamento positivo che per obbedienza a necessità teoriche; così per esempio fra i motivi di nullità con i quali si poteva impugnare una qualunque sentenza su di cui alcuno fondasse l'*exceptio rei judicatae*, principalissimo era quello della incompetenza assoluta ¹⁾. Questi principii che si conservarono, accentuandosi, nel diritto comune ²⁾ ed in parte anche nel diritto canonico vennero a perdere ogni importanza nel diritto moderno, in cui per la influenza delle teoriche sulla cosa giudicata, si affermò il principio contrario che se l'incompetenza per materia può essere fatta valere come mezzo di impugnazione delle sentenze nei vari gradi di giurisdizione, quando essa non sia proposta tempestivamente come motivo di appello, cassazione o revisione, la cosa giudicata si formi anche sopra di essa ³⁾.

Non vogliamo ora discutere nella sua giustificazione e nella sua importanza codesta eccezione che la dottrina e le legislazioni moderne vollero introdurre al sistema regolante la coesistenza di più giurisdizioni, perché a questo proposito dovremo occuparci a lungo in seguito. Qui vogliamo soltanto rilevare che essa fu determinata dalla necessità pratica di assicurare all'esercizio della funzione giurisdizionale una conveniente rapidità che le permettesse di soddisfare adeguatamente ai cresciuti bisogni ed interessi alla cui tutela deve

¹⁾ Cfr. COGLIOLO. *Trattato teorico-pratico dell'eccezione di cosa giudicata*. Torino 1883, p. 150-51; Cod. IV, 48, *si a non competente iudice*; BETHMANN HOLWEGG. *Der Civilprozess des gemeinen Rechtes*, II, p. 720.

²⁾ Cfr. BAR. *Civilprozess*, nell'*Encyclopädie dell'Holtendorff*, p. 828.

³⁾ Cfr. CAMMEO. *Commentario*, p. 350-51; TEZNER. *Handbuch* cit. p. 312: « si esagererebbe se si volesse dare alle norme di competenza eccessiva importanza e si volesse impedire che le decisioni di autorità incompetenti possano assumere valore di cosa giudicata ».

tendere, e dalla conseguente maggiore importanza all'ufficio sociale dell'istituto della cosa giudicata ¹⁾.

L'influenza di questo principio si manifesta anche nel caso che da uno stesso rapporto giuridico sorgano controversie di diversa natura, per cui si reputi necessario affidarne la competenza a giurisdizioni diverse. La applicazione anche ai rapporti intercedenti fra queste giurisdizioni del principio di separazione assoluta, darebbe luogo molto spesso ad una inconciliabilità di giudicati materiale od anche semplicemente morale che non solo renderebbe in gran parte vano l'esercizio della stessa funzione giurisdizionale, ma anche molto nuocerebbe alla sua dignità ed alla sua efficacia ²⁾. Allo scopo anzi di rendere questo esercizio meglio rispondente alla unità della funzione, molto spesso rapporti diversi sorgenti da uno stesso fatto, aventi però comuni alcuni dei loro estremi, vengono a concentrarsi secondo le moderne legislazioni in un'unica giurisdizione, malgrado appartengano a due competenze distinte; il che può avvenire o per accordo delle parti, o per rifiuto a giudicare la controversia per parte della giurisdizione prima chiamata ³⁾.

Concludendo su questo argomento, possiamo affermare che se il rapporto normale di coesistenza fra più giurisdizioni è il rapporto di separazione assoluta, pure, per necessità derivanti dall'attuazione pratica di questo rapporto o dalla natura della stessa funzione giurisdizionale, possono darsi anche rapporti di coordinazione, di subordinazione, di alternazione e conseguente concentrazione di competenza.

¹⁾ Cfr. per la applicazione del principio di cui abbiamo accennato nelle legislazioni moderne, CAMMEO. *Commentario*, 351, nota 1. Qualche legislazione però fedele al principio della separazione assoluta persiste ancora a disconoscere ogni valore alle decisioni delle autorità giurisdizionali incompetenti; per es. la legislazione del Baden (cfr. BERNATZIK. *Rechtsprechung* ecc. p. 274).

²⁾ Cfr. CAMMEO. *Commentario*, p. 351 e segg.

³⁾ Cfr. ROMANO. *Le giurisd. spec.* 596; CAMMEO. *Op. loc. cit.*

SEZIONE SECONDA.

Concetto di regiudicata

§ 1. — **Fondamento giuridico sociale e pratico della regiudicata.**

La funzione del diritto nella società, essendo diretta ad assicurare le condizioni di coesistenza alle molteplici attività umane estrinsecantisi nella vita sociale con tanta varietà di forme e di manifestazioni, dovrà necessariamente esaurirsi in una serie di concessioni e di comandi per i quali riesca determinato il campo entro cui il singolo possa liberamente perseguire i suoi interessi ed attuare la sua volontà. Se la norma giuridica potesse per forza propria e per il semplice fatto della sua esistenza assicurare questi scopi, lo Stato considerato quale organo del diritto ridurrebbe ogni sua manifestazione all'ufficio legislativo, cioè alla dichiarazione della norma giuridica stessa. Questa ipotesi però, come abbiamo fuggolmente accennato nella sezione precedente, non solo richiederebbe, nella norma di condotta dal diritto posta a presiedere le relazioni sociali, dei requisiti di perfezione tali che sono inconciliabili con la natura dell'organo chiamato a fissarla, ma importerebbe anche, come condizione necessaria, che l'ossequio alla norma, da parte dei singoli, fosse tale da escludere ogni trasgressione al comando od al divieto in essa contenuti.

Di qui per conseguenza la necessità di un organo il quale integri la funzione del legislatore e con lui cooperi nell'attuare il diritto, trasformando la efficacia di questo da potenziale in effettiva, con la interpretazione della norma in cui esso si risolve ove appaia incerta, o con la sua applicazione ove risulti inosservata.

Nell'un caso e nell'altro la funzione giurisdizionale si risolve nella dichiarazione del diritto in ordine ad un caso concreto, dichiarazione che, per il carattere proprio all'organo da cui emana, deve assumere efficacia obbligatoria in confronto delle parti fra le quali intercede il rapporto la cui determinazione ha occasionato l'eccitamento della giurisdizione. Senza codesto effetto non si può concepire alcun esercizio di funzioni giurisdizionali poichè ad esse verrebbe a mancare lo scopo o per meglio dire verrebbero a mancare i mezzi per raggiungerlo. Tenda infatti la giurisdizione ad assicurare e proteggere il perseguimento dei diritti subiettivi singoli come alcuni credono, abbia essa per movente immediato, come altri vogliono, la difesa del diritto obiettivo, dovrà sempre, per forza di una necessità istituzionale, di una condizione da cui quasi dipende il suo esercizio funzionale, approfittare e servirsi della forza obbligatoria che alla norma giuridica è propria e che sola può dare, alla determinazione del rapporto in cui la giurisdizione stessa si esaurisce, carattere giuridico.

Si comprende perciò come in tutti i tempi e presso tutti i popoli¹⁾ con tanta maggior forza quanto maggiori erano la dignità ed il prestigio connessi all'ufficio giurisdizionale, la sentenza, intesa come l'atto in cui quell'ufficio viene a tradursi nelle varie forme del suo esercizio, dovesse, nei riguardi dei subietti giuridici in confronto dei quali essa veniva emessa, avere la stessa forza e la stessa autorità della norma giuridica generale posta dal potere legislativo a regolare le varie relazioni della vita sociale; e che per conse-

¹⁾ Recenti studi tendono a dimostrare come presso alcuni popoli l'istituto della cosa giudicata sia stato per molto tempo sconosciuto. Così p. e. secondo il Boden (nella *Zeitschrift der SAVIGNY Stiftung*, parte germanica, 1903, p. 1 e segg.) nell'antico diritto norvegese la sentenza pur diventando esecutiva poteva in seguito a nuove prove essere riammessa ad esame. Ciò non ci sembra sufficiente a negare che il principio della cosa giudicata sia di carattere generale e trovi la sua giustificazione nelle condizioni stesse di coesistenza della consociazione e nella organizzazione giuridica di questa. Indubbiamente dappertutto esso non avrà avuto sempre la medesima importanza, ma questa sarà aumentata gradualmente man mano che le condizioni sociali si sieno orientate dal primitivo anarchismo ad un ordinamento giuridico.

guenza il rapporto per essa determinato non potesse, senza discoscendere all'organo che a questa determinazione era pervenuto od al procedimento che aveva regolato l'esercizio della sua attività il carattere giurisdizionale, essere nuovamente sottoposto ed esame.

Il fondamento giuridico adunque di questa particolare *proprietà* delle sentenze, che nel linguaggio giuridico comune si denomina con l'espressione « *autorità di cosa giudicata* » si deve rinvenire nella natura della funzione giurisdizionale e più particolarmente nei rapporti in cui essa trovasi con la norma giuridica obiettiva, per cui la insindacabilità e la obbligatorietà a questa proprie si trasmettono alle dichiarazioni nelle quali quella si estrinseca. In altre parole attraverso l'organo giurisdizionale è sempre il diritto obiettivo che si manifesta e per conseguenza non può in ordine ad uno stesso rapporto che manifestarsi alla stessa maniera.

Da queste osservazioni possiamo ritrarre subito una premessa importantissima: che perchè la determinazione di un rapporto giuridico possa ottenere forza ed autorità di cosa giudicata, possa cioè obbligare irrevocabilmente i subietti fra i quali questo rapporto intercede, occorre che essa o sia posta in essere direttamente dalla funzione legislativa per mezzo di una norma giuridica, ovvero derivi dall'esercizio di una funzione giurisdizionale. Non per questo però, e noi lo vedremo particolarmente in seguito, si potrà affermare che ugualmente in ogni caso, questa efficacia e questa autorità si manifestino come attributo in cui viene ad esaurirsi un determinato esercizio di giurisdizioni.

Alla stessa guisa anzi che la norma giuridica obiettiva non sempre si comporta in modo identico di fronte alle diverse relazioni che essa è chiamata a determinare e di fronte agli svariati interessi il cui perseguimento essa deve proteggere, ma tiene conto della diversa natura di queste relazioni, della diversa intensità di questi interessi, delle diverse condizioni in cui gli uni e gli altri vengono a svolgersi, ed in relazione a questo insindacabile apprezzamento emette ordini o divieti ai quali alcune volte attribuirà un carattere generale, alcune altre invece ne restringerà la efficacia a casi particolari; così la forza obbligatoria che dalla norma obiettiva, attraverso l'esercizio giuri-

sdizionale deriva alla sentenza varierà di estensione e di intensità a seconda della natura della norma stessa e dei caratteri propri alla giurisdizione per mezzo della quale essa viene interpretata od applicata ¹⁾.

Oltre a queste ragioni d'ordine giuridico altre ve ne sono d'ordine sociale e pratico che giustificano il principio dell'autorità di cosa giudicata, ormai elevato, specialmente nel campo processuale privato, a dignità di istituto giuridico. Anzitutto esso trova una sua giustificazione importante nella posizione che nell'ordinamento costituzionale occupano gli organi della giurisdizione. Se gli atti attraverso i quali viene ad esercitarsi la loro attività venissero sforniti di ogni forza obbligatoria, di ogni autorità di comando, e potessero gli uni essere contraddetti dagli altri e per conseguenza modificarsi anzichè integrarsi a vicenda, ogni prestigio verrebbe a mancare agli organi stessi ed alla funzione che per mezzo loro si compie.

Non solo; ma il carattere di sovranità che a questa, come a funzione di Stato, sempre deve essere congiunto perderebbe ogni valore e conseguentemente ne deriverebbe una insufficienza o per meglio dire una inettitudine da parte dello Stato a presiedere ai rapporti della vita sociale ed a regolarne le condizioni di coesistenza ²⁾. Di qui un nuovo argomento in favore del principio della reg giudicata,

¹⁾ La importanza di queste ragioni d'ordine giuridico non viene sufficientemente apprezzata dal CHIOVENDA (*Sulla cosa giudicata*, in *Riv. It. p. le Scienze giuridiche*, 1907, vol. XLIII fasc. I-II, p. 137), il quale vorrebbe ridurre ogni giustificazione della cosa giudicata a ragioni di opportunità ed a riguardi di utilità sociale. Non crediamo di convenire con il chiaro scrittore in questa sua concezione la quale in ultima analisi condurrebbe a togliere al nostro istituto molti dei suoi effetti che soltanto a criteri giuridici possono riconnettersi. Cfr. DEMELIUS. *Zur Lehre von der Rechtskraft* 1892; SKEDL. *Das österreichische Civilprozessrecht*, I, 1900, p. 363. HELWIG. *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, 1901.

²⁾ « Alla stessa maniera, scrive il COVIELLO (*De' giudicati di stato*, in *Arch. giur.* vol. XLVIII, 1891, p. 175), che la volontà del potere sovrano espressa in un dato modo ha efficacia assoluta ed universale, ha forza di legge, quand'anche sia una volontà non giusta ed irragionevole (altrimenti ogni individuo farebbe legge a sè stesso), così la decisione del potere sovrano dovrà aver anch'essa una forza obbligatoria imperante; altrimenti sarebbe inutile la sua funzione ».

argomento d'ordine sociale e di carattere pratico, trovante la sua base nella necessità di conservare la pace nella consociazione. Se le decisioni delle autorità giurisdizionali potessero infinitamente revocarsi e modificarsi senza mai trovar in sè stesse la forza di affermarsi stabilmente quale espressione immutabile di una determinata norma giuridica, i litigi si perpetuerebbero, i rapporti fra i vari subietti giuridici non riuscirebbero a trovare mai una determinazione definitiva ed uno stato di anarchia più dannoso della ingiustizia medesima toglierebbe ogni efficacia alla funzione stessa del diritto.

Fu questa appunto la ragione su cui i Romani, con l'abituale profondo intuito giuridico, senza addentrarsi in astratte analisi dottrinali ma guardando unicamente alle reali necessità della vita, formularono la tradizionale massima riferita da Quintiliano *bis de eadem re ne sit actio*¹⁾ nella quale l'istituto che stiamo studiando trova la sua più antica espressione; fu appunto in considerazione delle innumerevoli utilità che nella pratica importava il riconoscimento di una forza obbligatoria ai *giudicati*, che enfaticamente essi furono tratti a definire l'istituto stesso, *unus inter humanas procellas portus, quem si homines fervida voluntate praeterierint, in undosis semper jurgis errabunt*.

Poichè, come rilevammo nei paragrafi precedenti, per lungo tempo la norma giuridica si limitò a regolare i rapporti intercedenti fra i singoli, così si comprenderà facilmente come nella sua formulazione dottrinale l'istituto della cosa giudicata venisse considerato esclusivamente nei suoi rapporti con le giurisdizioni di diritto privato e gli venissero attribuiti dei caratteri che a poco a poco vennero, non solo nella pratica ma anche dagli scrittori, posti a fondamento ed a condizione dell'esistenza dell'istituto stesso. Questo fatto ha contribuito certamente a rendere complessa e difficile la indagine che col presente lavoro noi ci siamo proposti di compiere ed ha impe-

¹⁾ Sull'origine di questa massima cfr. COGLIOLO. *Eccezione di cosa giudicata*. Torino, 1883, 1-12; THOMAS. *Evolution de la théorie de la chose jugée*, p. 5-30; VOIGT. *XII Tefeln*, vol. I, p. 547.

dito con la confusione o per meglio dire con la identificazione della funzione giurisdizionale con la giurisdizione privata che il nuovo diritto pubblico, venuto a poco a poco svolgendosi in seguito alle grandi rivoluzioni che determinarono lo sfacelo dei regimi assoluti, acquistasse consistenza ed importanza autonoma.

Così per esempio l'assioma romano *res judicata jus facit inter partes* fu accettato come limite assoluto alla efficacia subiettiva del giudicato, rifiutandosi spesso, senza indagare le ragioni giuridiche che nei vari casi potessero giustificare quel limite o quelle altre che ne dimostrassero la insufficienza o la erroneità, di riconoscere alcuna efficacia obbligatoria a decisioni che ad esso non potessero sottostare, giungendo anche per questa via al disconoscimento del carattere giurisdizionale in quelle funzioni che attraverso di esse fossero venute ad estrinsecarsi¹⁾.

Non si ricercarono, in altre parole, le ragioni giuridiche che potessero costituire una giustificazione a quei principi che la pratica era venuta formulando, non si tenne presente la varietà dei bisogni che la norma giuridica può essere chiamata a soddisfare e la molteplicità di forme che l'esercizio della funzione giurisdizionale può richiedere: ma quei principi, quelle norme, quelle forme si elevarono a requisiti immutabili degli istituti giuridici coi quali nella pratica essi si fossero mostrati congiunti. Non vogliamo ora indagare quali siano gli elementi costitutivi dell'istituto della cosa giudicata, nè quali i limiti alla sua efficacia: ci basta soltanto aver rilevato come nella sua determinazione, allo stesso modo che nella determinazione del concetto di giurisdizione, siasi spesso operata una confusione fra i principi propri al campo del diritto privato ed i principi del diritto pubblico.

¹⁾ Cfr. per tutti ORLANDO. *Giustizia Amministrativa* in vol. III del *Tratt. di Dir. Ammin.*, p. 1047, n. 395. Vedi anche CAMMEO. *Commentario* p. 282 sgg.

§ 2. — **Le teorie della presunzione, della consunzione
e del contratto giudiziale.**

Ritornando ora al fondamento giuridico del nostro istituto occorre accennare ad alcune teoriche che nella pratica e nella dottrina ottennero molta diffusione ed importanza e che rinvencono in ragioni diverse da quelle assai semplici da noi messe in rilievo la giustificazione sua.

Constatata la necessità pratica di impedire che due giudizi potessero aversi in ordine ad una medesima cosa, necessità che già i Romani, come notammo, avevano percepita in tutta la sua importanza, si cercò dagli scrittori di dare una formulazione giuridica al principio che per opera di quella necessità era venuto stabilendosi nel diritto, tendendo specialmente di rinvenire la base delle teoriche che essi volevano costruire in argomenti desunti dal diritto romano. A questo vizio di origine però si deve attribuire la poca consistenza loro, la quale impedì che l'istituto della cosa giudicata potesse rinvenire una precisa pacifica determinazione.

Poichè i Romani non si sognarono mai di costruire una qualsiasi teorica a questo proposito: il loro spirito pratico il quale rifuggiva da ogni elucubrazione dottrinale, si era accontentato di constatare i gravissimi bisogni sociali che nella pratica si sarebbero trovati privi di soddisfazione se la funzione giurisdizionale fosse rimasta impotente a risolvere in modo definitivo le controversie intorno alla interpretazione od alla applicazione della legge, e di accogliere nel diritto il rimedio che inconsapevolmente la stessa pratica aveva suggerito. È per questo che le idee dei Romani sulla *exceptio rei judicatae*, come acutamente rilevava il Bekker¹⁾ correggendo una sua precedente opinione, ²⁾ non sono chiare nè corrette e le frasi sono mancanti e dubbiose. Orbene è appunto su queste frasi e sulla interpretazione loro, spesso originale ed elegante ma sempre artificiale, che rinvennero

¹⁾ *Aktionen* vol. I, p. 319.

²⁾ *Die processualische Consumption* p. 15.

il loro fondamento le dottrine della presunzione, della consunzione, del contratto processuale, con le quali si tentò di fissare, negli esclusivi riguardi però della giurisdizione privata, il fondamento giuridico dell'istituto di cui ci stiamo occupando.

Bastò che i testi romani accogliessero il volgare concetto posto dalla pratica a spiegazione della forza inoppugnabile della sentenza per il quale questa veniva paragonata alla verità assoluta non potendosi come questa discutere, perchè attraverso alle interpretazioni ed alle formulazioni medievali dell'istituto della cosa giudicata¹⁾, la teorica della presunzione di verità venisse posta anche nell'epoca moderna a fondamento dei principî che il rinnovato diritto era venuto stabilendo in questa materia. E il codice francese, all'art. 1351, seguito dal codice italiano, all'art. 1350, accoglieva fra le presunzioni giuridiche anche l'autorità della cosa giudicata.

Questa dottrina che ebbe il suo sostenitore più autorevole nel Pothier²⁾ è ora fortunatamente abbandonata dalla maggior parte dei giuristi, sebbene sino a pochi anni fa essa fosse accolta specialmente in Italia ed in Francia come un assioma giuridico³⁾.

¹⁾ Cfr. LEYSER. *Meditationes ad Pandectas spec.* CCCCLXX; SCACCIA *De sententia et re judicata* gl. 14, qu. 2 § 7. Che il concetto della funzione non costituisse per diritto romano una vera giustificazione all'autorità della cosa giudicata, lo prova fra le altre la l. 6, D. XLIV, 2: *singulis controversiis singulas actiones unumque iudicati finem sufficere probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronunciaretur*. V. anche CHIOVENDA. *Della cosa giudicata* in *Riv. it. p. le scienze giurid.*; WINDSCHEID. *Diritto delle Pandette*, trad. ed ann. da Fadda e Bensa, vol. I, p. 1; MENDELSSOHN-BARTHOLDY. *Grenzen der Rechtskraft* p. 1 e segg.

²⁾ *Obbligazioni*, vol. IV, n. 816, 37. Ed. di Milano.

³⁾ Cfr. spec. RICCI. *Corso di diritto civile*, vol. VI., cap. IX; ALLARD. *Etude sur la chose jugée. Introduction*. LAURENT. *Diritto civile*, XX. T. I. IV, cap. VIII, § 1; MERLIN. *Répertoire*, v. *chose jugée*; MATTIROLO. *Trattato di diritto giudiziario civile*, vol. V, n. 12; LOMONACO. *Obbligazioni*, vol. III; ZACHARIE. *Diritto civile*, § 769; SAVIGNY. *System*, VI, 287; VANGEROW. *Die Pandektenherbücher*, I, 278; ARNOL. *Praktische Erörterungen* p. 268; BETHMANN HOLWEG. *Der römische Civilprozess* p. 651. DALLOZ. *Répertoire v. chose jugée*. T. VIII, p. 212. V. anche per una critica brillante a questa teorica: CHIOVENDA. *Op. cit.* in *Riv. it. per le scienze giur.*

Contribuirono specialmente a scazarla due argomenti che anche praticamente ne rilevavano la insufficienza. Anzitutto la considerazione del modo con cui le contese giudiziarie venivano a svolgersi cioè l'indagine sull'esercizio delle funzioni giurisdizionali, per cui repugnava il riconoscere il carattere di verità giuridica ad un giudizio alla formazione del quale la attività delle parti in una misura tanto rilevante contribuiva e sul quale tanti elementi di natura varia e non sempre esattamente apprezzabili potevano influire. In secondo luogo la limitazione che in forma assiomatica veniva posta alla efficacia di cosa giudicata nel campo processuale privato per la quale una determinata sentenza avrebbe dovuto considerarsi contemporaneamente come verità rispetto alle parti, e senza valore alcuno in confronto dei terzi ¹⁾.

Un'altra dottrina assai più importante dal punto di vista scientifico, che pure rinviene la sua origine nelle fonti romane, è quella della consunzione. Per essa, secondo la formulazione che assai acutamente ne diede il Keller, ²⁾ il diritto non può essere fatto valere in giudizio che una sola volta, perchè ad ogni diritto corrispondendo secondo il concetto di Gaio ³⁾ una sola azione, questa una volta esercitata viene a consumarsi. Codesta teorica certamente molto ingegnosa che diede origine a moltissime discussioni, occasionando una ricca ed importante rifioritura di studi sull'istituto della *consumptio* romana, non crediamo, come del resto molti ebbero a rilevare, che costituisca il vero fondamento all'autorità della cosa giudicata, per la considerazione specialmente, che, se pure si vuole ammettere una consunzione processuale della azione con cui un diritto individuale viene fatto valere, essa non potrebbe considerarsi che come effetto dell'esercizio della funzione giurisdizionale cioè del giudicato.

Inoltre occorre rilevare come la consunzione, operandosi esclu-

¹⁾ Cfr. TUOZZI. *L'autorità di cosa giudicata nel civile e nel penale* Torino, 1900, p. 12-13.

²⁾ *Ueber Litiscontestation un Urtheil*, 1827; cfr. anche COGLIOLO. *Cosa giudicata*, in *Enciclopedia giuridica*, p. 8 e segg.

³⁾ IV, 131: *obligatio... per intentionem consumitur, ut postea... nulla supersit actio.*

sivamente a riguardo dell'azione che nel giudizio viene fatta valere, limiterebbe la autorità della sentenza unicamente a coloro che in qualità di parti nel giudizio stesso intervennero e ne impedirebbe la estensione ai subietti del rapporto giuridico, che giurisdizionalmente viene determinato, i quali non abbiano individualmente fatto valere nessuna azione. Per questa ultima ragione la teorica ora riasunta si dimostrerebbe insufficiente a giustificare il nostro istituto nei casi nei quali esso allargasse oltre le parti la sua influenza.

Questa stessa insufficienza presenta l'altro sistema che, sempre fondandosi su principii romani, vorrebbe dare ancora una nuova giustificazione giuridica all'istituto medesimo: il sistema cioè del contratto o quasi contratto giudiziale ¹⁾. La teoria che a questo sistema corrisponde si riporta al vecchio detto forense *in iudiciis contrahitur* e sulla similitudine in questo contenuta, fonda il carattere di cosa giudicata della sentenza. Se invero, si disse, le parti intervenendo in giudizio e rimettendo la risoluzione della loro controversia all'organo giurisdizionale pongono in essere un contratto giudiziale, dovrà per forza in loro confronto derivare l'obbligo di rispettare la sentenza del giudice, la quale perciò non potrà, d'altra parte, dal giudice stesso essere annullata alla stessa guisa che uno dei contraenti non può annullare un contratto sostituendone un altro di natura e di contenuto diverso.

Crediamo che non occorra spendere parole per dimostrare come codesta dottrina, che a dire il vero non ottenne mai una rilevante diffusione ²⁾, fondi la giustificazione della autorità e della efficacia di cosa giudicata propria alle decisioni delle autorità giurisdizionali su argomenti artificiosi, formali, unilaterali. Perchè potesse essere accolta sarebbe necessario che si dimostrasse che la sentenza sia veramente un contratto; occorrerebbe che si definisse la posizione della parte contumace rispetto alla sentenza stessa, definizione per la quale

¹⁾ Cfr. ENDEMANN. *Das Princip d. Rechtskraft* Heidelberg, 1860, p. 128.

²⁾ Cfr. ORLANDO. *La giustizia amministrativa*, I. c. p. 1052, il quale fa una elegante ma secondo noi infondata applicazione di questa teorica agli effetti di disintegrare la decisione amministrativa dalla sentenza giudiziaria. V. anche COVIELLO. *De' giudicati di stato*, I. c. p. 177-78.

sarebbe insufficiente la teoria contrattuale; bisognerebbe infine che si giustificassero le eccezioni al principio da quella teorica derivante per il quale la sentenza dovrebbe limitare la sua autorità alle sole parti ¹⁾).

Abbiamo voluto brevemente accennare alle teoriche che in questa materia si succedettero, perchè in effetto dalla loro accettazione o dal loro rigetto molte conseguenze importantissime, non soltanto di ordine teorico, possono derivare e perchè dalla loro incompiutezza e dalla loro unilateralità molto spesso trassero origine principî che penetrati a poco a poco nella pratica contribuirono a rendere grandemente difficile la comprensione e lo studio dell'istituto di cui ci stiamo occupando. Il quale, come bene osservava il Cogliolo, ²⁾ appartiene non al legislatore, ma alla scienza, poichè in esso la parte dei fatti e dell'induzione è poca, laddove è grande quella che si attiene al ragionare deduttivo, tutto il lavoro essendo nella tela giuridica, nel coordinare le norme, nel fissare i principî, nel togliere le contraddizioni ai concetti, nel superare gravi e formali difficoltà processuali.

§ 3. — Gli elementi costitutivi della cosa giudicata.

Sarà utile, per questo, lo stabilire gli elementi fondamentali e le condizioni essenziali ed irrinunciabili proprie all'istituto della cosa giudicata, per poi in via generale, come conseguenza delle nozioni precedentemente fissate, dedurre i limiti alla sua autorità ed alla sua efficacia.

Una prima condizione, già messa in rilievo, è quella della esistenza di una funzione giurisdizionale, poichè secondo noi soltanto nella natura di questa e nei rapporti in cui viene a trovarsi nel suo esercizio con la funzione legislativa può rinvenirsi un fondamento giuridico alla forza di cosa giudicata. A questo proposito occorre ricordare come non sia sufficiente a far sorgere questa (anche

¹⁾ Sulla nozione del rapporto processuale, v. TIRANTI. *Ricerche sulla struttura organica del processo civile*, 1903, p. 159 e segg.; ROCCO. *La sentenza civile*, p. 92 e segg.; GALANTE. *Diritto processuale civile*, p. 286.

²⁾ *Op. cit.* p. 2.

col concorso delle altre condizioni) l'esercizio di una attività qualsiasi, da parte di organi giurisdizionali, non avendo potuto la teoria della divisione dei poteri attuarsi con tanta rigorosità da concentrare sempre in un organo di una determinata natura una identica funzione e d'altra come non basti ad escluderla il fatto che si tratti dell'attività di un organo (la quale può bene essere giurisdizionale) che non faccia parte di quello che ordinariamente si chiama potere giudiziario.

Questa osservazione che pare elementare fu molto spesso trascurata in dottrina, specialmente quando si cercò di indagare quale fosse il comportarsi dell'istituto della cosa giudicata fuori del campo giurisdizionale privato. Così per esempio il Tezner che, come rilevammo nella sezione precedente, accomuna sotto un'unica denominazione il procedimento che le autorità dell'ordine amministrativo possono seguire nella esplicazione della loro attività che può essere diretta a scopi diversissimi i quali alle volte anche esulano dal concetto di amministrazione, riconosce alle decisioni che quelle autorità possono emettere una efficacia che egli definisce allo stesso modo con cui viene indicata la efficacia delle decisioni delle autorità giurisdizionali (*Rechtskraft*) ¹⁾.

Non vogliamo ora dilungarci a rilevare le gravi conseguenze che da una siffatta concezione della cosa giudicata e da una tale confusione fra le varie funzioni che agli organi dello Stato possano essere affidate derivano, conseguenze che in effetto importerebbero alla eliminazione di ogni criterio distintivo fra le attività che lo Stato può esercitare in confronto dei singoli; soltanto ci limitiamo ad osservare come non possa assolutamente parificarsi la decisione puramente amministrativa alla decisione giurisdizionale senza confondere insieme gli scopi che dall'una e dall'altra vengono attuati.

Perchè si possa parlare di cosa giudicata non occorre soltanto che esista una funzione giurisdizionale, ma è necessario che questa funzione venga esercitata in ordine ad una particolare controversia dando luogo ad una dichiarazione di diritto, cioè alla inter-

¹⁾ Cfr. TEZNER. *Op. cit.*, p. 305, 307.

pretazione od alla applicazione al caso concreto della norma giuridica di condotta. Non solo, ma siccome il sistema positivo che assicura e regola la difesa giurisdizionale dei diritti singoli (dello Stato e dei cittadini) a garanzia di una migliore attuazione di questa difesa, può ordinare singole giurisdizioni in modo da costituire fra loro dei rapporti di subordinazione, così perchè possa sorgere l'istituto della cosa giudicata abbisognerà che in ordine al caso in controversia tutti i diversi gradi di giurisdizione si siano esercitati e che, conseguentemente, la decisione non sia più suscettibile, per l'ordinamento processuale positivo, di ulteriori istanze.

Con ciò però non si verrà a togliere ogni efficacia alle decisioni delle giurisdizioni subordinate, tanto è vero che se per un determinato tempo le parti ad esse si acquetano e rinuncino tacitamente all'esperimento degli altri mezzi giurisdizionali superiori, esse acquistano vera e propria forza di cosa giudicata. Questa, derivando come abbiamo detto dalla natura della funzione giurisdizionale, è inerente ad ogni decisione in cui questa funzione si esaurisca: il rapporto di subordinazione, creato per ragioni di ordine pratico, la rende potenziale e condizionata; ma quando questo rapporto cessi, o si trasformi in un rapporto di separazione, essa diviene attuale, effettiva, operante ¹⁾.

Una terza condizione, che non sempre però ha valore assoluto, su cui si fonda la autorità di cosa giudicata, riguarda il modo con cui la funzione giurisdizionale si è esercitata, il procedimento cioè attraverso il quale si è formata la decisione o sentenza. Non sempre però la inosservanza dei principii dal diritto posti a presiedere la esplicazione dell'attività degli organi giurisdizionali, importa inettitudine nella sentenza in questo modo formata ad acquistare autorità e forza di giudicato. Trattando dei rapporti che possono in pratica intercedere fra diverse giurisdizioni abbiamo visto come ragioni pratiche di opportunità e necessità di ordine pubblico, analoghe a quelle che

¹⁾ Secondo il SAVIGNY (*System*, VI 290 segg.) in caso che la sentenza sia ancora soggetta all'esame di una giurisdizione superiore, si ha la *exceptio rei in iudicium deductae* e non la *exceptio rei iudicatae*.

costituiscono il fondamento sociale della cosa giudicata, esigano spesso che i limiti coi quali, a mezzo del procedimento, viene contenuta la attività delle giurisdizioni stesse, vengano infranti, senza che per questo abbia a cessare il carattere giurisdizionale della funzione. Orbene in questi casi si comprende facilmente come anche per ciò che riguarda l'istituto nostro, le esigenze dottrinali debbano cedere di fronte alle necessità della vita pratica ed allo stesso modo che una vera e propria sentenza, intesa come applicazione di funzioni giurisdizionali, si forma malgrado la inosservanza delle norme relative al procedimento, così per le stesse ragioni potrà essa acquistare forza di cosa giudicata.

Gli ordinamenti positivi delle varie nazioni ci offrono a questo proposito esempi significantissimi in materia di competenza, sebbene non manchino scrittori autorevoli, i quali sostengono doversi attribuire alla osservanza delle norme processuali valore di condizione assoluta nei riguardi della cosa giudicata.

§ 4. — Limiti all'efficacia di cosa giudicata: sua estensione obiettiva e subiettiva.

Stabilite, in linea molto generale ed in forma riassuntiva, come del resto è richiesto dalla natura del nostro studio, le condizioni sulle quali si fonda l'istituto di cui ci occupiamo, occorre ora indagare sempre con lo stesso metodo, quali siano i principii che regolano la estensione dell'efficacia sua. La nostra ricerca per riuscire più semplice tenderà anzitutto a fissare i criteri atti a determinare i limiti obiettivi della cosa giudicata, ed in secondo luogo sarà diretta a rintracciare quegli altri che giovino alla determinazione dei limiti subiettivi.

Riguardo al primo punto già la sapienza romana aveva elaborata la massima *tantum iudicatum, quantum litigatum*, la quale tuttora conserva la maggiore esattezza, però contenendo un concetto fondamentale, non sempre tenuto presente nelle loro indagini dagli scrittori e dalla giurisprudenza.

Anche a questo proposito occorre riportarci alla nozione generale di giurisdizione ed ai presupposti su cui codesta nozione si fonda. Perchè la funzione giurisdizionale venga eccitata occorre che sorga una controversia intorno alla determinazione di un rapporto rispetto al quale i principi della norma obiettiva siano incerti o non si vogliano applicare. Entro quest'ambito, rigorosamente segnato dalla natura del rapporto controverso, la funzione giurisdizionale deve esercitarsi: al di fuori di esso viene a perdere ogni giustificazione e per conseguenza ogni efficacia. La decisione in cui la giurisdizione viene ad esaurirsi, dovrà necessariamente subire questi stessi limiti e soltanto dentro questi limiti potrà assumere il carattere di irrevocabilità, ed aver efficacia in confronto dei subietti del rapporto di cui essa viene a dare la determinazione. In ordine ad uno stesso rapporto però possono sorgere conflitti di diversa natura: non per questo si intenderanno tutti risolti nella determinazione che del rapporto stesso verrà fatta giurisdizionalmente in ordine ad uno di essi; ma questa sarà limitata a quel determinato conflitto, pur potendo, entro questi limiti, conservare efficacia quando un nuovo conflitto venga a sorgere sul medesimo rapporto.

Di questo però discorreremo più avanti quando tenteremo di precisare la funzione della cosa giudicata in un sistema di giurisdizioni alternate.

La definizione del rapporto constatato costituisce dunque il soggetto della sentenza cioè la vera cosa giudicata ¹⁾.

Molte questioni possono in pratica sorgere sulla determinazione del rapporto contestato, e quindi sulla estensione che si debba attribuire alla definizione contenuta nella sentenza: di esse noi non possiamo occuparci perchè la loro trattazione richiederebbe una intera monografia; osserveremo soltanto che sarà sempre necessario perchè una sentenza possa considerarsi come vera esplicazione di attività giurisdizionale che riguardo ad ogni suo punto siano stati posti in essere i requisiti che noi abbiamo posto a fondamento della

¹⁾ Cfr. a questo riguardo GATTI. *Dell'autorità del giudicato civile nel Diritto moderno italiano*. Torino, 1902, cap. I.

giurisdizione. Così per esempio se una decisione estenda la dichiarazione di diritto anche riguardo ad un punto sul quale il contraddittorio non si sia svolto, non potrà acquistare il carattere e la efficacia di giudicato.

Molto spesso però nella pratica, onde rendere più certi i rapporti giuridici, specialmente nel campo del diritto privato, vengono escogitati dei sistemi per i quali, col verificarsi di determinate condizioni, vengono sanati certi vizi e viene supplito alla originaria inettitudine di alcuni atti ad acquistare il carattere ed il colore di sentenza ¹⁾.

Molte difficoltà incontra anche la seconda indagine che ci siamo proposti di compiere, quella riguardante la delimitazione subiettiva dell'efficacia della cosa giudicata. A questo scopo è opportuno ricordare come la nozione di giudicato, quale noi abbiamo cercato di dare riferendoci al suo fondamento giuridico, importi la sua estensione ai subietti del rapporto in ordine al quale si è verificato l'esercizio della funzione giurisdizionale. In questa estensione anzi noi abbiamo trovato un argomento per combattere le due teoriche della presunzione di verità e del contratto giudiziale cui questa estensione veniva logicamente a repugnare.

La questione adunque della estensione subiettiva della efficacia di cosa giudicata si riduce a determinare quali siano i subietti del rapporto giuridico in controversia. Nel campo del diritto privato questo rapporto vien sempre ad intercedere fra le persone che nel giudizio vengono ad assumere il carattere di parti ed in confronto delle quali il contraddittorio si svolge. Ciascuna di esse, eccettuati i casi previsti di rappresentanza o di mandato, agisce per un interesse esclusivamente individuale di natura privata, tale perciò da non riguardare neppure in forma indiretta l'interesse degli altri membri della consociazione, come tali considerati, nè quello dello

¹⁾ Cfr. sulla estensione obiettiva della cosa giudicata, BUCHKA. *Einfluss des Pr. II*, p. 183; BRINCHMANN. *Die richterlichen Urtheilsgründe*, p. 82 e segg.; KIERULFF. *Theorie des gemeines Civilrechts*, p. 260; TOBLER. *Gegenstand und Umfang der Rechtskraft in objektiver Beziehung*, § 5, p. 21 e § 9; WACH. *Handbuch der Civilprozesses*. Bd. I, p. 104.

Stato quale organo di questa consociazione. Allo Stato in altre parole è perfettamente indifferente che il rapporto venuto in contestazione sia definito in una maniera piuttosto che in un'altra: ad esso interessa soltanto che esso sia definito secondo i principi della norma obiettiva, con la osservanza cioè di tutte le condizioni che regolano l'esercizio della funzione giurisdizionale quale dallo Stato viene ordinata per garantire meglio la interpretazione e la retta applicazione di questi principi stessi.

Per questo soltanto nel giudizio privato, le parti come quelle in ordine alle quali esclusivamente la giurisdizione si compie, saranno contemplate dalla decisione o sentenza, la quale adunque, divenuta definitiva, non potrà oltre di esse estendere la sua efficacia e la sua autorità. Di qui l'assioma tramandatoci dai testi romani: *res judicata jus facit inter partes*, integrato dalla disposizione della legge 2, Cod. ¹⁾: *res inter alios judicatae neque emolumentum afferre his quid non iudicio interfuerunt, neque praejudicium solvent irrogare* ²⁾.

Non si deve credere per questo che la delimitazione subiettiva dell'efficacia della cosa giudicata si presenti sempre facile e piana nel campo del diritto privato, poichè il concetto di parte può alle volte non essere tanto semplicemente definibile: così esso non sarà ristretto ad indicare l'attore e il convenuto, ma tutti coloro che o chiamati o di propria volontà partecipino di fatto o in contumacia alla definizione di un determinato rapporto giuridico ³⁾.

¹⁾ VII, 56.

²⁾ Cfr. per una giustificazione di codesti assiomi desunta da un esagerato e errato apprezzamento dell'attività spiegata dalle parti in giudizio. WETZELL. *System des ordentlichen gemeinen Civilprozesses*, 3 Aufl., p. 575; UNGER. *System des österr. allgem. Privatrechts*, 3 Aufl. 3 Bd., 626. V. anche intorno alla estensione subiettiva in genere della cosa giudicata: WACH UND LABAND. *Zur Lehre von der Rechtskraft*, I *Rechtsgutachten* (Wach), p. 9; ECCIUS. *Theorie und Praxis des eutigen gemeinen preussischen Privatrechts*, Bd. I, p. 299.

³⁾ Cfr. sulla estensione subiettiva della cosa giudicata nella pratica medievale MENDELSSON-BARTOLDY. *Greuzen der Rechtskraft*, p. 10 e segg.

In ogni caso però l'autorità della sentenza deriverà dalla natura della funzione giurisdizionale e dai principi generali di ordine pubblico che ne regolano l'esercizio; non già dal principio di diritto privato che il negozio giuridico giova e nuoce soltanto a coloro che parteciparono alla sua costituzione. Che la sentenza non possa concepirsi come negozio giuridico si rileva facilmente ove si consideri che se alla sua formazione contribuiscono le parti, essa deriva da un potere che è fuori ed è superiore alle stesse parti ed in confronto di queste si attua anche quanto esse siano rimaste (per quanto riguarda la loro partecipazione volitiva) estranee alla determinazione del rapporto contenuta nella sentenza. Occorre adunque ricorrere alla nozione di giurisdizione e ricercare quali nei determinati casi siano i subietti del rapporto giuridico che dall'esercizio di quella viene determinato, per rinvenire i limiti subiettivi della cosa giudicata ¹⁾.

Non sempre il concetto di parte corrisponde a quello di subietto giuridico del rapporto in controversia. Al di fuori del campo strettamente privato, le relazioni nelle quali si estrinseca la vita sociale, per la coesistenza di un interesse pubblico agli interessi puramente privati, assumono una estensione molto maggiore allargandosi spesso attraverso lo Stato, a tutta la collettività. Così per esempio, in materia penale, poichè il reato costituisce una lesione non soltanto dell'interesse individuale in confronto del quale esso si è compiuto, ma anche dell'interesse pubblico della consociazione politica organizzata nello Stato, la applicazione della norma giuridica che per esso reato viene violata non riguarderà soltanto la parte lesa e l'imputato, ma bensì anche tutti i membri della collettività. E la sentenza, conseguentemente, dal momento che il rapporto, violato dal reato e da questa instaurato, si estende (come a proprio subietto) ad ogni singolo in quanto risulti appartenere alla consociazione, acquisterà, una volta divenuta definitiva, autorità ed efficacia in confronto di tutti coloro che oltre le parti sono interessati al rapporto definito.

¹⁾ Cfr. BÉLOW. *Civilprocessualische Fiktionen und Wahrheiten in Archiv für civilistische Praxis* 62, p. 93, a. 72.

Di qui l'altro assioma, pure diffuso, che i giudicati penali *faciunt ius ubicumque terrarum et contra omnes*.

Nel campo amministrativo la indagine si presenterà meno facile e piana perchè il rapporto giuridico qui può avere una estensione varia ed i subietti giuridici per conseguenza non saranno sempre determinabili senza difficoltà. Occorrerà nei vari casi indagare la natura della norma giuridica obiettiva, il modo con cui l'ufficio giurisdizionale viene esercitato, la estensione ed il carattere delle garanzie che con l'una e con l'altro vengono accordate agli interessi che nel campo amministrativo trovano esplicazione. Questa indagine, che sarà in parte compiuta nei capitoli seguenti, ci dimostrerà come non si possano in questo campo formulare dei principii di carattere generale ma abbisogni sempre procedere ad un raffronto fra il rapporto giuridico di cui si controverte e la norma obiettiva che ne regola gli effetti. I criteri generali che precedentemente abbiamo cercato di porre in questa materia ci agevoleranno grandemente la via: sopra tutto bisognerà tener presente la distinzione fra subietto del rapporto in controversia e parte in giudizio e relativamente a quest'ultima tener distinti i diversi concetti che in questa denominazione possono venire compresi ¹⁾. Inoltre sarà sempre necessario considerare la sentenza come l'atto con cui la funzione giurisdizio-

¹⁾ Cfr. a questo riguardo TEZNER, *Op. cit.*, p. 87 e segg. il quale considera nel procedimento amministrativo come parte ogni persona privata la quale stia di fronte all'autorità; anche, per ciò, il privato il quale faccia una proposta od una denuncia nell'interesse pubblico (*Anzäger oder Denuncianten*). V. anche COVIELLO, *Op. cit.*, p. 218. La limitazione, egli scrive, dell'autorità del giudicato fra le parti non è un principio positivo introdotto *utilitatis causa*, ma è inerente alla natura stessa delle cose. Il fondamento razionale su cui poggia è: che l'autorità di cosa giudicata deve esattamente commisurarsi alla natura ed all'importanza delle questioni decise. Ora da questo principio naturalmente scaturisce la efficacia *relativa* della cosa giudicata per i diritti *relativi*, d'interesse privato, derivanti da *vincula iuris* che sussistano solo fra *determinate persone*; così ancora naturalmente deriva la efficacia assoluta *erga omnes*, quando si tratti di controversie che interessino l'ordine pubblico, che cadono su *fatti obiettivi*, di carattere assoluto, indipendenti dalla volontà dei litiganti e indivisibili nel senso che non possono essere per gli uni e non essere per gli altri al tempo stesso.

nale viene esaurita e di questa funzione non dimenticare la nozione quale risulta dalle indagini che a questo riguardo abbiamo tentato.

La teorica del negozio giuridico se nel campo del diritto privato potè ottenere qualche apparente giustificazione, non può assolutamente accettarsi nel campo del diritto pubblico, alla stregua del quale bisogna rigettare quella concezione di cosa giudicata da essa (in modo diretto o indiretto poco importa) derivante per la quale questa viene considerata come la ricompensa alla attività spiegata dalle parti nel procedimento; come *conseguenza*, in altre parole, della circostanza che nella volontà dell'autorità giurisdizionale esista una porzione della volontà della parte. Concezione che viene a perdere ogni fondamento, quando si consideri come sempre la attività delle parti abbia nel giudizio una importanza subordinata, e come molto spesso le parti, senza perdere questa loro qualità, non abbiano avuta nessuna partecipazione al procedimento ¹⁾. D'altra parte poi non bisogna dimenticare che nel campo amministrativo può darsi frequente il caso che le parti contribuiscano in misura importante alla formazione di un atto che non per questo potrà acquistare efficacia di cosa giudicata, nè assumere carattere giurisdizionale ²⁾.

La cosa giudicata si distingue in formale e materiale in base a criteri specialmente messi in rilievo dalla dottrina tedesca (*formelle Rechtskraft* e *materielle Rechtskraft*). La prima tenderebbe ad indicare la forza obbligatoria della sentenza rispetto al procedimento di cui fa parte, cioè un determinato grado di *solidità* di una risoluzione rimpetto a immediati o mediati attacchi delle parti; la seconda invece sarebbe diretta a definire la efficacia obbligatoria della sentenza rispetto ad un altro procedimento o in altre parole un determinato grado di *solidità* degli effetti di quella consistenza formale. Date queste nozioni si comprende come la formale forza di

¹⁾ Cfr. WACH UND LABAND, *Zur Lehre von der Rechtskraft*. I Rechtsgutachten (Wach) p. 16. V. anche CHIOVENDA, *Della cosa giudicata*. In *Riv. It. per le scienze giurid.*

²⁾ Cfr. TEZNER, L. c. p. 301.

cosa giudicata venga considerata quale causa giuridica, cioè presupposto della cosa giudicata materiale ¹⁾).

§ 5. — **La eccezione di cosa giudicata.**

Dopo aver considerato l'istituto della cosa giudicata nel suo fondamento giuridico e nella funzione che esso è chiamato a compiere in ordine all'esercizio della funzione giurisdizionale, occorre parlare sia pure brevemente del modo con cui vengono fatti valere gli effetti che da esso derivano. Il mezzo che a questo scopo fu introdotto sino dai più antichi procedimenti romani fu l'*exceptio rei iudicatae*: si può dire anzi che per lungo tempo la cosa giudicata sia stata considerata dal solo punto di vista della *exceptio*, e che lungo tempo a questa si sia attribuita quella che non poteva essere che la funzione della sentenza. Fu per merito di una valorosa schiera di giuristi, specialmente tedeschi che in Italia ebbero nel Cogliolo un acuto volgarizzatore ed, in alcuni casi, innovatore delle loro dottrine, che attribuendo alla sentenza il suo giusto valore e riconoscendone gli effetti giuridici importantissimi, limitò l'ufficio dell'eccezione al compito di far rispettare entro l'ambito della sentenza la cosa giudicata ²⁾).

Mediante questo mezzo la parte vittoriosa nel giudizio risolutosi con una sentenza divenuta irrevocabile, se convenuta in ordine a quello stesso rapporto giuridico sulla determinazione del quale l'esercizio della funzione giurisdizionale si sia già esaurito, potrà impedire che il rapporto controverso venga nuovamente esaminato e che una nuova decisione abbia a formarsi la quale tolga alla precedente ogni autorità ed ogni efficacia. Se bene, a questo proposito, si consideri la natura di questo mezzo, si dovrà convenire che male ad esso si attaglia il carattere di eccezione, e che per conseguenza bene Gaio lo teneva distinto dalle altre *exceptiones*. L'attore scrive acutamente il Gatti, il quale si avvalga della cosa giudicata di fronte a

¹⁾ Cfr. TEZNER. *Op. cit.*, p. 301; ROCCO. *La sentenza civile*, p. 166; DERNBURG. *Pandette*. Trad. Cicala, vol. I, p.° 1.°, 493.

²⁾ Cfr. COGLIOLO. *Trattato teorico pratico sulla eccezione di cosa giudicata*, p. 145; V. anche BÜLOW. *Absolute Rechtskraft des Urtheils*, p. 36.

chi convenuto per una determinata prestazione, dopo essere stato condannato a fornirla, sostenga di non essere ad essa in alcun modo tenuto, non rimette in discussione il proprio diritto, ma pone a fondamento della così detta *exceptio rei iudicatae* uno stato di fatto ed una qualificazione, conseguita con la prima sentenza, del suo diritto. « Egli non si avvale, per tenerlo fermo, del contenuto del suo diritto, ma di un dato, di un presupposto, e consentirà che si discuta dell'esistenza e non dell'oggetto del giudicato. Deduce ma non eccepisce: non ricorre ad un rapporto nuovo, ma alla qualificazione giuridica raggiunta dal rapporto antico col giudicato; pone, per così dire, a fondamento del suo diritto una sentenza dichiarativa ed irrettrabile e non un titolo attributivo e per molti riguardi impugnabile » ¹⁾).

Perchè possa esercitarsi la eccezione di cosa giudicata, occorre, anzitutto, che una sentenza la quale si trovi nelle condizioni che noi abbiamo sommariamente indicate come essenziali perchè possa acquistare autorità ed efficacia di giudicato, si sia formata in ordine ad un determinato rapporto. In secondo luogo bisogna che una controversia venga nuovamente sollevata relativamente a quel rapporto stesso diretta a provocare un nuovo esercizio di funzioni giurisdizionali e per conseguenza a dar luogo ad un'altra definizione del rapporto stesso. Orbene, siccome l'autorità e la efficacia del giudicato trova in ultima analisi la sua giustificazione nel fatto che una funzione giurisdizionale si è compiuta, così essa sarà ristretta, come già si è osservato, alla determinazione di quel particolare rapporto che formò oggetto dell'esercizio di quella funzione e perciò la eccezione di cosa giudicata, intesa come mezzo diretto alla difesa di quella autorità e di quella efficacia, in questo modo derivate alla sentenza, non potrà essere fatta valere se non quando quell'identico rapporto, entro quegli stessi limiti rispetto ai quali è intervenuta la prima determinazione, venga riproposto ad un organo giurisdizionale allo scopo che in suo confronto venga proceduto ad una nuova interpretazione o ad una nuova applicazione della stessa norma giuridica, interpretata ed applicata dalla precedente sentenza.

¹⁾ Cfr. GATTI. *Op. cit.* p. 335-336.

Di qui una nuova condizione perchè una sentenza possa dare fondamento all'esercizio di questo mezzo di difesa della sua autorità: che cioè la funzione giurisdizionale venga eccitata in ordine ad una controversia identica a quella in essa definita.

§ 6. — **Elementi necessari per l'esercizio dell'eccezione di cosa giudicata.**

Come si potrà stabilire questa identità? La questione è gravissima ed ha incontrato sempre, specialmente nella pratica, difficoltà non ancora in modo completo superate. I rapporti giuridici che possono sorgere fra due o più subietti di diritto sono così infinitamente variabili, che non sempre si possono perfettamente individualizzare; inoltre uno stesso rapporto può essere talmente legato alle condizioni nelle quali sorge e si esercita, alle persone fra le quali intercede, che una più piccola variazione di quelle condizioni od un più piccolo mutamento nel modo di comportarsi di quelle persone, ne importa spesso una modificazione per cui si renderà difficile la percezione di queste diversità e per conseguenza possibili identificazioni non sempre giustificate.

Nella pratica furono adottati sistemi diversi non sempre rispondenti allo scopo e spesso fondati su criteri insufficienti a garantire all'eccezione di cosa giudicata un retto perseguimento del suo ufficio. Noi accenneremo ai principali, cercando specialmente di mettere in rilievo la impossibilità di poter adottare sempre gli stessi criteri per individualizzare i diversi rapporti giuridici che nel campo del diritto privato e nel campo del diritto pubblico possono sorgere.

Nel diritto romano non si ebbero delle regole precise a questo riguardo. L'istituto della cosa giudicata era sorto in questo diritto, come abbiamo osservato, sotto la pressione di bisogni e necessità pratiche, e, così come queste suggerivano, veniva di volta in volta attuato. Una vera e propria teorica invano infatti si ricercherebbe nei testi: in essi si trova soltanto come condizione richiesta per l'esercizio dell'*exceptio rei iudicatae* la esistenza di un'*eadem*

*quaestio*¹⁾, o come in altri frammenti si legge di un'*eadem res*²⁾, senza però che in alcun modo venga chiarito quando si abbia la stessa questione o la stessa cosa, tanto che si può dire che la ricerca non trovi in queste norme alcuna facilitazione, poichè, come osserva il Cogliolo, dire che l'eccezione di cosa giudicata è validamente opposta quando fra le parti si solleva la stessa questione, è lo stesso che dire che due uomini si somigliano quando hanno la stessa fisionomia.

Per opera dei glossatori, sorse nel medio evo il sistema dei tre *eadem*, il quale partendo da una distinzione di Paolo pose al fondamento della eccezione di cosa giudicata il verificarsi di queste tre condizioni: *eadem res, eadem causa petendi, et eadem personae*. Infinite furono le questioni che in ordine a questa regola la quale attraverso il Codice francese fu accolta in quasi tutti i codici civili, furono sollevate nella dottrina; nè vorremo noi ora certamente indagarle, tanto più che i dibattiti più gravi che in questa materia ebbero sede si possono spesso ridurre a semplici questioni di parole. Richiamandoci ai principii precedentemente fissati noi ci limiteremo ad osservare come il rapporto giuridico non sempre possa essere determinato alla stessa maniera e come per conseguenza il sistema dei tre *eadem* se può fornire sufficienti criteri per la constatazione delle condizioni necessarie all'esercizio dell'eccezione di cosa giudicata nel campo giurisdizionale privato, non possa, quando si tratti di interpretare o di applicare una norma di diritto pubblico, sempre corrispondere al suo scopo.

Così per esempio il requisito dell'*eadem personae* presenta indubbiamente in confronto dei rapporti di diritto privato un carattere di indispensabilità per la individuazione di questi rapporti stessi. La persona nelle relazioni che possono intercedere fra singoli ha importanza fondamentale, poichè, a questa stregua, ogni persona ha caratteri propri, ha interessi particolari, ha attività speciali, per cui

¹⁾ Cfr. L. 3, D., *De exceptione rei iudicatae*, L. 7, § 4, D. h. t.; L. 19, D., h. t.

²⁾ Cfr. L. 14, D. h. t.; L. 14, § 2, D. h. t.; L. 27, D. h. t.

non si potrà da questi caratteri, da questi interessi, da questa attività mai prescindere; anzi con il loro variare in una stessa persona può bene variare la natura del rapporto giuridico privato in cui essa viene a trovarsi. Nel campo del diritto pubblico non sempre la persona assume tanta importanza; i rapporti che la norma giuridica obiettiva viene qui a regolare hanno un carattere molto più generale e sono diretti a costituire delle condizioni giuridiche che spesso prescindono da ogni considerazione sulla persona. Questa anzi può bene cambiare senza che il rapporto venga minimamente modificarsi, sempre però che in essa continui a persistere quella condizione non individuale ma impersonale che il rapporto presuppone.

Poichè è naturale che se nella sfera del diritto pubblico la norma giuridica prescinde qualche volta dalle particolari condizioni in cui può trovarsi una persona e dai caratteri individuali di questa, occorre necessariamente che essa presupponga una qualità generale propria a tutte le persone o ad un determinato gruppo di persone, senza della quale il rapporto giuridico non potrebbe sorgere. Si comprenderà adunque facilmente come se si ponesse il requisito dell'*eadem personae* come condizione per l'esperimento della eccezione di cosa giudicata anche riguardo all'esercizio delle giurisdizioni di diritto pubblico, accadrebbe molto spesso che la efficacia delle decisioni per mezzo di questo esercizio ottenute venisse ad annullarsi e con ciò a scemare grandemente il prestigio della funzione; inquantochè potrebbe facilmente verificarsi il caso che uno stesso rapporto giuridico venisse diversamente e magari contraddittoriamente definito.

Anche nel campo della giurisdizione penale codesto requisito perde molto della sua importanza, per la ragione che il rapporto che col reato viene posto in essere, avrà sempre come parte il pubblico ministero quale rappresentante della collettività, unica interessata all'esercizio dell'azione penale; non essendo per conseguenza sufficiente ad impedire l'esperimento dell'eccezione di cosa giudicata il fatto che l'accusa venga, come funzione statale, ordinata in modo che una persona diversa od un organo diverso, ne assuma l'esercizio ¹⁾.

¹⁾ Cfr. TUOZZI. *Op. cit.*, p. 350 e segg.; Vedi anche per una diversa rattazione della questione, Faustin Hélie. *Trattato dell'istruzione crimi-*

Riguardo agli altri due requisiti dell'*eadem res* e dell'*eadem causa petendi*, occorre osservare che essi sono ben lontani dal fornire, anche relativamente ai rapporti del diritto privato, criteri sicuri per identificare una *questione* giuridica. Così se la identità della *res* venisse intesa in senso assoluto, nel senso cioè che ogni cambiamento anche minimo avvenuto nella cosa la faccia venir meno ¹⁾ e se confondendo il rapporto giuridico col mezzo con cui questo rapporto si fa valere si introducesse riguardo alla *causa* la distinzione fra *causa proxima* e *causa remota* ²⁾ ed anche di quest'ultima si richiedesse l'identità per ammettere l'esercizio dell'eccezione di giudicato, questo non potrebbe mai o assai raramente verificarsi. Come bene osserva il Cogliolo ³⁾ e ripete il Gatti ⁴⁾ la regola dei tre *eadem* è priva, per la semplicità del caso, d'importanza pratica se la identità non si scopra senza il soccorso di indagini e di deduzioni giuridiche spesso non comprensive della maggior parte dei casi e governate da principii controversi, come quello da cui si è creduto di dedurre che la parte è nel tutto ed il tutto non è nella parte.

Altri sistemi furono dalla dottrina suggeriti in sostituzione della vecchia regola medievale ⁵⁾ e qualche volta anche la pratica legislativa ⁶⁾ tentò in questo campo innovazioni dirette a semplificare

nale. Trad. Sampolo, vol. I, § 179; MERLIN. *Questions de droit*, v. FAUX, §. 6 e *Répertoire v. Chose jugée*, § 15, GIUSSE. *Justice criminelle*. T. III pag. 21. LAURENT. *De l'autorité de la chose jugée considérée comme mode d'extinction de l'action publique*. Paris, 1885.

¹⁾ Cfr. ALLARD. *Chose jugée*, p. 1, cap. 4.º; TROULLIER. *Diritto civile*, X, 144; TUOZZI. *Eccezione di cosa giudicata*, p. 224 e segg.; LAURENT. *Diritto civile*, XX, V, 40 ecc.

²⁾ Cfr. KELLER. *Op. cit.*, p. 260 e segg.; PUCHTA. *Pand.* pag. 520 e segg.; SAVIGNY. *System* vol. VI, p. 281 e segg. (trad. fr.); ALLARD *Étude sur la chose jugée*, 1875; COGLIOLO. *Op. cit.*, § 6; TUOZZI. *Op. cit.* p. 248 e segg.; POTHIER *Obbligazioni*, n. 894; LAURENT. *Diritto civile* XX, V, n. 27; Confr. anche GATTI. *Op. cit.*, p. 135; CAMMEO. *Commentario*, p. 302.

³⁾ *Op. cit.*, pag. 204.

⁴⁾ *Op. cit.* p. 120.

⁵⁾ Cfr. BARON *Pandekten*, 9.ª ediz. p. 198 e *Institutionem und Civilprozess*, 1884; COGLIOLO. *Eccezione di cosa giudicata*, 256-59; GATTI. *Del l'autorità del giudicato* ecc. pag. 130. VANGEROW. *Pandekten*. vol. I, § 173.

⁶⁾ Cfr. *Ordinamento della proc. civile austriaca*, § 411, ed *ord. della proc. germ.* §§ 322 e 318.

la applicazione di questo importante istituto giuridico: sempre però di ogni sistema si dovette riscontrare la imperfezione e la inapplicabilità in molti casi, costituenti spesso una eccezione assai più estesa della regola stessa. Ciò perchè sempre si dimenticò che questa materia era per natura insuscettibile di assoggettamento a norme fisse ed immutabili, non presentando alcuna omogeneità e richiedendo per conseguenza adozione di criteri i quali fossero volta per volta desunti dai casi che nella pratica venissero a presentarsi. Il rapporto giuridico, in altre parole, può alle volte richiedere per elemento essenziale e requisito caratteristico la presenza di determinate persone ed allora dovrà fondarsi l'esperimento dell'*exceptio rei iudicatae* anche sulla condizione dell'*eadem personae*; alcune altre essere costituito da una relazione avente per oggetto una cosa, alcune altre infine, e questo sarà il caso più frequente, esso sarà qualificato dallo scopo a cui tende o dagli effetti cui il suo esercizio dà luogo ed allora dovrà darsi importanza, per quell'esperimento, alla constatazione a seconda dei casi dell'*eadem res* o dell'*eadem causa petendi*.

Il Cogliolo discorrendo in linea generale dell'istituto della cosa giudicata, osservava giustamente, come noi già rilevammo, che essa appartiene non al legislatore ma al giureconsulto, non ai codici ma alla scienza. Data questa constatazione, nella quale pienamente conveniamo, doveva il succitato scrittore tener presente che il compito del giureconsulto avrebbe sempre dovuto limitarsi a rintracciare i principii generali che potessero regolare la applicazione dell'istituto nostro, lasciando al magistrato il rilevare nei vari casi la presenza di determinate condizioni e di scegliere il modo con cui quei principii stessi dovessero attuarsi. Invece dopo aver acutamente combattuta la regola dei tre *eadem* come empirica e troppo assoluta, egli tenta di sostituirla un'altra che se può salvarsi dalla taccia di empirismo, pecca però di eccessiva assolutezza e si mostra molto spesso inadatta alla risoluzione di questioni che nella pratica possono presentarsi ¹⁾.

Concludendo adunque su questo punto noi crediamo che quelle

¹⁾ Cfr. TUOZZI. *Op. cit.*, p. 218 e seg.; GATTI. *Op. cit.* p. 120 e segg.

stesse ragioni che ci hanno fatto ritenere la incompetenza del legislatore a regolare con norme fisse questa materia, impediscano alla dottrina di formulare dei principii assoluti; per cui dovrà essa limitarsi a stabilire come condizione generale, alla stessa guisa della sapienza romana, il principio che perchè si possa far valere la eccezione di cosa giudicata occorre che si abbia la *eadem questio* ricercando nel medesimo tempo i criteri che possano servire di guida al magistrato per accertare questa identità nei singoli casi.

§ 7. — Natura dell'eccezione di cosa giudicata.

Una questione molto importante può sorgere riguardo alla natura della *exceptio rei iudicatae* ed alla sua rinunziabilità. Occorre subito ricordare a questo riguardo che non tutto l'istituto della cosa giudicata si esaurisce nella *exceptio* e che non solamente attraverso questo mezzo esso viene ad esplicarsi e ad assicurare all'esercizio della funzione giurisdizionale quell'autorità e quel prestigio che soli possono garantire un equo raggiungimento dello scopo del diritto. Se noi ripensiamo al fondamento giuridico di questo istituto, non possiamo assolutamente concepire che l'ufficio importantissimo che per esso si compie sia rimesso completamente alla volontà delle parti. La cosa giudicata infatti rappresenta la più alta manifestazione della vita del diritto, ed in essa si concreta lo scopo di tutta la funzione giurisdizionale; dovrà perciò allo Stato, quale fonte del diritto e soggetto della giurisdizione, incombere l'ufficio di assicurare ad essa quelle condizioni di inviolabilità senza delle quali mancherebbe al suo scopo.

Se difficili possono riuscire nella pratica i mezzi per impedire che un rapporto giuridico, definitivamente dichiarato in via giurisdizionale, possa nuovamente essere sottoposto all'esame di un organo della giurisdizione, e se per conseguenza si renderà spesso impossibile di evitare in ordine ad esso la coesistenza di due o più giudicati contraddittorii, non per questo si dovrà limitare all'interesse delle parti la garanzia dell'attuazione della cosa giudicata. Questa adunque dovrà sempre, in un ordinamento positivo che tenga conto delle

ragioni ultime dei singoli istituti, essere dichiarata non appena in qualunque modo e con qualunque mezzo risulti che una funzione giurisdizionale si cerchi di eccitare su di un rapporto giuridico già definitivamente ed irrevocabilmente dichiarato. Come rigorosamente nota il Bülovv ¹⁾ il principio su cui si fonda la autorità del giudicato ha vero e proprio valore di *ius cogens* e ad esso in nessuna maniera si può derogare, neanche per accordo delle parti.

Nel campo del diritto privato, in considerazione della particolare natura dei rapporti che in esso si vengono a svolgere, alcuni sistemi positivi limitarono alla eccezione *rei iudicatae* l'ufficio di far rispettare nell'ambito della sentenza la cosa giudicata, vietando qualche volta all'organo giurisdizionale di far valere, all'infuori di ogni eccitamento da parte degli interessati, l'autorità e la efficacia di quella. In questo modo si venne a snaturare l'istituto ed a disconoscere il principale suo fondamento ²⁾.

Non si deve credere però che data questa concezione della funzione giurisdizionale per la quale essa veniva staccata dalla sua fondamentale giustificazione e ridotta quasi strumento di privati interessi, si debba concludere che la certezza del diritto raggiunto per mezzo del giudicato non solo non possa esser fatta valere che per opera delle parti, ma possa anche da queste essere disconosciuta per mezzo di una rinunzia alla eccezione. ³⁾ Non vogliamo ora qui certamente discutere sulla natura di codesto mezzo con quell'ampiezza che l'importanza dell'argomento richiederebbe: ci accontenteremo soltanto di rilevare come la *exceptio rei iudicatae* non possa considerarsi quale una vera eccezione mancando di un contenuto che realmente si op-

¹⁾ *Op. cit.*, p. 65.

²⁾ V. a questo proposito LESSONA. *Carattere della eccezione di cosa giudicata*, in *Foro It.* 1904, I, 351.

³⁾ È notevole a questo proposito come alcuni scrittori di diritto pubblico, accogliendo dal diritto privato, senza indagarne la giustificazione, la teoria della rinunziabilità all'esercizio dell'eccezione di cosa giudicata, cerchino di farne applicazione nel campo amministrativo. Cfr. BERNATZIK. *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, p. 144, nota 32; SARWEY. *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*, p. 733-34; CAMMEO. *Commentario*, p. 291-92; G. MEYER. *Lehrbuch des deutschen Verw.*, I, p. 65.

ponga al suo contrario. Dal giudicato, osserva il Gatti ¹⁾ deriva al rapporto giuridico una semplice *qualificazione*, la quale per questo suo carattere di dipendenza, anzi di coesistenza col diritto non può essere oggetto di vera e propria eccezione. Una rinunzia per ciò agli effetti che dal giudicato derivano non può assolutamente concepirsi, a meno che non si voglia ammettere che l'autorità e la efficacia di quello derivino non già da superiori ragioni di ordine pubblico, ma dalla considerazione dell'interesse dei singoli e che le funzioni dello Stato e quelle del diritto si compiano non già per forza propria ed in ordine a principii generali, ma anarchicamente, senza scopo e senza indirizzo.

Resta per questo profonda meraviglia che molti scrittori, anche insigni, nello studio dell'eccezione di cosa giudicata nel campo giurisdizionale privato abbiano talmente dimenticato la natura e l'ufficio di giurisdizione da ridurre tutta l'importanza dell'autorità del giudicato ad un'importanza puramente patrimoniale ed a sostenere conseguentemente che il privato il quale a questa eccezione rinunzi non offenda il pubblico interesse, ma rifiuti semplicemente ad un beneficio di natura patrimoniale di cui egli ha libertà di disporre. ²⁾

In questo modo, come si comprende, si viene a subordinare la esistenza del giudicato ed il riconoscimento in esso di autorità e di efficacia, alla constatazione di un interesse patrimoniale ed a quel qualunque apprezzamento che di questo ne possa fare la parte: *invito beneficium non datur* si afferma e si crede di aver dato ogni giustificazione a queste enormi conclusioni col ricorrere all'esempio della prescrizione, la quale istituita pure per ragioni di ordine pubblico può bene essere soggetta a rinunzia per parte di colui a beneficio del quale si era compiuta.

¹⁾ *Op. cit.*, pag. 340.

²⁾ Cfr. DALLOZ. *Répertoire*; voce *Chose jugée*, § 20; TUOZZI. *Op. cit.*, p. 147 e segg.; TOULLIER. *Diritto civile*, X, n. 75; LAURENT. *Op. cit.*, XX, n. 135 e 136; MATTIROLO. *Trattato di diritto giudiziario civile*, V, n. 3; MALMUSI. *Digesto II. V. cosa giudicata* n. 32; contra MERLIN. *Questions de droit* voce *Appel*. §. 9; GATTI. *Op. cit.* p. 336 e segg.

Ancora una volta occorre rilevare come una gran parte degli errori nei quali dottrina e giurisprudenza caddero in questa materia siano dovuti ad una inesatta concezione del fondamento giuridico dell'istituto della cosa giudicata, che sorse, occorre ripeterlo, non già come espediente pratico escogitato onde mantenere la pace e la tranquillità delle famiglie ¹⁾ ma bensì come principio derivante dalla essenza stessa della funzione giurisdizionale. Se perciò si può ammettere che, in vista della difficoltà che la applicazione dei vari istituti giuridici può trovare nella pratica, si approfitti dell'interesse privato per rendere più facilmente e prontamente effettivo quel principio, non si può subordinare la efficacia di questo all'apprezzamento di quello e giungere persino al disconoscimento nell'organo giurisdizionale del potere di sollevare la eccezione di cosa giudicata di ufficio.

Quanto poi alla possibilità da parte del privato di rinunciare al giudicato formatosi in suo favore basterà notare come questa rinuncia importando la possibilità di una nuova, diversa, ed alle volte contraddittoria definizione del rapporto giuridico, non sia conciliabile col concetto di diritto, obiettivamente considerato, il quale non deve contenere in sé la possibilità di configurazioni disparate ²⁾.

Le difficoltà di poter far valere sempre la efficacia e la autorità delle decisioni definitive di una autorità giurisdizionale, dà luogo per logica conseguenza alla impossibilità di evitare in modo assoluto che due giudicati si abbiano a formare in ordine ad un medesimo rapporto giuridico e che contemporaneamente si abbiano a verificare due interpretazioni o applicazioni giurisdizionali diverse di una stessa norma giuridica. Quale delle due decisioni, in questo caso, avrà efficacia; quale dei due differenti esercizi della funzione giurisdizionale dovrà ritenersi legittimo? Il diritto romano, dove ogni principio giuridico era condotto alle sue ultime logiche conseguenze, tenuto fermo il concetto del valore assoluto di cosa giudicata, aveva stabilito la regola *quod contra res prius iudicatas pronunciatum*

¹⁾ Cfr. MALMUSI. *Op. cit.*, n. 1 e 32.

²⁾ V. GATTI. *Op. cit.* p. 341.

est, sententiae auctoritatem non obtinebit togliendo mediante la *exceptio nullitatis* ogni autorità alla sentenza posteriore. Questo sistema indubbiamente meglio di ogni altro risponde alla natura dell'istituto nostro, assicurandone il rispetto e garantendone gli effetti. Tuttavia data la frequente possibilità che nella pratica può presentarsi, per la imperfezione dei mezzi con cui il giudicato viene fatto valere, di due decisioni giurisdizionali in ordine ad uno stesso rapporto, la maggior parte dei sistemi legislativi moderni ha adottato il principio che la sentenza che contraddice al giudicato anteriore debba prevalere su quella più antica.

Noi crediamo che tutti gli argomenti di carattere pratico che a questo proposito vengono addotti non siano sufficienti a giustificare questo sistema che tende irrimediabilmente a rendere relativo il valore del giudicato ed a scemare la importanza e la autorità della funzione giurisdizionale. Alla stregua dei principi fondamentali che in questa materia devono sempre essere tenuti presenti come abbiamo ripudiato quella concezione della eccezione di cosa giudicata che tendeva a sottoporre agli interessi privati lo stesso esercizio della funzione giurisdizionale, così rigettiamo questo sistema adottato dalle moderne legislazioni che in ultima analisi conduce alle stesse conseguenze. E non vale obiettare in contrario che la prevalenza del giudicato posteriore su quello anteriore trova una indiretta giustificazione nel sistema regolante l'esercizio della funzione legislativa per cui la legge nuova toglie in tutto o in parte efficacia all'antica, poichè se questo non si può negare, non si può disconoscere d'altra parte che la legge nuova non potrà mai violare i diritti acquisiti in forza della legge precedente nè esimersi dal riconoscere le relazioni giuridiche con l'osservanza di questa perfezionatesi.

§ 8. — La funzione della cosa giudicata in un sistema di giurisdizioni alternate.

Prima di chiudere questa parte preliminare del nostro studio occorre brevemente accennare alla funzione della cosa giudicata in un sistema di giurisdizioni alternate.

Come si è notato nella sezione precedente può darsi che da uno stesso rapporto giuridico sorgano effetti diversi i quali non possano essere sottoposti allo stesso trattamento e debbano per conseguenza riportarsi a norme giuridiche differenti. La funzione giurisdizionale in ordine a questi rapporti giuridici non potrà adunque esercitarsi in un'unica forma, ma dovranno costituirsi tante giurisdizioni quanti sono gli effetti cui quei rapporti danno luogo, le quali, considerate in confronto di questi ultimi, verranno reciprocamente ad integrarsi.

La relazione normale che regola la coesistenza di più giurisdizioni è quella della separazione assoluta e questa relazione si dovrebbe ammettere in linea teorica anche riguardo a più giurisdizioni esercitantesi sugli effetti di uno stesso rapporto giuridico. Se ben però si considerino le conseguenze che da questa estensione del principio della separazione possono derivare si dovrà convenire che, se non altro in considerazione della necessità teorica di mantenere una certa unità e una certa dignità nell'esercizio della funzione giurisdizionale e della convenienza pratica di evitare contraddizioni fra le pronuncie di diverse giurisdizioni, quel principio debba ottenere nel caso in esame una attenuazione diretta appunto a conseguire quella integrazione fra l'attività dei diversi organi che solo può assicurare la retta interpretazione ed applicazione della norma giuridica.

Trattasi infatti di un rapporto identico, per le persone fra le quali intercede, per l'oggetto, per la causa stessa, che importa una differenziazione di competenze soltanto per i diversi effetti che da esso derivano. Una conciliazione di giudicati diversi in ordine ad esso non si potrebbe mai in modo assoluto ottenere, perchè, come osservava giustamente il Cammeo, ¹⁾ gli effetti del rapporto, gli oggetti delle due azioni, sono in generale momenti così strettamente connessi di uno stesso fenomeno sociale e giuridico da non poter essere scissi, e da dar luogo ove si abbiano giudicati contraddittori ad una inconciliabilità che può essere non solo morale semplicemente, ma

¹⁾ *Commentario cit.*, p. 356.

anche materiale ed assoluta. Orbene siccome nell'uno e nell'altro caso il prestigio dell'ufficio giurisdizionale verrebbe grandemente a soffrire mentre nella pratica gravissimi inconvenienti si verificherebbero, così il rapporto di separazione e di indipendenza assoluta dovrà essere sostituito da un rapporto di alternazione o coordinazione e la autorità e la efficacia propria di un giudicato emesso in un giudizio avente per oggetto un effetto determinato del rapporto giuridico, dovrà estendersi anche in confronto della giurisdizione chiamata a conoscere un altro effetto dello stesso rapporto.

In questo modo senza che si abbia a verificare nessuna invasione dell'una giurisdizione sull'altra si potrà impedire che l'istituto della cosa giudicata venga a soffrire violazioni, conferendo, per questa guisa, a quella unità funzionale della giurisdizione che non deve mai essere perduta di vista attraverso i vari modi con cui può essere attuata ¹⁾.

Su questo argomento però, studiando le funzioni giurisdizionali del nostro Consiglio di Stato, avremo occasione di ritornare largamente.

¹⁾ Cfr. MORTARA. *Commentario I*, p. 348; ROMANO. *Le giurisdizioni speciali amministrative, loc. cit.*, Cap. V.

CAPITOLO II.

Le funzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato in Italia

§ 1. — La difesa dei diritti dei cittadini in confronto della pubblica amministrazione.

Come abbiamo accennato nel capitolo precedente, il sorgere dello Stato di diritto, importando la sottoposizione a norme di condotta anche dei rapporti intercedenti nel campo del diritto pubblico, inteso questo come quella sfera giuridica in cui l'uomo viene riguardato quale membro organico di una comunione più larga in modo che da questa gli provengano diritti e doveri ¹⁾ determinò la costituzione di tutto un sistema di facoltà esercitantesi reciprocamente nelle relazioni fra Stato e singoli, alle quali venne data la qualifica di diritti pubblici subiettivi. Non per questo il diritto pubblico subiettivo si dovrà considerare come una creazione della teorica dello Stato di diritto nè si dovrà credere che nei regimi nei quali prevalevano principii affatto diversi da quelli in questa teorica contenuti, non si potesse rinvenire alcuna giuridica determinazione delle varie situazioni in cui i singoli potessero trovarsi in confronto dello Stato. Per giungere a cotesto disconoscimento bisognerebbe ammettere che l'esercizio della sovranità venisse in codesti regimi ad attuarsi in modo da impedire la formazione di norme obiettive le quali, impor-

¹⁾ BÄHR. *Der Rechtsstaat*, trad. it. in *Bibliot. di Scienze politiche del BRUNIALTI*, p. 298, cfr. anche SAVIGNY. *System des röm Rechts* I, p. 22.

tando una serie di comandi e di divieti, devono necessariamente dar luogo alla determinazione di corrispondenti facoltà, non potendosi concepire diritto senza riconoscere che nella regolazione del rapporto in cui la sua funzione si esaurisce agli obblighi imposti ad un soggetto debbano corrispondere negli altri delle facoltà subiettive ¹⁾.

Poichè alla stessa guisa che da ogni norma di diritto privato derivano dei diritti subiettivi i quali sempre spetteranno ai singoli in quanto che essi soli potranno far parte dei rapporti da quelle norme regolati, da ogni norma di diritto pubblico deriveranno sempre dei diritti subiettivi pubblici i quali se non potranno in ogni caso spettare ai cittadini, potranno appartenere però allo Stato od ai suoi organi. Orbene, come giustamente osserva il Cammeo ²⁾, una indagine storica porterebbe assai facilmente alla dimostrazione che in nessun popolo sotto nessun regime mancò mai un diritto pubblico obiettivo creatore di diritti subiettivi dei singoli che in qualche modo non fossero protetti. Basta pensare infatti alla tendenza che si è manifestata in ogni luogo e in ogni tempo, ovunque una consociazione politica si fosse anche rudimentalmente organizzata, diretta a regolare una giustizia penale e conseguentemente ad assicurare la esistenza di diritti subiettivi dei cittadini alla vita, all'integrità personale e patrimoniale ecc. per convincersi della verità della affermazione precedentemente fatta.

La differenza adunque fra il regime di diritto ed i regimi anteriori non si può far consistere nel riconoscimento o meno di diritti pubblici subiettivi, ma bensì nella estensione del campo di applicazione delle norme di diritto pubblico obiettivo nelle quali i diritti subiettivi trovano il loro fondamento e nei modi con cui la difesa di questi diritti viene attuata.

Il processo attraverso il quale si verificò quella estensione dovette necessariamente assumere il carattere di una autolimitazione, poichè lo Stato in tanto potè riconoscere nella attività dei singoli, anche quando fosse svolta in suo confronto, una determinata sfera

¹⁾ Cfr. JELLINEK *System der Subjektivcn öffentlichen Rechte* JENA, 1892 p. 9 e segg.; JHERING. *Esprit du droit Romain*, Trad. DE MEULENAIRE Parigi 1886 I, p. 353-54.

²⁾ *Commentario*, p. 30.

entro la quale gli intereressi individuali potessero liberamente perseguirsi, in quanto fosse venuto a circoscrivere nel medesimo tempo le sue facoltà ed a sottoporle a determinate forme di esercizio, sostituendo alla primitiva onnipotenza non sofferente di alcun limite una attività ed un potere sottoposto alla norma giuridica. Questo processo si operò assai lentamente e gradualmente, e trovò nella teorica della divisione dei poteri un efficace aiuto al suo pratico sviluppo, inquantochè procedendosi alla distinzione ed alla classificazione delle varie funzioni proprie dello Stato, riuscì possibile il ricondurre tutte le varie attività da esso poste in essere quale soggetto di diritti ad una unica funzione e sottoporla, senza per questo toglierle il carattere di funzione sovrana, ai principii fissati dalla norma legislativa ¹⁾.

Non si deve credere però che in questo modo lo Stato sia venuto talmente limitando i suoi poteri da costituirsi nella identica condizione di un privato qualunque e da porsi nella impossibilità di esercitare una qualsiasi attività in confronto di altri soggetti giuridici la quale non sia in qualche modo circoscritta e regolata da generali norme giuridiche di condotta. È questa una condizione alla quale come a meta ultima, che per ora tuttavia appare irraggiungibile, tendono gli ordinamenti liberali: essa però richiede una tale perfezione nell'esercizio della funzione legislativa, una così grande estensione alla sfera di attività propria dei singoli, una così intensa individualizzazione degli interessi collettivi e corrispondentemente una tale restrizione ed attenuazione della attività amministrativa da far apparire, come abbiamo già notato, molto lontana e molto difficile la sua attuazione.

Per quanto importanti siano i limiti posti dai nuovi sistemi giuridici all'esercizio dell'azione statale e per quanto rilevanti siano in corrispondenza le facoltà accordate al singolo nel campo del diritto pubblico, rimangono pur tuttavia numerosissime le situazioni in cui può trovarsi l'individuo di fronte allo Stato rispetto alle quali la norma obiettiva deve arrestarsi perchè non risulta possibile la

¹⁾ Cfr. MEYER. *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes*, I. p. 28 e segg.

determinazione delle facoltà spettanti al singolo, nè circoscrivere esattamente lo scopo in ordine al quale soltanto debba esplicarsi l'azione dello Stato. Dove non è possibile stabilire in modo assoluto, scrive il Vacchelli ¹⁾, come e quando al bisogno debba corrispondere la soddisfazione, il diritto come norma obiettiva si arresta, e con la norma obiettiva si arrestano anche le determinazioni del diritto in senso soggettivo; resta soltanto un'attività a cui sono connessi uffici ed attribuzioni e contemporaneamente il compito di soddisfare all'interesse sia generale, sia particolare per quanto è possibile.

Un problema che ha affaticato giuristi e legislatori specialmente da un secolo a questa parte è quello che riguarda il modo con cui deve attuarsi la difesa dei diritti dei cittadini in confronto dello Stato. Questo problema come vedremo brevemente nei paragrafi che seguono, ha ottenuto presso le legislazioni moderne le soluzioni più diverse, pur non essendo ancora riuscite nè la dottrina nè la pratica ad un sistema il quale dia un assettamento definitivo alla questione. Un pregiudizio che ha indubbiamente contribuito a rendere molto difficile questa materia, è quello al quale già più volte abbiamo accennato, per il quale solo allora si deve riconoscere la esistenza di un diritto, quando si possa far valere l'interesse che ad esso corrisponde nella stessa maniera e con le stesse forme con cui si fa valere un diritto privato, pregiudizio che, come si comprende, si riporta alla identificazione della funzione giurisdizionale con la giurisdizione di diritto privato.

A questo proposito occorre osservare, senza ripetere ciò che precedentemente abbiamo detto, che le facoltà riconosciute al cittadino nel campo del diritto pubblico non sempre presentano la medesima consistenza, ma possono venir esercitate con una efficacia maggiore o minore a seconda dell'intensità dell'interesse pubblico col quale possono venire a contrasto. Non sempre perciò la difesa loro viene ad attuarsi nello stesso modo. Indubbiamente sino a quando questa difesa pur essendo regolata da norme obiettive, sia rimessa per la

¹⁾ *La difesa giurisdizionale*, I. cit., p. 252.

impossibilità di una determinazione precisa della situazione del cittadino in confronto dello Stato, o per meglio dire dell'interesse privato in confronto dell'interesse pubblico, alla discrezione di quella stessa autorità amministrativa che al perseguimento di questo interesse è diretta, non si potrà parlare di vero e proprio diritto pubblico subiettivo. Perchè questo si abbia, occorre che l'interesse venga dalla norma giuridica determinato in modo preciso e possa farsi valere attraverso l'attività di un organo che quella norma applichi in conformità a principi precedentemente, per mezzo della funzione legislativa, stabiliti.

Noi conveniamo in altre parole con la quasi universalità degli scrittori nel rinvenire la condizione per la esistenza del diritto pubblico subiettivo nel carattere giurisdizionale della difesa ad esso accordata, senza però per questo circoscrivere, quasi privilegio inattaccabile, agli organi dell'autorità giudiziaria l'esercizio di codesta difesa. La funzione giurisdizionale infatti, come si è cercato di dimostrare, non ha bisogno di esercitarsi sempre alla stessa maniera ma può, anzi deve, tener conto delle diverse situazioni giuridiche la cui determinazione è ad essa affidata e della varia natura della norma obiettiva alla cui applicazione od alla cui interpretazione deve procedere.

Orbene, nel campo del diritto pubblico codeste situazioni e codeste norme non sempre presenteranno gli stessi caratteri delle situazioni e delle norme che trovano applicazione nel campo del diritto privato. La posizione dell'interesse privato in confronto dell'interesse pubblico può così indefinitamente variare, la subiezione di quell'interesse stesso può presentare tante difficoltà e così frequente può essere la coincidenza in un punto di un interesse pubblico e dell'interesse privato e così vario l'intrecciarsi ed avvicinarsi delle attività pubbliche e private, da render necessaria, nell'esercizio della funzione giurisdizionale, la osservanza di determinati criteri e l'esperimento, in determinati casi, di mezzi speciali.

Con questo non vogliamo dire che la giurisdizione così detta ordinaria non possa mai costituire una conveniente difesa dei diritti dei cittadini in confronto della pubblica amministrazione: può darsi

anzi alle volte che lo Stato si trovi di fronte al singolo nella stessa condizione in cui si trova un privato qualunque ed in questo caso potrà bene esercitarsi la giurisdizione ordinaria.

L'esame del resto dei vari sistemi adottati dalle legislazioni moderne contribuirà a dimostrare la verità di queste osservazioni generali, e ci darà modo di rilevare come anche nella pratica sia venuto prevalendo il concetto della pluralità e della specialità delle giurisdizioni. Da esso si potranno anche ricavare importanti considerazioni sul modo con cui vennero nei diversi ordinamenti positivi applicati quei comuni principi sorti attraverso il grandioso rivolgimento che alla fine del secolo XVIII venne a scoppiare in Francia e che costituirono il cardine delle teoriche ovunque diffuse della divisione dei poteri e della uguaglianza civile. Siccome poi le questioni più importanti che si connettono al riconoscimento nel cittadino di interessi individuali anche in confronto dello Stato, riguardano appunto la garanzia che a questi interessi viene accordata, cioè, in altre parole, la difesa in loro confronto istituita, e siccome molto spesso nessun'altra forma giurisdizionale si riconobbe all'infuori di quella ordinaria, si può bene affermare col Vacchelli ¹⁾ che per molte legislazioni, per molto tempo, la questione così detta dei limiti fra l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa abbia costituito il perno delle più gravi controversie intorno ai diritti dei cittadini.

§ 2. — **La difesa dei diritti dei cittadini
in confronto dell'amministrazione nelle diverse legislazioni.**

N. 1. — *Legislazione francese.*

Il sistema legislativo più notevole per le influenze esercitate e per la natura delle garanzie accordate ai diritti dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione è certamente il sistema francese, il quale, se pure non abbia un solido fondamento teorico

¹⁾ *Op. cit.*, p. 280.

e non trovi sempre giustificazione in principii d'ordine generale, non merita tuttavia le aspre critiche delle quali da alcuno fu fatto oggetto, attraverso cui si giunse persino a considerarlo come una negazione dello Stato di diritto ¹⁾. Senza alcun dubbio esso sorse più per un profondo pratico intuito delle necessità che ad ogni forma di garanzia sono intimamente connesse nel campo del diritto pubblico, che da una cosciente applicazione di concetti teoricamente desunti dalla nozione di difesa e da quella di giurisdizione. La elaborazione perciò di codesto sistema si operò a poco a poco nella pratica per merito principalmente di una giurisprudenza che non coatta da rigorose delimitazioni legislative potè liberamente, tenendo conto delle difficoltà che nell'applicazione dei vari istituti si fossero verificate e mirando a rendere più facilmente raggiungibile quello scopo che il legislatore aveva nelle sue linee generali assegnato ai nuovi organi, dare, con l'aiuto di concetti derivati dalla dottrina, una formazione sistematica ai principii che volta per volta veniva fissando ²⁾.

La base su cui riposa secondo l'ordinamento positivo francese la difesa degli interessi dei cittadini nel campo del diritto pubblico, è data da due assiomi fondamentali: la separazione assoluta dell'autorità giudiziaria dall'autorità amministrativa e la istituzione di tribunali amministrativi. Entrambi cotesti assiomi trovarono all'epoca della loro formulazione una giustificazione teorica nella dottrina della divisione dei poteri, venendo però essi in seguito a ricon-

¹⁾ Cfr. R. GNEIST. *Der Rechtsstaat*. Berlin, 1872, cap. VI.

²⁾ Cfr. per la bibliografia: DARESTE. *La justice administrative en France* (2.^a ed. 1898); AUCOC. *Conférence sur l'administration et le droit administratif* (3.^a ed. 1885) spec. vol. I; LAFERRIÈRE. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (2.^a ed. 1896); BATHIE. *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*. Paris, 1868; VIVIEN. *Etudes administratifs*, 3.^a ed., Paris, 1859; MAYER. *Théorie des französischen Verwaltungsrechts* Strassburg, 1886; BARTHÉLEMY. *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*. Paris, 1899; BARTHÉLEMY. *Traité élémentaire du droit administratif*, 2.^a ed., Paris, 1902; CHARRIER. *Théorie générale de la juridiction administrative*. Paris, 1893; FOURDINIER. *L'excès de pouvoir en matière administrative*. Paris, 1903; DUCROCQ. *Cours de droit administratif*. 7.^a ed., Paris, 1897-1900.

dursi alla considerazione che non unico può essere nelle sue applicazioni il concetto di giurisdizione, come non unico era alla stessa stregua il concetto di norma giuridica.

Il primo di essi vigente da oltre un secolo venne per la prima volta fissato dalla legge 16-24 agosto 1790, al titolo II, art. 13: « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeurent toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ». La istituzione di tribunali amministrativi, cioè di una giurisdizione amministrativa, non fu come sembrerebbe coevo e consequenziale alla fissazione di questo principio. Anzi coll'avvento della rivoluzione i numerosi tribunali amministrativi che esistevano sotto l'antico regime e che con nomi diversi erano diretti alla risoluzione delle controversie sorte fra cittadini ed amministrazione furono aboliti, e il così detto contenzioso amministrativo fu affidato durante il periodo rivoluzionario alla stessa amministrazione attiva, cioè alle *assemblées de district* et alla *assemblées de département*.

Codesta confusione di funzioni però non poteva a lungo protrarsi, specialmente in quel periodo in cui la teorica della divisione dei poteri, recentemente con tanto rigore formulata dal Montesquieu, godeva della più incondizionata adesione dai giuristi del nuovo regime; tanto più poi che gli inconvenienti pratici che ne derivarono si fecero subito sentire con frequenza ed intensità. Per queste ragioni i tribunali amministrativi furono presto ristabiliti (nell'anno VIII) sebbene però con forme diverse da quelle proprie alle giurisdizioni amministrative del precedente periodo.

La poca chiarezza dei principi ai quali si ispirarono queste riforme e la insufficiente comprensione delle nozioni generali di funzione giurisdizionale e funzione amministrativa, fece sì che non si riuscisse completamente a disintegrare la così detta amministrazione contenziosa dalla amministrazione attiva e che alcune funzioni giurisdizionali continuassero ad essere affidate a quest'ultima. Così per esempio i Prefetti, i sottoprefetti ed i *maires* vennero per lungo tempo

considerati come investiti di una certa giurisdizione e fu soltanto in seguito al rinnovamento degli studi di diritto pubblico iniziatosi nella seconda metà del secolo scorso che potè pacificamente stabilirsi il carattere puramente amministrativo di quegli organi, sebbene però riguardo alle funzioni dei ministri perduri ancora vivacissima la disputa se essi debbano come in passato considerarsi come giudici ordinari in materia contenziosa ¹⁾.

La attuale organizzazione francese della giurisdizione amministrativa comprende il Consiglio di Stato, i Consigli di prefettura ed i Tribunali speciali (*Cour des Comptes, Conseils de revision, Conseil supérieur de l'instruction publique*, ecc.). Il contenzioso amministrativo prende forme diverse: alle volte il giudice amministrativo tratta la questione nel suo complesso, giudica in fatto ed in diritto, riforma, se ne è il caso, le decisioni amministrative, e ne sostituisce di nuove (*contentieux de pleine juridiction*); alle volte i poteri del giudice amministrativo, quando la controversia consista nel sapere se una data decisione debba o non debba essere annullata, sono limitati all'annullamento dell'atto amministrativo nel caso che risulti contrario alla legge (*contentieux d'annulation-recours pour excès de pouvoir*); alle volte ancora l'esercizio della giurisdizione amministrativa ha esclusivamente per iscopo la interpretazione di un atto dell'amministrazione (*contentieux d'interprétation*); alle volte infine le facoltà dei tribunali amministrativi possono estendersi persino alla irrogazione di pene, in materia contravvenzionale (*contentieux de répression*).

Qual'è il criterio che serve a distinguere, secondo la legislazione francese, la competenza dell'autorità giudiziaria da quella dell'autorità giurisdizionale amministrativa? Il criterio è esclusivamente pratico risultando, anzichè da una determinazione legislativa, da una creazione giurisprudenziale: esso, come è noto, è desunto dalla vecchia classificazione degli atti amministrativi, in atti *iure imperii* ed atti *iure gestionis*. Codesta classificazione è tutt'altro che precisa ed è molto lontana dal fornire gli elementi necessari per stabi-

¹⁾ Cfr. LAFERRIÈRE. *Op. cit.*, libro III, Cap. I, n. IV.

lire i limiti fra le due competenze: non mancano infatti casi di atti di gestione, per loro natura, i quali in Francia sono sottratti alla competenza dei tribunali ordinari, come non mancano atti di impero che rientrano nella competenza di questi ¹⁾; cosicchè si può ben giustificare il giudizio del Sarwey, che la delimitazione della giurisdizione civile dall'amministrativa manca del tutto di principii.

Ad impedire invasioni reciproche nell'esercizio delle due funzioni, giurisdizionale ed amministrativa il legislatore francese con la legge del 24 maggio 1832 venne ad istituire un Tribunale superiore chiamato dei conflitti diretto appunto ad assicurare conformemente ai principii fissati nella legge del 1790, prima citata, la piena indipendenza dell'autorità amministrativa nei rapporti con i tribunali amministrativi e giudiziari. Il sistema della separazione assoluta informante tutto l'ordinamento francese che trova appunto nella istituzione del Tribunale dei conflitti la sua sanzione più solenne, esatissimo nella sua giustificazione fondamentale, può dar luogo però spesso a conflitti gravissimi fra la giurisdizione così detta ordinaria e la giurisdizione amministrativa i quali indubbiamente assai nuociono alla unità funzionale della giurisdizione. Possono darsi in vero frequenti i casi di pronunciati fra loro discordanti, alle volte apertamente contraddittori, senza che vi sia la possibilità di un rimedio giuridico qualsiasi, il quale impedisca od attenui gli inconvenienti che ne possono derivare.

Soltanto ammettendo delle relazioni fra le due categorie di giurisdizioni e applicando saviamente la teorica della cosa giudicata, si potrà avviare il problema assai grave a cui abbiamo accennato ad una risoluzione che assicuri alla funzione giurisdizionale tutto il suo prestigio e tutta la sua autorità ²⁾.

Da quanto abbiamo sinora detto sulle garanzie accordate dall'ordinamento francese ai diritti dei cittadini in confronto della pubblica amministrazione, si può facilmente dedurre come la difesa

¹⁾ SARWEY. *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*, pag. 190.

²⁾ Cfr. LAFERRIÈRE *op. cit.* vol. I. libro III, cap. I., n. IV.

esercitata per mezzo della giurisdizione amministrativa non presenti nessun carattere di eccezionalità in confronto della difesa esercitata per mezzo dell'autorità giudiziaria e come, data la estensione del campo in cui la sua attività si esplica, non possa considerarsi in una condizione di inferiorità o di subordinazione rispetto a questa ultima. « La giurisdizione civile si dice ordinaria, osserva a questo proposito il Vacchelli ¹⁾, perchè i rapporti privati che la giurisdizione civile comprende, e la giurisdizione penale che l'autorità giudiziaria esercita, formano ancora, non ostante il continuo aumentare delle giurisdizioni e delle materie amministrative, dipendente dal crescere delle attribuzioni dello Stato e degli enti pubblici nella società, la parte più importante della materia sottoposta a giurisdizione; ma dato il concetto della materiale separazione delle competenze, giudiziaria ed amministrativa, ne viene di conseguenza che la giurisdizione civile non ha nessuna precedenza o privilegio rispetto alla amministrazione o alla giurisdizione amministrativa ».

N. 2. — *La legislazione germanica.*

Anche l'ordinamento positivo attuato nelle legislazioni germaniche prescinde dal pregiudizio comune a parecchi scrittori che una difesa giurisdizionale non si possa attuare se non attraverso la autorità giudiziaria ordinaria ²⁾. Il principio che in queste legi-

¹⁾ *Op. cit.*, 291.

²⁾ Cfr. per la bibliografia. MEYER. *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes* spec. vol. I; MAYER. *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, II; BORNAK. *Preussisches Staatsrecht* (1888-1890-1893) in *Arch. f. öff. R.*; SARWEY *Das öffentliche R. und Verwaltungsrechtspflege* (1880); WACH. *Civilprozess* p. 77 e segg.; SCHULTZE. *Lehrbuch des Deutschen Staatsrecht; e Preussisches Staatsrecht*; STENGEL. *Wörterbuch der deutschen Verwaltung: V.* gli articoli « *Verwaltungsgerichtsbarkeit in Preussen* » e « *Verwalt. Organisation in Preussen* »; BRAUCHITSCH. *Die neuen preussischen Verwaltungsgesetze* (1884); GNEIST. *Zur Verwalt. Reform und Verwalt. Rechtspflege in Preussen* (1880); LOENING. *Deutsche Verwaltungsrecht*; PÖZL. *Das Bayerische Verfassungsrecht auf der Grundlage des Reichsrechts* (1877); BLUNTSCHLI. *Allgemeines Staatsrecht*; BRATER. *Zur Lehre von den Grenzen der civilrichterlichen und administrative Zuständigkeit ecc.*

slazioni venne a regolare i rapporti fra le autorità giudiziarie e le autorità amministrative giurisdizionali, si fonda sulla vecchia distinzione già sancita dalla carta costituzionale prussiana fra *Justizsachen* e *Verwaltungssachen*, alla quale si ispirò la legge del 27 gennaio 1877 che al § 13 stabiliva che « ai Tribunali ordinari spettano tutte le contestazioni civili e le materie penali per le quali non è stabilita la competenza di autorità o tribunali amministrativi, oppure una legge dell' Impero ha costituito o tollerato tribunali speciali » ¹⁾.

Sulla interpretazione di codesta disposizione agli effetti principalmente di stabilire in modo preciso i limiti alla competenza dell'autorità giudiziaria, sorse in Germania un efficacissimo dibattito dottrinale che molto contribuì alla determinazione di alcuni principii generali di universale applicazione, riguardanti il problema dei confini fra il campo del diritto privato ed il campo del diritto pubblico. Mentre da alcuni si rinveniva il criterio per qualificare civile, e perciò di competenza giudiziaria, una controversia in ordine alla natura del diritto sul quale questa si fonda, altri restringevano ogni considerazione alle parti, sostenendo che soltanto nel caso che queste scendano in giudizio, entrambe nella veste di persona privata, potesse parlarsi di controversie civili, ed altri infine, trascurando le opinioni di minore importanza, si fondavano per riconoscere in esse questo carattere nella esistenza di un diritto subiettivo ²⁾. Senza prendere in esame i vari sistemi adottati nella pratica a questo riguardo possiamo affermare che per lungo tempo, come norma generale, ogni controversia che fosse sorta nel campo del diritto pubblico veniva sottratta alla competenza dei Tribunali ordinari. Da principio per la incompleta organizzazione amministrativa tutto questo campo estesissimo di contestazioni venne rimesso alla amministrazione attiva la quale procedeva in ordine ad esso, anzichè con criteri di diritto, con criteri politici o di opportunità; ma ben presto sotto la pressione degli inconvenienti che numerosi e gravi si verificarono nella pratica si procedette alla istituzione di appositi organi giuri-

¹⁾ *Reichsgerichtsverfassungsgesetz* 27. Jann. 1877, § 13.

²⁾ Cfr. SARWEY. *Op. cit.*, p. 92 e segg.

sdizionali; istituzione che si iniziò nel Baden nel 1863 e che si estese successivamente in Prussia, nell'Assia, nel Württemberg, in Baviera e negli altri Stati della federazione.

I quali, malgrado le influenze esercitate dal regime federativo, non sono tutti ordinati alla stessa maniera, ma presentano una varietà di istituzioni che noi non verremo ad esaminare particolarmente, limitandoci a ricercare le linee generali del sistema su cui la difesa dei diritti dei cittadini in confronto dell'amministrazione si fonda.

L'oggetto della giurisdizione dei Tribunali amministrativi è come abbiamo detto costituito dalle controversie relative a diritti ed obbligazioni rientranti nella sfera del diritto pubblico, sebbene entro questi confini non tutte le contestazioni vengano ad essi deferite, ma solo quelle che per via di enumerazione sono particolarmente determinate dalla legge. Inoltre occorre osservare che molto spesso il principio generale del § 13 della legge del 1877 viene a subire delle eccezioni potendo le controversie di diritto privato essere demandate ai tribunali amministrativi, e viceversa controversie di diritto pubblico all'autorità giudiziaria.

Le questioni incidentali o pregiudiziali che possono essere sollevate nel corso di una controversia non importano, se quelle sono di natura diversa da questa, che l'autorità giurisdizionale sospenda come avviene per diritto francese, in attesa che la giurisdizione competente decida su quelle questioni, ogni sua attività, la quale perciò si estende anche a queste.

Il campo su cui si esercita la giurisdizione dei Tribunali amministrativi non si limita ai casi su cui si controverte di diritto, ma può estendersi anche alle risoluzioni di questioni che riposano su criteri di convenienza o di opportunità ¹⁾.

Accanto alle vere autorità giurisdizionali, quali sono i Tribunali amministrativi, vi sono nell'ordinamento amministrativo di alcuni Stati germanici altre autorità (come p. es. in Prussia il *Kreisausschuss* il *Berirksausschuss*, il *Provinzialrath* ecc.) i quali decidono su ricorsi

¹⁾ Cfr. la legge prussiana di competenza (*Zuständigkeitsgesetz*) art. 47.

(*Beschwerde*) i quali si fondino non sulla violazione di un diritto, ma sull'offesa di un semplice interesse. Per ciò che riguarda la competenza, l'art. 17 dell'ordinamento giudiziario stabilisce che ciascuna autorità giurisdizionale decida la questione di sapere se una data questione rientri o no nella sua competenza: questo stesso articolo però aggiunge che le leggi di ciascun Stato possono attribuire la decisione di queste questioni a delle autorità speciali (Tribunali dei conflitti) con l'osservanza però di determinate condizioni.

Crediamo inutile ai fini del nostro lavoro l'indagare il modo con cui nei diversi Stati della confederazione venne fatto uso di questa disposizione ¹⁾.

N. 3. — *La legislazione austriaca.*

I principi che informano il sistema legislativo germanico quale molto sommariamente noi abbiamo cercato di esplicitare trovano applicazione, con qualche lieve differenza, anche nella legislazione austriaca. Anche in Austria, malgrado la rigorosa costituzione dell'autorità giudiziaria cui gli ordinamenti assicurano una completa indipendenza ed imparzialità ²⁾, alla giurisdizione amministrativa viene lasciato un campo abbastanza esteso di esercizio ³⁾.

¹⁾ Cfr. per la Prussia l'ordinanza del 1.º agosto 1879; per la Baviera la legge del 18 agosto 1879; per il Württemberg la legge del 25 agosto 1879; per il Baden la legge del 12 marzo 1879; per l'Assia la legge del 29 aprile 1879; per la Sassonia la legge del 3 marzo 1879.

²⁾ Cfr. *Staatgrundgesetz* 21 dic. 1867, art. 6.

³⁾ Cfr. art. 15 della citata legge 21 dic. 1867 secondo il quale chi si ritiene leso nei suoi diritti da una decisione o da un provvedimento di un'autorità amministrativa, avrà facoltà di far valere le sue domande davanti alla Corte di giustizia amministrativa.

Cfr. per la bibliografia: ULBRICH. *Oeffentliche Rechte und Verwaltungsgerichtsbarkeit* (1875); *Oesterreichische Staatsrecht in Handbuch di Marquardsen*, 2.ª ed. 1892; e *Handbuch der österr. politischen Verwaltung*, I-II (1888-90); LEMAYER. *Zür Frage der Activirung des Verwaltungsgerichtshofes*, in *Zeitschrift di Grünhut* (1874); GRÜNVVALD. *Der österr. Verwaltungsgerichtshof* (1875); RÖSLEK *Der österr. Verwaltungsgerichtshof nach dem Gesetze*, 22 ottobre 1875, in *Zeitschrift di Grünhut* (1877); PANN. *Die Verwaltungsjustiz in Oesterreich* (1876) e *Ueber die Grenzlinien zwischne*

Anteriormente al 1867 mentre le controversie private erano devolute all'autorità giudiziaria ordinaria, le controversie di diritto pubblico erano rimesse all'autorità amministrativa la quale ne procedeva alla risoluzione all'infuori di qualsiasi osservanza di forma. Colla legge del 1867 venne istituita una Corte di giustizia amministrativa (*Verwaltungsgerichtshof*) alla quale furono deferite le controversie derivanti dalla lesione di un diritto privato per parte di un atto amministrativo dopo che in via gerarchica avesse giudicato la stessa autorità amministrativa. La giurisdizione perciò esercitata da quest'organo supremo è una giurisdizione di seconda istanza, avente tutti i caratteri di una giurisdizione di cassazione dovendosi essa limitare ad un semplice sindacato di legittimità ed essendo obbligata ad attenersi ai fatti quali sono stati constatati dall'autorità amministrativa ¹⁾. Inoltre essendo essa per la sua composizione posta al di fuori dell'ordinamento amministrativo, dovrà limitarsi ad annullare le decisioni amministrative contrarie alla legge, senza poterle però mai sostituire ²⁾.

Da quanto si è detto si comprende come gran parte del contenzioso amministrativo sia lasciato alla amministrazione attiva, cui le controversie di diritto pubblico vengono demandate in prima istanza.

Accanto alla Corte di Giustizia amministrativa funziona in Austria un Tribunale d'Impero (*Reichsgericht*) avente alle volte carattere di Tribunale amministrativo, alle volte di Tribunale di conflitti. Le materie che corrispondono alla prima funzione sono costituite da ricorsi contro un paese dell'Impero o contro lo Stato, eccettuati i casi in cui esista la competenza dei Tribunali ordinari, e da ricorsi

öffentlichem und Privatrecht (1881); STEIN. *Rechtsstaat und Verwaltungspflege*, in *Zeits. del Grünhut* (1878); BERNATZIK. *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft* (1886); TEZNER. *Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden* (1888); PRAZAK. *Die principielle Abgrenzung der Kompetenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden* (1889); GUMPOVICZ. *Das österr. Staatsrecht* (1891); KAISERFELD. *Verwaltungsgerichtshof und Verwaltungsreform* (1875); MENGER. *System des österreichisches Civilprozess*, ecc.

¹⁾ Legge del 1875, art. 6.

²⁾ Legge del 1875, art. 7.

contro la violazione di diritti politici garantiti dalla costituzione. A questo Tribunale inoltre è deferita la risoluzione dei conflitti fra la Corte di Giustizia amministrativa ed i Tribunali ordinari e fra i Tribunali ordinari e l'amministrazione, mentre i conflitti fra il Tribunale dell' Impero e la Corte di giustizia amministrativa vengono rimessi per la loro risoluzione ad un Tribunale di composizione speciale.

§ 4. — La legislazione inglese.

Profondamente diverso dai sistemi adottati dai vari paesi del continente è l'ordinamento della difesa dei diritti dei cittadini in confronto dell'amministrazione secondo la legislazione inglese. La caratteristica più importante di codesto ordinamento è la assenza di ogni distinzione fra le garanzie accordate ai diritti privati e le garanzie accordate ai diritti pubblici.

È vecchio principio del diritto inglese che ogni cittadino a cui un torto sia stato fatto, possa sempre richiedere una riparazione dinanzi ai Tribunali ¹⁾. Non si deve credere per questo che la difesa dei diritti si attui sempre in Inghilterra con la forma giurisdizionale, poichè in certi casi può bastare per la risoluzione di una questione di diritto un provvedimento preso da un funzionario dell'ordine amministrativo, mentre in altri casi la tutela di semplici interessi può venire attuata per mezzo di un vero procedimento giurisdizionale ²⁾.

¹⁾ *In one or other of the courts*, scrive STEPHEN (*Commentaries on the laws of England*, III 447) *every possible injury that can exist in contemplation of our laws is capable of being redressed, it being a settled and invariable principle in the laws of England, that every wrong must have a remedy.*

²⁾ Cfr. per la bibliografia oltre STEPHEN già citato: GNEIST. *Das englische Verwaltungsrecht der Gegenwart* (3.^a ed. 1883-84); CHALMERS. *Local government* (1883); MAITLAND. *Justice and police* (1885); DICEY. *Introduction to the study of the constitution* (1893); BROOM. *Constitutional law, viewed in relation to common law*; MEYER. *Ueber Verhältniss von Justiz und Verwaltung in England* (*Zeitschrift für deutsches Staatsrecht* 1867, I, 275).

Ciò deriva principalmente dalle relazioni che reciprocamente intercedono in Inghilterra fra la funzione giudiziaria e la funzione amministrativa che anzichè coesistere in un rapporto di separazione, trovansi spesso riunite negli organi del *selfgovernment* ai quali contemporaneamente spesso vengono l'una e l'altra affidate: le istituzioni giudiziarie ed amministrative inglesi sono per questa ragione, come osservava il Vacchelli ¹⁾, così diverse da quelle del continente europeo, che non è possibile attribuire ai concetti di giurisdizione, di giudice, di amministratore, di interessi, di diritto privato, quello stesso valore che noi siamo soliti intendere guardando ai fenomeni che si svolgono sotto i nostri occhi.

Il diritto inglese non conosce adunque dei Tribunali amministrativi distinti dai Tribunali ordinari ed aventi competenza generale in materia amministrativa, ma le controversie di diritto privato e quelle di diritto pubblico fanno entrambe capo, in linea di principio, ai Tribunali ordinari, sebbene delle forme vengano richieste per la adizione di questi quando si tratti di lesioni a *public rights*. Le forme con l'osservanza delle quali vengono introdotti i ricorsi contro gli atti illegali dell'amministrazione sono diverse: in certi casi varranno le norme del procedimento ordinario ed il diritto verrà fatto valere per mezzo di azione (*action*): in certi altri specialmente quando si tratti di diritti pubblici, per ricorso (*motion*) indirizzato al giudice, tendente ad ottenere una ingiunzione al funzionario od all'autorità competente.

Il maggior numero delle questioni che possono sorgere in confronto dell'amministrazione viene deferito ai giudici di pace (*justices of the peace*). Codesto organo tanto importante dell'ordinamento inglese ha sempre compiuto le funzioni più diverse: esso è ad un tempo giudice in materia penale, organo di amministrazione e giudice in materia amministrativa, estendendo contemporaneamente la sua competenza anche a talune questioni di puro diritto privato. La sua importanza venne scemando in questi ultimi tempi, perchè essendo esso connesso intimamente al *selfgovernment*, dovette subire delle

¹⁾ *Op. cit.* p. 308.

modificazioni man mano che le nuove tendenze accentratrici venivano ad imprimere una fisionomia nuova ai diversi rami dell'amministrazione.

Molte attribuzioni giurisdizionali vennero tolte ai giudici di pace; con l'istituzione di nuovi consigli locali (*i local boards*); fra i più importanti sono da ricordarsi le *Urban Sanitary Authorities* e le *Rural Sanitary Authorities*.

Da quanto abbiamo detto sembrerebbe doversi concludere che il principio della giurisdizione unica abbia avuto in Inghilterra una larga applicazione. Questa conclusione però non sarebbe esatta perchè anche il diritto inglese riconosce numerose giurisdizioni speciali aventi competenza in certe materie di diritto pubblico, costituite però in condizione perfettamente indipendente dall'amministrazione. Tali sono per esempio la *Railway commission* che giudica sui ricorsi in materia ferroviaria, le *Comissioners of sewers* che costituiscono una vera giurisdizione permanente in materia di acque, le *Courts of survey* aventi competenza in materie marittime, la *Consistory Court* che conosce di tutti gli affari ecclesiastici della diocesi ecc.

N. 5. — *La legislazione belga.*

Il principio dell'unità della giurisdizione, inteso non soltanto riguardo alla sua esistenza funzionale, ma anche riguardo al modo e alle forme di esercizio, che dal costituzionalismo liberale era stato sostenuto come un dogma e nella cui applicazione si rinveniva la più sicura guarentigia dei diritti dei cittadini in confronto dell'amministrazione, fu adottato dalla legislazione belga la quale perciò venne ad acquistare una importanza notevolissima, specialmente dopo che il sistema per essa applicato venne imitato da altre legislazioni. I testi della costituzione belga che riguardano il nostro argomento sono: l'art. 92 « Le contestazioni che hanno per oggetto diritti civili sono di esclusiva competenza dei tribunali »; l'art. 93 « Le contestazioni che hanno per oggetto diritti politici sono di competenza dei tribunali salvo le eccezioni stabilite dalla legge »; l'art. 94 « Nessun tribunale, nessuna giurisdizione contenziosa, possono essere stabiliti

se non per legge »; l'art. 107 « Le corti ed i tribunali non applicheranno i decreti ed i regolamenti generali, provinciali e locali se non in quanto saranno conformi alle leggi ».

Molto discussero gli scrittori sulla interpretazione da attribuirsi alle locuzioni adoperate dalla legge « diritti civili » e « diritti politici » giungendo a restringerne notevolmente la apparente ampiezza ed a dimostrare per questa via come esagerassero gli apologisti di codesto sistema quando sostenevano che ogni questione di diritto fosse in forza delle disposizioni surriferite attribuita alla competenza dei tribunali ordinari. Il GIRON infatti, seguito da altri autorevoli scrittori, credeva di poter concludere su questo punto che le contestazioni di cui possono conoscere i tribunali si limitano a quelle che intervengono fra i cittadini e le persone giuridiche a motivo di una cosa o di una facoltà che rientra nel loro patrimonio proprio; e che esse non possono riferirsi, per conseguenza, se non ai diritti ed agli interessi privati dei cittadini e delle persone giuridiche ¹⁾.

Quanto poi ai diritti politici, la competenza giudiziaria in ordine ad essi non si estende ai casi genericamente procedenti dall'art. 93 ma viene ridotta a quelli per i quali essa viene praticamente stabilita dalla legge in modo tassativo ²⁾. Anche in Belgio però, malgrado il principio della giurisdizione unica, esistono delle giurisdizioni speciali, come per esempio in materia elettorale, in materia di imposte, in materia di contabilità: son giurisdizioni però molto limitate e non completamente indipendenti dall'autorità giudiziaria ordinaria alla quale spesso vengono coordinate ³⁾.

¹⁾ V. GIRON. *Dictionnaire de droit administratif et de droit public*, art. *Compétence*; Cfr. anche ROMIEU. *De la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire en Belgique* (*Annales de l'école libre des sciences politiques*, I, 1886); WAUTHIER. *Das Staatsrecht des Königreichs Belgien* (MARQUARDSEN. *Handbuch des öffentlichen Rechts*, IV, p. 1).

²⁾ Cfr. VACHELLI. *Difesa*, p. 324-25.

³⁾ Particolare menzione, a complemento delle notizie date nel testo, meritano i sistemi vigenti in Svezia, in Norvegia ed in Danimarca.

In Norvegia, come in Danimarca, il principio fondamentale che presiede alla difesa dei diritti dei cittadini contro l'Amministrazione è che « chiunque si crede leso in un suo diritto, può sempre deferire l'atto cui questa lesione si riconnette, al giudizio dei tribunali ordinari per ot-

§ 3. — **La legge italiana del 1865.**

Dal sistema legislativo belga direttamente deriva la legge italiana del 1865 la quale secondo l'intenzione di coloro che la proposero doveva costituire il trionfo dei principii liberali sui vecchi sistemi assicuranti una ingiustificata e ingiustificabile egemonia e onnipotenza al potere esecutivo. Le teoriche a cui codesta legge si riporta, si ispiravano ad una considerazione astratta del diritto, e ad una esagerata interpretazione del principio di eguaglianza a quello relativo; la funzione giurisdizionale secondo codesto modo di vedere non si sapeva concepire che come una prerogativa assoluta dell'autorità giudiziaria e non si riusciva a comprendere come due diritti diversi potessero, senza violare un elementare principio di eguaglianza, essere fatti valere in due maniere diverse, tenendo conto delle condizioni nelle quali il loro esercizio avveniva e della qualità dei subietti giuridici fra i quali essi fossero interceduti. La applicazione rigorosa della teorica della divisione dei poteri nella quale si rinveniva la più alta garanzia della libertà, portava a considerare come funesta ogni confusione di funzioni in una medesima categoria di organi ed a rinvenire per conseguenza nell'esercizio di funzioni giurisdizionali da

tenere con la loro assistenza la riparazione dalla legge accordata, anche se l'atto promani da una autorità amministrativa ».

Soltanto in casi eccezionali, come p. e. in materia di imposte, la decisione delle questioni amministrative è deferita a speciali autorità. (Cfr. per la bibliografia: ASCHEHOUG. *Norges nuvaerende Statsforfatning e Den nordiske Statsret* (In *Nordisk Retsencyclopaedi*); BLOMBERG. *Den nordiska Förvaltningsrätten* (In *Nord. Retsenc.*); USSING. *Le contentieux administratif*. ecc. Trad. Daresté, p. 293 e segg.)

In Svezia invece vige un principio contrario: per esso cioè colui che crede di essere stato leso nei suoi diritti da un atto amministrativo, e che ne chiede per conseguenza l'annullamento o la modificazione non può rivolgersi ai Tribunali, ma deve ricorrere all'autorità amministrativa superiore. Questo principio però ha avuto, specie per opera di leggi recenti, molte eccezioni, ammettendosi in alcuni casi la competenza dei tribunali ordinari anche in materia amministrativa. (Cfr. ASCHEHOUG. *Op. cit.*; BLOMBERG. *Op. cit.*; USSING. *Op. cit.*)

parte dell'amministrazione una identificazione del giudice con la parte e perciò la violazione di uno dei principii fondamentali del giudizio.

Alla stregua di coteste opinioni, diffusissime nella seconda metà del secolo scorso, il sistema francese che alla giurisdizione ordinaria aveva sottratto tutte le controversie nelle quali lo Stato, nella sua personalità pubblica, avesse parte, appariva illiberale e reazionario, mentre all'opposto nel sistema adottato di recente dal Belgio si scorgeva la realizzazione di quei principii di libertà nel nome dei quali il popolo italiano aveva operato la sua resurrezione. Si comprende adunque facilmente come sia sorta ed attraverso a quali vicende teoriche sia venuta elaborandosi la legge del 20 marzo 1865.

Senza occuparci delle varie legislazioni esistenti in Italia prima della sua unificazione e dei criteri a cui queste fossero ispirate per quanto riguarda la difesa dei diritti dei cittadini in confronto della pubblica amministrazione, non perchè questa ricerca non potesse riuscire interessante, ma perchè essa esula dal compito nostro, ci accontenteremo di ricordare come la legge piemontese del 30 ottobre 1859 che sino al 1865 estese la sua autorità a molte parti d'Italia si riconnettesse al sistema francese e per conseguenza fondasse quasi completamente le garanzie del privato in confronto dello Stato nella istituzione di giurisdizioni speciali. La competenza dell'autorità giudiziaria infatti, secondo questa legge, conservava il suo carattere di competenza normale od ordinaria soltanto in confronto delle controversie di natura esclusivamente privata, mentre per le controversie fra Stato ed amministrazione la funzione giurisdizionale veniva normalmente attribuita ai tribunali amministrativi.

Il sorgere ed il rapido diffondersi delle teorie cosiddette liberali di cui poco fa si fece parola, fece sì che in breve una tendenza si delineasse nel Parlamento nostro, diretta a sostituire ai concetti, ritenuti vietati, a cui la legge del 1859 s'era ispirata, il criterio della giurisdizione unica. La prima manifestazione di codesta tendenza si ebbe nel progetto Minghetti del 27 aprile 1861 nel quale la competenza dell'autorità giudiziaria veniva estesa a tutte quelle materie prima devolute alla giurisdizione amministrativa in cui si facesse questione di un diritto vero e proprio, fornendo a questo pro-

posito i criteri per identificarne la natura in una classificazione abbastanza sommaria. Nei casi in cui non si potesse rinvenire a questa stregua la esistenza di un diritto sorgeva la competenza dell'autorità amministrativa la quale avrebbe dovuto provvedere alla risoluzione delle controversie con la osservanza di un procedimento speciale.

La Commissione nominata dalla Camera dei deputati per l'esame di questo progetto, apportò ad esso molte modificazioni che vennero formulate in un controprogetto il quale non potè però essere discusso dalla Camera per l'avvento al potere di Urbano Rattazzi. Attraverso ad un nuovo progetto presentato da questi, in cui si propugnava, in contrasto con la tendenza liberale, la istituzione di una Corte suprema amministrativa e che non potè arrivare neppure allo stadio di relazione, si venne al progetto Peruzzi riproducente in gran parte i concetti di quello Minghetti, a cui fece seguito un controprogetto della Commissione parlamentare, a relazione Borgatti, che salve alcune modificazioni, divenne poi la legge del 1865.

Non vogliamo certamente noi ora esaminare particolarmente i diversi principii su cui si fonda l'ordinamento della difesa dei diritti dei cittadini in confronto dell'amministrazione quale risulta da questa legge, non solo perchè ciò esorbiterebbe dai limiti del nostro studio, ma perchè sulle infinite questioni che in questo esame potrebbero presentarsi e la cui risoluzione richiederebbe la estensione di un trattato, si è ormai formata una numerosa e ricchissima bibliografia.

Ci accontenteremo perciò di dare i lineamenti generali del sistema. Astraendo da ogni considerazione sulla consistenza e sulla intensità che il diritto subiettivo del cittadino verso lo Stato può assumere, ma presupponendo sempre questo diritto eguale in sostanza ed in potenza, il legislatore del 1865 venne ad accordare ad esso quella difesa che normalmente al diritto corrisponde, cioè la difesa giudiziaria. Esso venne in altre parole a distinguere i diritti dagli interessi od affari, attribuendo i primi alla competenza dei tribunali ordinari, affidando i secondi all'autorità amministrativa. Il principio però della giurisdizione unica in questo modo attuato

venne a subire contemporaneamente molte restrizioni. Poichè in via eccezionale la difesa di alcuni diritti venne affidata ad organi giurisdizionali non appartenenti alla giurisdizione ordinaria, quali la Corte dei Conti, il Consiglio di Stato, ed altre giurisdizioni speciali; non solo, ma in alcuni casi la invocazione della competenza giudiziaria venne subordinata all'esperimento di rimedi ed all'esaurimento di pratiche amministrative. Inoltre, onde assicurare la indipendenza fra le due autorità giudiziaria ed amministrativa, la difesa esercitata dall'autorità ordinaria venne a subire delle restrizioni per il fatto che in confronto del diritto del cittadino si fosse trovata la pubblica amministrazione. Così per esempio il divieto fatto all'autorità giudiziaria di annullare l'atto amministrativo; il conferimento all'amministrazione in confronto del cittadino del privilegio del *solve et repete*; la limitazione delle procedure normali nell'esecuzione delle sentenze contro la pubblica amministrazione ecc.

Questi i lineamenti generali della riforma operata con la legge del 1865: come gli intendimenti a cui si ispirarono gli autori di essa dovessero rimanere in pratica frustrati, vedremo ora parlando della successiva riforma del 1889.

La legge del 20 marzo 1865 era parsa ad alcuni incompleta ed insufficiente, si può dire dal giorno della sua promulgazione; e la pratica non tardò a confermarlo. Infatti se i risultati dell'applicazione del nuovo ordinamento delle garanzie poste a difesa dei diritti dei cittadini furono soddisfacenti in confronto dei rapporti di diritto privato fra singoli ed amministrazione, per cui riusciva pienamente giustificata la opinione generalmente diffusa che nelle questioni di proprietà ed in tutta la materia contrattuale maggiori guarentigie di imparziale difesa giurisdizionale non potessero i cittadini desiderare, per ciò che riguardava il campo dei rapporti di diritto pubblico, in quanto questi non costituissero diritto politico in senso stretto nè si potessero ricondurre alla nozione di diritto civile, furono assai poco confortanti.

Una gran parte della attività amministrativa, quella principalmente attraverso la quale venivano a compiersi le funzioni più importanti dello Stato, appariva ed in pratica si dimostrava, nonostante

la riforma del 1865, completamente sciolta da ogni controllo, interamente sottratta ad ogni difesa giurisdizionale. Di qui un allargamento impressionante della sfera di discrezione, di arbitrio del potere esecutivo, allargamento che assunse il carattere di vero immanente pericolo ed offesa al diritto ed alla libertà quando operandosi, per fatalità storica, la trasformazione del governo costituzionale in governo parlamentare, alla formula in cui da alcuni si volevano sintetizzare le garanzie introdotte dalla legge del 1865 di *giustizia nell'amministrazione* venne a contrapporsi l'altra di *politica nell'amministrazione* ¹⁾.

Ciò doveva necessariamente determinare il sorgere di un vivo movimento dell'opinione pubblica diretto ad una modificazione e ad una integrazione del sistema di difesa introdotto in Italia, movimento a cui indubbiamente contribuì l'estendersi anche nel nostro paese delle dottrine elaborate principalmente in Germania contro il parlamentarismo, e della nuova concezione dello Stato cui era congiunto come corollario l'allargamento della difesa dei diritti e degli interessi legittimi dei cittadini in modo da costituire con essa un limite alla stessa azione sovrana dello Stato.

Si iniziarono in questa maniera da parte degli scrittori nostri dei tentativi per una nuova formulazione del sistema delle garanzie dei diritti dei singoli in confronto dell'amministrazione, senza però che da principio, nella tema di meritarsi la taccia di illiberale, da alcuno si osasse apertamente combattere il principio della giurisdizione unica. Di ciò in particolar modo si compiace uno dei più benemeriti nostri studiosi di diritto amministrativo, l'Orlando, il quale trova in questa verbale, puramente verbale, acquiescenza al concetto dell'unità della giurisdizione, da parte dei precursori e degli ispiratori della riforma dell' '80 un argomento in favore della tesi da lui sostenuta per la quale viene a negarsi, come vedremo, il carattere giurisdizionale alla sez. IV del Consiglio di Stato.

Senza voler entrare ora in una discussione che troverà miglior

¹⁾ Cfr. SALANDRA. *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, p. 452 e segg.

sede nel paragrafo susseguente e senza per conseguenza immorarci a rilevare come in molte delle riforme sostenute dagli scrittori, dal Baer al Cardon, al Demurtas-Zichina, il sistema del contenzioso amministrativo venga inconsciamente a rivivere, occorre ora ricordare come qualche autore le cui idee molto senza dubbio contribuirono al movimento che doveva condurre alla nuova riforma, avesse esplicitamente affermato che al principio della unità della giurisdizione si dovevano ricondurre le imperfezioni e le insufficienze della legge del 1865.

Così per esempio il Leporini, il quale in un notevolissimo discorso, dopo aver esposto il sistema di questa legge e dopo aver accennato come in forza di essa molte questioni prima di competenza di collegi speciali decidenti in forma contenziosa venissero abbandonati alla decisione di funzionari e ministri, così commentava: « Ciò era grave di fronte al bisogno di maggiore tutela giuridica, che esige la posizione fatta all'amministrazione nello Stato parlamentare. Ma fu anche più grave il non avere avvertito che non tutti i rapporti sanzionati anche in modo assoluto dal diritto pubblico, i quali quindi comportano ed esigono una giurisdizione, possono questa rinvenire nell'autorità dei tribunali ordinari; ostando la misura delle cose e dell'istituzione giudiziaria alla generale formula usata dalla legge; la quale nella designazione di diritti civili e politici comprende non solo i diritti di ordine meramente privato, e i diritti politici veri e propri riferentesi alla partecipazione diretta ed indiretta al governo della cosa pubblica, ma ogni diritto individuale che abbia il suo titolo nel giure amministrativo » ¹⁾.

§ 4. — La istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato e la sua evoluzione funzionale.

Questo movimento scientifico incominciò a manifestarsi concretamente nel 1869 per mezzo del Baer, il quale prendendo le mosse da un esame delle istituzioni inglesi, quali principalmente risulta-

¹⁾ LEPORINI. *Giustizia nell'Amministrazione e Giurisdizione amministrativa*. Macerata, 1886, p. 22.

la riforma del 1865, completamente sciolta da ogni controllo, interamente sottratta ad ogni difesa giurisdizionale. Di qui un allargamento impressionante della sfera di discrezione, di arbitrio del potere esecutivo, allargamento che assunse il carattere di vero immanente pericolo ed offesa al diritto ed alla libertà quando operandosi, per fatalità storica, la trasformazione del governo costituzionale in governo parlamentare, alla formula in cui da alcuni si volevano sintetizzare le garanzie introdotte dalla legge del 1865 di *giustizia nell'amministrazione* venne a contrapporsi l'altra di *politica nell'amministrazione* ¹⁾.

Ciò doveva necessariamente determinare il sorgere di un vivo movimento dell'opinione pubblica diretto ad una modificazione e ad una integrazione del sistema di difesa introdotto in Italia, movimento a cui indubbiamente contribuì l'estendersi anche nel nostro paese delle dottrine elaborate principalmente in Germania contro il parlamentarismo, e della nuova concezione dello Stato cui era congiunto come corollario l'allargamento della difesa dei diritti e degli interessi legittimi dei cittadini in modo da costituire con essa un limite alla stessa azione sovrana dello Stato.

Si iniziarono in questa maniera da parte degli scrittori nostri dei tentativi per una nuova formulazione del sistema delle garanzie dei diritti dei singoli in confronto dell'amministrazione, senza però che da principio, nella tema di meritarsi la taccia di illiberale, da alcuno si osasse apertamente combattere il principio della giurisdizione unica. Di ciò in particolar modo si compiace uno dei più benemeriti nostri studiosi di diritto amministrativo, l'Orlando, il quale trova in questa verbale, puramente verbale, acquiescenza al concetto dell'unità della giurisdizione, da parte dei precursori e degli ispiratori della riforma dell' '83 un argomento in favore della tesi da lui sostenuta per la quale viene a negarsi, come vedremo, il carattere giurisdizionale alla sez. IV del Consiglio di Stato.

Senza voler entrare ora in una discussione che troverà miglior

¹⁾ Cfr. SALANDRA. *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, p. 452 e segg.

sede nel paragrafo susseguente e senza per conseguenza immorarci a rilevare come in molte delle riforme sostenute dagli scrittori, dal Baer al Cardon, al Demurtas-Zichina, il sistema del contenzioso amministrativo venga inconsciamente a rivivere, occorre ora ricordare come qualche autore le cui idee molto senza dubbio contribuirono al movimento che doveva condurre alla nuova riforma, avesse esplicitamente affermato che al principio della unità della giurisdizione si dovevano ricondurre le imperfezioni e le insufficienze della legge del 1865.

Così per esempio il Leporini, il quale in un notevolissimo discorso, dopo aver esposto il sistema di questa legge e dopo aver accennato come in forza di essa molte questioni prima di competenza di collegi speciali decidenti in forma contenziosa venissero abbandonati alla decisione di funzionari e ministri, così commentava: « Ciò era grave di fronte al bisogno di maggiore tutela giuridica, che esige la posizione fatta all'amministrazione nello Stato parlamentare. Ma fu anche più grave il non avere avvertito che non tutti i rapporti sanzionati anche in modo assoluto dal diritto pubblico, i quali quindi comportano ed esigono una giurisdizione, possono questa rinvenire nell'autorità dei tribunali ordinari; ostando la misura delle cose e dell'istituzione giudiziaria alla generale formula usata dalla legge; la quale nella designazione di diritti civili e politici comprese non solo i diritti di ordine meramente privato, e i diritti politici veri e proprii riferentesi alla partecipazione diretta ed indiretta al governo della cosa pubblica, ma ogni diritto individuale che abbia il suo titolo nel giure amministrativo » ¹⁾.

§ 4. — La istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato e la sua evoluzione funzionale.

Questo movimento scientifico incominciò a manifestarsi concretamente nel 1869 per mezzo del Baer, il quale prendendo le mosse da un esame delle istituzioni inglesi, quali principalmente risulta-

¹⁾ LEPORINI. *Giustizia nell'Amministrazione e Giurisdizione amministrativa*. Macerata, 1886, p. 22.

vano dagli studi, allora recenti dello Gneist, tentò di sostenere la applicazione o per meglio dire il trasferimento di alcune di esse in Italia, e fondandosi sull'analisi dell'istituto dei giudici di pace, perorò la istituzione del Consiglio di prefettura con funzioni aventi in ultima analisi carattere giurisdizionale speciale, e la trasformazione del Consiglio del Stato in una vera e propria alta Corte amministrativa ¹⁾ Agli scritti del Baer che sono a ragione considerati come una delle più importanti fonti dottrinali delle leggi del 1889 e 1890 succedette a una notevole distanza di tempo il celebre discorso di Silvio Spaventa pronunciato a Bergamo il 6 maggio del 1880 ²⁾ nel quale l'illustre statista accogliendo in parte le nuove teoriche tedesche sullo Stato di diritto dava una formulazione positiva al problema delle garantigie giurisdizionali in confronto della pubblica amministrazione che allora cominciava ad imporsi con carattere di necessità all'opinione pubblica d'Italia, giungendo a propugnare, dopo aver messo in rilievo i gravi difetti della legge del 1865, una riforma nelle attribuzioni del Consiglio di Stato e di quelle contenziose delle Deputazioni provinciali, nonchè uno sviluppo delle facoltà di carattere giurisdizionale attribuita a Corpi ed a Commissioni speciali, modificandone specialmente il procedimento.

Seguirono gli scritti del Mantellini ³⁾, del Minghetti ⁴⁾, del Demurtas Zichina ⁵⁾, del Cardon ⁶⁾, del Malgarini ⁷⁾, e i discorsi del De Falco ⁸⁾ e del Leporini, i quali tutti contribuirono contemporaneamente, con indiscutibile efficacia, ad attribuire un carattere d'ur-

¹⁾ Cfr. C. BAER. in *Nuova Antologia*. fasc. di luglio, agosto e novembre 1869, e febbraio 1870.

²⁾ Pubblicato a Roma in quello stesso anno dalla tipografia dell'*Opinione* col titolo « *Giustizia nell'Amministrazione* ».

³⁾ *Lo Stato e il codice civile*, vol. III, Firenze, 1879-82.

⁴⁾ *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna, 1881.

⁵⁾ *La giustizia amministrativa in Italia*, Torino, Un. Tip. Ed. 1883.

⁶⁾ *La giustizia e l'Amministrazione*, Torino, Loescher, 1884.

⁷⁾ *Della libertà civile nelle costituzioni moderne*, *Archivio giuridico*, 1884, vol. XXXIII.

⁸⁾ *Discorso pronunciato dal sen. G. De Falco, procuratore generale presso la Corte di Cass. di Roma nella Assemblea generale del 3 gennaio 1884*. Roma 1884.

genza al problema della giustizia amministrativa ed a renderne necessaria la risoluzione legislativa.

La quale invero era stata tentata non molto tempo dopo la approvazione della legge del 1865 proprio da chi fu di questa, comprendendone la insufficienza e prevedendone gli effetti, uno degli oppositori più accaniti. Già dal 1873 infatti Francesco Crispi presentava alla Camera dei deputati un suo progetto di legge col quale proponeva che l'articolo 3 della legge del 1865 venisse modificato in modo da ammettere contro i decreti delle autorità amministrative, emessi in ordine a quegli affari che loro erano devoluti dalla legge suddetta, un ricorso in via contenziosa al Consiglio di Stato il quale decidesse con l'osservanza di determinate norme procedurali. Caduto questo progetto per chiusura di sessione, venne dallo stesso Crispi ripresentato nel 1875 ma, non essendo stato deferito all'esame di alcuna commissione, non ebbe alcun seguito.

Attraverso un progetto Nicotera del 1877, ripreso nel 1880 dal ministro Depretis e sul quale si ebbe una relazione dell'ufficio centrale del Senato, si arrivò al nuovo progetto Crispi del 22 novembre 1887, col quale si tendeva, secondo l'intenzione dell'autore, « a dare un giudice supremo alle materie contenziose, che, mentre non cadono sotto la competenza dell'autorità giudiziaria, sono però di tale natura da richiedere le forme tutelari di un giudizio amministrativo ». Questo progetto colle modificazioni apportate dalle relazioni e dalle discussioni parlamentari, divenne finalmente legge dello Stato il 31 maggio 1889.

Con questa legge veniva costituita una nuova sezione contenziosa del Consiglio di Stato: la IV, la quale venne intitolata *per la giustizia amministrativa*. Le attribuzioni che questo nuovo organo giurisdizionale, poichè tale, noi, come vedremo, lo consideriamo, venne ad assumere, sono di due ordini: una competenza generale di annullamento o di pura legittimità esercitantesi in caso di incompetenza, di eccesso di potere o di violazione di legge, sugli atti o provvedimenti di una autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali e giuridici; una competenza di merito limitata a de-

terminate controversie specificatamente enumerate. Inoltre con questa legge si stabiliva che il ricorso alla nuova sezione non fosse ammissibile se non esaurito il ricorso gerarchico sino al provvedimento ministeriale e si escludeva la concorrenza del ricorso contenzioso con quello straordinario al re, assicurando nel medesimo tempo con un sistema di norme procedurali, le garanzie più importanti del procedimento contenzioso ordinario.

Codesta riforma veniva completata l'anno susseguente con la legge sull'ordinamento della giustizia amministrativa (1 maggio 1890, n. 6837) colla quale venivano create le Giunte provinciali amministrative che succedendo alle Deputazioni provinciali nell'esercizio della tutela economica sui Comuni e sulle Opere pie, assumevano anche delle funzioni giurisdizionali in ordine a materie tassativamente indicate nella legge. Questa nuova competenza si dichiarava di prima istanza e si ammetteva un secondo grado mediante un ricorso al Consiglio di Stato o alla Corte dei Conti quando si trattasse di materie contabili.

In questo modo, malgrado i propositi espressi dai proponenti più però per opportunità che per convinzione, di non voler con questa legge distruggere l'opera del legislatore del 1865, nè infrangere il principio dell'unità della giurisdizione, nonostante la affermazione più volte ripetuta alla Camera ed al Senato che la nuova sezione del contenzioso amministrativo non dovesse considerarsi che un organo interno dell'amministrazione aggiunto al suo ordinamento per dare maggiori garanzie che l'amministrazione rispetterà la giustizia nelle cose di sua competenza; il vecchio contenzioso che la legge del 1865 aveva tentato di abolire risorgeva con nuove forme e con un più perfetto ordinamento. Nè si può dire che ciò sia avvenuto incosciamente poichè già nella discussione avvenuta alla Camera dei deputati, l'on. Tondi, relatore della Commissione, nella tornata del 7 febbraio 1889 affermava che lo scopo del disegno di legge era di *dare un giudice ad interessi che fino ad ora non l'avevano, non un semplice amministratore* e gli on. Fagioli e Nocito espressamente osservavano, nella medesima tornata, che con la nuova sezione si istituiva *una vera e propria giurisdizione*.

Per lungo tempo però nella pratica e nella dottrina, sottostando al vecchio pregiudizio che la riforma del 1865 costituisse veramente una riforma liberale e che la abolizione del contenzioso amministrativo e la applicazione del principio della giurisdizione unica rappresentasse la forma ed il sistema più perfetto di protezione dei diritti dei cittadini in confronto dello Stato, e non volendo per conseguenza con il riconoscimento del carattere giurisdizionale alla IV sezione attribuire un'apparente qualifica di regresso al movimento legislativo, si continuò a considerare il sindacato esercitato sugli atti amministrativi dal nuovo organo, come un controllo puramente interno di amministrazione. Questa opinione che nel campo scientifico ebbe il suo più autorevole campione in V. E. Orlando e che nel seno medesimo del Consiglio di Stato trovò spesso notevole seguito, venne ad esplicarsi in un progetto di legge col quale si teneva soprattutto di esplicitamente dichiarare e caratterizzare la vera natura della nuova istituzione, incerta o per meglio dire dissimulata, nella legge del 1889.

Così nel disegno di legge per *modificazioni alla legge organica del Consiglio di Stato*, presentato dal ministro Di Rudinì al Senato il 4 maggio 1897, si tendeva di definire il giudizio della quarta sezione come l'*ultima parola dell'amministrazione detta in forma di decisione*, sebbene però contemporaneamente si affermasse che il nuovo sistema del contenzioso amministrativo debba considerarsi come un sistema di coordinamento di giurisdizioni diverse, aventi entrambe per oggetto gli atti amministrativi. Questo progetto sul quale l'Ufficio centrale del Senato presentò una elaborata relazione non ebbe seguito e perciò la questione rimase ancora dibattuta non riuscendo neppure a proporre la formula risolutiva una commissione speciale nominata con decreto ministeriale il 31 gennaio 1902 e della quale faceva parte fra altri illustri giuristi anche l'on. Orlando.

I gravi inconvenienti che da questa incertezza derivavano anche nella pratica, richiedevano però che prontamente e senza equivoci si provvedesse: e fu per merito dell'on. Giolitti che, attraverso ad un primo progetto, impari allo scopo, presentato al Senato il 19 dicembre 1904, che si potè giungere alla legge del 7 marzo 1907, n. 62, mo-

dificatrice delle leggi sul Consiglio di Stato e sulla giustizia amministrativa, con la quale finalmente senza reticenze e senza sottintesi, deludendo le aspettative dei panegeristi della giurisdizione unica, si affermava il carattere giurisdizionale delle attribuzioni contenziose del Consiglio di Stato e limitando la competenza della sezione IV al sindacato di pura legittimità, si istituiva una nuova sezione, la V, a cui veniva attribuita una competenza di merito, quella stessa attribuita alla IV sezione dall'art. 25 della legge del 1889 e dell'art. 21 della legge del 1890.

§ 5. — **Natura delle attribuzioni della IV e V Sezione del Consiglio di Stato.**

Su quella che ora è la competenza della IV Sezione cioè la competenza di legittimità e sul carattere della funzione che nei limiti di essa veniva ad esercitare il Consiglio di Stato si ebbe una lunga e dotta disputa iniziata, si può dire, subito dopo la promulgazione della legge del 1889. La poca precisione di linguaggio adoperata dal legislatore e la incertezza di propositi risultante dagli atti preparatorii, fecero sì che nella dottrina ed anche, se pur limitatamente, nella pratica sorgessero dei dubbi sulla natura di quella funzione e che da molti ne venisse disconosciuto il carattere giurisdizionale.

Fra questi ultimi, il più autorevole indubbiamente, è, come già abbiamo ricordato, l'Orlando. Sebbene ora la questione abbia perduto ogni importanza, pure sarà opportuno accennare brevemente ai più importanti fra i molti argomenti con cui questa tesi veniva sostenuta.

L'Orlando fonda la sua dimostrazione su tre punti principalmente. Anzitutto egli osserva che il criterio veramente caratteristico e distintivo della funzione giurisdizionale è dato dalla materia sottoposta ad una determinata competenza giudicante, cioè dallo scopo della giurisdizione il quale deve consistere nella dichiarazione del *diritto* controverso fra due subietti. Orbene, siccome la materia su cui si svolge il sindacato di legittimità della IV Sezione, pur rasentando

quella dei diritti subiettivi e costituendo una zona intermedia fra questi ed i puri interessi, non solo non è costituita da diritti, ma si può dire qualificata in parte per ciò stesso che di diritti non si tratti, così questo sindacato non potrà assumere carattere giurisdizionale. In secondo luogo anche ammesso che esso si eserciti su diritti, perchè su questi giudica anche il magistrato ordinario e la legge non stabilisce alcun sistema per togliere questo ipotetico dualismo di giurisdizioni concorrenti e perchè non è possibile che due giurisdizioni non subordinate nè coordinate sussistano in ordine ad una stessa materia, ciò importerà il disconoscimento di codesta qualità nelle attribuzioni della IV Sezione. In terzo luogo se la decisione in via giurisdizionale chiude definitivamente la controversia fra le parti contendenti e se per la gravità di codesto principio la portata di questa decisione resta limitata al *caso particolare*, non potrà ammettersi il carattere giurisdizionale in quel potere che ha facoltà di emanare ordini generali (se non nel senso positivo) in quello negativo, nel senso cioè di annullare norme e provvedimenti di carattere generale. Perciò, concludeva l'Orlando, la IV sezione del Consiglio di Stato dovrà considerarsi anzichè come vera e propria giurisdizione, come l'organo più alto con cui la amministrazione persegue lo scopo, ad essa proprio, di assicurare la conformità dei provvedimenti suoi alla giustizia ed alla legge ¹⁾.

Senza voler ora rifare una discussione che di per sè stessa richiederebbe una intera monografia, tanto più che essa sarebbe in ultima analisi diretta ad aprire una porta già spalancata, in quanto che dopo i nuovi provvedimenti legislativi non vi è nessuno che dubiti della natura delle nuove funzioni del Consiglio di Stato, noi ci accontenteremo di osservare come, tenendo presente i principi fondamentali da noi posti nella sezione I del cap. precedente, neppure prima della legge del 1907 si avrebbe dovuto disconoscere il carattere giurisdizionale alla IV Sezione. Se non si può discordare dall'Orlando nel ritenere che la materia su di cui la funzione giu-

¹⁾ V. ORLANDO. *La Giustizia amministrativa*. In vol. III del *Tratt. di dir. amm.* cap. II, p. 758 e segg.

risdizionale si svolge fornisca i criteri veramente caratteristici della funzione stessa, non si può d'altra parte limitarsi nell'indagine diretta all'accertamento dell'esistenza di un diritto ad elementi puramente esteriori ed a qualifiche verbali.

È vero che la legge del 1865 estese la competenza dell'autorità giudiziaria, con qualche eccezione però, a tutti i diritti; ma sanzionando questa estensione il legislatore dovette limitarsi ai soli diritti esistenti al momento in cui emanava la legge. Accordando egli nel 1889 una nuova difesa ad interessi che prima erano rimessi alle facoltà riparatrici dell'amministrazione e ordinando questa difesa in modo che essa potesse ottenersi mediante la dichiarazione o la applicazione della norma giuridica obiettiva, dei nuovi diritti, che non avevano nulla a che fare con quelli riguardo ai quali aveva provveduto la legge del 1865, vennero a sorgere, nè poté bastare a far cambiar loro natura la denominazione di interessi usata dal legislatore nostro. Nè in questo modo si viene come crede l'Orlando ad ammettere la coesistenza di due giurisdizioni in ordine ad una stessa materia, poichè diversi sono i sindacati che dalla IV Sezione e dall'autorità giudiziaria vengono posti in essere, di guisa che il rapporto che fra loro viene ad intercedere non si ridurrà ad un rapporto di concorrenza, ma bensì ad un rapporto di coordinazione o di alterazione.

È appunto per questo che lo studio dell'istituto della forza di cosa giudicata nel campo del diritto amministrativo, ha assunto presso di noi una importanza veramente rilevante.

Quanto alla terza osservazione mossa dall'Orlando, ribatteremo che se è vero che la funzione giurisdizionale ordinariamente non poteva estendere il suo esercizio sino all'annullamento di una norma o di un provvedimento generale, ciò avveniva perchè prima della erezione in diritti di questi interessi in ordine ai quali ora esplica la sua attività la IV sezione, la funzione giurisdizionale si arrestava di fronte alla amministrazione, la quale, per una malintesa applicazione della teorica della divisione dei poteri, veniva posta al di fuori di ogni giuridica guarentigia. Estendendosi in forza delle recenti conquiste veramente liberali la protezione giurisdizionale anche nel campo del

diritto pubblico e anche in confronto di quelle attività amministrative prima sottratte ad ogni controllo da parte dell'autorità giudiziaria è naturale che la nuova funzione esplicandosi su atti amministrativi che per l'ampio loro riferimento possono assumere il carattere di norme o provvedimenti generali, dovesse anche avere la facoltà di annullarli quando, come ogni atto individuale sottoposto all'autorità giudiziaria, essi avessero violata la norma giuridica obiettiva.

Il Mortara il quale trattò questa questione con molto acume sostenendo in conclusione la stessa nostra tesi, propostasi la domanda quale dei due sistemi, quello della pluralità delle giurisdizioni e quello della giurisdizione unica, sia il migliore, crede che risalendo ai principi ed applicando al nostro tema le norme generali della evoluzione organica e superorganica l'attuale frazionamento della giurisdizione civile fra più organi, debba considerarsi come fase transitoria del passaggio dall'omogeneo primitivo allo stato di eterogeneità finale che segna il punto culminante di ogni evoluzione ¹⁾.

Come si ricorderà, nel capitolo precedente noi abbiamo sostenuto un'opinione diversa, anzi, diremo meglio, opposta. Noi crediamo cioè che, pur dovendosi conservare la unità funzionale della giurisdizione, assicurandola con un sistema di coordinazioni le quali tendano a renderne sempre più alto il prestigio e più grande la autorità; i modi, le forme, gli organi con cui essa viene ad esercitarsi abbiano a variare col variare della norma giuridica obiettiva della cui interpretazione od applicazione si tratta, col variare per conseguenza del rapporto giuridico in ordine al quale la controversia sorga. Per questa ragione, alla stessa guisa che noi abbiamo definito falso liberalismo quello a cui si ispirò la riforma del 1865, consideriamo vero progresso quello compiutosi nel 1889, progresso dovuto più al premere di necessità pratiche urgenti che ad una chiara visione del problema, ma pur sempre reale, effettivo.

Riguardo alla natura della funzione ora attribuita alla V Sezione e rientrante secondo la legge del 1889 nella competenza di merito della IV, le opinioni meno discordarono, riconoscendosi quasi paci-

¹⁾ V. MORTARA, *Commentario*, I, 62.

ficamente ad essa il carattere giurisdizionale. A questo proposito osserveremo soltanto che essa si esercita non come competenza generale, ma relativamente a quelle materie soltanto ed in quei casi che la legge espressamente determina.

Sulla distinzione fra sindacato di legittimità e sindacato di merito e sui limiti delle diverse corrispondenti competenze, discorreremo particolarmente nei capitoli seguenti allorchè verremo a ricordare quali siano le norme che devono regolare l'istituto della cosa giudicata in ordine a queste due diverse giurisdizioni amministrative.

CAPITOLO III.

L'istituto della cosa giudicata nel sistema dei rapporti delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato fra di loro e in confronto delle altre giurisdizioni

§ 1. — **La teoria della divisione dei poteri nella determinazione delle relazioni fra le Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e la giurisdizione ordinaria.**

In Italia come in Francia, come del resto in quasi tutti gli Stati dell'Europa, la teoria della divisione dei poteri, nella quale, quasi nella sua più autorevole e completa espressione, venne a concretarsi il nuovo liberalismo della fine del sec. XVIII, servì di punto di partenza ad ogni sistema diretto ad assicurare una qualsiasi garanzia al singolo in confronto dell'attività pubblica. Si può dire che nessun altro insegnamento abbia esercitato una più grande ed estesa influenza e che nessun altro abbia avuto una così infinita varietà di applicazioni disparatissime.

È questa ragione appunto che giustifica le differenze alle volte notevolissime che si riscontrano fra i diversi sistemi tutti aventi a base questo stesso principio.

Se esso invero è inteso da un punto di vista funzionale e viene diretto a ricondurre ad un'unica nozione tutte le attività che concorrono ad un determinato scopo, la sua applicazione importerà ad estendere la competenza della giurisdizione ordinaria a tutti quei

casi in cui di una difesa giurisdizionale si tratti, senza distinguere e valutare le norme giuridiche obiettive nella cui interpretazione o nella cui applicazione quella difesa si debba estrinsecare, senza perciò tener conto alcuno della natura del diritto subiettivo che attraverso di esse viene fatto valere e dei caratteri del rapporto giuridico a cui dà luogo. Su questa concezione si fonda la teoria della giurisdizione unica che portata alle sue ultime conseguenze condurrebbe alla abolizione di ogni tribunale speciale e darebbe luogo a quel generale allivellamento di rapporti e condizioni giuridiche che il Mortara, come abbiamo visto, si compiace considerare come la meta ultima dell'evoluzione della istituzione sorta nello Stato moderno a difesa del diritto individuale e che noi concepiamo come un assurdo non solo pratico ma anche teorico in quanto che si fonda sulla presunzione che l'interesse pubblico venga a coincidere con quello privato e che per ciò la base fondamentale dello Stato venga non sovvertita ma distrutta.

Fu appunto la visione, sia pure confusa, delle insormontabili difficoltà cui questo sistema avrebbe dato luogo, che trattenne i fautori anche più convinti ed esagerati del principio della giurisdizione unica dal sostenerne nella pratica la applicazione completa. Così, come vedemmo e meglio vedremo in seguito, nelle legislazioni belga ed italiana il concetto unitario di difesa giurisdizionale cui esse si ispirarono dovette tollerare contemporaneamente alla sua enunciazione eccezioni di non lieve importanza.

La teoria però della divisione dei poteri può assumere a fondamento il criterio della competenza ed avere per iscopo la assicurazione di una assoluta indipendenza alle diverse autorità od organi dello Stato in ordine alla materia che forma oggetto della loro attività; per modo che, assumendo a principio la restrizione, storicamente verificatasi, del concetto di attività giurisdizionale a quello di attività giudiziaria e concentrando quest'ultima nella giurisdizione ordinaria o di diritto comune, si arrivi a negare al giudice ogni competenza nel campo proprio all'amministrazione, a quest'ultima attribuendo, entro la sfera della sua attività, anche l'ufficio di difesa dei diritti dei cittadini. È questo il concetto che guidò il legislatore francese

alla riforma del 1790 e che gli suggerì la famosa disposizione con la quale vietava ai giudici, *à peine de forfaiture*, di turbare in qualsiasi modo la azione amministrativa e di citare davanti di essi le amministrazioni a causa delle loro funzioni.

Anche codesta teoria della separazione assoluta fra attività giudiziaria ed attività amministrativa, non potè in pratica trovare una applicazione assoluta poichè mentre da un lato essa avrebbe reso inconcepibile la funzione giurisdizionale nel campo del diritto pubblico e per conseguenza limitata la difesa degli interessi dei cittadini in confronto dello Stato, dall'altro avrebbe importato una disuguaglianza di protezione fra gli stessi diritti privati, togliendo ad essi la possibilità del perseguimento loro accordato dalla legge quando alla loro costituzione avesse in qualunque modo concorso la attività amministrativa. E così noi vediamo che in Francia stessa il rimedio accordato contro gli atti della pubblica amministrazione che, secondo i rigorosi criteri del periodo rivoluzionario avrebbe dovuto assumere il carattere di un controllo interno ed esercitarsi per mezzo di provvedimenti puramente amministrativi, viene a poco a poco a trasformarsi in rimedio giurisdizionale posto in essere per mezzo di organi, se pur formalmente appartenenti all'autorità amministrativa, costituiti, per opera di una lenta e quasi inavvertita ma incessante evoluzione, in modo autonomo ed indipendente dalla amministrazione attiva.

Contemporaneamente, avvertendo la impossibilità di distinguere e contrapporre in modo assoluto le diverse forme con cui in ordine ai molteplici rapporti giuridici la funzione giurisdizionale avrebbe potuto venir esercitata e rendendosi conto delle gravi difficoltà che inesorabilmente nella pratica sarebbero derivate dai conflitti inevitabili fra l'attività degli organi così contrapposti, si venne ad estendere anche in ordine ad una determinata categoria di atti amministrativi la competenza giudiziaria. Ed a questo scopo, senza infrangere i principii fissati nelle leggi del 1790 e 1791 che erano considerati come la conquista più liberale ottenuta nel campo del diritto, si cominciò a restringere la nozione di atto amministrativo alla sua nozione tecnica-giuridica stabilendo ad esso questi due

estremi: che risultasse dall'attività di un funzionario amministrativo, e che fosse diretto ad uno scopo della pubblica amministrazione. Anche questo concetto però sembrò troppo indeterminato ed insufficiente ad eliminare le difficoltà a cui accennavamo; e fu allora che si fece strada l'altro criterio desunto dalla natura dell'atto, distinguendo quella propriamente amministrativa intimamente commessa all'esercizio di ogni pubblica autorità, da quella comune in confronto della quale quest'esercizio non poteva arrecare la minima influenza, malgrado che l'atto continuasse ad essere diretto, sia pure in forma mediata, ad uno scopo pubblico e rinvenisse la sua fonte nell'attività di un funzionario dell'ordine amministrativo.

La chiara coscienza delle necessità e l'esatto apprezzamento dei rimedi permise adunque ad una giurisprudenza che non a torto fu chiamata pretoria di correggere la imperfezione del sistema attuato dal legislatore ed ordinare una difesa dei diritti dei cittadini in confronto dell'amministrazione che se sorpassava dalle intenzioni di questo, corrispondeva pienamente alle necessità della pratica.

In Italia il procedimento fu inverso e si operò più che per merito di un lavoro intelligente e cosciente della giurisprudenza, per forza della pressione esercitata sulla pubblica coscienza da bisogni molteplici ed indistinti, concordanti tutti però nel dimostrare la insufficienza dei rimedi adottati. Il principio della divisione dei poteri informò anch'esso il sistema del nostro legislatore, ma fu applicato anzichè come distinzione e contrapposizione di competenze come separazione di funzioni, riuscendo, come abbiamo visto, alla teorica della giurisdizione unica. La quale però non venne nell'attuazione portata alle sue ultime conseguenze, ma circoscritta e limitata da eccezioni notevoli.

Anzitutto in Italia come in Belgio non tutte le preesistenti giurisdizioni amministrative, sorte per influenza degli istituti francesi, vennero abolite, ma di esse venne conservato un certo numero costituente una eccezione importante. In secondo luogo la preoccupazione di violare la indipendenza e la autonomia delle autorità dello Stato, di quella giudiziaria e di quella amministrativa in specie, indipendenza ed autonomia che per tanto tempo erano state enfati-

camente sostenute come condizione fondamentale per il mantenimento delle libertà politiche e civili e che si desumevano come conseguenza appunto da quella stessa teorica alla quale la riforma si voleva ispirata, cotesta preoccupazione, dicevamo, fece sì che la attività giurisdizionale del potere giudiziario ordinario, avesse ad estendersi anche in confronto degli atti amministrativi, ma nel medesimo tempo venisse in ordine ad essi ridotta ad un sindacato sornito di ogni potere di annullamento e tanto meno di riforma.

È questa in vero la genesi logica, confermata ampiamente dai precedenti parlamentari, della disposizione contenuta nell'art. 4 della legge 20 marzo 1865, all. E, per la quale, cadendo la contestazione sopra un diritto che si pretendesse leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali dovranno limitarsi a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio, riservando alle competenti autorità amministrative la revoca o la modifica di esso.

Come con questa riforma si eludessero le legittime aspettative di coloro che si ripromettevano la istituzione di efficaci guarentigie le quali contenessero entro rigorosi limiti giuridici la esplicazione di ogni attività amministrativa, vedemmo fuggevolmente nel capitolo precedente. La legge del 1889, completata con quella del 1890, tentò di soddisfare ai bisogni cui quelle aspettative corrispondevano, ma per la timidezza e per la incertezza di gran parte di coloro che ad essa concorsero, difficilmente essa avrebbe potuto raggiungere il suo scopo se sulla sua applicazione non avesse influito, se pur non sempre concorde, la dottrina ed in parte la giurisprudenza, giungendo come in Francia, certo con molto minore autorità, ad uno scopo che non completamente corrispondeva a quello dal legislatore proposti. Così la IV Sezione del Consiglio di Stato, il cui ufficio per qualche tempo venne considerato, con l'appoggio anche di una dottrina esigua per numero ma notevolissima per autorità, come un ufficio puramente amministrativo diretto ad attuare un interesse puramente interno e di ordine pubblico, l'interesse cioè che gli atti dell'autorità siano legali, giusti, convenienti, poté a poco a poco assumere il carattere di vera e propria giurisdizione

ed assicurare anche in Italia al diritto del singolo una efficace tutela in confronto della amministrazione.

§ 2. — **La funzione di cosa giudicata nel sistema dei rapporti intercedenti fra la IV sezione del Consiglio di Stato e l'autorità giudiziaria.**

Occorrerà ora indagare quali siano i rapporti intercedenti fra questo nuovo organo giurisdizionale e l'autorità ordinaria giudiziaria.

Per procedere con ordine sarà opportuno incominciare dall'esame della competenza della IV sezione, quale venne ordinata dalla recente legge del 1907. La genesi storica della legge del 1865 e la connessione in cui essa si trova con quella del 1889 che ne volle quasi rappresentare la integrazione, importa, che nello studio delle relazioni intercedenti fra gli organi giurisdizionali per queste leggi istituiti in confronto della pubblica amministrazione, si debba risalire alla teorica della divisione dei poteri che, come abbiamo visto, fornisce i criteri fondamentali cui si sono ispirate quelle riforme legislative. Le disposizioni del resto degli art. 1-4 della legge 20 marzo 1865 che abbiamo poco fa citata e dell'art. 22 del testo unico 17 agosto 1907 corrispondente all'art. 24 del testo unico 2 giugno 1889 per il quale viene definita la competenza generale di legittimità della quarta sezione del Consiglio di Stato, chiaramente si riportano al principio assoluto della separazione, i primi stabilendo che tutte le cause per contravvenzione e tutte le materie in cui si faccia questione di un diritto civile e politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, vengano devolute alla giurisdizione ordinaria, limitandone però il sindacato agli effetti dell'atto, e devolvendo alle autorità amministrative tutti gli affari non rientranti nella nozione di diritto civile o politico; il secondo attribuendo alla IV sezione del Consiglio di Stato la decisione dei ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere e per violazione di legge, quando essi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, nè si tratti di materie spettanti alla giurisdizione ed alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali.

Non vi può essere dubbio adunque che, secondo la intenzione del legislatore, dove si esercita la competenza giudiziaria, sia esclusa la competenza della giurisdizione amministrativa e viceversa. Come principio generale, come regola normale, noi possiamo per ciò affermare che i rapporti intercedenti, secondo il sistema attuato dal nostro legislatore, fra la giurisdizione ordinaria e quella di legittimità esercitata dalla IV sezione del Consiglio di Stato, siano di assoluta separazione ¹⁾.

Fu da questo principio anzi, subito acutamente rilevato dall'Orlando ²⁾, che prese le mosse la dimostrazione da questo scrittore tentata del carattere non giurisdizionale della competenza di annullamento della IV sezione. Dal momento che, osservò l'Orlando, sotto lo impero della legge del 1865 e prima di quella del 1889 nessuno mai sognò che l'autorità giudiziaria non fosse competente a dichiarare la lesione di un diritto da parte di un atto amministrativo; dal momento che, anzi, ad essa autorità venne riconosciuta la competenza esclusiva di attuare la difesa giurisdizionale in confronto della pubblica amministrazione tutte le volte che si fosse trattato

¹⁾ Tralasciamo di parlare, perchè ci condurrebbe fuori del tema proposto, del rapporto di subordinazione nel quale in forza della nostra legge del 31 marzo 1877 sui conflitti trovansi le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria. L'istituto dei conflitti, pur costituendone una eccezione, appare come una conseguenza logica e necessaria del principio della separazione in quanto che rappresenta l'unico mezzo per garantirne la applicazione. Trattasi, come osservava acutamente il ROMANO (*Le giurisdizioni speciali amministrative* in vol. III del *Trattato* dell'Orlando), di una eccezione che non distrugge, ma conferma, per la sua stessa natura, la regola; di una eccezione in altre parole che è necessaria per conservare la regola stessa cui nel medesimo tempo deroga. Cfr. su questo argomento. ROMANO. *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in vol. III del *Trattato* dell'Orlando; CAMMEO. *Commentario*, cap. X, pag. 347 e segg.; MORTARA. *Commentario*, I, pag. 328, 423; SALANDRA. *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, p. 408, 452 e 666-747; MARONE. *Della recente riforma sul Consiglio di Stato* in *Riv. crit. di diritto e giurisprudenza*, 1907, p. 65 e segg.; CACCAVALE. *Le questioni di competenza nelle nuove leggi sulla giustizia amministrativa*. in *Riv. crit. di dir. e giur.* 1908, n. 9-12 ecc.

²⁾ *Giustizia amministrativa*, parte II, cap. I, § 3 e cap. II, § 1.

di una questione di diritto, e siccome la legge del 1889 non solo non venne a modificare questa competenza ma espressamente la conservò, così (non potendo classificarsi controversie di diritto quelle in ordine alle quali si esercita il nuovo sindacato della IV sezione, poichè ove questo carattere esse avessero assunto ne sarebbe derivata una diminuzione della competenza dell'autorità ordinaria cui la conoscenza di queste controversie per la legge del 1865, confermata da quella del 1889, è esclusivamente attribuita) la materia sulla quale si svolge il sindacato della IV sezione dovrà ritenersi costituita da semplici interessi che si potranno qualificare come legittimi per distinguerli dagli interessi puri, ma che non saranno sufficienti a costituire un oggetto idoneo di giurisdizione il cui scopo è quello di dichiarare il diritto controverso fra due subietti. Se anche poi non si volesse attribuire valore a questi argomenti desunti dall'interpretazione, vi sarebbe un motivo teorico che vieterebbe il riconoscimento del carattere di diritti agli interessi che formano oggetto della competenza della IV sezione: ferma restando infatti la competenza generale dell'autorità giudiziaria fissata per la legge del 1865, codesto riconoscimento importerebbe la istituzione di due giurisdizioni concorrenti in nessun modo coordinate, fonti per conseguenza di infiniti insolubili conflitti, perchè in tanto si potrebbero risolvere in quanto si negasse ad una di esse il carattere giurisdizionale.

La teorica dell'Orlando esatta nella determinazione del carattere di separazione assoluta proprio al rapporto intercedente fra la giurisdizione ordinaria e la IV sezione del Consiglio di Stato in sede di legittimità, esatta nel negare la possibilità di una coesistenza di due giurisdizioni concorrenti, ci sembra manchi di ogni giustificazione là dove concepisce la competenza giudiziaria come una competenza allargantesi ad ogni e qualsiasi questione di diritto.

La legge del 1865 non creò nuovi diritti subiettivi; essa si limitò a modificare il sistema con cui i diritti esistenti venivano fatti valere. Codesti diritti erano o diritti privati o diritti politici. Diritti pubblici subiettivi che non fossero politici non erano in alcun modo riconosciuti al cittadino i cui rapporti con la pubblica amministra-

zione erano completamente rimessi alla discrezione delle autorità attraverso le quali la attività di quella veniva ad esercitarsi, trovanti soltanto una forma di protezione in una difesa contenziosa istituita entro la stessa amministrazione, diretta a riparare con carattere di funzione interna obiettiva i torti arrecati dall'azione amministrativa non in quanto essi costituissero una violazione di interessi singoli, ma in quanto rappresentassero una offesa all'interesse generale.

Omettendo di parlare dei diritti politici, costituenti una specialissima categoria la cui particolare considerazione non presenta interesse nè ha importanza agli effetti del nostro studio ed in confronto della teoria dei rapporti fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione di legittimità della IV sezione, i diritti che formarono oggetto della riforma del 1865 trovavano per la massima parte il loro fondamento in norme giuridiche di carattere privato la cui applicazione e la cui interpretazione dalle legislazioni precedenti, in omaggio alla teorica francese della divisione dei poteri, era stata affidata, in quanto nel rapporto giuridico da esse regolato figurasse come parte la pubblica amministrazione, a giurisdizioni speciali e sottratta alla autorità ordinaria. Parve allora conforme ai nuovi principi di libertà e di eguaglianza che una medesima norma dovesse in ogni caso avere una stessa applicazione e che costituisse un perfezionamento delle garantigie proprie ai diritti dei cittadini, l'affidarne la conoscenza anche quando essi si fossero risolti in un rapporto fra privato ed amministrazione a quella stessa autorità che ordinariamente ne conosceva quando il rapporto a cui potevano dar luogo fosse interceduto fra privati.

In questo modo per la legge del 1865 la competenza prima appartenente alle giurisdizioni speciali amministrative, venne deferita alla autorità giudiziaria; siccome però i diritti cui quella competenza si riferiva erano diritti privati o civili, come il legislatore li definisce, ne venne di conseguenza che ad essi esclusivamente, in quanto che anche erano i soli che il cittadino potesse vantare in confronto dell'amministrazione, dovesse limitarsi la difesa giurisdizionale ordinaria. Non contenendo questa legge nessuna norma la quale fosse diretta a regolare tutti gli altri infiniti rapporti, non aventi carat-

tere privato o civilistico, che possono intercedere fra cittadino ed amministrazione e mancando per conseguenza la condizione fondamentale perchè potessero sorgere dei diritti subiettivi pubblici, l'unica tutela che in questo campo al privato fosse concessa dovette restringersi ai rimedi interni amministrativi i quali soltanto avrebbero potuto salvaguardare i suoi interessi quando risultassero coincidenti con l'interesse generale.

Con la legge del 1889, in seguito alla constatazione della inefficacia di questi rimedi e della conseguente necessità di regolare con norme giuridiche i rapporti fra il singolo e lo Stato nella esplicazione della sua attività amministrativa e di dare una sanzione all'obbligo da queste norme derivante all'amministrazione stessa, di rispettare quei rapporti in questo modo regolati, vennero a riconoscersi ai cittadini dei nuovi diritti in confronto dello Stato; diritti non di carattere civile, ma pubblico, la cui difesa in forma giurisdizionale venne affidata alla IV sezione del Consiglio di Stato ¹⁾.

La competenza di questa adunque dovette sorgere completamente distinta dalla competenza ordinaria, ma non per questo si sarà autorizzati ad affermare che la materia su cui essa si svolge sia costituita da interessi e non da diritti. Trattasi invero di una materia in confronto della quale nessun valore possono avere le disposizioni della legge del 1865 affermantì la competenza dell'autorità giudiziaria in confronto degli atti amministrativi: in primo luogo per

¹⁾ Questo carattere della riforma dell '89 che nella dottrina, non senza vive opposizioni, era stato sostenuto, per primo, dal Mortara specialmente nel vol. I del suo *Commentario*, ebbe, anteriormente alle modificazioni del 1907, anche il suo riconoscimento dalla giurisprudenza. Degna di essere ricordata è a questo riguardo fra le altre la sentenza del 14 nov. 1904 della Corte Suprema di Roma nella quale si afferma che la IV sezione del Consiglio di Stato nella sua funzione contemplata nell'art. 24 della legge 2 giugno 1889 esercita ufficio giurisdizionale a tutela del diritto alla legittimità degli atti amministrativi, che può essere fatto valere da chiunque vi abbia interesse (v. *Giur. it.*, 1905, 1, 5 [n]). Cfr. CHIOVENDA. *Principii di diritto processuale civile*, p. 217. GALANTE. *Diritto processuale civile*. Napoli, Alvano 1909, p. 496.

Sulle orme dell'ORLANDO tentò il ROCCO (*Sentenza civile*, pagg. 50-60) di dimostrare il carattere amministrativo delle funzioni contenziose della

chè questa competenza era da quella legge espressamente limitata; in secondo luogo perchè il legislatore del 1865 non poteva ordinare una difesa giurisdizionale di interessi non ancora eretti a diritti.

Da quanto abbiamo detto risulta che il riconoscere il carattere giurisdizionale alla competenza della IV sezione del Consiglio di Stato non importa l'ammettere la esistenza di due giurisdizioni concorrenti, perchè, pur essendo costituita da diritti la materia che forma oggetto dell'attività giurisdizionale dei due organi, il rapporto che fra esse intercede è di assoluta separazione. In altre parole mentre la autorità giudiziaria dirigerà la propria indagine all'accertamento di un diritto civile vero e proprio, di uno di quei diritti cioè che anteriormente alla legge del 1865 il legislatore aveva riconosciuto al cittadino in confronto della pubblica amministrazione, ed esaurirà il proprio compito determinando la natura del rapporto giuridico in controversia, astenendosi dal pronunciare quando in esso non riscontri il carattere di rapporto di diritto civile, pronunciando invece, entro i limiti dalla legge fissati, quando questo carattere venga riconosciuto in modo da ottenere la interpretazione o la applicazione delle norme giuridiche che quel diritto assicurano al cittadino, la IV sezione del Consiglio di Stato tenderà ad affermare tanto a vantaggio della amministrazione quanto a vantaggio del singolo quei nuovi diritti che per il loro contenuto e per la loro finalità non si possono ricondurre al concetto di diritto civile e che abbandonati dalla legge del 1865, sia pure entro l'osservanza di determinate forme, incapaci però di costituire una garanzia efficace alla discrezione del-

IV Sezione del Consiglio di Stato in sede di legittimità, fondando la sua dimostrazione principalmente su di un concetto di giurisdizione il quale, escludendo che questa potesse essere diretta in linea immediata alla protezione del diritto obiettivo, toglieva al riconoscimento di un diritto di legittimità nel cittadino la capacità ad attribuire carattere giurisdizionale alla funzione per mezzo della quale quel riconoscimento stesso veniva ad attuarsi. Per le ragioni che esporremo in seguito specialmente nel cap. IV, noi riteniamo assolutamente errata codesta teorica e inapplicabile nel campo del diritto pubblico quel concetto di giurisdizione con carattere prevalentemente subiettivo proprio del diritto privato. V. anche a questo riguardo. MARONE. *La decisione della IV Sezione rispetto all'autorità giudiziaria*, in *Giur. it.* 1900, IV, 214 e segg.

l'autorità amministrativa, furono dalla legge del 1889 muniti di una difesa giurisdizionale.

Affermando il carattere giurisdizionale della attività posta in essere dalla IV sezione dovrà necessariamente riconoscersi alle decisioni in cui questa viene a concretarsi la possibilità di acquistare valore e forza di giudicato ¹⁾. Se noi invero pensiamo alla giustificazione dell'istituto della cosa giudicata quale abbiamo particolarmente ricercato nel capitolo primo di questo studio ed al rapporto in cui esso si trova con l'esercizio di una qualsiasi giurisdizione troveremo che esso dovrà avere applicazione anche nel caso nostro per il semplice fatto che anche qui trattasi di attività giurisdizionale.

Ricercheremo in seguito quale estensione abbia nel campo amministrativo codesta efficacia e quali siano i modi con cui essa si possa far valere e le condizioni il cui verificarsi ne legittimi la applicazione; ora dovremo accontentarci di ricercare quale funzione codesto istituto eserciti nei rapporti fra la giurisdizione amministrativa (della IV sezione) e la giurisdizione ordinaria (dell'autorità giudiziaria). Poichè come abbiamo cercato di dimostrare assolutamente separate sono codeste due giurisdizioni, il giudicato dell'una non potrà, in linea normale, esercitare alcuna influenza rispetto all'esercizio dell'altra. Potrà sempre darsi, cioè, che la autorità giudiziaria dichiar; non lesivo di diritto quello stesso atto amministrativo che la IV se-

¹⁾ Non seguiremo su questo punto coloro che negando alla IV sezione il carattere giurisdizionale escludono che le sue decisioni possano ottenere forza di cosa giudicata. Fra costoro il più acuto è certamente l'Orlando il quale però, volendo conciliare la irrevocabilità delle pronuncie contenziose del Consiglio di Stato con il suo assunto, è costretto a ricorrere da una parte ad una identificazione dei caratteri della reg giudicata con i caratteri della reg giudicata propria alla giurisdizione di diritto privato (come quando afferma essere requisito specifico della prima la sua limitazione alle parti); dall'altra ad una falsificazione della natura e degli effetti delle decisioni puramente amministrative (come quando ne afferma quale caratteristica *normale* la irrevocabilità senza accorgersi che ammettendo che in via di eccezione possano revocarsi viene a togliere a quella caratteristica ogni importanza). V. ORLANDO, *Giustizia amministrativa citata*, p. 1042-1066. Quanto del resto abbiamo detto nel capitolo primo crediamo valga ad esonerarci da una ulteriore discussione.

zione in seguito adita dichiararsi invece lesivo o viceversa, senza che per questo vengano violati i principi fondamentali che regolano l'istituto della cosa giudicata, poichè pronunciando l'una autorità su un rapporto giuridico diverso da quello su cui pronuncia l'altra, o, per meglio dire, essendo il giudizio dell'una conformato ad una stregua diversa da quella cui si conforma il giudizio dell'altra, non potrà mai verificarsi conflitto.

Vari sono i casi che nella pratica possono presentarsi. Esaminiamo anzitutto l'ipotesi che il privato prima adisca la IV sezione allegando un vizio di illegittimità dell'atto amministrativo. Due eventualità diverse possono a questo riguardo verificarsi: che il ricorso sia accolto e l'atto annullato, e che il ricorso sia respinto.

Nel primo caso sarà difficile che il privato ricorra successivamente all'autorità giudiziaria perchè in confronto di quello stesso atto essa abbia a pronunciare anche sulla lesione di un diritto civile. Difficile ma non impossibile, perchè se è vero che togliendo di mezzo l'atto mediante l'annullamento venga accordata al cittadino la più efficace e completa difesa non viene per questo ad estinguersi in lui l'interesse alla dichiarazione dell'esistenza o meno di un diritto civile e di una corrispondente lesione, per le conseguenze che da questa dichiarazione possono derivare (danni), rispetto alle quali nessuna importanza e nessun valore ha la dichiarazione di illegittimità pronunciata dalla IV sezione.

Può darsi adunque che il privato, vittorioso di fronte alla giurisdizione amministrativa, ripresenti la questione di fronte al giudice ordinario. Quale influenza eserciterà rispetto a quest'ultimo la precedente decisione? Coloro i quali negavano alla IV sezione il carattere giurisdizionale e reputavano concorrente la attività di questa con quella della autorità giudiziaria si trovavano necessariamente in un certo imbarazzo per rispondere a questo quesito. Fu fatto ricorso ad una distinzione sottile ed ingegnosa che però costituisce ancora una prova della debolezza della teorica da cui si cercava di far derivare. Si disse che l'annullamento dell'atto pronunciato dalla IV sezione in sede di legittimità non avrebbe assunto di fronte al giudice ordinario importanza di giudicato, ma bensì avrebbe avuto

valore come fatto compiuto, senza pensare che in questo modo si veniva ad attribuire alla decisione amministrativa una efficacia che eccedeva dal concetto di semplice controllo contenzioso.

Tenendo presenti i principi sopra fissati, noi escludiamo che la pronuncia amministrativa, anche quando si risolve in un annullamento dell'atto, possa in qualunque maniera influire sulla pronuncia giudiziaria. Il giudice ordinario perciò procederà all'esame dell'atto amministrativo prescindendo affatto dalla esistenza o meno di un giudizio da parte dall'autorità giurisdizionale amministrativa in suo confronto e si limiterà a ricercare se con esso sia stata posta in essere una qualche lesione a diritti assicurati al cittadino da quelle norme giuridiche la cui applicazione od interpretazione è ad esso affidata.

Potrà darsi che uno stesso atto amministrativo leda contemporaneamente e un diritto civile e uno di quei diritti la cui protezione è affidata alla IV sezione; e in questo caso all'annullamento potrà seguire una dichiarazione di responsabilità dell'amministrazione ed una condanna ai danni senza però per questo che le une siano la conseguenza dell'altro. Potrà però anche darsi che l'autorità giudiziaria non riscontri nell'atto in questione alcuna violazione di norme giuridiche di diritto civile e che perciò, non ostante l'annullamento, dichiari, agli effetti della sua competenza, legittimo l'atto stesso.

In caso che al giudizio in sede di legittimità davanti alla IV sezione sia in qualche modo interessato un terzo, la soluzione non si presenta meno facile: infatti o il terzo era parte nel giudizio ed allora in forza dei principi comuni alla cosa giudicata, la decisione nella quale il giudizio si è esplicato potrà anche ad esso opporsi, nè di alcuna altra giustificazione vi sarà uopo per spiegare la estensione anche in suo confronto degli effetti della decisione stessa; o il terzo non era parte nel giudizio ed allora l'annullamento dell'atto, che sarà sempre ad esso opponibile, troverà la sua ragione giustificativa nella natura della speciale attività giurisdizionale esercitata dalla IV sezione, e nei principi, che, come vedremo nel capitolo seguente, regolano la estensione subiettiva della regudicata che da essa trae origine. Poichè la speciale natura della norma giu-

ridica di diritto pubblico importa che la autorità, che alla sua interpretazione od alla sua applicazione procede, si serva di criteri speciali che non possono essere sempre quelli che regolano l'esercizio della giurisdizione ordinaria.

Il diritto che le nuove leggi sulla giustizia amministrativa vennero a riconoscere al cittadino in confronto della pubblica amministrazione, e la cui tutela è affidata alla IV sezione del Consiglio di Stato si riduce in ultima analisi ad un diritto alla legittimità dell'atto amministrativo, un diritto perciò che se è, per il suo esercizio, intimamente connesso ad una particolare condizione subiettiva, in quanto che occorre che esista un determinato interesse perchè esso possa farsi valere, prescinde però in modo assoluto da codesta condizione per ciò che riguarda la sua dichiarazione. Non intendiamo qui anticipare la discussione sulla natura della giurisdizione di legittimità della IV sezione, tanto più che su questo argomento dovremo parlare sia pur brevemente nel capitolo che segue. Qui ci accontenteremo di rilevare come, pur convenendo nel negare un carattere esclusivamente obiettivo a codesta funzione, noi non crediamo possibile il disconoscere in essa la prevalenza dell'elemento obiettivo su quello subiettivo ed il non riconoscere che l'interesse singolo la cui presenza è richiesta, se non potrà definirsi come credette il Meucci una pura accidentalità ¹⁾, costituisca uno scopo mediato e quasi indiretto dell'attività giurisdizionale rivolta invece in linea immediata alla protezione di un interesse generale ²⁾.

Non regge adunque la obiezione che i fautori del carattere amministrativo dell'attività della IV sezione muovevano alla tesi che

¹⁾ Cfr. MEUCCI. *Istituzioni di diritto amministrativo*, (3.^a ed.) p. 125.

²⁾ Come giustamente rileva il Meyer (*Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes* I, p. 28-29), mentre il diritto privato unicamente persegue lo scopo di delimitare le sfere giuridiche individuali fra di loro, scopo principale del diritto pubblico è il perseguimento e la soddisfazione di interessi pubblici; la delimitazione delle sfere giuridiche individuali ha solo lo scopo di tracciare a questa effettuazione degli interessi pubblici dei determinati limiti. La norma giuridica pubblica tende in prima linea a regolare la organizzazione e la attività delle autorità amministrative, in seconda linea alla delimitazione della sfera giuridica individuale.

noi sosteniamo affermando che, se di una vera giurisdizione si fosse trattato, la cosa giudicata da essa nascente non avrebbe potuto opporsi se non a chi fu parte nel giudizio, partendo dalla premessa che sia condizione fondamentale per l'esistenza della *res judicata* la restrizione entro codesti confini della sua efficacia. In questo modo infatti si viene ad identificare la nozione di giurisdizione con quella di giurisdizione ordinaria e ad estendere in ogni caso, senza tener conto della natura della norma giuridica in ordine alla cui interpretazione od applicazione la funzione giurisdizionale si esplica, i principi che regolano l'esercizio di questa. Su questa confusione di principii e di concetti che vizia anche le più ingegnose costruzioni dottrinali e le migliori teoriche esegetiche ci siamo intrattenuti con una relativa larghezza nel capitolo primo, per cui non crediamo di doverci più oltre indugiare.

Può darsi che il terzo, presente o non presente al giudizio, pretenda che l'atto amministrativo in ordine al quale la IV sezione ha pronunciato l'annullamento costituisca una lesione di un suo diritto civile: in questo caso il diritto non viene in alcuna guisa pregiudicato, ed il terzo, se l'aveva ed in quanto l'aveva, potrà sempre farlo valere davanti l'autorità giudiziaria, e ciò non già perchè la pronuncia della IV sezione non rivesta carattere giurisdizionale, ma in forza del rapporto di separazione intercedente fra la competenza sua e quella dell'autorità giudiziaria.

Esaminiamo ora l'ipotesi che la IV sezione, prima adita, rigetti il ricorso, conservando, per conseguenza, l'atto amministrativo in tutti i suoi effetti. Anche in questo caso codesta pronuncia non potrà menomamente influire sul giudizio che eventualmente il privato intenda instaurare davanti l'autorità giudiziaria, la quale potrà sempre, senza violare nè il principio della cosa giudicata nè quello della unità funzionale della giurisdizione, dichiarare l'atto, ritenuto in sede giurisdizionale amministrativa legittimo, lesivo di un diritto civile. A questa stessa conseguenza pervenivano quegli scrittori che negavano il carattere giurisdizionale alla IV sezione: il pronunciato della IV sezione secondo l'opinione di questi non poteva avere diversi nè maggiori effetti di quello che non avrebbe avuto prima del 1889

un decreto reale che in via di ricorso straordinario e col parere conforme del Consiglio di Stato a sezioni unite, avesse respinto un ricorso del privato contro la legalità di un atto amministrativo, di cui in seguito si discutesse dinanzi ai tribunali ordinari sotto l'aspetto della violazione di un diritto subiettivo ¹⁾. Non disconoscono però questi autori che una certa efficacia ed importanza morale la decisione amministrativa possa esercitare di fronte al giudice ordinario, dimostrando in questo modo di ritenere che identico sia il giudizio a cui viene sottoposto da parte delle due diverse autorità l'atto amministrativo e che la inefficacia giuridica della pronuncia della IV sezione rispetto all'autorità giudiziaria dalla sola assenza dipendesse del carattere giurisdizionale. Eppure sarebbe stato più logico che codesta teorica escludesse anche ogni influenza morale del giudizio amministrativo su quello ordinario, poiché, ritenendo nel medesimo tempo profondamente distinta la competenza delle due diverse autorità ed asseguando all'una la conoscenza di semplici interessi ed all'altra quella di veri e propri diritti, nessuna giustificazione avrebbe potuto in favore di quella influenza invocarsi.

Se al giudizio svoltosi dinanzi alla IV sezione siano in qualche modo interessati dei terzi, i medesimi principii troveranno applicazione: se essi erano parti in causa, pur restando loro aperta la via davanti l'autorità giudiziaria in caso che essi pretendano di far valere un loro diritto civile in confronto dell'atto amministrativo in questione, non potranno in ordine a quel medesimo atto eccitare la giurisdizione di legittimità della IV sezione, dovendosi sempre in loro confronto opporre la *cosa giudicata*; se essi invece non erano parti in giudizio, avranno in certi casi, che nel capitolo seguente cercheremo di stabilire, la facoltà di ricorrere oltre che all'autorità giudiziaria anche alla stessa IV sezione.

Finora abbiamo esaminato la ipotesi che prima adita sia la giurisdizione amministrativa; occorre ora considerare la ipotesi inversa, che cioè prima adita sia la autorità giudiziaria. Anche a questo proposito distinguiamo due casi: che l'autorità giudiziaria riconosca la

¹⁾ Cfr. ORLANDO. *La giustizia amministrativa*, loc. cit., p. 792.

lesione di un diritto civile da parte di un atto amministrativo e pronunci sugli effetti di esso; e che rigetti la domanda del privato e non riconosca la esistenza di alcuna lesione per opera dell'atto stesso.

Nel primo caso il privato che avrà ottenuto nei confronti dell'amministrazione la dichiarazione del suo diritto, se potrà, quando l'autorità amministrativa non si conformi al giudicato dei tribunali, ricorrere a termini dell'art. 23, n.º 9, della legge 17 agosto 1907 alla V sezione del Consiglio di Stato avente facoltà di pronunciare anche in merito e riformare l'atto amministrativo, avrà sempre aperta anche la via davanti la IV sezione quando ritenga che l'atto in questione presenti qualcuno dei vizi previsti dal legislatore e che da questo furono posti come condizione per il sorgere del diritto alla legittimità recentemente riconosciuto al cittadino. Nè l'interesse ad adire la IV sezione potrà escludersi a priori in chi riuscì vittorioso in sede giudiziaria poichè come è noto diversi sono gli effetti che derivano dalle due differenti pronuncie, dovendosi l'autorità giudiziaria limitare a conoscere degli effetti dell'atto amministrativo in relazione all'oggetto dedotto in giudizio ed estendendosi invece la IV sezione, in caso di accoglimento del ricorso, sino all'annullamento dell'atto stesso. Il giudicato però dell'autorità giudiziaria non potrà in alcuna maniera influire sulla pronuncia della IV sezione, la quale avendo per oggetto una indagine del tutto distinta da quella compiuta dall'organo giurisdizionale ordinario, non deve essere preoccupata dal giudizio di questo. Perciò se l'atto amministrativo risulterà ad un tempo lesivo di un diritto civile e viziato di incompetenza, di violazione di legge o di eccesso di potere, la decisione della IV sezione potrà formalmente concordare, accogliendo il ricorso, con quella dell'autorità giudiziaria; se invece il diritto alla legittimità dal cittadino fatto valere in sede giurisdizionale amministrativa non risulti dall'atto violato, la IV sezione, non ostante la precedente sentenza del giudice ordinario, dovrà rigettare il ricorso e mantenere l'atto senza che con ciò si origini alcuna contraddizione di giudicati, non essendo inconcepibile un atto legittimo agli effetti amministrativi e relativamente allo specifico diritto dal nostro legi-

slatore riconosciuto al cittadino con le leggi sulla giustizia amministrativa, e nel medesimo tempo violatore di un diritto civile o politico. Anche in questo caso adunque il principio della separazione non può soffrire nessuna eccezione.

Può darsi però anche, come abbiamo osservato, che l'autorità giudiziaria, prima adita, non riconosca la lesione dal cittadino vantata di alcun diritto, e ritenga limitatamente agli effetti civili legittimo l'atto amministrativo impugnato. Le stesse considerazioni ora fatte nell'esame del caso inverso ci conducono a concludere che la IV sezione, se ad essa in seguito venga fatto ricorso in ordine allo stesso atto, potrà sempre dichiarare l'atto stesso illegittimo agli effetti amministrativi e pronunciarne l'annullamento ¹⁾.

¹⁾ Come si capisce noi abbiamo esaminato la questione da un punto di vista astratto, cercando di delineare, attraverso i vari casi che in questa materia si possono concepire, il sistema giuridico dei rapporti fra la IV sezione e la autorità giudiziaria. Il presupposto alle nostre conclusioni è che i due organi giurisdizionali procedano sempre all'esercizio della loro attività, dentro i limiti della loro competenza. Può darsi però in pratica che questi limiti siano violati e che l'uno giudichi su materia di competenza dell'altro: quale valore avranno le decisioni in questo modo emesse? Se si dovesse applicare il principio della separazione in tutta la sua rigorosità, si dovrebbe concludere negando ogni valore a codeste pronuncie: però la necessità di dare ai rapporti giuridici una certa stabilità e di impedire che uno stato continuo di incertezza, togliendo autorità agli organi giurisdizionali, frustri il raggiungimento dello scopo stesso della giurisdizione, importa che si assegni un termine per impugnare per incompetenza la pronuncia in questione, e che, trascorso questo vanamente, essa pronuncia acquisti forza e valore di reg giudicata. Questi principi che trovano applicazione per quanto riguarda la nostra materia nella legge del 31 marzo 1877, ebbero accoglimento quasi pacifico nella giurisprudenza nostra, la quale riconoscendo nella funzione della IV Sez. del Consiglio di Stato il carattere giurisdizionale sostenne che le decisioni da essa emesse acquistano autorità di giudicato irrevocabile anche nel caso che siano state incompetentemente pronunciate, se contro di esse non siasi prodotto in tempo utile ricorso per incompetenza od eccesso di potere. Cfr. *Cass. Roma* (Sez. Un.) 15 marzo 1902 in *Giust. amm.* 1902, III, 17; *Cass. Roma*, 7 gennaio 1904 in *Giur. it.* 1904, 205.

Il principio che espressamente era stato fissato dal codice di procedura civile sardo, all'art. 11, non fu riprodotto nel codice attuale, perchè ritenuto assolutamente incontrovertibile. (Cfr. PISANELLI. *Commento al cod. di proc.*

Da quanto abbiamo sin qui detto risulta implicitamente risolta una delle questioni che più vivamente e più a lungo agitarono la giurisprudenza ¹⁾ e la dottrina nostra, ²⁾ la questione cioè se la IV

civ., vol. I, p. I, p. 789 num. DCCCCLXXI; per la dottrina si può utilmente consultare a questo riguardo: MATTIROLO. *Diritto giudiziario civile*, 3.^a ed. vol. V, p. 15; MORTARA. *Manuale di procedura civile*, n. 90; CAMMEO. *Commentario*, p. 351 e segg., 909 e segg.; *Questioni di diritto amministrativo*, 1900 qu. III, p. 109 e segg.; CHIOVENDA. *Principi di diritto processuale*, p. 220, il quale sostiene un'opinione contraria alla dominante che più ampiamente e più acutamente sviluppa negli scritti posteriori: *Cosa giudicata e competenza in Scritti in onore di C. Fadda e Sulla cosa giudicata*, in *Riv. It. p. le sc. giur.* 1907; GATTI. *Dell'autorità del giudicato civile* p. 103 e segg. Per la questione in ordine alle giurisdizioni straniere, v. lo stesso CAMMEO. *Commentario*, p. 351, nota 1.

¹⁾ Cfr. oltre le sentenze sotto citate: *Cass. Roma* 11 marzo 1898 in *Giustizia amministr.* 1898, III, p. 8; *Cass. Roma* 21 luglio 1898 in *Giust. amm.* 1898, III, p. 67; *Cass. Roma* 17 luglio 1899 in *Giust. amm.* 1899, III, p. 97; *Cass. Roma* 13 agosto 1900, *Giust. amm.* 1900, III, p. 82; 13 dic. 1900 in *Giust. amm.* 1900, III, p. 88; 16 gennaio 1900, in *Annali* 1900, p. sp. 29; 12 dicembre 1901, in *Giurispr. ital.* 1902, 352; 15 marzo 1902, in *Giust. ammin.* 1902, III, 17; 7 gennaio 1904, in *Giurispr. ital.* 1904, 205; *Cons. di Stato*, IV sez. 9 dicembre 1904, Legge 1905, 391; Appello Roma 4 novembre 1905, in *Foro ital.* 1906, 113, ecc.

²⁾ Cfr. SCIALOJA. *Sui limiti della competenza della IV sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria* in *Foro it.* 1891, 1117 e nella *Giustiz. amm.* II, p. IV, p. 59; *Ancora sui limiti ecc.* in *Giust. amm.* 1892, p. IV, 50; ARMANI. *La riforma del Consiglio di Stato e la giurisdizione amministrativa*, Assisi, 1891; ORLANDO. in *Archivio di diritto pubblico* 1891, p. 66-68 e 1892, p. 370; PORRINI. *La giurisdizione amministrativa di annullamento* in *Archiv. Giurid.* 1892, p. 500 e segg.; LEPORINI. *Di una teoria sui limiti della competenza della IV sez. del Cons. di Stato, di fronte all'autorità giudiziaria*. Studi senesi, vol. IX, fasc. IV; GRIPPO. *Dell'eccezione di incompetenza dinanzi la IV sez.* in *Giust. amm.* 1893, IV, 73 e segg.; RANELLETTI. *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*. Avezzano 1892; LOMONACO. *Il Consiglio di Stato in Giust. amm.* 1893, p. IV; GIRIODI, in *Legge* 1893, p. 680; CODACCI-PISANELLI, in *Giurispr. ital.* XLV, III 241; PACINOTTI. *Su una questione di limite di attribuzione fra l'autorità giudiziaria e l'autorità ammin.* Firenze 1899 e poi nuovamente lo SCIALOJA, in *Giust. amm.* 1901, IV, p. 61, e l'ORLANDO in vol. III del suo *Trattato « Giustizia amministrativa »* parte II. cap. I, § 3 e il RANELLETTI. *Diritti subiettivi e interessi legittimi nella competenza*, *Foro it.*, 1895, p. 470. V. infine MORTARA. *Commentario*, I, p. 342; SALANDRA. *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, p. 689 e segg. ecc.

sezione del Consiglio di Stato sia competente a conoscere dei ricorsi coi quali si chiedi l'annullamento di un atto amministrativo quando questo atto sia lesivo non di un semplice interesse ma di un vero diritto fatto valere come interesse, o se invece essa sia in tal caso incompetente e debba perciò anche d'ufficio ricercare prima di decidere sul merito del ricorso se questo non sia fondato sopra una vera lesione di diritto.

In questi termini prendendo occasione da una celebre decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ¹⁾ aveva posto, sin dal 1891, il problema l'illustre prof. Scialoja, agli effetti di determinare i limiti tra la competenza della Sezione IV del Consiglio di Stato e la competenza dell'autorità giudiziaria, e su questi termini si iniziò

¹⁾ Trattasi della sentenza della Corte Suprema 24 giugno 1891 (*Giur. it.* 1891, I, 1, 181) nel famoso caso Laurens. Non riassumeremo certamente la questione che trovavasi largamente trattata negli scritti che abbiamo sopra citato. Ripoteremo soltanto la parte più importante di questa decisione perchè riesca facile il comprendere come venne prinamente impostato il problema intorno al quale si ebbe un così vivo ed interessante dibattito « Quando il Laurens, osservava la Corte, fornito della patente di agente di emigrazione reclamava alla sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, chiedendo si dichiarasse la nullità ed inefficacia dell'atto del governo col quale gli era stato proibito illegittimamente di procurare imbarco agli emigranti italiani nei porti esteri, metteva innanzi un diritto che diceva leso per eccesso di potere e violazione di legge, non un semplice interesse leso, abusando del potere e violando la legge.

E poichè in questi termini si proponeva l'istanza, essa, sia per la cosa che si chiedeva (la restaurazione del proprio diritto), sia per le ragioni onde si domandava, sfuggiva alla competenza della IV sezione del Consiglio di Stato, investito dalla legge del 2 giugno 1889 del potere di conoscere delle violazioni di legge e degli eccessi di potere, ma soltanto in relazione agli interessi offesi, ai quali sarebbe mancata altrimenti ogni altra garanzia che non fosse quella del reclamo in via prettamente amministrativa, prima della riforma soltanto consentito.

Apparterrà invece alla competenza ordinaria dell'autorità giudiziaria conoscere della istanza di cui si discorre; e dove essa sarà adita nella pienezza dei suoi poteri, giudicherà se nella domanda si contenga la materia del diritto e nell'affermativa se il diritto sia stato offeso, coordinando a queste indagini la dichiarazione della responsabilità o meno dell'azione e nell'affermativa il giudizio sul merito ».

Non minore interesse presenta una decisione posteriore della Cassazione Romana (del 24 giugno 1897. *Giur. it.*, I, 1, 744) nella quale anche

una celebre discussione che mai però potè riuscire ad una soluzione pacifica. La impossibilità di un accordo del resto trovava in parte la sua giustificazione, diremo meglio anzi, derivava necessariamente dalla inesatta posizione del quesito.

Anzitutto è inesatto parlare di ricorsi aventi per oggetto l'annullamento dell'atto amministrativo, poichè codesto annullamento non potrà mai assumere un carattere diverso da quello di sanzione di una dichiarazione di illegittimità dell'atto stesso. La giurisdizione infatti della IV Sezione in tanto si distingue dalla giurisdizione ordinaria non già in quanto essa, a differenza di questa, possa investire l'atto su di cui il giudizio si esplica, ma bensì perchè diversa è la materia che costituisce l'oggetto di questo giudizio, perchè in altre

più confusamente sebbene con maggiore audacia vengono concepiti i rapporti fra la giurisdizione di legittimità della IV sezione e la autorità giudiziaria ed intorno alla quale si svolse pure una vivacissima polemica V. spec. QUARTA. Nota alla citata sentenza in *Corte Suprema* I, 129; SAREDO. Nota in *Legge*, XXXVI, 74; MORTARA. Nota in *Giur. it.* I, 174, e in *Giustizia amm.* 1897, III, 51). Non sarà inutile anche degli argomenti in questa svolti riferire quelli più interessanti:

• Nella specie Ruocco e Caterini chiesero l'annullamento del decreto prefettizio, delle due deliberazioni municipali 22 ottobre e 27 dicembre, affinchè annullati tali atti, venisse di necessità a cader nel nulla il contratto già stipulato fra la ditta Trezza ed il Comune perocchè questo avrebbe agito senza l'autorizzazione necessaria a renderne valido il consenso.

E che questo fine si volle dai ricorrenti Ruocco e Caterini è indubitato, per avere essi tratta innanzi la IV sezione la ditta Trezza, la quale, mentre era affatto estranea agli atti amministrativi di cui si chiedeva l'annullamento, e però non avrebbe avuto veste giuridica per essere chiamata in quel giudizio, era per contrario parte contraente nell'appalto e quindi come tale evidentemente fu citata affinchè potesse poi opporsi ad essa la decisione della IV sezione ai fini dell'annullamento dell'appalto medesimo.

La sostanza vera del giudizio era dunque lo annullamento di un rapporto contrattuale, diritto eminentemente civile da sottoporsi esclusivamente all'esame del magistrato ordinario.

A seguire Ruocco e compagni nella loro via *potrebbe avvertarsi un grave, anzi mostruoso conflitto perchè potrebbe il Supremo collegio amministrativo oggi dichiarare legittimi, ovvero illegittimi, quegli atti i quali, domani, sorgendo lite, potrebbero dall'autorità giudiziaria essere ritenuti in maniera del tutto opposta, cioè non conformi oppure conformi alla legge* ».

parole diverso è il diritto per la cui protezione le due giurisdizioni furono istituite, diversa la norma giuridica alla cui interpretazione ed alla cui applicazione esse devono tendere.

In secondo luogo è anche più inesatto il contrapporre il diritto quale dalla legge del 1865 è affidato alla conoscenza esclusiva dell'autorità giudiziaria al semplice interesse, in modo da concepire quest'ultimo quasi come parte del primo, e da ammetterne la esistenza ogni qualvolta di questo si faccia questione. Come abbiamo più volte rilevato, malgrado la espressione adoperata dal legislatore anche gli interessi in ordine ai quali si esercita la giurisdizione della IV Sezione sono veri e propri diritti e differiscono dai diritti civili e dai diritti politici non già per intensità, ma bensì per fondamento e per oggetto. Se invero si riducesse il criterio distintivo fra le due competenze giurisdizionali al differente modo con cui vengono attuate le loro pronuncie e si interpretasse la parola interesse adoperata dal legislatore del 1865 come un diritto civile non perfetto, si sarebbe costretti a rispondere affermativamente al quesito sopra proposto e ad ammettere per conseguenza che su di un medesimo rapporto giuridico possano pronunciare contemporaneamente due giurisdizioni.

Un atto amministrativo, lo abbiamo veduto poco fa, può essere impugnato mediante ricorso alla IV Sezione anche se esso risulti lesivo di un diritto civile: cotesta particolare proprietà dell'atto è però perfettamente indifferente ed estranea al giudizio di questa autorità giurisdizionale. La quale sarà competente a conoscere di esso soltanto quando si reputi lesivo del diritto alla legittimità quale venne assicurato, mediante la istituzione della IV sezione, al cittadino. Esso perciò potrà essere annullato non già in quanto sia lesivo di un diritto civile ed in quanto ciò risulti da una speciale indagine da parte della IV sezione, ma in quanto esso appaia come viziato di incompetenza, di violazione di legge o di eccesso di potere. Adunque secondo noi la questione alla quale abbiamo accennato e sulla quale tanto discusse la dottrina e tanto si affaticò la giurisprudenza, perde, ove si tengano presenti i principi precedentemente fissati, ogni ragion d'essere, perchè la eventualità che un diritto possa farsi valere come

semplice interesse, intendendo questa espressione nel significato con cui è adoperata dal legislatore del 1889, non può mai verificarsi. O l'atto amministrativo verrà impugnato come lesivo di quello speciale diritto pubblico subiettivo che trova il suo fondamento nelle leggi sulla giustizia amministrativa, ed in questo caso sarà competente la IV sezione anche se contemporaneamente all'atto stesso si attribuisca una lesione di diritto civile che ad ogni modo non potrà mai essere dichiarata da essa sezione nè giustificare la pronuncia di annullamento: o in ordine a questo atto verrà fatta una questione di diritto civile e la IV sezione non sarà mai competente.

La disputa a nostro modo di vedere, fu adunque più artificiale che altro, nè sarebbe sorta o per lo meno non si sarebbe tanto a lungo protratta se non si fosse equivocato sulla interpretazione della parola interesse adoperata nella legge del 1889 e sulla natura della competenza attribuita all'autorità giudiziaria. Non riferiremo ora certamente tutti i vari argomenti che dagli scrittori furono portati in sostegno dell'una o dell'altra opinione perchè ciò ci devierebbe dallo scopo nostro. Accenneremo soltanto che due dei più illustri fra i giuristi che presero parte a questo dibattito ridussero principalmente la disputa alla questione se il criterio per dedurre la competenza fra le due autorità giurisdizionali, quella ordinaria e quella della IV sezione, dovesse rinvenirsi nel *petitum* o nella *causa petendi*.

Da un lato lo Scialoja in due acutissimi articoli nella *Giustizia amministrativa* sostenne la prima soluzione, mentre dall'altro l'Orlando con non minore acutezza cercò di dimostrare la insufficienza del criterio dato dall'oggetto della domanda, sostenendo invece la maggiore importanza del criterio dato dalla causa della domanda stessa.

Chi è stato leso, affermava lo Scialoja, in un suo diritto, può, come chi è stato leso in un mero interesse, domandare direttamente l'annullamento dell'atto illegale alla IV sezione in forza dell'art. 24 della legge 2 giugno 1889 ed ha inoltre aperta la via del giudizio ordinario per il riconoscimento del diritto e delle sue conseguenze civili ed eventualmente anche il ricorso alla IV sezione in base all'art. 25, n. 6. L'art. 24 della legge 2 giugno 1889, escludendo dalla

competenza della IV sezione soltanto quei ricorsi che sono di competenza dell'autorità giudiziaria, poichè questa autorità non è mai competente ad annullare o modificare l'atto amministrativo, non poteva escludere i ricorsi tendenti a codesta modificazione od annullamento, anche quando l'atto amministrativo impugnato violi un diritto. Conforto a questa opinione lo Scialoja rinveniva nelle disposizioni dell'art. 4 della legge 31 marzo 1877 e degli art. 1 e 2 della legge 1 maggio 1890, formulando su queste basi il principio generale, pel quale, quando tra gli oggetti delle domande che si possono proporre dinanzi a diverse autorità, vi è assoluta incompatibilità, la competenza deve necessariamente determinarsi in base all'oggetto della domanda e non già in base alla causa della domanda stessa, se pur non si voglia negare ad una categoria di cause la possibilità di produrre la facoltà di chiedere ciò che può domandarsi soltanto ad una delle diverse autorità decidenti; sorge invece la necessità di guardare alla *causa petendi* quando l'oggetto che si può chiedere dinanzi a diverse autorità è lo stesso e il mezzo distintivo della loro competenza è la natura del rapporto giuridico su cui si fonda la domanda o la quantità, come nella distinzione della competenza per valore.

L'errore di cotesta teorica, dopo quanto abbiamo detto, si rileva facilmente: esso consiste nel non tenere distinte le diverse materie che costituiscono l'oggetto delle due competenze rispettive dell'autorità giudiziaria e della IV sezione. Perchè il sistema suggerito dallo Scialoja potesse ottenere applicazione, bisognerebbe che il legislatore con l'istituzione di questa sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, avesse mirato esclusivamente ad accordare al cittadino un mezzo per ottenere l'annullamento degli atti amministrativi, indipendentemente dalla esistenza di un particolare diritto subiettivo ed all'infuori di ogni garanzia giurisdizionale; bisognerebbe in altre parole ammettere nella IV sezione il carattere di semplice controllo amministrativo, istituito più per il mantenimento obiettivo dell'ordine giuridico nel campo della pubblica amministrazione, che per la protezione di diritti subiettivi. Allora il *petitum* potrebbe rinvenirsi nella domanda di annullamento ed assumersi in questo senso

come criterio per distinguere la competenza dei due organi, poichè allora soltanto esso costituirebbe ciò che si chiede e si cerca di ottenere. Se però si tiene presente che anche la IV sezione è un organo giurisdizionale e la sua attività si risolve nella dichiarazione di una particolare categoria di diritti e nella interpretazione ed applicazione di particolari norme obiettive, l'oggetto della domanda non potrà essere costituito che dal diritto che si fa valere, dalla norma giuridica la cui reintegrazione si invoca.

L'annullamento dell'atto amministrativo non può chiedersi che come conseguenza della dichiarazione di quel diritto, della applicazione di quella norma, non può essere perciò considerato che quale elemento accessorio della domanda e mai identificarsi col *petitum*¹⁾.

Esso perciò non può erigersi a criterio per determinare la competenza e non sarà sufficiente che venga richiesto nel ricorso perchè la IV sezione abbia a procedere al giudizio di legittimità, come non sarà sufficiente che davanti la autorità giudiziaria il cittadino lo richieda perchè questa abbia a dichiararsi incompetente. Se invero il cittadino che adisce la autorità giudiziaria, perchè venga in suo confronto dichiarato un determinato atto amministrativo lesivo di un suo diritto, chiede che in conseguenza di questa dichiarazione la stessa autorità pronunci l'annullamento dell'atto, dovrà sempre essa procedere al giudizio diretto ad accertare la lesione di diritto civile, limitandosi a dichiarare la sua incompetenza alla pronuncia di annullamento; la quale però non basterà ad esimerla dal giudizio sulla questione civile. D'altra parte la IV sezione, a cui mediante ricorso il cittadino chieda l'annullamento di un atto amministrativo, non potrà per ciò stesso dichiararsi competente a giudicare del ricorso ma codesta competenza dovrà subordinare alla natura del diritto la cui dichiarazione si chiede e sulla quale la domanda di annullamento si fonda.

¹⁾ Cfr. su questo punto specialmente ORLANDO. *Rapporti fra la competenza della IV sezione del Consiglio di Stato e quella giudiziaria*, in *Archivio di Diritto pubblico*, Anno II, p. 66; e LEPORINI. *Di una teoria sui limiti della competenza della IV sez. del Cons. di Stato di fronte all'autorità giudiziaria* in *Studi senesi*, vol. IX, fasc. IV.

Dando al sistema della nostra legislazione la interpretazione propugnata dallo Scialoja, si dovrebbe, per essere logici, togliere ogni autonomia alla IV sezione, escludere che essa possa procedere a qualsiasi giudizio, e ridurre lo scopo della sua attività a quello di dare una sanzione alle pronuncie dell'autorità giudiziaria, e negare infine che qualsiasi ricorso possa dinanzi ad essa presentarsi se prima su di esso non abbia pronunciato, affermando la illegittimità dell'atto amministrativo, la autorità giudiziaria. Per arrivare a questa estrema ma logica conseguenza, che eliminerebbe ogni questione sui rapporti fra la autorità giudiziaria e la IV sezione, sarebbe necessario che la lettera della legge fosse diversa, che cioè il legislatore nostro con la istituzione dei nuovi istituti che egli chiamò per la giustizia amministrativa, avesse inteso soltanto di provvedere, in modo da garantire la indipendenza del potere d'amministrazione, alla esecuzione dei pronunciati giudiziari in confronto dell'amministrazione stessa.

Contro la tesi dello Scialoja si schierò subito decisamente il prof. V. E. Orlando, cercando di dimostrare che il principio di decidere della competenza in base all'oggetto della domanda e non della *causa petendi*, quando vi sia incompatibilità tra gli oggetti che si possono domandare a più autorità decidenti, è inesatto, perchè la *causa petendi* è elemento essenziale della determinazione della competenza come risulta dal modo come il nostro codice di procedura civile tratta la competenza per valore, quella di territorio per connessione di causa, e come appare chiaro dalla regola che se in un giudizio civile si sospetta l'esistenza di un reato di azione pubblica ed il pubblico ministero, informato, promuove il giudizio, se l'esito di questo può influire sulla decisione della causa civile, la causa civile di regola è sospesa; nei quali casi tutti, sebbene gli oggetti siano diversi, pure si guarda alla *causa petendi*.

La disputa si protrasse in questo modo sempre restando nel campo dottrinale e prescindendo da ogni considerazione e da ogni indagine sulla natura della competenza della quarta sezione, fondandosi anzi sul presupposto che questa fosse una giurisdizione concorrente con quella giudiziaria. A questa stregua riuscì facile al-

L'Orlando il dimostrare la erroneità della teoria avversaria, la quale escludendo che il criterio onde desumere i limiti di una competenza risieda nell'indole intrinseca della materia su cui la competenza stessa deve esplicarsi, avrebbe ineluttabilmente condotto ad un conflitto non già semplicemente logico o teorico, ma pratico e giuridico. Prescindendo, egli osservò, dal confronto con la competenza per valore, a cui la teorica avversaria aveva fatto ricorso, si può con altri esempi dare la dimostrazione contraria all'assunto dello Scialoja, e cioè che malgrado la diversità dell'oggetto proponibile dinanzi due diverse autorità, l'identità o anche l'analogia fra le materie su cui deve decidersi spiega una grande influenza sulla giurisdizione. A questo proposito l'Orlando cita opportunamente alcuni esempi, giungendo a dimostrare come nella ipotesi della contraria teorica dello Scialoja, i due diversi giudicati del tribunale ordinario e della IV sezione riterrebbero legittimo ed illegittimo il medesimo atto amministrativo, in contraddittorio delle stesse parti. « Altro che conflitto logico, egli esclama; se Tizio, che sarebbe erede legittimo di Caio morto testato, ne impugna il testamento, senz'altro, e questa azione è respinta, e in altro giudizio chiede la sua parte come legittimo erede e vince, si dirà che fra i due giudicati vi ha un conflitto teorico, sol perchè le due disposizioni sono formalmente diverse? »¹⁾

Le osservazioni dell'Orlando sono senza dubbio acute ed hanno un inegabile fondamento di verità; errata però è la conseguenza che da esse egli deduce che cioè non possa riconoscersi all'attività ed alla competenza della IV sezione un carattere giurisdizionale e che soltanto mediante questo disconoscimento si poteva giungere alla eliminazione di quel conflitto. Infatti se prima di affrontare la discussione a cui abbiamo accennato gli scrittori avessero indagato se il presupposto su di cui la discussione stessa si fondava trovasse una giustificazione nel sistema attuato dal nostro legislatore, molto facilmente essi avrebbero dovuto concludere che la materia sulla quale le due competenze si esplicano non è la stessa, nè l'interesse inteso come oggetto del giudizio di legittimità della IV sezione può

¹⁾ V. *Giustizia amministrativa*, p. 750.

considerarsi, di fronte al diritto deferito alla conoscenza dell'autorità giudiziaria, in quel rapporto di parte al tutto nel quale si è voluto rappresentare. Si sarebbe giunti in questo modo ad escludere la concorrenza di queste due giurisdizioni, e a riportare al concetto di separazione assoluta le relazioni fra di loro intercedenti.

Posta la questione in questi termini, essa come abbiamo osservato, avrebbe perduta molta della sua importanza.

La soluzione che noi proponiamo, desumendola da una teoria che abbiamo direttamente ricavato dall'esame dei principi fondamentali regolanti codesta complessa materia, fu in parte intravista dal Ranelletti in quel suo mirabile studio « *A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato* »¹⁾ che certamente costituisce a questo riguardo il più importante contributo dottrinale. Dopo aver con molta diligenza riassunto la questione quale principalmente era stata trattata dall'Armani, dallo Scialoja, dall'Orlando, e dopo avere premessa una accurata indagine esegetica delle principali fra le disposizioni delle nostre leggi sul contenzioso amministrativo e sulla giustizia amministrativa, si trattiene egli con molta acutezza ad esaminare i criteri posti innanzi dallo Scialoja e dall'Orlando per la determinazione della competenza fra le due autorità, osservando come due principii concorrenti dividano i due campi di competenza, « la distinzione fra diritto ed interesse e la distinzione fra dichiarazione della violazione del diritto e della necessità della sua restaurazione per illegittimità dell'atto amministrativo ed esecuzione del giudicato per quanto riguarda l'annullamento o la modificazione dell'atto ». Ciò riconosciuto, così giustamente conclude, porre il principio come l'ha posto il prof. Scialoja, significa o lasciare da parte uno dei suoi elementi e certo il più importante, o invertire i suoi termini, dando il posto principale a quello che invece è solo subordinato e che in tanto viene in generale in discussione in quanto sia risoluto in un certo senso l'altro. E ciò, prosegue, è l'effetto dell'equivoco prodotto dal doppio senso, che nelle nostre leggi hanno le parole « oggetto della do-

¹⁾ *Avezano 1892.*

manda » le quali non solo significano ciò che si chiede come scopo della domanda, ma anche ciò che forma il fondamento della domanda.

Egli entra in seguito ad esaminare la distinzione fra diritto ed interesse giungendo a quella sua sottilissima classificazione fra diritto, interesse legittimo ed interesse puro che ebbe nella dottrina nostra tanta importanza. Gli interessi secondo il Ranelletti si distinguono in interessi tutelati ed interessi non tutelati; fra i primi vengono deferiti alla autorità giudiziaria quelli che vivono per se stessi, che si possono trovare a contatto con l'interesse generale dello Stato, ma non sono così connessi con esso che in tanto possano esistere in quanto l'interesse generale dello Stato lo consenta, sicchè si può giudicare di essi indipendentemente da qualunque apprezzamento sulle esigenze generali di quella data società; si dà invece alla IV Sezione l'esame di quegli interessi tutelati che sono così compenetrati con l'interesse generale che in tanto se ne concede l'esistenza in quanto non urtano contro questo interesse, e quindi richiedono necessariamente un apprezzamento relativo alle esigenze di quella data società. Se invece l'interesse che si vanta non è tutelato, non trova cioè fondamento in una norma giuridica risultante o da una legge o da un regolamento o da un contratto, esso troverà il solo modo di difesa nel ricorso in via gerarchica.

In conclusione codesta teorica viene a mettere in rilievo come il criterio distintivo fra le due diverse competenze, dell'autorità giudiziaria e della IV Sezione, debba ricercarsi anzichè nel modo con cui esse si esercitano, nella natura della *materia* su di cui si esplicano, della quale quel modo non è che una conseguenza. In questo senso adunque la opinione del Ranelletti può rappresentarsi come un passo verso una nuova concezione del problema.

La influenza delle discussioni dottrinali molteplicemente fiorite in Italia sulla distinzione fra diritto e interesse specialmente la identificazione della difesa giurisdizionale, essenziale alla esistenza di qualsiasi diritto, con la difesa esercitata dall'autorità giudiziaria, impedirono però che codesto geniale scrittore assurgesse ad una concezione del *diritto*, che ammettesse accanto alla univocità del fonda-

mento razionale una molteplicità di applicazioni e di contenuto. Così egli non osa affermare che gli interessi di cui si occupano le leggi del 1889 e del 1890 siano dei veri e propri diritti aventi la stessa importanza e la stessa perfezione dei diritti dalla legge del 1865 deferiti all'autorità giudiziaria, distinti soltanto da questi per lo scopo cui tendono e per la difesa che in relazione a codesto scopo viene in loro confronto istituita, ma si limita ad affermare che trattasi di diritti i quali subiscono una *compressione* quando essi si trovano di fronte ed in contrasto coll'elemento col quale sono compenetrati e dal quale dipendono, cioè l'interesse generale di quella data società, compressione che toglie loro il mezzo ordinario di farli valere, cioè l'azione comune; la quale però sarà loro accordata ogni qualvolta quella compressione venendo a mancare essi riprendendo la loro naturale espansione diventino dei veri diritti subiettivi.

In questo modo, come si vede, ritorna in campo la vecchia concezione che considera l'interesse come un diritto imperfetto, che considera la difesa esercitata dalla quarta Sezione come una difesa imperfetta e che concentra nella autorità giudiziaria e nell'azione con cui se ne può eccitare la attività la prerogativa di dichiarare e di far valere dei diritti. La conclusione a cui arriva il Ranelletti è conseguente a queste premesse; se oggetto della competenza della IV Sezione, egli scrive, è l'interesse legittimo, non potrà ad esse essere sottoposto anche l'interesse contenuto nel diritto, perchè la materia è essenzialmente diversa; al contrario ciò che resta del diritto togliendo l'azione, è perfettamente uguale a quell'interesse che apre l'adito al solo ricorso in via gerarchica, cioè all'interesse semplice per cui la parte lesa dovrà essere ammessa, prima di adire il potere giudiziario, a ricorrere in via gerarchica se vuole, per ottenere spontaneamente dall'amministrazione ciò a cui questa potrà essere costretta giudiziariamente.

Una delle obiezioni più gravi che lo Scialoja muoveva alla teoria che negava la possibilità di far valere davanti alla IV Sezione un vero diritto civile sotto forma di interesse consisteva nella osservazione che in questo modo si avrebbe accordato all'interesse una difesa più pronta e più efficace di quella accordata al diritto perchè

il primo può produrre direttamente l'annullamento dell'atto amministrativo, il secondo può solo portare ad una semplice modificazione dell'atto, ristretta a quanto riguarda il caso deciso dall'autorità giudiziaria dopo un lungo procedimento. Questa obiezione cui cercò di rispondere il prof. Orlando, osservando che anche il semplice interesse ha una garanzia più pronta dell'interesse garantito il quale può dar luogo al ricorso alla IV sezione, perchè il primo ha il rimedio del ricorso in via gerarchica, ribatte efficacemente il Ranelletti il quale, sorvolando sulla questione se gli interessi legislativi siano meno gravi e meno elevati di quelli che si chiamano diritti, contesta che i primi siano più e meglio garantiti, perchè se essi guadagnano in rapidità di protezione perdono in guarentigia: mentre infatti, egli scrive, il diritto oltre il ricorso in via gerarchica, facoltativo, ha la garanzia di tutti i diversi gradi dell'autorità giudiziaria, l'interesse dopo il ricorso in via gerarchica obbligatorio, non ha che un unico grado, nella IV Sezione.

Anche più facile riuscirà a noi prescindendo dall'indagine sulla maggiore o minore guarentigia che le due diverse giurisdizioni possono costituire nei riguardi del cittadino, dimostrare come codesto oggetto si riporti alla vecchia concezione del diritto e dell'interesse, per cui il primo veniva contrapposto al secondo come qualche cosa di più perfetto e di più grave, e manchi per conseguenza di ogni giustificazione. Infatti, accettando la teoria da noi sostenuta, per la quale la materia su di cui si esercita la competenza della IV sezione è costituita da veri diritti distinti per il loro fondamento e per il loro oggetto da quelli affidati alla protezione giurisdizionale ordinaria, potrà agevolmente ricondursi a questa diversità ed alla particolare natura delle norme giuridiche dalle quali i primi traggono origine la ragione della loro particolare protezione in specie per ciò che riguarda il modo con cui essa viene attuata.

Anche il Mortara si occupò abbastanza largamente e con la consueta originalità della questione di cui prima abbiamo discusso sostenendo una teoria che rappresenta un nuovo progresso in confronto di quella pur tanto acuta e sottile del Ranelletti. Egli, come è noto, astrae dalla distinzione fra diritti ed interessi, riconoscendo senza

sottintesi che anche davanti alla IV Sezione in sede di legittimità si tutelano diritti subiettivi. Partendo da questo presupposto egli così definisce il nuovo diritto dalla legge del 1889 riconosciuto al cittadino ed in questo modo cerca di contrapporlo al diritto affidato alla tutela dell'autorità giudiziaria: il diritto alla legittimità degli atti discrezionali della funzione governativa, egli scrive, è dato dall'art. 24 della legge del 1889 a tutti i soggetti giuridici: il risultato a cui si mira coll'esercizio di questo diritto (annullamento o modificazione dell'atto) non si ottiene per certo mediante il giudizio del magistrato ordinario; od in altri termini il diritto di cui è parola non riceve alcuna tutela dall'art. 4 della legge del 1865: conseguentemente non si può negare a chi sarebbe fornito di azione nei sensi di questa legge l'esercizio dell'azione contemplata dall'art. 24 della legge del 1889, senza negare arbitrariamente a una categoria di subietti giuridici quel diritto alla legittimità agli atti di amministrazione che la legge non nega a nessuno ¹⁾.

Questo è il fondamento della teorica del Mortara la quale se prende le mosse da un esatto principio arriva però in seguito ad una confusione delle materie su di cui le due diverse competenze vengono ad esercitarsi. La constatazione del fatto che l'esser munito di azione di fronte all'autorità giudiziaria non può essere ragione sufficiente per aver impedita la via davanti la giurisdizione amministrativa fa pensare a codesto chiarissimo scrittore che le due giurisdizioni siano concorrenti e che la adizione dell'una escluda il ricorso all'altra. Che un atto amministrativo possa contemporaneamente ledere norme giuridiche differenti e che per conseguenza possano spettare al singolo nel medesimo tempo più facoltà corrispondenti ai vari diritti da quelle norme protetti è indubitato; non per questo però sarà lecito il ritenere che l'esercizio di una di codeste facoltà o mezzi di difesa sia sufficiente, ove il legislatore non abbia espressamente provveduto, a reintegrare tutte quelle norme, per modo che vengano per il solo fatto di codesto esercizio ad annullarsi le altre facoltà che al cittadino potessero spettare. Ciò di-

¹⁾ Cfr. MORTARA. *Commentario I*, p. 345 e segg.

scende anche come logica conseguenza dalla diversità del giudizio che ciascuna violazione importa, per cui la risoluzione di una questione relativa ad un determinato effetto dell'atto amministrativo non può pregiudicare in alcun modo la risoluzione di una questione relativa ad un effetto diverso. Così, come abbiamo già rilevato, potrà il cittadino il quale ritenga di essere leso da un atto della pubblica amministrazione o in un suo diritto civile o nel suo diritto alla legittimità degli atti discrezionali della funzione governativa, ricorrere alla quarta sezione, ma questa non potrà conoscere che di questa seconda lesione e dovrà prescindere in modo assoluto dalla lesione di diritto civile, rispetto alla quale resterà sempre aperta la via giudiziaria senza che la decisione in sede giurisdizionale amministrativa possa in alcun modo pregiudicare.

Il Mortara invece, cadendo nella opinione comune, ammette che la giurisdizione ordinaria si trovi con quella della IV sezione in un rapporto di concorrenza, e restringe la discussione sull'argomento alla dimostrazione che con la sua teoria non si viene a portare una indebita restrizione alla competenza dell'autorità giudiziaria. « Rammentando quale funzione adempia l'ufficio giurisdizionale della sovranità, egli scrive, e in qual modo, si avverte che la sfera della competenza di ogni singolo organo di giurisdizione è determinata dalla qualità e quantità dei diritti subiettivi la reintegrazione dei quali dipende dal suo ministero; non già dalla considerazione delle norme giuridiche che mercè quelle reintegrazioni vengano garantite di regolare osservanza. Però che una medesima norma giuridica possa dare disciplina a parecchie e differenti serie di rapporti, in ciascuna delle quali contengasi la figura di un particolare diritto subiettivo; e quindi sotto altrettanti aspetti possa aver luogo la garanzia della osservanza ed applicazione della norma per quante sono le ideabili violazioni dei distinti diritti subiettivi da essa emananti. In conseguenza l'organo il quale provvede alla reintegrazione di uno fra questi diritti, accertando e riparando la violazione della norma giuridica che l'offese, non usurpa neppur un lembo di territorio spettante ad un organo diverso, per la difesa di altro fra i diritti subiettivi che una medesima norma garantisce ».

Fin qui nulla avremmo da osservare al chiaro scrittore: molte riserve invece e molte osservazioni si rendono necessarie allorché egli uscendo dal linguaggio astratto cerca di concludere. Propostasi infatti la domanda se un atto amministrativo dichiarato illegittimo ed annullato o modificato dalla giurisdizione di legittimità, possa dalla giurisdizione ordinaria essere riconosciuto legittimo, il Mortara non esita a rispondere negativamente così chiarendo il proprio pensiero: « Insistiamo nel dire che con ciò non si concede il passaporto ad una invasione della giurisdizione di legittimità nei domini della giurisdizione ordinaria. Alla giurisdizione ordinaria spetta tuttavia la piena potestà di esaminare ogni altra questione relativa alla pertinenza ed alla esistenza stessa del diritto, al fatto della sua lesione, alla entità di questa, alla misura del risarcimento; ma di quella violazione di legge sulla quale fu già deciso nel giudizio di legittimità essa non può fare novello esame; deve accettare siffatta decisione *coll'autorità del giudicato* che questa ha veramente: però che quando una funzione giurisdizionale fu esercitata dall'organo a cui compete, nei giusti limiti della propria potestà, non si può negare che ne sorga il giudicato sulla questione decisa ». Per le ragioni esposte precedentemente noi non possiamo accettare codeste conclusioni. Infatti o per diritto costituente la materia su di cui ha emesso il proprio giudizio la IV sezione si intende diritto civile e allora la ipotesi messa innanzi dal Mortara resterà campata in aria in quanto che non è mai possibile che su di esso pronuncî la giurisdizione amministrativa di legittimità; od invece pel diritto di cui qui è questione si intende il diritto alla legittimità degli atti discrezionali della funzione governativa, ed allora nessuna influenza il giudicato che su di esso possa formarsi può esercitare in confronto al giudice ordinario, perchè la materia su di cui questo svolgerà il suo giudizio sarà completamente indipendente da quel diritto nè potrà trovarsi in alcun modo connessa con il riconoscimento o con il disconoscimento di una sua lesione.

L'equivoco in cui sono caduti a questo proposito gli scrittori, trae in parte la sua origine dalla incompleta ed inesatta concezione di quello che è il sindacato di legittimità attribuito alla IV sezione.

Anche l'idea della concorrenza trovò la sua giustificazione ed il suo fondamento in cotesto concetto. Si osservò che l'autorità giudiziaria procedendo all'esame delle questioni di diritto in cui fosse parte la pubblica amministrazione sebbene trovasse limitati dalla legge del 1865 i suoi poteri in confronto dell'atto amministrativo, essendole vietato di annullarlo, si trovava costretta ad esprimere un giudizio sulla illegalità dell'atto stesso, la quale costituendo una questione pregiudiziale alle controversie che formavano oggetto della giurisdizione ordinaria, importava che su di essa il magistrato pur non pronunciando giudicasse. Infatti applicando i principi generali della competenza relativi alle questioni pregiudiziali, poichè la legge del 1865 non stabiliva che la autorità giudiziaria per dichiarare il diritto leso dall'atto amministrativo avesse bisogno che la questione della legalità o meno di tale atto fosse risolta da altra autorità, si doveva riconoscere che il magistrato ordinario adito in forza dell'art. 2 della legge del 1865 fosse competente a giudicare della legalità degli atti amministrativi, pur non potendo pronunciare la nullità degli atti stessi.

Orbene siccome con la legge del 1889 venne istituito un nuovo sindacato sulla legittimità di questi atti, venne considerata la materia su di cui esso si esercitava come in parte identica a quella in ordine alla quale si svolgeva il sindacato giudiziario, differenziandosi le due pronuncie soltanto per gli effetti a cui davano luogo, l'una limitandosi alla dichiarazione del diritto, l'altra estendendosi allo annullamento dell'atto. È vero che ci fu una dottrina che per qualche tempo ebbe seguito nella giurisprudenza ¹⁾ la quale dal divieto di revocare o modificare l'atto amministrativo argomentava che i tribunali mancassero di giurisdizione a conoscere della validità o nullità dell'atto medesimo ma di essa noi non ci occuperemo, non avendo essa meritatamente ottenuto, come quella che si fondava su di una interpre-

¹⁾ V. *Cons. di Stato*, parere 6 giugno 1881 (*Legge* 1871, II, 341); id., decis. su conf. 23 marzo 1875 (*Legge* 1875, II, 171); *Cass. Roma.* (sez. un.) 11 luglio 1898 (*Corte Suprema* 1898, 197); *Cons. di Stato* (Sez. IV), 4 gen-1904 (*Giur. it.* 1904, III, 93).

tazione eccessivamente pedestre delle disposizioni legislative, alcun seguito.

Noi ammettiamo senza contrasti che i tribunali ordinari compiano nell'esercizio delle attribuzioni loro affidate dalla legge del 1865 un vero giudizio di legittimità sugli atti amministrativi: quello che noi contestiamo è che questo giudizio sia identico a quello attribuito dalla legge del 1889 alla IV sezione del Consiglio di Stato; quello che contestiamo è che il sindacato di legittimità, in generale non possa che considerarsi ad una maniera e che un atto stesso non possa ad una stregua diversa ritenersi legittimo ed illegittimo contemporaneamente, senza contraddizione alcuna.

Lungamente abbiamo insistito sulla diversità delle norme giuridiche che i due organi giurisdizionali dei cui rapporti ora discutiamo sono chiamati ad applicare, tanto lungamente anzi da ritenerci esonerati dal dimostrare come la legittimità della quale deve giudicare l'uno non sia la stessa legittimità di cui giudica l'altro. Basta del resto pensare alla differente natura del diritto della cui lesione nei due casi si disputa per persuaderci che le decisioni le quali in ordine a queste lesioni possano essere emesse si trovano reciprocamente indipendenti ed incapaci di esercitare qualsiasi influenza ¹⁾.

¹⁾ Notevole su questo punto è una decisione della Corte di appello di Roma (4 novembre 1905, est. Palladini; in *Foro it.* I, 113) la quale pur non riuscendo a stabilire in modo preciso la natura ed i limiti delle due diverse funzioni giurisdizionali, nega recisamente che le decisioni della IV sezione del Consiglio di Stato sulla legittimità di un atto amministrativo costituiscano cosa giudicata per l'autorità giudiziaria, la quale per conseguenza sempre potrà decidere *ex novo* sulla legittimità o illegittimità di quell'atto all'effetto di escludere od ammettere il risarcimento del danno derivatone. Veramente non si può dire che codesto principio sia stato fissato in seguito alla constatazione della diversità del giudizio alle due autorità domandato: esso in gran parte trae origine dalla preoccupazione di mantenere in una completa indipendenza la autorità giudiziaria e da una non chiara concezione della funzione attribuita al Consiglio di Stato. Ciò non toglie però che la decisione presenti interesse e meriti di essere citata: ecco come la Corte la giustifica in motivazione:

* Attesochè non è dato argomentare dal divieto dell'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo 20 marzo 1865, alleg. E, che sia interdetto ai Tribunali ordinari di conoscere della validità o nullità dell'atto amministrativo.

La teoria che noi abbiamo cercato delineare sui rapporti intercedenti fra la giurisdizione di legittimità della IV sezione e la giurisdizione ordinaria potrà sembrare un pò troppo semplicista, ma non per questo si dovrà giudicare infondata od incapace a dare sempre una conveniente e giuridica risoluzione alle questioni che numerosissime a questo proposito possono sorgere nella pratica: nella sua semplicità anzi noi riponiamo il suo maggior pregio.

§ 3. — **La funzione della cosa giudicata nel sistema dei rapporti intercedenti fra la sezione V del Consiglio di Stato e la giurisdizione ordinaria.**

Accanto alla giurisdizione di legittimità chiamata anche giurisdizione generale o di annullamento, il testo unico del 31 marzo 1889 deferiva alla IV sezione una giurisdizione speciale di merito che la nuova legge del 7 marzo 1907 veniva a concentrare in una nuova sezione appositamente istituita, la V. Anzi ch'è essere aperta in confronto di ogni atto o provvedimento di una autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, la competenza di cotesto nuovo organo è ristretta a determinati casi espressamente previsti dalla

AmMESSo che per l'adempimento della loro alta missione essi debbono esaminare e definire se l'atto nella sua forma e nella sua sostanza contenga la violazione di un diritto, ne discende che possano e debbano giudicare della sua legittimità, senza di che sarebbe impossibile di emettere il giudizio. In tal guisa va interpretata la ricordata disposizione di legge del 1865; e checchè si sia detto o pensato in contrario, non fu ad essa innovato dalle posteriori leggi 2 luglio 1889 n. 6166 sul Consiglio di Stato, e 1 maggio 1890 n. 6897 sull'ordinamento della giustizia amministrativa le quali anzi riformarono il principio della assoluta indipendenza dell'autorità giudiziaria e dell'integrità della sua competenza (art. 24 della prima e 1 e 2 della seconda).

Cosicchè se tutto ciò è vero, deve essere vero anche il principio, che ne promana come conseguenza, che il magistrato ordinario, quando è chiamato a giudicare come nella specie se siano dovuti i danni per effetto della illegalità di un atto amministrativo, deve esaminare la esistenza della pretesa illegalità perchè da questa dipende la colpa o la negligenza da cui scaturisce la responsabilità civile a norma degli art. 1151 e segg. cod. civ.

La contraria teoria (che per verità si è manifestata con maggior frequenza nelle discettazioni accademiche che nella pratica del foro), che

legge: casi che non si riducono a quelli contemplati dall'art. 3 della legge 7 marzo 1907 (art. 23 del t. u. 17 agosto 1907) e della legge sulla giustizia amministrativa 1 maggio 1890, ma che vengono allargati dalle attribuzioni di alcune leggi speciali come quella del 20 novembre 1859 sulle miniere, del 20 giugno 1877 sulla amministrazione forestale, del 21 maggio 1908 sull'amministrazione comunale e provinciale, ecc.

Prima di indagare quali siano i rapporti fra questa speciale competenza e quella giudiziaria, occorre risolvere una questione preliminare relativa alla natura ed ai caratteri del sindacato di merito. Tutt'altro che concordi sono le opinioni a questo proposito; accanto a quelli che ritengono il giudizio di merito essere esclusivamente fondato su criteri di amministrativa opportunità, sfornito del carattere di vero e proprio giudizio giuridico, alcuni altri ne affermano la natura di vera giurisdizione speciale, sostituita a quella ordinaria per

attribuisce alla IV sez. del Cons. di Stato il carattere giurisdizionale della competenza di legittimità, fino al punto, che se fu prima adita come giudice della legittimità la decisione di essa, limitatamente alla questione dell'atto impugnato, costituisce giudicato anche di fronte alla competenza giudiziaria, non soddisfa la coscienza giuridica di un popolo civile che nella libera esplicazione dell'azione del magistrato ordinario intuisce la sua più salda garanzia; e fomenta il pericolo della confusione e dei conflitti fra i diversi poteri dello Stato »

Con tutte le inesattezze, che facilmente si possono rilevare dalla semplice lettura, questa sentenza rappresenta certo un progresso in confronto delle teoriche precedentemente dominanti nella giurisprudenza, delle quali per esempio è testimonia la seguente decisione della Cassazione Romana:

« La funzione della IV sezione del Consiglio di Stato, non solo nel giudizio di merito ma anche in quello di legittimità, è perfettamente giurisdizionale; perciò la pronuncia di essa acquista autorità di giudicato irrevocabile a tutti gli effetti civili, che impedisce di riproporre davanti la autorità giudiziaria la controversia sulla illegittimità dell'atto amministrativo, allo scopo di far dichiarare la lesione di un diritto privato, quando il ricorso per annullamento proposto alla IV sezione sia stato respinto.

Nè vale in contrario che si cerchi di denunziare qualche motivo di illegittimità diverso da quelli esposti nel ricorso alla IV sezione; giacchè tutti i motivi di annullamento si devono ritenere assorbiti dalla decisione che rigetta il ricorso » (Cass. di Roma, 12 dicembre 1901 in Giur. ital. 1902, I, 362).

l'esercizio di ogni potestà di cognizione e di giudizio relativamente ai diritti ed alle controversie particolarmente designate dalle leggi, mentre infine alcuni altri, ancora fedeli al vecchio aforisma *in medio veritas*, ritengono che codesto giudizio debba considerarsi in parte giuridico, in parte esclusivamente di opportunità.

Codesta questione ha certamente perduto molta della sua importanza dopo che la legge del 1907 venne ad affermare anche in confronto della V sezione, in forma esplicita, il carattere giurisdizionale poichè invero al riconoscimento od alla negazione di codesto carattere si restringe in ultima analisi la disputa se il giudizio di merito debba considerarsi o no giuridico. Infatti coloro che riducono i criteri in base ai quali la V sezione deve procedere all'esame ed alla risoluzione del ricorso innanzi ad essa proposto a semplici criteri di opportunità amministrativa, sono tratti necessariamente a configurare la V sezione stessa come un organo rientrante nel concetto di amministrazione, esercitante, come grado superiore dell'esercizio della potestà esecutiva, un controllo interno indipendente e magari concorrente a quello giurisdizionale del magistrato ordinario, mentre dall'altro lato il riconoscimento del carattere giuridico del sindacato di merito portava alla affermazione della natura giurisdizionale nell'organo attraverso cui esso si esercitava.

Noi crediamo che anche prima della legge del 1907 per le ragioni di ordine generale che abbiamo svolte trattando della funzione giurisdizionale e per quelle di natura speciale addotte a sostegno della competenza della IV sezione, questa seconda teorica dovesse preferirsi, come quella che astraendo dai preconcetti propri al sistema della giurisdizione unica, si riportava direttamente ai principi regolanti le relazioni fra privati e pubblica amministrazione e alla natura delle norme giuridiche estrinsecanti la loro attività nell'orbita del diritto pubblico.

Fu il Mortara che primo sostenne codesta teorica, affermando negli interessi ai quali il legislatore del 1889 aveva accordato col sindacato di merito una nuova protezione il carattere di veri diritti subiettivi. Anche questi interessi infatti come quelli guarentiti dal sindacato di legittimità potendo essere reintegrati in caso di lesione

e corrispondendo a questa reintegra un vero diritto subiettivo da parte del loro titolare devono essere considerati come dei diritti perfetti: nè può ostare a codesto riconoscimento il fatto che essi anzichè trovare sempre il loro fondamento in norme giuridiche sono spesso affidati ai principi generali di equità e di giustizia, insuscettabili di essere codificati e rimessi per conseguenza in modo completo alla dichiarazione e alla interpretazione del magistrato¹⁾.

Perchè esista invero diritto e corrispondente esercizio di funzione giurisdizionale occorre sì che una norma giuridica vi sia la quale stabilisca al diritto stesso i limiti e ne determini la consistenza, ma non è affatto necessario che codesta norma riesca talmente determinata da togliere al giudice ogni possibilità di esercizio di potere discrezionale: nel campo del diritto pubblico principalmente a causa della incessante mutabilità degli istituti è giocoforza nella maggior parte dei casi sostituire alla prescrizione particolare il principio generale, la consuetudine, l'equità, ed a dare corrispondentemente una certa estensione alla discrezione dell'organo giurisdizionale. Questo elemento della discrezionalità si riscontra del resto qualche volta anche nell'esercizio della giurisdizione ordinaria. Come osserva giustamente il Mortara, a prescindere dalle primitive e lontane forme di attività della funzione giurisdizionale, possiamo al presente vedere conferito un simigliante arbitrio ai giudici civili ordinari in molteplici casi di puro diritto privato (assegnazione di dilazione o di termini, apprezzamento e valutazione di colpe, costituzione di cauzioni ecc.) ed esso occupa una posizione importantissima nel campo del diritto processuale civile²⁾.

¹⁾ Cfr. su questo punto: MAYER. *Le droit administratif allemand*, vol. I, p. 210; SEYDEL. *Bayerisches Staatsrecht*, II, 440; Bernatzik. *Rechtsprechung* ecc., p. 37.

²⁾ Cfr. a questo riguardo SALANDRA. *Giustizia amministrativa*, p. 863 « I criteri di equità sono tutt'altro che estranei anche all'esercizio della giurisdizione civile ordinaria; di giurisdizioni di equità non mancarono e non mancano gli esempi e da un punto di vista più elevato e generale si può dire che pronunciare in un dato caso ciò che è giusto, equo, ragionevole, è pronunciare ciò che è diritto, cioè fare, anche sostanzialmente, atto di giurisdizione ». V. anche MARONE. *La decisione della IV sez. di fronte all'autorità giudiziaria*, *Giur. it.* 1900, IV, p. 215.

Si commetterebbe errore adunque, concluderemo con il chiarissimo scrittore, se in questo elemento si ravvisasse un motivo per negare la qualifica giurisdizionale al giudizio sul merito contemplato nell'art. 25 della legge 2 giugno 1889, o quella di diritti alle facoltà o potestà subiettive da esso tutelate. L'obiezione che a questo riguardo potrebbe muoversi, quella cioè che per la legge 1865, rispettata dalle leggi posteriori in tutte le sue disposizioni, ogni questione di diritto dovendo essere sottoposta alla cognizione dell'autorità giudiziaria, non potrebbe mai riconoscersi questo carattere alle materie sottoposte alla V sezione, trova la sua risposta nelle argomentazioni svolte al paragrafo precedente allorché ne abbiamo contestato il fondamento nei confronti della competenza di legittimità della IV sezione. È curioso però il vedere come coloro stessi che su questa obiezione fondavano in gran parte la dimostrazione del carattere amministrativo del sindacato di legittimità, tentino relativamente alla giurisdizione di merito di introdurre una restrizione alla teorica prima sostenuta, riconoscendo che la stessa maniera dell'organizzazione dei poteri fa sì che una controversia, avente per contenuto una questione di diritto pubblico fra persone pubbliche, trovi il suo giudice più adatto nella suprema autorità amministrativa, che appare naturalmente ordinata per dirimere i conflitti, di qualunque natura, sorgenti fra gli organi dell'amministrazione stessa, e ciò in tanto più in quanto è meno vigorosa ed autonoma la personalità di quegli organi nel campo del diritto pubblico ¹⁾.

In questo modo, come si comprende, introdotta una eccezione al principio, si viene a togliere ogni valore all'obiezione che su di esso si fondava, tanto più poi quando si pensi che le ragioni stesse che quella eccezione giustificano possono bene essere adottate a giustificazione di altre eccezioni.

Ammettendo il carattere giurisdizionale al sindacato di merito siamo costretti per necessità logica ad escludere qualsiasi rapporto di concorrenza fra codesta giurisdizione e quella ordinaria. I fautori dell'opinione contraria trovano appunto nella esistenza di codesto

¹⁾ Cfr. ORLANDO. *Giustizia amministrativa*, loc. cit. p. 821, in nota.

rapporto un'altra ragione per sostenere il carattere amministrativo della competenza della V sezione. Osservava giustamente l'Orlando a proposito di codesta questione che principi e regole generali non avrebbero potuto fissarsi riguardo ad essa, riuscendo incompatibili con la speciale natura della competenza propria a questo organo, la quale non venendo dichiarata in via generale, ma relativamente a più decine di particolari contestazioni, non può assumere speciali figure in rapporto alla diversa materia a cui si applica. Perciò, egli concludeva, in quei casi che fossero assolutamente sottratti alla cognizione dell'autorità giudiziaria o in virtù di disposizione apposita, o per loro natura, bisogna ritenere che la competenza della V sezione sia assoluta, ed, escluso quindi ogni concorso con quella dell'autorità giudiziaria, il carattere giurisdizionale potrebbe sotto questo aspetto riconoscersi. Laddove invece queste condizioni non si riscontrano o si tratta di materie che possano dar luogo ad una controversia su diritti che per la legge sul contenzioso amministrativo sarebbero spettati all'autorità giudiziaria, la competenza di questa resta inalterata e per questa ragione sarà impossibile, senza ammettere l'assurdo di due giurisdizioni concorrenti, riconoscere il carattere giurisdizionale alla V sezione.

Riteniamo esattissimo il criterio addotto dall'Orlando, ma crediamo esorbitante dai limiti del nostro lavoro il rintracciarne le applicazioni in ordine ai vari casi dalle nostre leggi contemplati. Rileveremo soltanto che male questa applicazione potrà farsi quando si parta da una inesatta concezione del sistema della giurisdizione unica quale fu del nostro legislatore accettato e da una esagerata interpretazione delle attribuzioni affidate dalla legge del 1865 all'autorità giudiziaria. Occorre in altre parole tener presente, come osservava il Mortara, che se è vero che in un ordinamento politico, dove sia attuata nella sua più rigorosa estensione la giurisdizione unica, ogni posteriore istituto di giurisdizione speciale segnerebbe con la propria nascita la perdita di un lembo di terreno per essa; non è men vero che in Italia, essendo rimasto in vigore il sistema della pluralità delle giurisdizioni civili, una nuova può sorgere onde provvedere alla tutela di rapporti e di facoltà soggettive ricondotti

sotto l'egida del diritto per la soddisfazione di un novello bisogno sociale, senza che ciò restringa il campo d'azione di veruna fra le preesistenti ¹⁾.

Orbene, senza addentrarci in una discussione particolare in ordine ai vari casi, noi crediamo che le materie sottoposte in forza dell'art. 25 del t. u. del 1889 al sindacato di merito della IV sezione e deferite in seguito dal t. u. del 1907 alla V, siano completamente sottratte al sindacato dell'autorità giudiziaria, perchè esse o appartenevano già alla giurisdizione speciale del Consiglio di Stato ovvero non appartenevano prima della legge del 1889 a veruna giurisdizione. Codesta nostra affermazione meriterebbe di essere specificatamente giustificata; non volendo però eccessivamente dilungarci, tanto più dopo che la legge del 1907 venne a riaffermare in modo esplicito il carattere giurisdizionale della V sezione, ci accontentiamo di rimandare alla lucida e stringente dimostrazione fatta a questo proposito dal Mortara nel suo più volte citato *Commentario*.

Disconoscendo la esistenza di ogni e qualsiasi concorrenza fra la giurisdizione di merito del Consiglio di Stato e quella della autorità giudiziaria, noi non possiamo che rigettare quella opinione che trovò anche accoglimento nella giurisprudenza nostra, per la quale accanto alla giurisdizione di merito della V sezione si riteneva possibile la esistenza di una giurisdizione di legittimità dell'autorità giudiziaria, opinione che se accettata, porterebbe spesso ad un insanabile conflitto fra le due autorità togliendo all'una od all'altra molto del loro prestigio ²⁾.

Giunti a questo punto, dopo aver sommariamente delimitati i rapporti intercedenti fra la competenza della V sezione e quella della autorità giudiziaria ordinaria, è necessario, prima di concludere sulla funzione della cosa giudicata in ordine a questi rapporti, dire qualche cosa sulla portata della giurisdizione di merito, in quanto principalmente essa si differenzia da quella di legittimità.

A questo proposito occorre ricordare che la funzione giurisdizionale

¹⁾ Cfr. MORTARA. *Commentario*, I, 397.

²⁾ Cfr. *Cass. Roma*, 12 giugno 1894, *Giur. it.* 1894 I, 1, 749.

zionale risolvendosi nella applicazione o nella interpretazione di un principio di diritto obiettivo in ordine ad un caso specifico, abbisogna di due elementi per il suo esercizio: una norma ed un fatto. Orbene, il fatto come la norma non sempre possono essere certi, incontrovertibili, indiscutibili. Quando ciò si avveri, un giudizio di pura legittimità non è possibile, o per lo meno esso non può compiersi che prescindendo da ogni indagine diretta all'accertamento obiettivo del fatto e del diritto, cioè solo alla stregua di una norma qualsiasi che deve presupporci come certa e di un fatto che deve presumersi vero. Se si tratta invece di una competenza di merito codeste presunzioni non sono più necessarie, perchè al giudice è data facoltà, in mancanza di una stregua assoluta, certa, obiettiva, di ricercare quale debba essere in ordine ai principi di giustizia, di equità, di opportunità, il criterio cui confrontare il caso controverso, ed, in mancanza di un accordo fra le parti sulla determinazione del fatto in ordine al quale la controversia è sorta, di procedere a quelli accertamenti, a quelle valutazioni, a quegli apprezzamenti che servano a dirimere le controversie che al fatto si riferiscono.

Così la V sezione del Consiglio di Stato appare fornita di un potere molto più ampio di quello spettante alla IV, ma non per questo diverso: trattasi in altre parole sempre di un giudizio tendente ad applicare una norma di condotta che alle volte sarà vera norma giuridica, alle volte mancherà di questo esplicito carattere; giudizio che nell'un caso e nell'altro viene a differenziarsi per la diversa intensità ed estensione dei poteri con cui si esercita. Non soltanto però in riguardo al modo di cognizione e di giudizio la competenza di merito si differenzia da quella di legittimità, ma bensì anche per la portata diversa delle decisioni che a quelle competenze corrispondono. — Mentre infatti la IV sezione non può che accogliere o rigettare il ricorso ad essa presentato, cioè annullare o mantenere l'atto amministrativo contro cui esso è diretto, la V sezione, oltre che il potere di annullare il provvedimento o di mantenerlo, può emettere una statuizione propria e sostituire un proprio provvedimento a quello impugnato. Questa particolare facoltà propria alla competenza di merito fa sì che l'organo attraverso cui essa si esercita debba consi-

derarsi ad un tempo come giurisdizionale ed amministrativo come quello che riunisce in sè (le parole sono del Leporini) il potere di decidere in forma di giurisdizione e il potere anche di provvedere attivamente nei limiti degli obbiettivi e degli intenti per cui l'istituto è creato ¹⁾).

Su questo carattere speciale della V sezione avremo occasione di soffermarci più a lungo sul capitolo V allorchè verremo indagando i limiti obbiettivi della cosa giudicata nascente dalle sue decisioni.

Avendo posta a base delle relazioni fra la V sezione e l'autorità giudiziaria il rapporto di separazione, è naturale che anche in questo caso la funzione della cosa giudicata debba ridursi ad una funzione puramente negativa. — Infatti essendo nettamente distinte le materie proprie a queste due competenze ne deriverà che le autorità a cui l'esercizio è commesso abbiano a procedere al loro esaurimento con perfetta indipendenza senza che il giudicato che in ordine ad una di esse possa essersi formato abbia ad influire sull'altra. — Gli stessi principi adunque che abbiamo veduto doversi applicare riguardo ai rapporti fra la giurisdizione di legittimità e la giurisdizione ordinaria dovranno anche a questo proposito estendersi.

Occorre però esaminare alcune questioni che nella pratica possono presentarsi, per vedere quale, in base a questi principi debba esserne la risoluzione. — Poichè l'ultimo capoverso dell'art. 25 della legge del 1889 riprodotto in quella successiva del 1907, mantiene ferma la competenza dell'autorità giudiziaria quale dalle leggi precedenti era stata fissata, può darsi il caso che dallo stesso rapporto, dal legislatore assegnato alla competenza di merito della V sezione, sorgano delle azioni civili di competenza ordinaria. — Tale per esempio è il caso che si richieda in confronto della amministrazione, per un provvedimento da questa posto in essere, un risarcimento di danni. — Codesta domanda rientrando indubbiamente nella competenza del magistrato civile può essere presentata anteriormente ed indipenden-

¹⁾ Cfr. LEPORINI. *Dei ricorsi alla sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato per l'esecuzione dei giudicati sugli atti amministrativi lesivi di diritti* (Arch. di dir. pubbl. vol. I, p. 119).

temente al ricorso avanti alla giurisdizione di merito (poichè come si intuisce noi facciamo l'ipotesi che trattasi di una delle questioni contemplate tassativamente dall'art. 23 del nuovo t. u.) ovvero può essere presentata posteriormente alla decisione della V sezione.

Nel primo caso, questa, pur non potendo sollevare la sua incompetenza in ordine alla domanda, si troverà nella impossibilità di giudicare su di essa prima che sia risolta la questione della illegittimità o della inopportunità del provvedimento su di cui la domanda stessa viene fondata. Trattasi di una questione pregiudiziale esorbitante dalla sua competenza, rientrante invece, per espressa disposizione di legge nella competenza della V sezione. — Il magistrato ordinario, in base ai principi generali processuali sulla competenza dovrà in questo caso soprassedere, ed attendere che la V sezione pronuncii il suo giudizio imperocchè la *iniuria* non potrà essere stabilita che dal magistrato speciale essendo il giudizio sulla legittimità dell'atto compreso in quello sulla opportunità.

Nel secondo caso possono presentarsi due ipotesi: che la V sezione abbia rigettato il ricorso, ovvero che lo abbia accolto annullando o modificando il provvedimento impugnato.

In entrambi questi casi il giudizio della V sezione avrà in confronto dell'autorità giudiziaria forza di giudicato, non potendo questa in nessuna maniera ritornare sull'esame compiuto da quella. Perciò se il ricorso sarà stato rigettato, e l'atto per conseguenza sia ritenuto legittimo, il magistrato ordinario dovrà respingere la domanda imperocchè verrebbe a mancare l'estremo dell'*iniuria* necessario al sorgere di un *dammum*, — se il ricorso invece sarà stato accolto, il magistrato ordinario dovrà procedere alla liquidazione del danno, cioè alla determinazione del modo e della misura con cui esso dovrà essere riparato in base alla decisione ottenuta davanti alla V sezione ed all'accertamento dell'*iniuria* in questa contenuta. — Sono queste applicazioni così chiare e semplici dei principi precedentemente fissati, che non occorre più oltre insistervi.

Abbiamo creduto però opportuno accennarvi poichè come abbiamo visto furono qualche volta ¹⁾ sostenute dalla giurisprudenza

¹⁾ V. p. e. sentenza Cass. Roma, poco fa citata.

nostra, opinioni con quei principi profondamente contrastanti ¹⁾.

Esaminiamo ora l'ipotesi contraria a quella sulla quale abbiamo sinora discorso: supponiamo cioè che alla V sezione nel corso del giudizio di merito su di una questione rientrante per legge nella sua competenza si presentino delle questioni preliminari o pregiudiziali di competenza dell'autorità giudiziaria. Anche in questo caso la soluzione ci sembra facile. Tenendo fermi i principi generali sulla competenza e la disposizione dell'ultimo capoverso dell'art. 23 noi crediamo che la V sezione debba sospendere il proprio giudizio ed attendere che il giudice ordinario risolva le questioni di cui si tratta: soltanto quando questa risoluzione sia avvenuta essa potrà procedere oltre nel proprio esame senza però poter conoscere del modo con cui la competenza ordinaria si è esercitata nè apprezzare le decisioni attraverso questo esercizio emesse, le quali, una volta divenute giudicate, avranno in suo confronto forza obbligatoria.

Relativamente alle questioni pregiudiziali possono darsi infatti due eventualità: o il magistrato competente a conoscere definitivamente della controversia è anche competente a giudicare della questione pregiudiziale ed allora egli riterrà l'intero giudizio (*question préalable*): ovvero questo magistrato non ha questa competenza, essendo la questione pregiudiziale devoluta ad un'altra giurisdizione, ed allora egli dovrà sospendere il giudizio sulla questione definitiva fino a che sia stata decisa la questione pregiudiziale (*question préjudicielle*). Nel caso nostro, per la disposizione dell'ultimo capoverso dell'art. 23 non essendo possibile la prima soluzione, dovrà necessariamente verificarsi la seconda. I principi stessi fissati dal nostro legislatore a regolare i rapporti di coesistenza fra la giurisdizione civile e la giurisdizione penale e che a questo riguardo possono invocarsi per analogia conducono alla medesima conseguenza: per essi infatti si può formulare la regola che lo svolgimento normale di una

¹⁾ È doveroso però notare che si ebbero anche notevoli decisioni in senso analogo al modo di vedere da noi sostenuto. Cfr. p. e. *Cass.* (Sez. un.) 20 marzo 1894, *Giur. it.* 1894, I, 1, 465; *Cass. Roma*, 29 dic. 1897, *Giur. it.* 1898, I, 1, 63; *Cass. Roma*, 10 febr. 1897, *Giur. it.* 1897, I, 1, 233; *Cass. Roma*, 8 luglio 1898, *Giur. it.* 1898, I, 1, 750.

competenza non ha più luogo quando sulla materia stessa un'altra giurisdizione, pure avente oggetto diverso, deve esplicarsi.

Questa nostra opinione trovò accoglimento, sin dal 1896, dalla Suprema Corte di Roma in numerose decisioni non sempre però correttamente motivate, tali anzi da giustificare una reazione nella dottrina. Della quale l'esponente più vivace e più acuto fu senza dubbio il Mortara ¹⁾. Le ragioni che questo egregio scrittore adduce in sostegno della sua tesi non ci sembrano però convincenti: esse si riducono, volendo astrarre dalle argomentazioni particolari con cui egli intende combattere la motivazione di una fra le più infelici delle sentenze or ora accennate in merito alle quali noi non vogliamo entrare, a due principalmente. — Anzi tutto la competenza della V sezione a risolvere le questioni incidentali o preliminari deve ammettersi, secondo il Mortara, perchè, la competenza determinandosi sempre in base all'oggetto della domanda, oggetto del ricorso alla V sezione è la revoca o la riforma del provvedimento; in secondo luogo perchè la riserva contenuta nell'ultimo capoverso dell'art. 25 del t. u. del 1889 (art. 23 del t. u. del 1907) non può invocarsi se non nel caso in cui la controversia di competenza giudiziaria si presenti come controversia autonoma non come controversia incidentale o preliminare nei limiti e per gli effetti del litigio di competenza della V sezione. Quanto al primo argomento, esso si riporta a quell'inesatto concetto dell'oggetto della domanda sul quale abbiamo avuto occasione di intrattenerci a proposito della analoga questione sorta a riguardo della competenza di legittimità della IV sezione: riteniamo perciò inutile il ripetere le ragioni per le quali noi riteniamo l'annullamento o la riforma dell'atto semplicemente come un effetto della dichiarazione di competenza, incapace per conseguenza di essere assunto come criterio per la determinazione della competenza stessa. Quanto al secondo argomento, noi ci limiteremo ad osservare che se in linea generale il principio invocato dal Mortara per il quale il giudice di una controversia debba essere munito di tutti i poteri necessari per esaminarla e deciderla (*cui iurisdictionis data est, ea quoque concessa*

¹⁾ Cfr. *Commentario*, I, p. 409 e segg.

videntur sine quibus iurisdictio explicari non potest) può accettarsi; nel caso particolare la riserva dell'ultimo capoverso dell'art. 25 mantenendo integra la competenza giudiziaria e tenendo nettamente distinte le materie su di cui le due giurisdizioni avrebbero dovuto esercitare la loro attività, impedisce che esso possa essere applicato. Codesta riserva infatti, in questo caso, assume il carattere di una manifestazione espressa della volontà del legislatore, diretta appunto ad introdurre una eccezione a quel principio.

§ 4. — La funzione della cosa giudicata nel sistema dei rapporti reciproci fra le due sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato.

Quegli stessi principii ai quali abbiamo fatto ricorso nell'esame delle relazioni intercedenti fra la IV e la V sezione e l'autorità giudiziaria trovano piena applicazione anche per ciò che riguarda i rapporti reciproci fra le due sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato. Come abbiamo avuto occasione di rilevare nel corso di cotesto capitolo le competenze proprie a questi due organi sono fra loro separate, non potendo, per espressa disposizione di legge, mai insieme concorrere: l'una infatti è una competenza generale di annullamento, esercitantesi in confronto di ogni atto amministrativo in quanto esso si reputi viziato di incompetenza, di violazione di legge o di eccesso di potere; l'altra invece è una competenza speciale che sorge soltanto in ordine a questioni tassativamente previste e determinate dal legislatore. La funzione della cosa giudicata adunque anche in questo caso sarà normalmente una funzione negativa.

Può darsi però la eventualità che un atto amministrativo sul quale già ha pronunciato la IV sezione, sia impugnato in seguito davanti alla V. Naturalmente noi qui consideriamo l'ipotesi che la IV sezione abbia precedentemente rigettato il ricorso, perchè se essa lo avesse accolto, dovendo pronunciare l'annullamento dell'atto amministrativo, a sensi dell'art. 37 del T. u. 17 agosto 1907, verrebbe meno la possibilità che l'atto stesso avesse ad essere impugnato davanti la V sezione. Nel caso che la IV sezione rigetti il ricorso, può darsi che l'atto che ne formava oggetto venga impugnato in sede di merito, o

per meglio dire che in ordine a questo stesso atto sorga nella V sezione la necessità, in linea incidentale o pregiudiziale, di emettere un giudizio. Verificandosi questa circostanza il precedente pronunciato (ove, s'intende, il ricorso pendente sia stato rigettato non per mancanza di forma o per violazione di norme procedurali, ma in seguito ad esame dell'atto contro cui esso era proposto) quando su di esso si sia formata la cosa giudicata avrà rispetto alla V sezione forza obbligatoria, limitatamente però ai confini entro i quali deve essere contenuta la decisione di una giurisdizione di legittimità. Così la giurisdizione di merito non potrà considerare l'atto di cui si disputa come illegittimo, come cioè viziato di incompetenza, di eccesso di potere, di violazione di legge: essa potrà soltanto indagarne il fondamento alla stregua dei principii di equità, di giustizia, di convenienza e soltanto in forza di questo giudizio trarre conseguenze diverse da quelle che avevano determinato la IV sezione al rigetto del ricorso.

Può darsi anche che la IV o la V sezione ritenendo la propria competenza a conoscere di un ricorso che invece sarebbe spettato all'altra, pronunci in ordine ad esso. In questo caso, se la decisione così emessa, abbia acquistato forza di giudicato, la questione a cui essa si riferiva non potrà ripresentarsi dinanzi alla sezione competente, ciò derivando come logica conseguenza dalla natura giurisdizionale di queste decisioni.

Altri rapporti possono intercedere fra questi due organi ma i principii che volta per volta si dovranno applicare saranno sempre gli stessi; perciò riteniamo inutile il più oltre immorarci. Per quanto riguarda poi la questione di sapere sino a qual punto si estenda la forza di cosa giudicata propria alle decisioni delle sezioni giurisdizionali, diremo nei capitoli seguenti.

Prima di chiudere però questo argomento, ricorderemo come nella ipotesi che entrambe le sezioni si dichiarino competenti a conoscere di un ricorso contro lo stesso provvedimento, ovvero nell'altra che entrambe si dichiarino incompetenti senza che sia stata pronunciata decisione definitiva sulla controversia, si fa luogo, secondo il disposto dell'art. 76 del testo unico del 1907, al regolamento di competenza,

sopra domanda di parte o dell'autorità di cui si impugna il provvedimento al presidente dell'adunanza plenaria.

§ 5. — La funzione di cosa giudicata nel sistema dei rapporti intercedenti fra le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e le altre giurisdizioni speciali amministrative.

Occorre ora per completare la trattazione delle questioni relative ai rapporti in cui possano trovarsi le due sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato con le altre autorità giurisdizionali, esaminare anche l'argomento nei confronti delle giurisdizioni speciali amministrative, mantenute, numerose, dal nostro legislatore malgrado la adozione del principio della giurisdizione unica. Fedeli al sistema sinora seguito di mantenere la trattazione in un campo prevalentemente teorico, noi non ci indugeremo ad esaminare il problema nei riguardi di ciascuna giurisdizione in particolare, ma ci limiteremo ad accennare ai principi generali la cui applicazione possa giovare alla risoluzione dei vari casi che nella pratica si possono presentare.

Non sarà inutile anzitutto premettere una nozione generale sul concetto di giurisdizione amministrativa speciale quale venne accolto dal legislatore nostro: concetto che del resto non riuscirà difficile il fissare dopo esserci intrattenuti sulla giurisdizione di merito del Consiglio di Stato che in ultima analisi non è altro che una giurisdizione speciale amministrativa. È necessario però tener presente che mentre le giurisdizioni anteriori alle leggi creatrici dei cosiddetti istituti sulla giustizia amministrativa rappresentavano altrettante restrizioni al campo sottoposto alla competenza dell'autorità giudiziaria, considerata come giurisdizione comune o generale, le altre giurisdizioni istituite con le leggi del 1889 e 1890 vennero create in ordine a materie prima sfornite di ogni difesa giurisdizionale, per cui dovettero necessariamente prescindere dalla competenza degli organi giudiziari ordinari ed assumere il carattere, in ordine alla nuova categoria di diritti di cui rappresentavano la guarentigia, non già di giurisdizioni contrapposte a quella ordinaria e per ciò eccezionali, ma bensì quello

di giurisdizioni comuni, svolgenti la loro attività in un campo posto al di fuori della competenza dell'autorità giudiziaria.

Gli elementi necessari perchè sorga una giurisdizione speciale amministrativa sono chiaramente messi in rilievo dal Romano nella sua eccellente monografia più volte citata. Accettando la definizione di questo scrittore, senza però seguirlo nella contrapposizione che egli fa tra codesti organi e quelli della giustizia amministrativa, noi diremo chiamarsi speciale amministrativa quella giurisdizione nella quale il giudice sia costituito da una autorità che fa parte della pubblica amministrazione ed una delle parti in lite sia lo Stato od un ente autarchico: che abbia per oggetto una controversia la quale versi su diritti pubblici subiettivi; e che ponga fine al procedimento con un atto che se non è in tutto una sentenza, deve una sentenza contenere ¹⁾.

Il Romano aggiunge nella sua definizione un'altro requisito quello cioè che la controversia oggetto della giurisdizione speciale amministrativa debba essere risolta mediante una norma avente il carattere dell'imperiosità: è sulla necessità di questo requisito che egli fonda in gran parte la dimostrazione del carattere amministrativo delle funzioni contenziose del Consiglio di Stato. Noi non solo non concordiamo con il chiarissimo scrittore a questo proposito, essendo profondamente convinti che l'esercizio di un potere discrezionale non sia incompatibile con il concetto di giurisdizione e che per conseguenza la stregua a cui il giudice deve conformare il suo giudizio, pur essendo a sè stesso estranea possa da lui essere dichiarata e determinata, ma crediamo che la istituzione di organi giurisdizionali cui sia affidato un sindacato di opportunità e di convenienza molto contribuisca alla protezione dei diritti dei cittadini in confronto dello Stato e ad un efficace svolgimento dell'azione amministrativa.

Accennato in questo modo sommariamente al concetto di giurisdizione speciale amministrativa, occorre indagarne i rapporti con le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato. Il principio generale che a questo riguardo bisogna innanzi tutto richiamare è quello che più

¹⁾ V. ROMANO. *Le giurisdizioni speciali amministrative*, loc. cit. p. 552.

giurisdizioni non possono mai, in nessun caso, esercitarsi concorrentemente. Codesto principio trova, in ordine alla funzione di cui ci stiamo occupando, la sua sanzione nell'art. 22 del T. u. sul Consiglio di Stato del 1907 il quale, determinando la competenza della IV sezione, esclude che essa possa svolgersi su materie spettanti alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali. L'ultimo capoverso dell'art. 23 non fa una analoga restrizione, ma si limita a stabilire che « nulla è innovato alle disposizioni delle leggi vigenti per quanto riguarda la competenza giudiziaria ». Evidentemente però il legislatore omise di accennare espressamente alla competenza delle giurisdizioni speciali perchè le materie in riguardo alle quali egli istituiva la nuova giurisdizione di merito erano diverse e distinte da quelle sulle quali le prime pronunciavano: se ciò non ostante nella pratica si presentasse una coincidenza nell'oggetto dei due organi giurisdizionali, la giurisdizione speciale dovrebbe cedere di fronte a quella di merito. Possiamo adunque senza esitazione affermare che il rapporto intercedente fra le giurisdizioni speciali amministrative e le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, è un rapporto di separazione.

Non sempre fu codesto principio pacificamente accolto; quando più era diffusa la opinione che gli istituti per la giustizia amministrativa fossero dei semplici organi amministrativi, aventi speciali manifestazioni, si cercò di sostenere riguardo alla loro attività il principio della concorrenza, nel senso che ad essi si potesse ricorrere contemporaneamente all'esperimento di rimedi giurisdizionali sia dinanzi i tribunali comuni, sia dinanzi autorità e collegi speciali: su codesto principio di cui ci si limitava alla enunciazione, si ritrovava, con evidente petizione, uno degli argomenti più solidi per escludere il carattere giurisdizionale nella IV sezione. Non solo: ma si osò dubitare se potesse aver luogo un rapporto di subordinazione della IV sezione in confronto delle giurisdizioni speciali amministrative. Escluso in fatti, si disse, che una autorità giurisdizionale possa esser subordinata ad una autorità amministrativa (poichè tale era considerata la IV sezione) anche se rivestita di attribuzioni formalmente contenziose, resta a vedere se gli atti di certi supremi organi della giu-

stizia amministrativa siano suscettibili di essere sottoposti al controllo ed alla competenza di autorità giurisdizionali, e, data la risposta affermativa, di qual grado queste debbano essere e se necessariamente ordinarie o talvolta anche speciali ¹⁾.

Crediamo di non dover intrattenerci su questo argomento per combattere una opinione che ormai dal legislatore stesso ebbe la condanna più solenne. Preferiamo ricercare invece in quali altri rapporti con le giurisdizioni speciali possano eccezionalmente trovarsi la IV e la V sezione. Giacchè abbiamo accennato al rapporto di subordinazione ricorderemo come la legge del 1 maggio 1890 ed altre leggi che è inutile enumerare costituiscano, relativamente a determinate materie, la V sezione del Consiglio di Stato come giurisdizione di secondo grado rispetto ad alcune giurisdizioni speciali di primo grado. In questo caso la cosa giudicata formatasi in seguito all'esercizio del sindacato di merito avrà efficacia anche in confronto della giurisdizione speciale, nel senso che quando dinanzi a questa si presenti una questione in ordine alla quale si sia già precedentemente ottenuta una pronuncia della sezione giurisdizionale, la eccezione di giudicato potrà validamente sollevarsi.

Accanto però a codesto rapporto di subordinazione, che chiameremo particolare, può rinvenirsi riguardo alla competenza delle sezioni giurisdizionali anche un principio di subordinazione generale per il quale in attuazione del principio che giurisdizione comune od ordinaria debba ritenersi quella dell'autorità giudiziaria, tutte le giurisdizioni vengono subordinate ad un organo supremo di questa

¹⁾ Cfr. ROMANO. *Le giurisdizioni* ecc. p. 606.

Nel suo successivo studio su *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative* (loc. cit. p. 1260 e segg.) il ROMANO, tenendo fermo il principio che gli istituti della giustizia amministrativa non siano organi giurisdizionali, risolve la questione in senso affermativo, ammettendo cioè la esistenza di un rapporto di subordinazione della IV sezione in confronto dell'autorità giudiziaria. « Affermato, egli scrive, in linea di principio che le decisioni in sede di giustizia amministrativa debbano considerarsi, avuto riguardo alla loro natura, come atti amministrativi, troveranno applicazione le norme della legge del 1865, secondo le quali la autorità giudiziaria, pur non potendo revocarle, è competente a giudicare della legittimità di questi ultimi ».

per gli eventuali conflitti che reciprocamente possano sorgere. Così per la legge del 1877 la Cassazione Romana a sezioni unite giudica dei conflitti di giurisdizione positivi o negativi fra i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali, nonchè della nullità delle sentenze di queste giurisdizioni per incompetenza o eccesso di potere. Di questo argomento noi non ci intratteremo esulando esso dai limiti del nostro tema.

Le relazioni fra le giurisdizioni esercitate dalla IV e dalla V sezione del Consiglio di Stato e le altre giurisdizioni speciali amministrative, oltre che al principio della subordinazione, possono anche ricondursi a quello della coordinazione. Si può dare cioè l'ipotesi che la IV e la V sezione non possano procedere alla risoluzione definitiva della controversia innanzi ad esse portata prima che sia decisa una questione a quella risoluzione pregiudiziale, rientrante nella competenza di una giurisdizione speciale; o viceversa che la giurisdizione speciale si trovi di fronte, nel corso del giudizio ad essa demandato, ad una questione di cui debba per legge conoscere una delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato. Nella prima ipotesi occorre distinguere due casi: 1.º che la questione di cui si tratta sorga in ordine alla risoluzione sopra un ricorso di legittimità: 2.º che essa questione sorga invece in ordine alla risoluzione di un ricorso di merito.

Nel primo caso, poichè l'art. 22 della legge sul Consiglio di Stato mantiene ferma di fronte alla competenza di legittimità della IV sezione la competenza delle giurisdizioni speciali amministrative, la IV sezione dovrà sospendere il suo giudizio sinchè l'altra giurisdizione competente non abbia emanate le sue decisioni, le quali limitatamente alla materia che ne formava oggetto avranno efficacia di giudicato, nè potranno per conseguenza essere più poste in discussione. Nel secondo caso la questione dovrà essere risolta in modo diverso, poichè, mancando nell'art. 23 qualsiasi restrizione relativa alla competenza delle giurisdizioni speciali, potrà applicarsi alla V sezione il generale principio di procedura: *cui jurisdictio data est, ea quoque concessa videntur sine quibus iurisdictio explicari non potest*, e perciò anche la questione pregiudiziale, in quanto non si presenti

in modo autonomo, potrà essere decisa dalla giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Nella seconda ipotesi le giurisdizioni amministrative speciali, appunto per questa loro qualità in forza della quale il loro esercizio è limitato a casi determinati e specifici, dovranno rimettere la risoluzione della questione preliminare o pregiudiziale sulla quale la loro competenza non può estendersi alla sezione competente del Consiglio di Stato, la cui decisione avrà in loro confronto efficacia di cosa giudicata.

Il principio della coordinazione può manifestarsi anche in altro modo nel sistema dei rapporti fra le sezioni giurisdizionali e le giurisdizioni speciali amministrative. Ciò avviene quando una giurisdizione amministrativa debba tener conto per il suo giudizio della decisione di una delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, in modo che questa costituisca il punto di partenza su di cui il giudizio di quella debba fondarsi. Verificandosi questa eventualità la questione risolta dalla decisione della IV o della V sezione non potrà in alcun modo essere esaminata, ma dovrà in ordine ad essa, col compimento delle prescritte formalità processuali, ritenersi formato il giudicato. Così, volendo dare un esempio, sebbene le cose dette risultino abbastanza chiare, pendendo un giudizio di responsabilità contabile contro un impiegato o funzionario dell'ordine amministrativo, la giurisdizione speciale a cui il giudizio è deferito, non potrà prescindere dal giudizio sull'atto amministrativo sul quale la responsabilità si fonda, emesso, in seguito a ricorso, da una delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato: non potrà cioè ritenere legittimo un atto che la IV sezione ha giudicato illegittimo o fondare le sue decisioni su fatti che stiano in contraddizione con quelli accertati in un precedente giudizio di merito davanti la V sezione.

Il principio della separazione può infine, in alcuni casi, essere sostituito da quello della alternazione, nel senso che non sempre si possa affermare che dove esista una determinata competenza giurisdizionale debbasì senz'altro escludere la possibilità di una competenza diversa. Crediamo inutile l'esaminare particolarmente le varie forme con cui questo principio può venire a manifestarsi, limitandoci invece alla esposizione dei criteri a cui esso si ispira. Secondo la nostra le-

gislazione la concentrazione della competenza può avvenire per concessione o per continenza di causa ed anche per la accessorialità delle questioni. Senza voler neppure tentare di stabilire a questo riguardo dei principii sicuri osserveremo come per i caratteri propri delle diverse competenze giurisdizionali esplicantesi nel campo amministrativo, quali precedentemente abbiamo cercato di porre in rilievo, la continenza di causa e la accessorialità delle questioni possono detrarre, ove si renda necessario, alla competenza di legittimità della IV sezione in favore di quella delle giurisdizioni speciali amministrative, senza che si possa dare, per il carattere eccezionale ed inderogabile di quest'ultime affermato dal legislatore anche in rapporto alla giurisdizione di annullamento del Consiglio di Stato, il caso inverso: per quanto riguarda invece le relazioni fra la competenza di merito della V sezione e quella delle altre giurisdizioni speciali amministrative, la continenza di causa e la accessorialità delle questioni opereranno a svantaggio di quest'ultima ed in favore della prima. Nell'uno e nell'altro caso, la cosa giudicata si formerà anche relativamente alle decisioni degli organi giurisdizionali inizialmente incompetenti ed eserciterà la propria efficacia pure in confronto di quelle giurisdizioni a danno delle quali in forza dei principii relativi alla continenza di causa ed alla accessorialità delle questioni, la competenza venne ristretta.

Dovremmo ora parlare, per completare il quadro che abbiamo cercato di tracciare in questo capitolo, dei rapporti fra le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e la amministrazione attiva: non crediamo però di farlo perchè ciò esorbiterebbe dai limiti strettamente impostici dal titolo del nostro lavoro. Del resto questa questione, oggi, dopo che il carattere giurisdizionale delle sezioni contenziose ha avuto una sanzione legislativa, non presenta molta importanza, rivestendo l'amministrazione nella sua qualità di soggetto del provvedimento impugnato il carattere di parte in causa ¹⁾. Anche però con la teoria

¹⁾ Cfr. per la questione se la amministrazione possa considerarsi come parte in causa: MAYER. *Le droit administratif allemand*. Ed. fr. I §. 11, n. II; GNEIST. *Lo Stato secondo il diritto*, in *Bibl. di sc. pol. ed amm.* del Brunialti, p. 213 e nella *Verhandlungen des XII deutschen Juristentages*,

che prima del 1907 restringeva la importanza della IV sezione a quella di un supremo controllo amministrativo non si avrebbe potuto venire a conclusioni diverse: è notevole anzi a questo proposito una decisione del Consiglio di Stato (Sezione IV) del 4 maggio 1906 ¹⁾ la quale stabiliva che quando la quarta sezione in sede di ricorso di legittimità annulla per eccesso di potere fondato sopra il travisamento dei fatti un provvedimento amministrativo, la decisione acquista autorità di giudicato sia circa l'accertamento dei fatti, sia sulla idoneità loro a legittimare il provvedimento: e che la riserva fatta all'amministrazione di ulteriori provvedimenti, non può interpretarsi in modo da lasciare adito alla rinnovazione pura e semplice dello stesso provvedimento, sulla semplice base di una nuova istruttoria e di una più perfetta motivazione dell'atto ²⁾.

vol. III, p. 239; SARWEY *Öffentliches Recht und Verwaltungsrechtspflege* p. 712; LOENING. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, p. 797; VACCHELLI. *Difesa giurisdizionale* cit. n. 14; ROMANO. *Le giurisdizioni speciali amministrative*, cit. p. 535; SEYDEL. *Bayerisches Staatsrecht*, p. 486 e segg.; STENGEL. *Die Organisation des Preuss. Verwalt. ecc.* p. 503 e segg.; ROESLER, nella *Zeitschrift del Grünhut*, IV (1877), p. 326 e segg.

¹⁾ *Giur. It.*, 1906, III, 311 [n].

²⁾ La questione certamente acquista un aspetto particolare ed una particolare importanza presso quegli scrittori i quali considerano l'atto amministrativo come una vera e propria sentenza, giungendo per questa via ad allargare il concetto di giurisdizione in modo da definirla quale « ogni dichiarazione di un organo amministrativo legittimamente competente, emanata in seguito ad un regolare procedimento ed espressamente diretta a stabilire un rapporto giuridico » (cfr. BERNATZIK *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft*, p. 64). Traendo da questa concezione la conseguenza che anche l'atto amministrativo sia capace a cosa giudicata si comprende come il problema dei rapporti e dei limiti fra la autorità amministrativa e le autorità giurisdizionali presenti delle caratteristiche speciali (cfr. STENGEL. *Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrecht*, II, p. 792; MEYER. *Deut. Verwalt. R.*, I, p. 95; BERNATZIK. *Op. cit.* p. 63-83; ULBRICH. *Lehrbuch des österreichischen Stadtrechte* p. 438; e specialmente TEZNER. *Handbuch des österreichischen administrativverfahren*, p. 295 e segg. spec. 341). Il Tezner riguardo alla cosa giudicata nelle decisioni amministrative, introduce tali eccezioni alle norme ed ai principii regolanti l'istituto della cosa giudicata, da rendere evidente come di una forza diversa da quella derivante dal giudicato siano munite le decisioni stesse (V. TEZNER. *Op. cit.*, p. 321 e segg.).

CAPITOLO IV.

Estensione subiettiva della cosa giudicata nascente dalla decisione delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato

§ 1. — Principii generali.

Una delle conseguenze più notevoli della identificazione tanto da noi deplorata del concetto di giurisdizione con quello di giurisdizione di diritto privato, fu certamente la estensione del principio limitante alle parti la forza obbligatoria della sentenza anche nel campo del diritto pubblico. Accettando come requisito essenziale caratteristico dell'istituto della cosa giudicata l'assioma romano, *res iudicata ius facit inter partes*, gli scrittori fondarono su di esso le teoriche più diverse, trovando, tutti, in esso, sufficiente giustificazione alle conclusioni cui tendevano le loro tesi: così mentre da una parte alcuni di essi traggono argomento dal fatto che la risoluzione delle questioni di carattere pubblico deve estendere la sua efficacia oltre i limiti dati dal concetto di parte per negare agli organi contenziosi che a quelle risoluzioni procedono il carattere giurisdizionale; altri, tratti da differenti considerazioni ad ammettere anche nel campo amministrativo un esercizio di funzioni giurisdizionali per parte di organi che non possono identificarsi con quelli dell'autorità giudiziaria ordinaria, cercano, per conciliare questo loro riconoscimento con l'assioma sopra riferito, di ridurre la efficacia del giudicato ad una autorità puramente morale, nei casi in cui non

potendosi ricorrere al concetto di parte, ogni autorità giuridica di esso non può, in omaggio a quell'assioma invocarsi.

Così, per limitarci ad esempi tratti dalla letteratura nostra invero non molto ricca, mentre l'Orlando trova la dimostrazione del suo assunto, che gli istituti della giustizia amministrativa siano dei semplici organi amministrativi, nel fatto che le decisioni per essi emesse esercitano una influenza anche oltre le parti « per cui si verifica una antitesi profondissima con un principio che vale circa l'autorità di cosa giudicata »¹⁾, il Cammeo partendo dalla tesi opposta che la protezione accordata dal legislatore italiano con le leggi del 1889 e 1890 sia una vera protezione giurisdizionale, crede di esser tratto da codesta sua stessa premessa a circoscrivere gli effetti delle decisioni attraverso cui quella protezione si attua, alle sole parti, accettando in ordine ad esse i caratteri conseguenti da questo concetto nel campo del diritto privato²⁾.

L'unica causa a cui secondo noi possano riportarsi questi principii che nell'uno e nell'altro caso rendono incompleta o insufficiente la protezione dei rapporti giuridici di diritto pubblico e imperfetta la applicazione o la interpretazione delle norme obiettive che a quelli presiedono, deve rinvenire in quel concetto della funzione giurisdizionale per il quale il suo esercizio si fondava sopra la attività effettivamente posta in essere nel giudizio dai soggetti del rapporto giuridico controverso. Secondo questa concezione la cosa giudicata non è che una conseguenza di quella attività, un effetto della collaborazione delle parti alla formazione della sentenza, un istituto in ultima analisi fondato non sull'interesse pubblico, ma sibbene su quello esclusivo dei partecipanti al giudizio. È appunto perchè, si afferma, nella procedura civile il diritto concreto non è elaborato che attraverso gli sforzi delle parti che la forza della cosa giudicata deve essere ad esse ristretta.

Questa teoria che ha ottenuto specialmente in Germania una notevole diffusione³⁾, crediamo di avere sufficientemente combattuta

¹⁾ Cfr. ORLANDO. *La giustizia amministrativa*, loc. cit. p. 1047.

²⁾ Cfr. CAMMEO. *Commentario*, p. 294 e segg.

³⁾ Cfr. BÜLOW, in *Archiv. für civ. Pr.* LXII, p. 93, nota 92; MAYER.

nel capitolo primo di questo lavoro, quando abbiamo cercato di fissare nel modo più preciso possibile i concetti di giurisdizione e di reg giudicata.

Non sarà inutile riepilogare succintamente i principii a cui allora abbiamo fatto ricorso.

Risolvendosi la funzione giurisdizionale nella interpretazione o nella applicazione di una norma giuridica obiettiva in ordine ad un caso concreto, e traendo l'istituto della cosa giudicata ragione e fondamento dalla necessità di assicurare a quella funzione il perseguimento dello scopo cui è preposta, ne deriverà che il modo di esercizio della prima e gli effetti del secondo dovranno commisurarsi alla natura della norma obiettiva ed a quella del rapporto giuridico rispetto al quale di questa si debba fare applicazione o interpretazione. Scopo della norma di diritto privato è quello di delimitare le sfere giuridiche individuali, quelle sfere cioè entro le quali la attività del singolo può liberamente esplicarsi in modo che tutte le facoltà che a codesta esplicazione corrispondono assumano il carattere di veri diritti subiettivi. È vero che in cotesto modo il legislatore tende ad assicurare la pace sociale e ad evitare quei contrasti fra le concorrenti manifestazioni delle forze individuali che renderebbero impossibile lo svolgersi della vita della consociazione politica e per conseguenza attui un interesse pubblico; ma non bisogna dimenticare che questo costituisce un fine mediato che in tanto può essere raggiunto in quanto vengano determinate le condizioni di coesistenza nella società, cioè i diritti subiettivi la cui costituzione e contrapposizione avranno sempre il carattere di scopo diretto e immediato.

Nel campo del diritto pubblico invece (e qui riepiloghiamo un concetto del Meyer cui abbiamo altra volta accennato) la norma obiettiva non riduce il proprio compito al conferimento dei diritti subiettivi ed alla delimitazione dei corrispondenti doveri, ma è diretta

Le droit administratif allemand, § 13, 14, 15; KLOEPEL. *Einrede der Rechtskraft*, p. 86; FINSTING. in *Verwalt. Arch.* IV, p. 311. Cfr. anche in contrario: WACH UND LABAND. *Zur lehre von der Rechtskraft*. I. Rechtsgutachten (Vach), p. 16; ROCCO. *La sentenza*, cap. I.

principalmente alla effettuazione di interessi pubblici: la delimitazione delle sfere giuridiche individuali ha solo lo scopo di tracciare a questa effettuazione dei determinati limiti.

Da questa diversa natura della norma giuridica deriva che i rapporti in ordine ai quali sorge la necessità di applicarla presentano non sempre dei caratteri eguali. Mentre infatti nel campo del diritto privato codesti rapporti intercedono fra singoli ed hanno per oggetto la soddisfazione di particolari interessi il cui perseguimento è del tutto indifferente allo Stato, per modo che il suo intervento non è richiesto in quanto una violazione della norma giuridica si verifichi, ma in quanto essa venga denunciata da colui in cui danno essa si attua; nel campo del diritto pubblico viene sempre ad esplicarsi una attività statale che attribuirà al rapporto giuridico che da essa trae origine dei caratteri propri per i quali esso non sempre potrà circoscriversi a persone individualmente determinate, ma si estenderà impersonalmente a particolari situazioni giuridiche. Per conseguenza la attività amministrativa, pur potendo avere degli obiettivi specifici, non potrà mai prescindere dall'interesse generale che è insito e connaturato alla funzione del soggetto attraverso cui essa si esercita, e al singolo intanto si potranno in suo confronto riconoscere dei diritti in quanto la loro soddisfazione coincida con quella di quell'interesse generale.

Tale essendo lo scopo della norma giuridica nei due differenti campi in cui si esplicano le attività sociali, ne deriverà che mentre nel campo del diritto privato la funzione giurisdizionale sarà diretta a dichiarare essa norma giuridica, per poter attraverso questa dichiarazione riconoscere un diritto subiettivo, nel campo del diritto pubblico essa dovrà procedere al riconoscimento del diritto subiettivo per poter giungere alla protezione dell'interesse generale. Con questo non intendiamo certamente aderire a quella teoria che vorrebbe ridurre la giurisdizione amministrativa ad una giurisdizione di diritto obiettivo il cui funzionamento dovrebbe essere obbligatorio in tutti i casi in cui una qualsiasi violazione della norma giuridica si manifestasse, non già perchè reputiamo repugnante questo carattere alla natura della funzione giurisdizionale, ma perchè crediamo che

nella pratica un tale istituto non potrebbe utilmente esplicare la sua attività senza paralizzare la azione amministrativa ¹⁾).

Convinti però col Vacchelli ²⁾ che la perfetta subiezione del diritto come interesse e come attività corrispondente non si possa mai avere quando si tratti di un interesse pubblico, se non contestiamo che necessità, inerenti alla costituzione ed all'ordinamento della consociazione politica, impongono che la osservanza della norma giuridica soltanto possa ottenersi attraverso alla protezione di facoltà individuali e che la soddisfazione dell'interesse generale possa raggiungersi solo per mezzo di quella dell'interesse particolare, non possiamo d'altra parte non rilevare che sostanzialmente trattasi sempre di una giurisdizione obiettiva, essendo limitati a formalità esteriori e principalmente al modo con cui ne può essere eccitato l'esercizio i caratteri per i quali devesi considerare subiezione.

§ 2. — **Atti individuali privati ed atti amministrativi. — Loro influenza nella determinazione dei limiti propri all'efficacia delle decisioni giurisdizionali.**

Il nostro pensiero sarà meglio chiarito se prendiamo un momento in considerazione gli atti che possono concorrere alla formazione ed alla modificazione dei due diversi rapporti giuridici: di diritto privato e di diritto pubblico. L'atto con cui un singolo pone in essere un suo rapporto giuridico consisterà sempre in una manifestazione

¹⁾ Cfr. GNEIST. *Lo Stato secondo il diritto* Trad. Arton in *Biblioteca di scienze politiche e amm.* del Brunialti, p. 216; *Verwaltungsjurisdiction* nel *Rechtlexicon* dell'Holtendorff, p. 117; BORNHAK. *Preussisches Staatsrecht*, vol. II, p. 413; MAYER. *Deutsche Verwaltungsrecht*, I, 163-64; G. MEYER. *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes*, I, § 14, p. 43; ROMANO. *Le giurisdizioni speciali amministrative*. In vol. III del *Trattato* dell'Orlando, cap. I; CAMMEO. *Commentario*, p. 277 e segg.; ORLANDO. *Giustizia amministrativa*, cit. p. 728, ecc. Cfr. anche per la funzione giurisdizionale privata; SCHULTZE. *Privatrecht und Prozess*, p. 18-19; KISCH. *Beiträge zur Urtheilslehre*, 1903, p. 1; HELWIG. *Lehrbuch d. deutschen Civilprozessrechts* p. 2; CHIOVENDA. *L'azione nel sistema dei diritti* p. 7-9; SIMONCELLI. *Lezioni di diritto giudiziario*, 1902-3, p. 6.

²⁾ *Difesa giurisdizionale* cit. p. 247-48).

di volontà espressa o tacita la quale o sarà diretta a stabilire una determinata situazione giuridica entro i limiti della sfera di attività ad esso dalla norma obiettiva consentita; ovvero potrà sconfinare da codesti limiti e toccare od invadere una sfera giuridica propria ad altri subbietti. Nell'uno o nell'altro caso può sorgere la necessità di un esercizio di funzione giurisdizionale, perchè nell'uno e nell'altro caso può sorgere il dubbio che non sia stata esattamente interpretata o sia stata violata la norma giuridica in quanto essa veniva a determinare il campo entro il quale il singolo potesse liberamente perseguire i propri scopi. L'esaurimento della funzione giurisdizionale in questo caso, risolvendosi nella dichiarazione relativamente al caso specifico di quella norma stessa, importerà il riconoscimento o il disconoscimento o la modificazione dell'atto individuale e la determinazione delle condizioni di coesistenza fra le diverse attività contrastanti. Il giudizio che in questo modo viene a formarsi intorno all'atto individuale, considerato in ordine ad un particolare oggetto, non potrà in alcun modo più riproporsi perchè come abbiamo visto al capitolo primo ciò è richiesto dalla natura della funzione giurisdizionale: il rapporto giuridico che attraverso questo giudizio viene fissato non potrà essere più posto in discussione ed acquisterà valore di cosa giudicata; diventa in altre parole diritto.

Dal momento che la manifestazione di volontà in cui si concreta l'atto è diretta di regola contro una o più altre volontà o manifestazioni di esse, ne deriverà che nel campo del diritto privato, poichè qui la funzione giurisdizionale ha per scopo specifico ed immediato la dichiarazione dei diritti subiettivi, tendendo soltanto in via indiretta al mantenimento dell'ordine giuridico, l'atto stesso sarà confrontato alla norma giuridica non nella sua entità obiettiva ma bensì limitatamente a quella particolare sfera giuridica in rapporto alla quale quell'atto si reputa lesivo. Fu in considerazione di queste condizioni che accompagnano l'esercizio della funzione giurisdizionale in ordine alle relazioni fra singoli, che sorse l'assioma *res iudicata ius facit inter partes*¹⁾. Non intendiamo ora addentrarci in una

¹⁾ Cfr. COVIELLO *Dei giudicati di stato*, in *Arch. giur.* vol. XLVII, 1891, p. 180. Ecco come egli giustifica la inapplicabilità dell'assioma *res*

critica di codesta regola formulata dalla pratica e troppo acquiescentemente accolta nella dottrina anche perchè molti altri lo hanno fatto con successo¹⁾; osserveremo soltanto come il concetto di parte in tanto può essere assunto come criterio, in quanto esso riesca ad individualizzare il rapporto giuridico sul quale il giudizio del magistrato si è svolto. Come bene osservava il Cogliolo nè l'identità fisica delle persone nè il concetto della rappresentanza nè quello del legittimo contraddittore sono regole per la ammissibilità dell'eccezione di cosa giudicata, ma la vera regola deve desumersi dall'identità del rapporto giuridico, per cui la eccezione stessa potrà opporsi a tutte quelle persone per le quali identico è il rapporto giuridico giudicato, tra persone diverse fisicamente da quelle²⁾.

judicata ius facit inter partes ai giudicati di stato: « Se dunque non è un principio di diritto eccezionale quello dell'autorità della cosa giudicata da non ammettere estensione, ma è un principio razionale; se la limitazione dell'autorità delle sentenze fra le sole parti è stata posta non *utilitatis causa*, ma perchè tale e non altrimenti la cosa doveva essere per le questioni di interesse privato; se è ancora conforme ai principi generali che l'autorità della cosa giudicata abbia maggiore o minore estensione secondo la differente natura delle controversie; è chiaro che anche sotto l'impero del nostro cod. civ. come del francese non può negarsi che le sentenze che pronunziano sullo stato abbiano efficacia *erga omnes* ».

¹⁾ Cfr. KOHLER, in *Buschs Zeitschrift*, Bd. 12, p. 100, 101; Plank, *Bürgerl. Gesetzbuch, Vorbemerkung IX*, 4 zum 3. Abschnitt d. 1. Buchs p. 148 e § 1380 n. 1; BUNSEN, in *Buschs Zeitschr.* Bd. 26, p. 219; MENDELSSOHN-BARTHOLDY, *Grenzen der Rechtskraft*, p. 303 e segg.; ENDEMANN, *Lehrbuch d. bürgerl. Rechts*, III, § 42, *Anm.* u; BÜLOW, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, p. 73 e segg., *Geständnisrecht* p. 89, 90; HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht* p. 256 e segg.; LIPPMAN, in *Jherings Jahrbüchern*, Bd. 41, p. 174; ENDEMANN, *Princip der Rechtskraft* § 14; *Das deutsche Civilprozessrecht*, § 147, p. 559 ecc.

²⁾ Cfr. COGLIOLO, *Eccezione di cosa giudicata*, Torino, 1883, spec p. 289 e segg.; V. nello stesso senso. KLÖPPEL, *Die Einrede der Rechtskraft nach der deutschen Civ. Pr. Or.* p. 89, 96; BARON, *Gesamtrechtsverhältnisse* p. 375; ENDEMANN *Princip der Rechtskraft*, § 14. In un certo senso concorda nel concetto del Cogliolo anche il Mendelssohn-Bartholdy (*Grenzen der Rechtskraft*, p. 509-10) secondo il quale la efficacia di *res iudicata* non si limita alle sole parti ma si esplica in ogni caso, quando nel corso di un successivo giudizio viene in questione il diritto già deciso fra le parti con sentenza avente forza di cosa giudicata; non solo ad essa possono richiamarsi l'erede, il successore singolare, il mallevadore di una parte,

Per mantenere l'assioma limitante alle parti la efficacia di cosa giudicata, si fu costretti a ricorrere a una quantità di teoriche più o meno artificiali per cui il concetto di parte veniva ad assumere una elasticità ed una imprecisione tali da potersi adattare a tutti i svariatissimi casi della pratica. Così si ebbero i concetti del rappresentante, del *legitimus contradictor*¹⁾, quello della *identitas rationis* e altri ancora che formulati in modo speciale in relazione all'istituto della cosa giudicata, vennero ad integrare, già per opera della dottrina medievale, gli incompleti principii che nella pratica intorno a codesto istituto si erano formati.

Anche nei rapporti fra privati però possono porsi in essere degli atti che per il loro contenuto e per la loro qualità tocchino obiettivamente il pubblico interesse, per cui, ove su di essi sorgano contestazioni, la funzione giurisdizionale non può limitarsi alla considerazione loro in ordine soltanto a quella particolare sfera giuridica privata con la quale essi appaiono in immediato contatto ed alla cui lesione essi sembrano esclusivamente diretti, ma per la inscindibilità dell'interesse particolare privato da quello pubblico generale, dovrà estendersi anche a questo ultimo la protezione per essa esercitata e l'atto dovrà dal giudice essere considerato nella sua consistenza obiettiva. In questo caso la decisione che attraverso questo giudizio si venga a formare non restringerà la propria efficacia a coloro che si trovino in un determinato rapporto subiettivo con la parte, ma si estenderà a tutti, interessati o non interessati, in quanto partecipino in qualunque modo di quell'interesse pubblico col quale l'atto sottoposto a giudizio si trova a contatto. La indentità subiet-

ma un terzo qualsiasi in quanto possa essere in qualche altro modo interessato al rapporto giuridico deciso. Il concetto del resto non è nuovo; già la Rota romana sin dal 1771 aveva fissato il seguente principio: *res iudicata ius et statum constituit quoad omnes quorum equaliter intersit*. (Rota R. Dec. del 25 giugno 1771, Civit. Vetul. [177, n. 50, § 2]). V. anche GATTI. *Dell'autorità del giudicato civile*, p. 171 e segg.

¹⁾ Accolto anche in alcune legislazioni moderne, come per esempio in Olanda. (Cfr. BONEVAL-FAURE. *Het nederlandse burgerlijke Procesrecht*, 2 ed. LEIDEN 1879, T. II, p. 232 e segg.; V. anche MENDELSSOHN *Grenzen* ecc. ANHANG II, p. 517); p. la teoria medievale del *legitimus contradictor*, V. MENDELSSOHN. *Op. cit.*, p. 22 e segg.

tiva per l'esercizio della eccezione di giudicato non potrà più invocarsi; essa invero non può avere che il carattere di garanzia della identità obiettiva dalla quale soltanto possono desumersi i limiti alla efficacia della sentenza, ma di questa garanzia non ci sarà più bisogno quando l'interesse principale sia puramente oggettivo e i diritti subiettivi che alla decisione si riconnettono siano secondari e da quello derivati.

Così accade per i giudizi di stato rispetto ai quali non si potè mai seriamente dubitare che essi avessero efficacia contro ogni persona i cui diritti ed interessi si trovassero in qualche modo connessi a quello *status* su di cui fosse vertita la decisione: già i giureconsulti medievali avevano sviluppato convenientemente sui testi romani codesta teorica che essi estesero ad ogni specie di *status* e ad ogni controversia su rapporti che toccando direttamente un pubblico interesse dovevano considerarsi da un punto di vista obiettivo: allo *status personae*, allo *status rei*, alla *falsitas instrumenti*, alla *qualitas patrimonii*, alla *veritas testamenti*, allo *status beneficii*¹⁾.

Orbene se noi consideriamo gli atti attraverso i quali la amministrazione pubblica persegue i suoi scopi, non potremo mai, necessariamente, prescindere dall'interesse pubblico al quale sempre devono essere diretti. Per essi infatti viene ad attuarsi la volontà dello Stato e perciò anche quando urtino contro una particolare sfera giuridica individuale si dovrà tener conto di questa loro proprietà, di questo loro specifico oggetto. La funzione giurisdizionale in ordine agli atti amministrativi deve per forza risentire della diversa condizione in cui essi si trovano in confronto a quelli individuali, e se necessità pratiche richiedono che essa venga eccitata, come nel campo del diritto privato, per opera di chi possa vantare un proprio diritto individuale, distinto dalla impersonale partecipazione all'interesse pubblico, non potrà però esercitarsi alla stessa maniera con cui si esercita su di un atto individuale privato; non potrà disgiungere la attività amministrativa dallo scopo cui è diretta; non potrà

¹⁾ Cfr. MENOCHIVS *Consilia. Cons.* 421, n. 58 e segg. T. V, p. 99; *cons.* 423, n. 23 e segg. t. V, p. 113; CHRISTOPH. DE PAZ. *De temuta*, T. III, cap. 43, n. 3, p. 200; LEYSER. *Meditationes ad Pandectas* p. 393, ecc.

limitarsi a confrontare l'atto amministrativo alla norma giuridica per ciò che riguarda soltanto gli effetti suoi rispetto ad una particolare situazione giuridica.

Il concetto stesso di amministrazione e la natura del pubblico interesse che non può coesistere con la violazione di un diritto individuale, impongono che l'atto con cui la amministrazione pubblica persegue i propri scopi sia raffrontato nella sua consistenza obiettiva alla norma giuridica pubblica la quale, come abbiamo notato precedentemente, è diretta in linea principale ed immediata alla protezione ed al soddisfacimento dello stesso interesse pubblico, trovando nella dichiarazione dei diritti subiettivi un semplice mezzo per raggiungere quell'intento.

La pronuncia nella quale si concreta la funzione del giudice dovrà per conseguenza investire nella sua interezza l'atto amministrativo: esso o dovrà ritenersi conforme alla norma di diritto ed in questo caso essere mantenuto; ovvero dovrà considerarsi come contrastante con questa norma ed allora essere annullato o modificato.

Occorre a questo proposito distinguere in ordine alla attività amministrativa estrinsecandosi attraverso un procedimento, le diverse situazioni giuridiche in cui possono trovarsi i singoli. Il rapporto normale in cui essi si trovano di fronte al provvedimento amministrativo è quello che loro deriva dal fatto di essere membri della consociazione politica e per ciò partecipi di quegli scopi che per mezzo della amministrazione vengono attuati, rapporto di semplice interesse a che il provvedimento stesso sia posto in essere conformemente alle prescrizioni del diritto obiettivo.

Se potesse attuarsi una vera e propria giurisdizione di diritto obiettivo la condizione di semplice interessato sarebbe sufficiente a legittimare l'eccitamento degli organi giurisdizionali, e la pronuncia in questo modo ottenuta in confronto di un determinato atto amministrativo estenderebbe la sua efficacia *erga omnes* in quanto che tutti verrebbero a formar parte del rapporto giuridico cui l'atto corrisponde. Non essendo possibile, per le ragioni alle quali abbiamo succintamente accennato e che meglio svilupparono molti altri scrit-

tori ¹⁾, il pratico funzionamento di una cosiffatta giurisdizione, la pronuncia giurisdizionale che in altro modo possa essersi ottenuta a questo riguardo, non avrà rispetto a questa categoria di interessati alcuna importanza giuridica, appunto perchè il rapporto in cui essi si trovano con l'atto amministrativo non è giuridicamente rilevante.

Può darsi però che la situazione del singolo di fronte all'attività amministrativa in qualche modo attuata, sia diversa: può darsi cioè che egli abbia un interesse più diretto a che la norma obiettiva venga da questa attività rispettata. Se questo interesse assume una importanza tale da meritare delle particolari guarentigie, in modo che al suo titolare sia dato di porre in essere dei rimedi, diretti a richiamare la autorità amministrativa alla osservanza del diritto ove da questo si discosti, senza però che questi rimedi assumano il carattere giurisdizionale, ci troveremo ancora di fronte ad una categoria di interessati (per quanto più immediati) rispetto ai quali la cosa giudicata che su di un determinato atto amministrativo possa formarsi avrà importanza come condizione di fatto non come determinazione giuridica di un loro rapporto. Questa particolare condizione in cui si trovano gli interessati di fatto, non toglie che la pronuncia abbia anche in loro confronto una forza assoluta o che essi dal rapporto deciso possano avvantaggiarsi o essere danneggiati: la cosa giudicata, come qualunque altro fatto giuridico, ma semplicemente come fatto, ha degli effetti riflessi in confronto di terzi ²⁾, ma non si potrà ad essi attribuire un vero carattere giuridico e parlare di vera forza di cosa giudicata, poichè questa cadendo su di un determinato rapporto di diritto non potrà agire come tale se non in confronto di tutti coloro che in qualunque modo entrano, senza mutarne il fondamento, in questo stesso rapporto ³⁾.

¹⁾ V. paragrafo precedente.

²⁾ Cfr. JHERING. *Esprit du droit romain* (Trad. De Meulenaire. Parigi, 1886) IV, p. 331, e *Die Reflexungen rechtlichen Thatsachen auf dritten Personen* negli *Jahrbücher für die Dogmatik* ecc. Jena 1869, vol. X, p. 245 e segg.

V. anche MENDELSSOHN-BARTHOLDY. *Grenzen der Rechtskraft*. p. 406 e segg.

³⁾ V. in contrario KLÖPFEL. *Op. loc. cit.*

È questa la ragione per cui giuridicamente parlando non è possibile, ammettere, in un sistema di giurisdizioni subiettive, una estensione *erga omnes* dell'efficacia della cosa giudicata¹⁾; essa però potrà sempre estendersi a tutti gli interessati di diritto ed in questo senso, senza più oltre indugiarsi, può prendersi quella espressione. Così invero accade nelle giurisdizioni di carattere pubblico, intese queste come quelle che siano dirette ad applicare od interpretare in ordine ad un rapporto giuridico pubblico la norma obiettiva. Per interessati di diritto dovranno intendersi tutte quelle persone la cui sfera giuridica delimitata dalla norma di diritto venga a trovarsi con l'atto amministrativo in un determinato rapporto: in confronto di essi la pronuncia giurisdizionale che cada su quell'atto avrà sempre efficacia di cosa giudicata, quando si sieno verificate le condizioni previste dalle norme processuali, qualunque sia stata la partecipazione loro al giudizio; anche infatti se essi ne fossero rimasti completamente estranei, codesta estensione degli effetti della pronuncia troverebbe applicazione per il carattere obiettivo del giudizio che ad essa diede luogo.

Sta in ciò appunto la differenza caratteristica fra la cosa giudicata nascente dall'esercizio di una giurisdizione di diritto privato e la cosa giudicata nascente dall'esercizio di una giurisdizione di diritto pubblico, — differenza che viene a sparire quando anche la prima come abbiamo visto, è costretta a prescindere dal particolare interesse la cui lesione, effettiva o presunta, ne ha eccitato la attività e deve estendere la sua protezione all'interesse pubblico che con quella lesione possa in qualche modo essere congiunto. Alcuni autori a questo proposito anziché indagare la vera ragione di codesti effetti eccezionali sono ricorsi al criterio molto vago della *indivisibilità* delle questioni sottoposte a giudizio, introducendo per comodo di trattazione una classificazione delle varie specie di indivisibilità, morale, ideale, effettiva ecc.²⁾, per la quale ogni interpretazione si rende possibile, e si garantisce, sempre, la osservanza dei

¹⁾ V. BERNATZIK. *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, p. 184.

²⁾ Cfr. CAMMEO. *Commentario*, p. 298.

principi del diritto privato del quale la funzione giurisdizionale e conseguentemente l'istituto della cosa giudicata si vogliono far apparire come prerogative intangibili! ¹⁾

L'atto amministrativo, a differenza dell'atto con cui il singolo, nel campo del diritto privato, pone in essere una qualche sua manifestazione volitiva, avendo per oggetto il perseguimento di un pubblico interesse, avrà normalmente un carattere impersonale o collettivo; perciò in ordine ad esso il numero degli interessati di fatto e di diritto sarà piuttosto grande e la estensione della cosa giudicata che venga a formarsi in seguito ad un giudizio sull'atto stesso, assai lata. Se si prende la espressione *erga omnes* nel senso che abbiamo più sopra chiarito, nel senso cioè che essa si riferisca ai soli interessati di diritto per quanto riguarda la efficacia giuridica della sentenza, essa potrebbe esattamente adoperarsi per indicare i limiti subiettivi della cosa giudicata nascente dalle decisioni di organi giurisdizionali di diritto pubblico.

L'atto amministrativo però può anche avere un carattere individuale, essere cioè diretto alla determinazione di un rapporto giuridico con un particolare soggetto, senza che per questo esso venga distratto dal suo scopo, poichè il pubblico interesse può bene essere raggiunto anche per mezzo di atti aventi giuridicamente una por-

¹⁾ Cfr. sul criterio della indivisibilità: STENGEL. *Die Organisation der preuss. Verwalt.* p. 507; ULBRICH. *Lehrbuch des österreichischen Staatsrecht* p. 439; BERNATZIK *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft* p. 203-4.

V. anche PRANZATARO. *Della efficacia delle decisioni della IV sezione del Consiglio di Stato*, *For. it.* 1903, III, 93. Nel suo *Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrecht* (Vol. II, p. 793) lo Stengel svolgendo un concetto in altro luogo espresso ritiene che le decisioni giurisdizionali amministrative facciano giudicato solo fra le parti, combattendo l'opinione di coloro che ne vorrebbero estendere la efficacia *erga omnes*.

Egli fa però eccezione per le sentenze di *status*, e ciò perchè, egli lo riconosce, nelle questioni di *status* non si tratta di *subiettivi* rapporti di diritto, ma di determinati attributi della personalità giuridica i quali richiedono come la personalità stessa un riconoscimento generale. Codesta eccezione egli non limita ai soli casi di *status* personale, ma estende anche allo *status rerum*, sotto questa espressione intendendo lo *status* di pubblicità o sacertà di una cosa. Anche le decisioni sopra questo secondo *status* avranno, secondo lo Stengel, efficacia *erga omnes*.

tata limitata. In questo caso ristretto sarà il numero degli interessati di diritto, mentre esteso continuerà ad essere quello degli interessati di fatto. La cosa giudicata sottostarà anche qui agli stessi principii, poichè malgrado il carattere individuale dell'atto, la funzione giurisdizionale si esplicherà su di esso sempre da un punto di vista obiettivo e non cesserà in essa il dovere di proteggere accanto all'interesse privato del singolo che quell'atto viene a tangere, anche l'interesse pubblico; anzi di ottenere, per la coordinazione dei due ordini di interessi che è fondamentale nel campo del diritto pubblico, attraverso la protezione di quest'ultimo la soddisfazione del primo. Si può adunque concludere che qualunque sia la natura dell'atto con cui la pubblica amministrazione pone in essere in confronto dei singoli un qualsiasi rapporto giuridico, la pronuncia giurisdizionale che in ordine ad esso venga emessa, avrà sempre efficacia *erga omnes*; efficacia che sarà giuridica e potrà giuridicamente farsi valere nei confronti degli interessati di diritto, di coloro cioè che secondo l'ordinamento pubblico hanno un diritto subiettivo che dà loro veste ad intervenire come parte nel giudizio amministrativo, senza però che sia necessario che questo intervento sia effettivamente avvenuto e che la qualità di parte sia loro stata riconosciuta; efficacia puramente di fatto, in confronto di coloro che non hanno un interesse espressamente riconosciuto e potenziato a diritto ma che si trovano semplicemente in rapporto con l'atto amministrativo per essere partecipi del pubblico interesse che questo persegue.

Trattasi sempre di un identico principio, di un medesimo istituto; gli effetti sono diversi soltanto perchè variano le condizioni in ordine alle quali la applicazione se ne deve fare. Errano perciò quegli scrittori che considerano la estensione degli effetti della sentenza anche al di là delle parti in causa come contrastante con la natura della cosa giudicata: poichè questa in tanto sorge in quanto vi sia un esercizio di funzione giurisdizionale, la estensione sua dovrà essere in relazione al modo con cui questo esercizio si verifica ed allo scopo al quale in linea principale, per mezzo di esso, si tende. È questo il solo criterio che serva in ogni caso a spiegare le molte eccezioni che anche i sostenitori della interpretazione più restrittiva

e rigorosa dell'assioma *res iudicata ius facit inter partes*, sono costretti ad ammettere ed in ordine alla quale furono poste in campo le giustificazioni più disparate, giungendo per esempio in ordine alla estensione da accordarsi alla cosa giudicata nascente da una sentenza relativa ad una questione di *status* a tirare in campo criteri d'ordine economico e patrimoniale insufficienti, anzi estranei, allo scopo ¹⁾.

Preoccupati di sostituire ad una casistica che toglieva ogni importanza ed ogni efficacia alle norme poste dalla dottrina a fondamento dell'istituto di cui ci stiamo occupando, una teorica che in modo più completo rispondesse alla natura di esso istituto, già Savigny e Woet e altri scrittori ancora erano ricorsi alla teorica medievale della rappresentanza che però, come abbiamo avuto sia pure fuggevolmente occasione di osservare, male risponde allo scopo ²⁾. Se la sentenza ottenuta attraverso ad una giurisdizione di diritto privato, trova di regola ristretta la sua efficacia alle parti in causa, ciò è dovuto al fatto che il rapporto giuridico su di cui il giudizio si svolge viene raffrontato alla norma giuridica soltanto sotto un aspetto particolare, sotto quello cioè dell'interesse delle parti fra le quali la controversia intercede; per questa ragione appunto anche la pronuncia che abbia per oggetto un diritto assoluto non potrà estendersi al di là delle parti: come bene osservava il Mendelssohn Bartholdy, infatti, essendo compito primo della funzione giurisdizionale la protezione dei diritti subiettivi, il giudizio verrà a vertere non sopra il diritto assoluto nella sua obiettività, ma sopra il rapporto derivato da esso fra le parti ³⁾.

¹⁾ Cfr. p. e. KLÖPPEL. *Die Einrede der Rechtskraft nach der deutschen C. P. O.* p. 89 e segg.;

Cfr. anche KRUGER. *Zur Lehre von der Rechtskraft* (Inaug. Diss.), p. 201; FRENDESTEIN. *Die Rechtskraft*, p. 216; STRUCKMANN-KOCK. *Kommentars* ecc., ultima ediz. p. 413 ecc.

²⁾ Cfr. BINDER. *Zur Lehre von den subjektiven grenzen der Rechtskraft* (INAUG. DISS.), p. 12; WACH. (UND LABAND) *Zur Lehre von den Rechtskraft*. p. 14, 18.

³⁾ Cfr. MENDELSSOHN. *Grenzen* ecc. p. 359; nello stesso senso Cogliolo *Eccezione di cosa giudicata* p. 292; in senso in contrario FRENDESTEIN. *Op. cit.* p. 215.

§ 4. — Critiche mosse alla teorica estendente “*erga omnes*”, la efficacia della cosa giudicata nascente dalla decisione giurisdizionale amministrativa.

Esaminiamo ora brevemente quali sono gli argomenti con i quali in linea teorica si combatte la tesi da noi sostenuta sulla estensione *erga omnes*, intesa questa espressione nel senso sopra chiarito, della cosa giudicata propria alle decisioni delle giurisdizioni di diritto pubblico. Anzitutto occorre osservare che il criterio per decidere sui limiti della efficacia di cosa giudicata, quale noi abbiamo precedentemente esplicitato, fondandosi sulla natura della norma giuridica obiettiva e sul carattere dello scopo a cui mediante la sua applicazione essa tende, il principio da noi posto troverà applicazione ogniqualvolta si tratti di un esercizio di funzione giurisdizionale diretto alla interpretazione di quella norma e conseguentemente alla protezione di quello scopo, senza distinzione fra gli organi cui questo esercizio sia demandato: per modo che se in un ordinamento positivo la competenza degli organi giudiziari ordinari venisse estesa sino a conoscere anche delle norme giuridiche pubbliche e, deferendosi ad essa la protezione del pubblico interesse a quelle in linea immediata congiunto, venissero loro sottoposti nella propria consistenza obiettiva gli atti amministrativi, nessuna difficoltà osterebbe ad estendere alle pronunce in questo modo ottenute il principio sopra fissato. Il fatto del resto che anche nell'esercizio della sua ordinaria competenza, come abbiamo rilevato, la autorità giudiziaria debba qualche volta posporre la protezione degli interessi e diritti subiettivi a quella dell'interesse pubblico, eventualmente congiunto ad un rapporto giuridico ad essa sottoposto, dimostra come la nostra teorica astragga dalla considerazione se la funzione giurisdizionale sia posta in essere da un organo speciale ovvero no.

Premessa questa osservazione, possiamo ad esaminare gli obietti che al principio della estensione della cosa giudicata *erga omnes* vengono mossi. In primo luogo fondandosi sul preconcetto che l'isti-

to della cosa giudicata costituisca un vincolo inceppante e limitante la libertà di azione statale, si considera la estensione sua *erga omnes* come un vincolo moltiplicato che renderebbe assai più difficile il raggiungimento degli scopi propri all'attività amministrativa. Questa obiezione è più artificiale che altro e non abbisognerebbero molte parole a dimostrarlo. Che la cosa giudicata costituisca un vincolo nessuno può mettere in dubbio, ma non per questo si potrà affermare che essa riesca repugnante al concetto di amministrazione. Per quanto abbiamo detto nel capitolo primo di questo lavoro, essa rappresenta anzi il mezzo più efficace per dare alla teorica dello Stato di diritto una pratica attuazione: non è vero infatti che la estensione da noi sostenuta degli effetti delle pronunce emesse in riguardo alla attività amministrativa venga a togliere ad essa ogni libertà di esplicazione; essa le interdirà solamente ogni libertà di arbitrio, fissando via via i limiti entro i quali dovrà essere contenuta, e toglierà la possibilità che venga violato quel principio di eguaglianza che sebbene non ancora espressamente formulato nelle leggi amministrative, deve informare ogni azione dello Stato moderno. Essa sola inoltre obbligherà le autorità amministrative a fondare il perseguimento del pubblico interesse su criteri obiettivi e ad astrarre da considerazioni particolari subiettive a quel perseguimento estranee, anche quando esso si risolva nella emanazione di atti individuali.

Guardando al modo con cui nei vari sistemi giuridici si attua la giurisdizione di diritto pubblico alcuni hanno voluto limitare la efficacia *erga omnes* della cosa giudicata soltanto al caso in cui l'atto amministrativo venisse annullato o modificato, soltanto cioè nel caso in cui il cittadino riuscisse vittorioso in confronto dell'amministrazione. Entro questi limiti la giustificazione alla efficacia *erga omnes* non si desumeva però dalla natura del giudizio, bensì dalla necessità pratica di impedire che un medesimo atto potesse essere nello stesso tempo ritenuto esistente e non esistente. Codesta teoria che in ultima analisi trae origine dalla dottrina medievale della *res iudicata secundum eventum litis* accolta qualche volta anche

dai civilisti moderni relativamente alle sentenze ottenute in sede giurisdizionale privata ¹⁾ non ha alcuna importanza giuridica e non risolve la questione con un criterio univoco, fondandosi su di un elemento di fatto che è indipendente dalla natura della funzione giurisdizionale e da quella della norma giuridica e che non può in alcun modo essere previsto, cioè l'accoglimento od il rigetto del ricorso del cittadino.

Come osservava acutamente il Cammeo ²⁾ dire puramente e semplicemente che l'annullamento pronunciato dalla giurisdizione amministrativa ha effetto verso tutti, perchè *quod nullum est nullum producit effectum* è risolvere la questione con la questione. L'annullamento infatti non è che una conseguenza della pronuncia su di un atto amministrativo e della natura obiettiva del giudizio attraverso il quale essa si è formata: siccome però questo giudizio dovrà compiersi sempre alla stessa maniera, la stessa giustificazione alla estensione dell'efficacia del giudicato verso tutti gli interessati si avrà e nel caso che la pronuncia stessa sia favorevole al cittadino ed in quello che ad esso sia contraria. L'annullamento, in altre parole, non è che una prova della natura intrinsecamente obiettiva del sindacato che si compie nella giurisdizione di diritto pubblico, poichè in caso diverso, nel caso cioè che l'atto amministrativo venisse considerato dal magistrato giurisdicente solo in rapporto di un particolare diritto subiettivo non ci sarebbe necessità di ricorrere all'annullamento nè vi sarebbe contraddizione fra due pronuncie delle quali l'una dichiarasse legittimo l'atto stesso in confronto di un determinato subietto, l'altra invece lo dichiarasse illegittimo in confronto di un subietto diverso.

L'opinione che qui abbiamo combattuta trovò grande diffusione in Francia, relativamente alle decisioni emesse su *recour pour excès de pouvoir*: il Laferrière che fu senza dubbio il più acuto ed il più autorevole volgarizzatore e critico del sistema giurisdizionale amministrativo francese così la formula: « à l'égard des tiers, la règle

¹⁾ Cfr. BINDER. *Op. cit.*, pag. 34; FREDENSTEIN. *Op. cit.* p. 238; MENDELSSOHN. *Grenzen ecc.* p. 332; SAVIGNY. *System*; VI, p. 479; BARON. *Gesamtrechtsverhältnisse*, p. 159 ecc.

²⁾ *Commentario*, p. 298.

res inter alios judicata aliis neque nocet neque prodest, reproduite par l'article 1351 du Code civil, ne peut s'appliquer qu'en partie. Elle doit être observée lorsque l'arrêt a prononcé le rejet du recours; ce rejet ne fait point obstacle à ce qu'une autre partie attaque le même acte pour la même cause. Il en est autrement lorsque l'arrêt a prononcé l'annulation de l'acte. Cette annulation produit ses effets *erga omnes*, parce qu'elle fait disparaître l'acte administratif, aussi complètement que s'il était rapporté par son auteur ou annulé par le supérieur hiérarchique ¹⁾. L'errore in cui è caduto il chiarissimo scrittore, seguendo la traccia della giurisprudenza, mentre da una parte si riporta al preconetto che un carattere essenziale della cosa giudicata sia quello di essere limitata nei suoi effetti alla parte in causa, dall'altra trae origine dal non aver saputo ben distinguere le funzioni amministrative da quelle giurisdizionali proprie del Consiglio di Stato francese e dall'aver fatto derivare l'annullamento dell'atto amministrativo non già da queste ultime ma dalle prime « En effet, egli aveva scritto poche pagine prima, le recours pour excès de pouvoir n'est point une sorte d'action publique, d'action populaire, que chacun ait mission d'exercer en vue de l'intérêt de tous; nous savons au contraire qu'il ne peut reposer que sur l'intérêt direct et personnel; sans doute une fois qu'il est formé sur la base de cet intérêt, l'annulation qu'il provoque opère *erga omnes*; c'est une conséquence de la juridiction toute spéciale exercée en cette matière par le Conseil d'État, et à laquelle est inhérent une part de puissance publique et d'autorité hiérarchique ».

Fondandosi però su codesti argomenti, sarebbe riuscito più facile al Laferrière di giustificare la efficacia *erga omnes* dell'annullamento dell'atto con criteri e principii assolutamente estranei all'istituto della cosa giudicata ed attribuire ad essa il carattere di conseguenza di fatto derivante dalla esecuzione amministrativa.

Contro la teoria che abbiamo precedentemente svolto, si osservò da alcuni che essa viene a trasformare la giurisdizione di diritto subiettivo in una giurisdizione di diritto obiettivo ed a convertire

¹⁾ V. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, p. 573-74, vol. II.

l'azione individuale amministrativa in azione popolare giungendo in questo modo a configurare la situazione del cittadino ricorrente come quella di rappresentante tutti coloro che hanno interessi eguali ai suoi e la amministrazione come rappresentante di tutti coloro che hanno interessi opposti. Questo modo di vedere è però profondamente diverso da quello da noi sostenuto, come lo dimostrano le giustificazioni in precedenza in suo favore addotte. Noi concordiamo anzi nel ritenerlo privo di fondamento, come quello che contrasta col modo con cui viene regolato presso tutti gli ordinamenti positivi il funzionamento degli organi giurisdizionali nel campo del diritto pubblico e che per conseguenza toglie ogni importanza alla subiezione dell'interesse che sempre viene richiesta come requisito, sia pure in gran parte estrinseco, per l'esercizio di una qualsiasi attività giurisdizionale ¹⁾.

Esso trovò però espresso accoglimento presso qualche scrittore preoccupato specialmente di contenere l'istituto della cosa giudicata entro i ristretti confini assegnatigli dalla dottrina e dalla pratica privatistica. Così per esempio in un certo senso l'Orlando, sebbene fedele alla sua tesi che la sezione contenziosa del Consiglio di Stato non abbia carattere giurisdizionale, non applichi questi principi alle decisioni della IV sezione ²⁾.

¹⁾ Cfr. per la teoria della rappresentanza. TEZNER. *Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens*, p. 350-51. WACH und LABAND. *Zur Lehre von der Rechtskraft I. Rechtsgutachten* (Wach), p. 5.

²⁾ Cfr. ORLANDO. *Giust. Amm. cit.* p. 1049 e segg. Notevole è l'opinione sostenuta a questo riguardo dai CHIRONI e ABELLO (*Trattato di diritto civile italiano*, vol. I p. 683, nota 2), i quali partendo dalla premessa generale che quante volte una pronuncia si riferisca ad una posizione in cui, per la sua natura giuridica, più persone sono interessate, ed è stata ottenuta in riguardo a chi di questo comune interesse è centro, essa produrrà effetto pur rispetto alle altre, traggono la conseguenza che la decisione pronunciata in sede di legittimità dalla IV sezione, ha effetto in riguardo a tutti gli interessati esistenti al momento in cui il provvedimento fu emanato, ancorchè non ricorrenti o non intervenuti nel giudizio, poichè essendo pronunciata in rispetto all'amministrazione che è il centro di questo sommo interesse, deve necessariamente riflettersi su tutti coloro che ne partecipano.

§ 5. — Applicazione dei principii svolti alle decisioni delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato.

Dopo aver così brevemente studiato da un punto di vista teorico la questione che forma oggetto di questo capitolo, occorrerà ora vedere quale sia la applicazione dei principii in questo modo fissati alla materia che forma oggetto della competenza giurisdizionale del Consiglio di Stato italiano.

Cominciamo anzitutto ad esaminare l'argomento in rapporto alle decisioni della IV sezione del Consiglio di Stato.

Come abbiamo visto precedentemente, il sindacato di legittimità può risolversi o nell'annullamento dell'atto amministrativo contro il quale il ricorso è proposto, ovvero nel rigetto del ricorso stesso: consideriamo separatamente le due ipotesi.

Nel caso di annullamento di un atto amministrativo la cosa giudicata che su di esso si forma, per i principii sopra fissati, viene ad estendersi *erga omnes*; come dichiarazione di diritto in confronto degli interessati diretti facenti parte del rapporto giuridico posto in essere o modificato dall'atto stesso, come elemento di fatto in confronto degli interessati indiretti rispetto ai quali l'atto amministrativo non ha importanza che per questa sua stessa qualità, per avere cioè per oggetto un pubblico interesse ¹⁾. La estensione effettiva della cosa giudicata dipenderà perciò dalla diversa natura dell'atto sul quale la funzione giurisdizionale si esercita.

Può darsi anzitutto che il contenuto di esso sia così particolare da interessare in modo diretto esclusivamente una determinata persona: tale per esempio sarebbe il provvedimento in forza del quale per motivi disciplinari viene sospeso un impiegato. In questo caso

¹⁾ Anche nel campo giurisdizionale privato in ultima analisi valgono gli stessi principii. Cfr. ECCIUS. *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts* vol. I, p. 299: « Il rapporto giuridico che viene creato da un giudicato emesso secondo prescrizione di legge, è da riconoscersi non solo dalle parti nel processo, ma da chiunque, come una condizione giuridica fra queste esistente ».

si comprende facilmente come la cosa giudicata, quale effetto giuridico, avrà una estensione minima, in quanto che non potrà agire che in riguardo del subietto in confronto del quale l'atto è stato emesso: non può fondarsi però su questo caso particolare una obiezione al principio generale da noi posto poichè la limitazione alla sola parte in causa della efficacia del giudicato non deriva dalla erroneità del principio stesso, ma dalla mancanza delle condizioni per le quali la sua applicazione possa farsi, dalla assenza cioè di terzi.

In secondo luogo l'atto amministrativo può essere diretto personalmente a una determinata categoria di persone ed assumere per conseguenza il carattere di norma generale avente una estensione maggiore o minore a seconda dei criteri che ad essa servono di limite: questo stesso carattere infatti può presentare sia una norma che abbia vigore in tutto lo Stato, sia una norma che riguardi una particolare collettività. In questo caso il numero degli interessati diretti o di diritto, sarà estesissimo, tanto esteso da poter comprendere tutti i membri della consociazione politica ed escludere la possibilità di interessati puramente di fatto. La forza di cosa giudicata propria ad una pronuncia della IV Sezione emessa in ordine ad un atto di questa seconda specie in base al principio da noi sostenuto si estenderà a tutti coloro che intervenuti o non intervenuti in giudizio entrino nel rapporto giuridico dall'atto stesso posto in essere. E ciò si verifica non perchè il cittadino ricorrente, facendo valere il suo diritto alla legittimità del provvedimento, assuma in qualche modo la rappresentanza di tutti coloro cui questo stesso diritto la norma obiettiva riconosce, ma perchè la funzione giurisdizionale mediante quel ricorso eccitata viene a svolgersi obiettivamente in ordine all'atto amministrativo, essendo suo fine principale ed immediato la protezione del pubblico interesse col quale questo deve sempre trovarsi in rapporto.

Non sempre però l'azione amministrativa potrà assumere nella sua esplicazione una delle due forme che sin qui abbiamo considerato, ma può darsi, e ciò nella pratica accade frequentemente, che essa sia costretta ad emettere degli atti di contenuto particolare, ai quali però sieno contemporaneamente interessate in modo

diretto più persone. Secondo la nostra legge sul Consiglio di Stato, promosso ricorso contro uno di tali atti, viene disposto, coerentemente alla natura formalmente subiettiva della protezione accordata mediante la istituzione di questi nuovi organi giurisdizionali, che del ricorso stesso venga fatta notifica a tutti coloro che vi fossero direttamente interessati. Se alcune volte per la natura del provvedimento possano facilmente determinarsi individualmente tutti gli interessati di diritto e perciò sia dato modo a chi ne è in obbligo di adempiere alla prescrizione della legge, può darsi però che questa determinazione riesca difficile ovvero che per negligenza del magistrato o per quella del ricorrente alcuni terzi interessati rimangano esclusi dal giudizio.

Se si trattasse di una giurisdizione puramente subiettiva, e se il sindacato affidato alla IV sezione dovesse essere unicamente rivolto all'atto amministrativo non nella sua consistenza obiettiva ma nella particolare relazione in cui esso viene a trovarsi con la sfera giuridica del singolo, allora indubbiamente il giudizio pronunciato sull'atto stesso non potrebbe in alcuna maniera toccare il terzo non intervenuto. Poichè invece mediante la subiezione degli interessi la nostra legge intese soltanto attuare, senza eccessivi inconvenienti pratici, una adeguata protezione dell'interesse generale perseguito dalla pubblica amministrazione, la IV sezione potrà, anche senza l'intervento di tutti gli interessati diretti, annullare l'atto amministrativo, senza che codesto annullamento possa da quelli essere disconosciuto. A queste conclusioni si deve arrivare anche nel caso in cui il terzo fondasse sull'atto annullato un suo diritto civile: per quanto abbiamo detto nel capitolo precedente si comprenderà facilmente come, ove questa eventualità si verifici, per il rapporto di separazione assoluta fra la competenza dell'autorità giudiziaria e quella della IV sezione, quel diritto non potrà in alcuna maniera dal giudizio di questa essere pregiudicato ed il titolare di esso potrà sempre farlo valere davanti il giudice ordinario.

Su questo punto a dire il vero non vi è dissenso nella dottrina, sebbene dai più la teorica giuridica venga costruita sulla considerazione pratica che un atto non possa ad un medesimo tempo esi-

stere e non esistere ¹⁾. È vero che prima della risoluzione della questione sulla giurisdizionalità o meno delle decisioni emesse dalle Sezioni contenziose del Consiglio di Stato, i sostenitori del carattere amministrativo di queste, coerentemente alla loro tesi escludevano che la estensione delle pronunce della IV sezione a tutti gli interessati dovesse considerarsi come un effetto della *res iudicata*, giungendo, come per esempio molto artificiosamente l'Orlando, a distinguere l'esaurimento del diritto del privato a ricorrere contro un atto amministrativo, dalla consunzione processuale dell'azione, (nella quale secondo questo scrittore sta il fondamento della *res iudicata*) per il fatto che mentre questa riposa sul presunto accordo delle parti (!!) il primo ha per sua ragione il modo stesso della concessione del rimedio legislativo ²⁾; ma di queste opinioni e degli argomenti adottati in loro sostegno non è più il caso di occuparsi, dopo che nessuno può più contestare il carattere giurisdizionale alla IV sezione.

Consideriamo ora la ipotesi che il ricorso sia rigettato. A questo riguardo occorre ricordare che secondo l'art. 22 del t. u. 17 agosto 1907, il ricorso alla IV sezione può essere proposto per incompetenza, per eccesso di potere e per violazione di legge. Distinguiamo, come abbiamo fatto nella ipotesi precedentemente esaminata, le varie forme che possono dall'atto amministrativo essere as-

¹⁾ Cfr. ORLANDO. *Giustizia amministrativa cit.*, p. 1042 e segg.; PORRINI. *Della cosa giudicata nascente dalle decisioni del Consiglio di Stato. Filangieri*, 1895, fasc. I; MORTARA. *Commentario*, I, p. 378 e segg.; CAMMEO. *Commentario*, p. 291 e segg.; SALANDRA. *Giustizia amministrativa*, p. 868 e segg.; PRANZATARO. *Della efficacia delle decisioni della IV sezione del Cons. di Stato. Foro it.* 1903, III, 93; PANTANO. *La cosa giudicata nelle decisioni della IV sezione del Cons. di Stato. Archivio di dir. pubbl.* 1902, fasc. VII-VIII; CAMMEO. *Sulla efficacia di c. g. delle pronunce della IV sezione emesse in sede di legittimità ed in sede di ricorso straordinario. Giur. it.* 1905, III, 99; MORTARA. *Dell'influenza di una decisione della IV sez. che annulla un atto ammin. concernente più persone a favore di coloro che non parteciparono al ricorso ed al giudizio. Giur. it.* 1899, I, 2, 463; C. PEANO. *Le decisioni della IV sez. del Cons. di Stato e la loro autorità di c. g.* Roma. Un coop. ed 1895; GATTI. *Dell'autorità del giudicato civile*, p. 309 e regg.

²⁾ V. ORLANDO. *Giustizia amministrativa cit.* p. 1062.

sunte. Se quest'atto ha un contenuto così particolare e personale da far sì che la questione si riduca esclusivamente ai rapporti fra ricorrente e pubblica amministrazione, il rigetto del ricorso, quando sulla decisione che lo pronuncia si sia formata la cosa giudicata, impedirà al ricorrente di impugnare successivamente lo stesso provvedimento, mantenendosi però codesto divieto dentro i limiti obiettivi della *res iudicata* quali verremo determinando nel capitolo seguente. In altre parole, riservandoci di dare a questa nostra affermazione la dovuta dimostrazione, il privato interessato all'atto, non potrà contro di esso proporre nuovamente ricorso in sede di legittimità fondandosi sui medesimi motivi: dichiarato per esempio legittimo l'atto relativamente al vizio di incompetenza, non si potrà più la medesima questione riproporre.

Nel caso inverso, che la attività della amministrazione ritenuta lesiva di diritti pubblici subiettivi si sia esplicata impersonalmente il medesimo principio troverà applicazione: la decisione cioè con la quale la sezione IV rigetta il ricorso estenderà la sua efficacia dentro i limiti obiettivi che in seguito verremo a determinare in confronto di tutti gli interessati di diritto. Nè a diversa conclusione dovremo venire considerando la eventualità che, ove il provvedimento impugnato sia diretto contro determinate persone, alcuna di queste non sia intervenuta in giudizio. Anche in questo caso la pronuncia giurisdizionale di legittimità, una volta passata in giudicato, agirà, con le stesse restrizioni in confronto di tutti gli interessati. La teoria dominante in ordine alle pronunce contenenti il rigetto del ricorso, a somiglianza di quello che ritenne la giurisprudenza francese nei ricorsi per eccesso di potere, tende a negare ogni efficacia alle decisioni stesse oltre le persone delle parti: ad essa abbiamo accennato poco fa in linea generale e crediamo inutile ripetere le ragioni per le quali la abbiamo ritenuta insostenibile.

In riguardo alla V sezione del Consiglio di Stato, poichè identico è il carattere della funzione giurisdizionale ad essa attribuita, la cosa giudicata propria alle decisioni da essa emesse avrà la medesima estensione subiettiva della cosa giudicata nascente dalle pronunce della IV sezione. Una prova di ciò anche qui la abbiamo

nel fatto che la decisione può contenere lo annullamento o la modificazione dell'atto amministrativo: il carattere speciale del sindacato che in questa sede viene posto in essere non potrà, come vedremo, che influire sui limiti obiettivi della efficacia della decisione stessa.

§ 6. — **Di alcune particolari questioni relative alla determinazione dei limiti subiettivi della cosa giudicata nascente dalle decisioni giurisdizionali del Consiglio di Stato.**

Nella dottrina nostra la questione di cui ci stiamo occupando ha avuto la sua più acuta trattazione dal Mortara in quel suo pregevolissimo Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile che costituisce indubbiamente uno dei più autorevoli contributi allo studio dei nostri istituti giurisdizionali amministrativi. Anche codesto scrittore parte dalla distinzione fra atti individuali ed atti collettivi. Riguardo ai primi egli si propone la questione di stabilire nel caso che più provvedimenti identici siano stati emanati in confronto di persone diverse, quale efficacia possa avere la decisione emessa in sede di legittimità riguardo a uno di essi, sopra gli altri. Correttamente egli risponde che codesta decisione potrà costituire un precedente autorevole nel giudizio che a simile scopo potesse in seguito essere intrapreso da altro interessato contro il provvedimento che lo riguarda ma non potrà essere elevata alla dignità di giudicato sulla nuova controversia, anche perchè, data una distinta singolarità di rapporti fra i varii soggetti e l'amministrazione, giova portare nel sindacato giurisdizionale sopra ciascun rapporto un criterio particolare, scevro affatto da prevenzioni che impediscano di discernere le differenze fra caso e caso ¹⁾.

Con tutto il rispetto dovuto al chiaro autore a noi sembra però la questione assolutamente oziosa, in quanto che essa suppone che possa esservi dubbio se la efficacia di una pronuncia possa estendersi oltre il rapporto giuridico su di cui essa verte; per questo

¹⁾ Cfr. vol. I, p. 380.

noi non riteniamo sufficienti le ragioni dal Mortara addotte a sostegno della sua conclusione, ragioni puramente di ordine pratico e non giuridico, completamente estranee all'istituto della cosa giudicata. L'unica ragione giuridica che dimostra la oziosità della questione e la evidenza della sua risoluzione ove venga posta, sta tutta nel carattere strettamente individuale del provvedimento; la pronuncia non può che riguardare il ricorrente perchè nessuna altra persona è interessata in modo diretto ed immediato al provvedimento stesso. L'unica ricerca invece che in ogni caso ha grande importanza, è quella diretta a stabilire se l'atto amministrativo contro il quale il ricorso viene promosso, abbia carattere individuale o collettivo. Soltanto in quest'ultimo caso potrà discutersi della estensione da attribuirsi alla pronuncia ottenuta dinanzi al Consiglio di Stato la quale dovrà sempre avere una sfera di azione o di efficacia identica a quella del provvedimento impugnato, per cui alla stessa maniera che in caso di annullamento dell'atto amministrativo nessuno degli interessati di diritto potrà legittimamente su di esso fondare un qualsiasi interesse, in caso di modificazione dell'atto o di rigetto del ricorso, in confronto di quegli stessi interessati la decisione agirà con la efficacia del giudicato, in quanto che sarà loro interdetto nel primo caso di disconoscere in proprio confronto la modificazione avvenuta, nel secondo caso di riproporre il ricorso per i medesimi motivi e per l'identico interesse ¹⁾.

Alla stessa guisa poi la *res judicata*, in questo modo formatasi, agirà nei confronti della pubblica amministrazione: a questo proposito però occorre osservare che se nell'ipotesi dell'annullamento o della modificazione non sarà più lecito ad essa porre in essere nuovamente il provvedimento quando concorra identità di motivi e di circostanze ²⁾ nell'ipotesi invece di rigetto del ricorso non verrebbe tolta all'amministrazione come mostra di credere il Cammeo ³⁾ la possibilità di emanare nuovi provvedimenti, sostituendoli anche a quello dichia-

¹⁾ Cfr. DALLOZ. *Répertoire*. V. *Chose jugée*, n. 64 e segg.

²⁾ Cfr. PORRINI. *Della cosa giudicata nascente dalle decisioni del Consiglio di Stato in Filangeri*, n. 1, estr. p. 3.

³⁾ *Op. cit.*, p. 297.

rato legittimo. E ciò si comprende facilmente: poichè oggetto della decisione passata in giudicato essendo la dichiarazione della legittimità o della convenienza di un determinato atto amministrativo, non il riconoscimento di un diritto subiettivo al mantenimento dell'atto stesso; nulla impedirà alla amministrazione di porre in essere una nuova attività, parimenti legittima o conveniente, in ordine ad un medesimo obbietto.

Per quanto riguarda la determinazione degli interessati di diritto ad un atto avente carattere collettivo, sorse nella giurisprudenza nostra una interessante questione: si discusse cioè se di fronte ad un provvedimento diretto ad una categoria di persone determinate non individualmente ma per il fatto di trovarsi in una determinata condizione, la efficacia di giudicato propria di una decisione emessa sopra questo provvedimento dovesse limitarsi solo a coloro che al momento della emanazione si trovavano in quella particolare situazione giuridica, ovvero si dovesse estendere anche a coloro posteriormente entrati a far parte di quella categoria di persone. Fra le altre merita considerazione la decisione del 23 gennaio 1903 del Consiglio di Stato, con la quale pur riconoscendosi alle pronunce emesse sopra atti di questa natura una efficacia che varca i limiti delle persone dei litiganti, restringe però questa efficacia solo a coloro che, non ricorrenti, sarebbero stati pregiudicati dal provvedimento amministrativo dichiarato illegittimo per avere un interesse legittimo ed attuale nel momento in cui quest'atto fu emanato. In guisa che, se il provvedimento medesimo fosse di poi riprodotto rispetto ad altri, che dal primo non potevano essere colpiti perchè non entrati a far parte di quella determinata classe di individui che primieramente ne avrebbero ricevuto danno, pur rimanendo la materia del contendere perfettamente identica ed immutate le relative condizioni di fatto e di diritto, non potrebbero essi, a differenza di quelli che non ricorsero avverso il provvedimento, per cui si ebbe la prima decisione di annullamento, invocarla in proprio favore: epperò per gli uni vi sarebbe l'autorità del giudicato, per gli altri no ¹⁾.

Per tutte le ragioni precedentemente svolte noi non possiamo ap-

¹⁾ Vedila in *Foro it.* III, 93.

provare codesta risoluzione: invero l'atto collettivo, prescindendo da ogni considerazione personale, pone in essere o modifica un rapporto giuridico in confronto di una collettività, non di un determinato soggetto; la variazione perciò dei membri di codesta collettività, lasciando immutato il rapporto giuridico, non viene a togliere la giustificazione della cosa giudicata. Questa, dovendosi estendere a tutti i terzi interessati, non potrà limitarsi a coloro soltanto che questa qualità rivestivano al momento in cui la decisione fu emessa, poichè in questo modo si verrebbe a snaturare l'atto amministrativo, a sostituire al suo contenuto generale, collettivo, un contenuto particolare, specifico. Come bene osserva il Pranzatario in una nota alla decisione sopra riferita ¹⁾, ammessa la distinzione fra atti generali o collettivi e individuali o speciali, va da sè che per la stessa efficacia dichiarativa e non attributiva delle sentenze e delle stesse decisioni della IV sezione del Consiglio di Stato, non si potrebbe riconoscere a queste nelle questioni inerenti alla legittimità o meno del provvedimento impugnato una sfera di azione o di efficienza maggiore o minore di quella che aveva l'atto amministrativo dichiarato illegittimo. Epperò, non altrimenti che per i provvedimenti speciali la dichiarazione di illegittimità non avrebbe autorità oltre il caso deciso e alla stessa stregua che per le sentenze emanate dal potere giudiziario in questioni identiche il pronunciato anteriore potrebbe costituire soltanto un precedente autorevole per i giudicanti, senza potersi elevare all'altezza di regidicata; così per i provvedimenti generali che siano dal supremo magistrato amministrativo dichiarati illegittimi la decisione esercita *erga omnes* la stessa efficacia che aveva il provvedimento annullato.

Alle medesime conclusioni sostanzialmente arriva anche il Mortara, sebbene però egli ricorra a giustificazioni nelle quali noi non concordiamo traendo esse origine da quella teorica della rappresentanza fittizia che dal Savigny in poi venne posta a base di ogni estensione della cosa giudicata al di là delle parti ²⁾.

¹⁾ In *Foro it.* l. c.

²⁾ Cfr. *Commentario*, p. 381.

La infondatezza di codesta giustificazione viene efficacemente messa in rilievo dal MARONE. *La decisione della IV sezione rispetto all'autorità*

La teorica nostra invece, non soltanto nelle sue conseguenze ma, sibbene anche nella sua motivazione, collima in modo completo con quella succintamente ma magistralmente espressa dal Salandra nella sua *Giustitia amministrativa* e che egli deduce direttamente dalla natura del sindacato giurisdizionale affidato alla IV ed alla V sezione. « La base del ricorso, egli scrive, non è *il proprio diritto leso del ricorrente*; è semplicemente *il diritto leso*. L'effetto suo non è la reintegrazione della norma generale del diritto pubblico mediante l'annullamento dell'atto che l'ha violata. Può soltanto accadere ma può pure non accadere, che l'interesse individuale trovi totale o parziale soddisfazione nello annullamento medesimo. Ma in quanto a diritto non ve ne è che uno in questione: il diritto obiettivo. La cui reintegrazione può essere da una parte insufficiente all'interesse individuale a cui non concede alcuna rivalsa dei danni eventualmente patiti; mentre trascende di gran lunga, per la sua efficacia, le finalità individuali, la limitata cerchia cioè della persona, fisica o giuridica, e delle sue pertinenze, in quanto è valevole *erga omnes* ». Pur non concordando specialmente per le considerazioni svolte al capitolo precedente nella estensione che a questa teorica il Salandra viene a dare, giungendo ad ammettere che la giurisdizione obiettiva del Consiglio di Stato possa essere invocata anche per la lesione di un vero e proprio diritto subiettivo, inteso questo nel significato attribuitogli dal legislatore del 1865, ed accomunando per conseguenza le due differenti competenze dell'autorità giudiziaria e della IV sezione, è certo che soltanto nella natura obiettiva della pronuncia delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato può trovare fondamento la estensione a tutti gli interessati della sua efficacia.

E fa davvero meraviglia come codesto scrittore limiti la applica-

giudiziaria, *Giur. it.* p.° IV, p. 226, il quale fa derivare la efficacia *erga omnes* delle decisioni della IV sezione « da una speciale virtù giuridica propria delle giurisdizioni di diritto pubblico, in cui l'opera del giudice pare sia una proiezione di quella del legislatore per cui le decisioni sue appaiono tante norme giuriche particolari regolanti rapporti che il legislatore o non prevede o demandò al criterio del giudice ».

zione della sua teorica sul carattere obiettivo della giurisdizione di legittimità solo al caso in cui l'atto amministrativo venga annullato, restringendo invece la efficacia della decisione alle sole parti quando il ricorso venga rigettato ¹⁾. L'affermare, come egli fa infatti, che « se il giudizio di annullamento per qualsiasi ragione non si risolve a favore del ricorrente non ne rimane pregiudicato perciò l'eventuale diritto al ricorso che altri possono esercitare se sono tuttora nelle condizioni legittime per farlo, l'atto amministrativo essendo stato rafforzato dal giudicato solo nei rapporti della parte ricevente », importa l'ammettere che il magistrato amministrativo anzichè raffrontare obiettivamente l'atto alla norma giuridica ed attuare in questo modo quella protezione del pubblico interesse dalla legge deferitagli, tenga esclusivamente conto nel suo giudizio del particolare rapporto in cui l'atto stesso può trovarsi con un determinato soggetto — importa per conseguenza il rinnegare quel carattere obiettivo della giurisdizione di legittimità tanto acutamente prima messo in rilievo.

§ 7. — **La teorica dei limiti subiettivi della cosa giudicata nella giurisprudenza della IV sezione e dell'autorità giudiziaria.**

Nella giurisprudenza nostra la questione dei limiti subiettivi della cosa giudicata nascente dalle decisioni giurisdizionali del Consiglio di Stato fu discussa e risolta soltanto in parte, soltanto cioè relativamente alla competenza di legittimità, non a quella di merito; diremo meglio anzi solo in ordine alle pronunzie emesse in sede di legittimità contenenti l'annullamento dell'atto amministrativo, ritenendosi, quasi tacitamente, che in ordine alle pronunzie contenenti il rigetto del ricorso la questione non potesse neppur sorgere e la regola di diritto privato, *res iudicata ius facit inter partes*, dovesse incontroversamente applicarsi.

In generale si può dire che nel campo giurisprudenziale, accanto a qualche isolata opinione escludente in modo reciso ogni estensione della cosa giudicata al di là delle parti, quasi che il riconoscimento

¹⁾ Cfr. SALANDRA. *Op. cit.*, p. 871-72

del carattere giurisdizionale alle sezioni contenziose del Consiglio di Stato importasse la applicazione anche nel campo del diritto pubblico delle norme processuali private¹⁾, prevalga il principio che, in caso di annullamento dell'atto amministrativo, la efficacia della decisione si estenda a tutti gli interessati, pur fondandosi questo principio stesso su argomenti d'ordine prevalentemente pratico²⁾.

¹⁾ Cfr. p. e. *Trib. Roma*, 11 marzo 1896, MANZONI. C. Min. LL. PP. *Temi romana*, 1896, 280; *App. Roma*, 12 febbraio 1897, stesse parti, *Temi romana*, 1897, 465; *Cons. di Stato*, IV sezione, 24 agosto 1900, Lucci e Min. Pubblica Istr., *Giuris. it.* 1900, III, 391; *Cons. di Stato*, (IV sezione) 17 maggio 1901, Carrucolo c. Comit. for. della Prov. di Grosseto, *Giur. it.* 1901, III, 289 [n]; *Cass. Roma*, 15 aprile 1905, Min. LL. PP. c. Rebucchi *Giur. it.* I, 853 [n]; *Cons. di Stato*, IV sezione, 22 giugno 1906, Romani c. Finanze, *Foro it.* 1906, III, 157 [n]. Qualcuna di queste sentenze può in un certo senso giustificarsi, in quanto oggetto del giudizio era un atto amministrativo di carattere individuale come quella del Consiglio di Stato del 24 agosto 1900, quella del Trib. di Roma dell' 11 marzo 1896, quella del Consiglio di Stato del 22 giugno 1906; la maggior parte però di esse fonda la propria motivazione sui principi propri al funzionamento della giurisdizione ordinaria che con una deplorabile leggerezza si estendono anche al Consiglio di Stato, quasi che fossero elementi indispensabili ad ogni esercizio giurisdizionale. Ecco p. e. come è motivata la decisione del Cons. di Stato del 24 agosto 1900, sopra citata:

« Attesochè neppure il ricorrente abbia recisamente sostenuto che la decisione di questo collegio 22 luglio-12 agosto 1898 n. 382 faccia stato a suo favore con autorità di cosa giudicata, sebbene punto non riguardasse la persona di lui. Anche nelle pronuncie del magistrato amministrativo è da ricordare la l. 7 § 4, ff. *de exceptione rei judicatae* che ammoniva darsi la cosa giudicata « *quoties inter easdem personas easdem quaestio revoctur* ». E tale principio che trovasi ripetuto nell' art 1351 del cod. civ., e che fu ritenuto da questo collegio in relazione a casi di annullamento di decreti generali a tutta una categoria di pubblici funzionari vale ancor più laddove il provvedimento che fu annullato non concernesse direttamente che talune determinate persone ». Analogamente la Cass. di Roma nella citata sentenza del 15 aprile 1905 affermava che poichè la IV sezione del Consiglio di Stato deve considerarsi come organo giurisdizionale, le sue decisioni dovranno considerarsi come vere e proprie sentenze aventi efficacia solo fra le parti che le provocano, restando *res inter alios acta* per tutti gli altri interessati nel provvedimento amministrativo impugnato coi ricorsi cui le decisioni si riferiscono.

²⁾ Cfr. p. e. *Cass. Roma* 5 maggio 1898, *Giur. it.* 1898 I, 1, 593; *App. Bologna*, 28 aprile 1895, *Giur. it.* I, 2, 463 [n]; *Trib. Roma*, 29 aprile 1900,

Notevole è fra le altre la decisione del Consiglio di Stato del 10 maggio 1901 nella quale la inapplicabilità della regola *res iudicata ius facit inter partes* alle pronuncie di legittimità della IV sezione viene giustificata dal particolare carattere della funzione giurisdizionale attribuita al Consiglio di Stato. « Considerato, in essa si legge, che nel campo amministrativo non può essere senz'altro trasportato il concetto della cosa giudicata quale è dato dall'art. 1351 del codice civile senza disconoscere la differente efficacia che hanno le sentenze di ordinaria giurisdizione e quella che possono avere i pronunziati del contenzioso amministrativo; che tale disconoscimento avviene quando si esige per via generale che qualsiasi decisione emessa in sede di contenzioso amministrativo non possa aver effetto se non *inter easdem personas* cioè soltanto nei rapporti fra coloro che furono parti in causa e l'Amministrazione. Il vero è invece che quando la decisione abbia annullata una norma di amministrazione in modo obiettivo, impersonale, per illegittimità, l'atto deve aversi annullato a tutti gli effetti e di fronte a tutti gli interessati, nè possa, senza cadersi in contraddizione, ritenersi esistente per alcuni di essi ». Ugualmente interessante è l'altra sentenza sopra citata della Cassazione di Roma (14 nov. 1904) nella quale opportunamente si fa ricorso, nella risoluzione della questione, alla distinzione fra atti individuali ed atti collettivi.

Temi romana 1900, 266; *Cons. di Stato* 10 maggio 1901, *Giur. it.* 1901, III, 290 [n]; *Cass. Roma*, 14 nov. 1904, *Giur. it.* 1905, I, 1, 5; *Cons. di Stato*, 22 dic. 1904, *Giust. amm.* 1904, I, 642 ecc. Ecco come la Corte di Appello di Bologna nella sua sentenza del 28 aprile 1899, giustifica la sua tesi: « non basta addurre per argomento di analogia che i giudizi della IV sezione sono, per le disposizioni del regolamento 17 ottobre 1889, disciplinati a formalità procedurali somiglianti a quelli dei giudizi ordinari, poichè altra è la forma estrinseca del giudizio, altro lo scopo e l'efficacia del giudizio, in relazione all'indole ed allo scopo di ordine e di interesse generale cui sono diretti, secondo il voto della legge, i pronunziati della IV sezione del Consiglio di Stato, primissimo quello di mantenere il funzionamento dell'organismo amministrativo entro l'orbita dalla legge assegnata all'amministrazione dello Stato; donde implicito in quei giudicati il carattere d'ordine generale e l'elemento di diritto pubblico che li fa convergere ad un fine pure d'indole generale di obbligare il governo a rientrare nell'osservanza della legge con nuovi provvedimenti ».

CAPITOLO V.

Estensione obiettiva della cosa giudicata nascente dalle decisioni delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato

SEZIONE PRIMA.

Estensione obiettiva della cosa giudicata nascente dalle decisioni della IV sezione

§ 1. — L'oggetto della giurisdizione di legittimità della IV sezione.

La ricerca che forma oggetto di codesto capitolo riuscirà facile e semplice dopo quanto precedentemente abbiamo detto sulla natura della competenza di legittimità e sul concetto di cosa giudicata.

Non ci addenteremo però noi in tutte le questioni, infinite e svariatissime, che nel campo del diritto privato tanto affaticarono e tanto affaticano i giuristi a questo proposito. E ciò per due ragioni principalmente: anzitutto perchè volendo mantenere alla trattazione un carattere dottrinale, crediamo di poterci esimere dall'indagine particolare dei singoli casi che nella pratica possono presentarsi; in secondo luogo perchè la natura del giudizio attribuito dalle nostre leggi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, profondamente differendo da quello in cui si esplica la funzione dell'autorità giudiziaria, importa che molte di quelle questioni vengano a perdere gran parte della loro importanza, se non anche, certe volte, la stessa loro ragion d'essere.

Il quesito che per primo al nostro studio deve essere proposto riguarda la determinazione dell'oggetto in ordine al quale si esercita la funzione giurisdizionale della IV sezione, poichè soltanto per questa via si riuscirà a stabilire quali conseguenze importi nel campo giurisdizionale amministrativo la applicazione del principio fondamentale in materia di cosa giudicata *tantum iudicatum quantum litigatum*.

L'art. 22 del t. u. del 17 agosto 1907 il quale determina la competenza della sezione IV del Consiglio di Stato, stabilisce che a questa spetta di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti o provvedimenti di una autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali e giuridici. Una prima condizione generalissima possiamo adunque stabilire all'esercizio della giurisdizione di legittimità: che vengano cioè dall'amministrazione pubblica per mezzo dei suoi organi od autorità posti in essere degli atti o provvedimenti. Poichè d'altra parte, come più volte abbiamo avuto occasione di osservare, il legislatore nostro, conscio degli inconvenienti pratici che ne avrebbero reso impossibile il funzionamento, non intese istituire con la IV sezione una vera giurisdizione di diritto obiettivo, ne consegue che un'altra condizione dovette essere posta al suo esercizio, quella cioè che l'atto amministrativo venga a ledere od a minacciare una sfera giuridica individuale, subiettiva.

Se dovessero prevalere alcune delle opinioni nel corso di questo studio combattute per le quali dovrebbe considerarsi esclusivamente subiettiva la protezione posta in essere mediante il sindacato di legittimità, si sarebbe costretti a concludere che oggetto del giudizio della IV sezione sia il rapporto giuridico creato o modificato dalla amministrazione pubblica, per mezzo dell'atto impugnato, nei confronti esclusivi di quel particolare soggetto che ne abbia eccitato l'esercizio. La cosa giudicata in questo caso non soltanto non potrebbe agire al di là delle parti in causa, ma dovrebbe limitarsi nella sua estensione obiettiva alle conseguenze dell'atto amministrativo su quella speciale sfera giuridica il cui soggetto ha promosso il ricorso e dentro questi limiti investire in modo completo il rapporto giuridico in modo

da impedire che su di esso una qualsiasi altra funzione giurisdizionale potesse esercitarsi. Siccome però scopo della giurisdizione di legittimità è la protezione dell'interesse pubblico messa in moto per necessità di cose dall'interesse individuale, senza però che per questo il carattere della funzione venga a mutarsi, essendo sempre a base del ricorso non il diritto leso del ricorrente ma semplicemente il diritto leso ed essendo sua conseguenza non la reintegrazione di una qualsiasi sfera di diritti individuali bensì la reintegrazione della norma generale di diritto pubblico, ove risulti violata, ¹⁾ così il sindacato di legittimità, quale venne istituito dalla legge del 1889 successivamente modificata, non potrà avere per oggetto che l'atto o il provvedimento dell'autorità amministrativa, considerato nella sua essenza obiettiva.

Codesta conclusione che, dopo quanto abbiamo detto nei capitoli antecedenti, non ha certo bisogno di essere ulteriormente suffragata da nuove dimostrazioni, comincia ormai a trasparire anche dalla giurisprudenza del nostro Consiglio di Stato, la quale specialmente in alcune decisioni in materia di tasse, venne a fissare in modo esplicito il carattere obiettivo del sindacato di legittimità ²⁾.

La cosa giudicata adunque che viene a formarsi sopra le decisioni emesse nell'esercizio di codesto sindacato, non può in alcun modo investire il rapporto giuridico intercedente fra la pubblica amministrazione ed il ricorrente, sia esso un privato cittadino od una altra pubblica amministrazione, nè influire sulla determinazione delle condizioni di fatto su di cui quel rapporto si fonda, ma dovrà soltanto riferirsi alla dichiarazione di legittimità o di illegittimità dell'atto amministrativo impugnato entro i limiti del giudizio del quale quella dichiarazione stessa apparisce prodotto.

¹⁾ Cfr. SALANDRA. *La Giustizia amministrativa*, ecc. p. 784-85.

²⁾ Cfr. spec. *Cons. di Stato*, sez. IV, 22 maggio 1908, n. 462, Comune di Nervi c. G. P. A. di Genova in *Giust. amm.* 1908, I, p. 461; Sezione V, Comune di Ancona c. Ditta Jona, in *Giust. amm.* 1909, I, p. 164.

§ 2. — **Estensione obiettiva del giudizio di legittimità.**

Il vizio di illegittimità di cui può essere affetto un atto amministrativo e sul quale deve pronunciare la IV sezione, se può teoricamente ricondursi ad un concetto univoco, viene in pratica a distinguersi in più concetti diversi che possono quasi raffigurarsi come altrettante cause, convergenti tutte a costituire la illegittimità stessa intesa nella sua più larga comprensione. Il nostro legislatore appunto, nell'art. 22 più avanti citato, distingue tre vizi di illegittimità: l'incompetenza, la violazione di legge, l'eccesso di potere; ciascuno di essi è sufficiente ad invalidare l'atto, ma perciò stesso nessuno di essi è a questo effetto necessario. Sorge a questo proposito una prima importante questione: promosso ricorso davanti il Consiglio di Stato in sede di giurisdizione di legittimità contro un atto amministrativo per uno dei motivi sopra enumerati, dovrà la IV sezione estendere il proprio esame anche sugli altri motivi non accennati nel ricorso, per cui la sua pronuncia debba ritenersi come esauriente in modo completo la questione di legittimità relativa a quell'atto e la cosa giudicata, su di essa formatasi, non si venga a restringere al rapporto fra l'atto e quel determinato vizio addotto nel ricorso, ma si estenda all'indagine in confronto di ogni altro vizio, cioè alla dichiarazione assoluta di legittimità o di illegittimità.

La questione non ha importanza nel caso di accoglimento del ricorso e di annullamento dell'atto, poichè allora dentro i limiti subiettivi da noi fissati la decisione avrà efficacia obbligatoria con estensione obiettiva assoluta, nel senso che la questione di legittimità non potrà più in confronto di quello stesso atto essere proposta, anche perchè date le conseguenze dal legislatore attribuite al sindacato giurisdizionale della IV sezione l'atto illegittimo, non appena dichiarato tale, cessa di esistere giuridicamente. Se si dovesse nel risolvere codesto importantissimo quesito partire dalla considerazione astratta della giurisdizione di legittimità si dovrebbe concludere che una volta adita per un motivo qualsiasi, fra quelli dal legislatore enumerati, la IV sezione dovrebbe allargare la propria indagine anche agli altri motivi

e giungere a una pronuncia di carattere assoluto; poichè se è vero, come noi ci siamo sforzati di dimostrare, che scopo di questa giurisdizione è la protezione dell'interesse pubblico messa in moto dalla occasionale lesione di un interesse individuale che se formalmente può ad essa attribuire un carattere subiettivo non è sufficiente però a cambiarne la natura intrinseca, il giudizio attraverso il quale essa si svolge dovrà vertere sopra l'atto considerato nella sua obiettiva consistenza, in rapporto cioè ai vari vizi che possono rappresentare una violazione di quell'interesse pubblico.

Teoricamente la conclusione sarebbe esatta; però non bisogna mai prescindere dalle esigenze della pratica le quali non permettono che il sindacato di legittimità abbia una estensione così lata che richiederebbe nel Magistrato cui esso è affidato una tale organizzazione ed una tale complessità di attribuzioni che mentre da un lato ne renderebbero difficile il funzionamento, dall'altro male potrebbero garantire il perseguimento dello scopo cui deve tendere: si verificherebbero in altre parole tutti quegli inconvenienti che dagli scrittori furono copiosamente messi in rilievo al fine di dimostrare la impossibilità della attuazione pratica di una giurisdizione puramente ed esclusivamente obiettiva.

Con questo noi non veniamo a sconfessare la teorica precedentemente sostenuta riguardo alla natura delle funzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato. Vogliamo soltanto mettere in rilievo come l'elemento subiettivo che per le necessità della pratica e per la imperfezione dei nostri sistemi giuridici deve concorrere alla protezione obiettiva dell'interesse pubblico, eccitando il funzionamento della giurisdizione attraverso cui questa si attua, deve anche contenerne l'esercizio nei limiti entro i quali esso possa efficacemente svolgersi.

Senza il controllo infatti dell'interessato il cui particolare interesse coincida con quello pubblico e senza la sua cooperazione nell'indagine diretta ad accertare la esistenza di un determinato vizio di illegittimità dell'atto amministrativo, male l'organo giurisdizionale potrebbe salvaguardare la osservanza del diritto da parte dell'autorità amministrativa ¹⁾.

¹⁾ Cfr. O. MAYER. *Le droit administratif allemand*. vol. I, p. 259.

La questione alla quale abbiamo accennato è si può dire pregiudiziale alla determinazione dei limiti obiettivi della cosa giudicata nascente dalle decisioni della IV sezione del Consiglio di Stato: la risoluzione sua infatti quale abbiamo brevemente prospettato importa una prima limitazione generale alla efficacia del giudicato, limitazione che si può così formulare: la pronuncia di legittimità non potendo risultare che da un'indagine dell'atto amministrativo relativamente soltanto al particolare vizio dedotto nel ricorso, la cosa giudicata, su questa pronuncia costituitasi, sarà ristretta alla questione particolare sollevata dal ricorrente; per cui dichiaratosi dalla IV sezione legittimo un atto amministrativo impugnato per vizio di incompetenza, resterà sempre aperta la via, senza che possa essere opposta la *exceptio rei judicatae*, ad impugnare l'atto stesso per vizio di eccesso di potere o violazione di legge.

Può sorgere però, sempre in ordine a questa questione, un dubbio se dentro i confini di uno stesso vizio la pronuncia abbia in ogni caso un carattere assoluto. Tenendo infatti presente che tanto la incompetenza, quanto l'eccesso di potere, quanto la violazione di legge possono constare di parecchi elementi, e che le norme obiettive dalla cui violazione codesti vizi risultano possono essere varie, si comprende come sia logico il chiedersi se una volta impugnato un atto, fondando il ricorso sulla violazione di una di queste norme corrispondenti ad un determinato vizio, possa, ove il ricorso sia rigettato, nuovamente impugnarsi l'atto per una violazione diversa corrispondente però allo stesso vizio.

§ 3. — I principi generali che regolano la determinazione obiettiva dei limiti propri alla cosa giudicata nascente dalle decisioni della IV sezione.

La questione ebbe occasione di presentarsi e di essere risolta nella pratica. La Corte di Cassazione di Roma (Sezioni Unite) con una sua importante decisione del 12 dicembre 1901 ¹⁾, dopo aver af-

¹⁾ *Giustizia ammin.* 1902, III, 2.

fermato la natura giurisdizionale della competenza della IV sezione del Consiglio di Stato e la capacità a cosa giudicata delle decisioni sue anche nel caso in cui essa avesse deciso incompetentemente quando a tempo non venga sollevata la questione di competenza, stabiliva che una sentenza o decisione ha autorità di cosa giudicata sempre che l'azione od eccezione proposta nel nuovo giudizio sia fondata sulla stessa causa dell'azione od eccezione su cui fu statuito dal precedente pronunciato. Non si devono confondere però, essa soggiungeva, la causa con le circostanze o ragioni che possono concorrere a costituirla o servire a giustificarne la esistenza, inquantochè la diversità di tali circostanze e ragioni non produce diversità di causa, per cui se il provvedimento amministrativo riguardante un pubblico impiegato fu impugnato per inosservanza di forme, non è consentito dopo che la IV sezione abbia rigettato il ricorso per illegittimità, risolleverla la questione di legittimità per vizi di forma non sollevati prima per la ragione che il pronunciato della IV sezione con cui fu riconosciuta la legalità del provvedimento impugnato deve aver forza di giudicato.

Tralasciamo di discutere la troppo sottile distinzione fra la causa e le circostanze, che in ultima analisi si riporta alla distinzione medievale cui porse occasione un frammento di Nerazio ¹⁾ fra causa prossima o causa remota la quale ormai non trova più seguito nella dottrina, anche perchè facilmente si rileva come essa si fondi, nella teorica della Cassazione, su di un equivoco dovuto ad una inesatta considerazione dell'elemento subiettivo che ha pur sempre una certa influenza nella giurisdizione di legittimità ²⁾. Occorre invece fermarci su quella che possiamo chiamare la conclusione della sentenza sopra riferita, cioè sulla affermazione che dichiarato legittimo un provvedimento amministrativo per inosservanza di forma non possa più in ordine ad esso essere risolta la questione di legittimità per vizi di forma non dedotti prima.

Noi crediamo che a questo proposito sia necessario distinguere la questione relativa al modo con cui la competenza di legittimità

¹⁾ L. 27, D. *De exceptione rei judicatae*.

²⁾ Cfr. PANTANO. *La cosa giudicata nelle decisioni della IV sezione del Consiglio di Stato*. In *Archivio di diritto pubblico*, 1902, p. 498.

deve esercitarsi, da quella relativa alla estensione obiettiva della cosa giudicata propria alle decisioni così emesse.

Quanto alla prima questione, richiamandoci ai principii precedentemente fissati intorno alla natura del sindacato giurisdizionale esercitato dalla IV sezione, noi crediamo che promosso ricorso contro un atto relativamente ad un vizio determinato, il giudice di legittimità debba estendere il suo esame in ordine a tutte le particolari violazioni che in quel vizio possono essere contenute, per modo che, in caso di rigetto, possa affermarsi inesistente il vizio dedotto in ricorso. Essendo in altre parole compito di cotesto organo giurisdizionale la dichiarazione e la applicazione della norma di diritto obiettivo non in quanto essa tenda a determinare una sfera giuridica individuale, ma in quanto abbia per iscopo la protezione dell'interesse pubblico; ed avendo la persona del ricorrente importanza puramente come mezzo onde eccitarne la attività, per cui soltanto verificandosi la coincidenza dell'interesse individuale con quello generale potrà il primo ottenere soddisfazione, ne deriverà che la giurisdizione di legittimità una volta posta in essere in ordine ad un atto determinato debba estendersi all'esame obiettivo di quest'atto relativamente al vizio su cui si fonda il ricorso, non potendo la questione rimanere ristretta entro i limiti assegnatili dall'interesse del ricorrente la cui protezione costituisce un fine secondario od accessorio.

La applicazione di codesto principio importerebbe che il giudizio potesse allargarsi non soltanto a tutte le possibili violazioni contenute in un determinato vizio, ma a tutti i vizi che possano invalidare di illegittimità l'atto impugnato; ragioni di ordine pratico consigliano però a limitare il sindacato di legittimità entro l'ambito del vizio o dei vizi dedotti dal ricorrente. Nè si obietti che in questo modo si vengano a violare le norme fondamentali del diritto procedurale, « per le quali ogni giudizio deve tendere alla risoluzione di determinati diritti controversi, su istanze specifiche delle parti (mezzi di ricorso) che si debbono far valere entro termini imposti sotto pena di decadenza »¹⁾, poichè le norme regolanti l'esercizio di una giurisdizione di diritto privato male possono invocarsi

¹⁾ Cfr. PANTANO. *Op. loc. cit.*

riguardo all'esercizio di una giurisdizione di diritto pubblico, diverso essendo nell'un caso e nell'altro il rapporto in cui trovasi l'interesse del ricorrente con lo scopo dell'organo giurisdizionale.

In un certo senso adunque la nostra opinione concorda con quella adottata dalla Cassazione romana: trattavasi infatti nel caso da essa deciso di due ricorsi in ordine ad un medesimo atto, fondantisi entrambi su violazioni di forma, rientranti per ciò nel medesimo vizio di violazione di legge. Diciamo in un certo senso, poichè nella motivazione codesta sentenza non sempre tiene presente quella distinzione fra le cause di nullità a cui pur aveva dato tanta importanza, e dopo aver esattamente affermato che « in fatto di domande di nullità di un atto se le due domande siano fondate su cause di nullità di natura differente in tal caso non può ritenersi la identità di causa fra le domande, ma se invece siano fondate su cause di eguale natura, come quelle per vizi di forme, allora vi ha identità di causa, quantunque la seconda dimanda si fondi sopra irregolarità diverse da quelle rilevate nel primo giudizio », conchiudeva che quando la IV sezione ha ritenuto legittimo il provvedimento respingendo i motivi contro di esso dedotti, significa che lo ha ritenuto in tutto conforme a legge ed il giudicato suo costituisce giudicato in ampio senso perchè ad occasione della impugnativa della legalità si è trattata in genere la questione di legittimità.

Come si rileva facilmente codesta conclusione viene ad oltrepassare la portata delle premesse da cui traeva origine ed appare per conseguenza ingiustificata: per essa infatti bisognerebbe ammettere che dovesse bastare da parte del privato il dire « impugno il provvedimento » perchè poi la sezione andasse alla doverosa ricerca di tutte le nullità possibili ed immaginabili¹⁾. Il che, come abbiamo visto, è praticamente un assurdo.

¹⁾ Con la sentenza del 12 dicembre 1901 (Baldi c. Finanza, *Giur. it.* 1902, 362) la Cassazione di Roma aveva portato questa tesi alle sue ultime conseguenze, applicandola anche ai rapporti fra la IV sezione e l'autorità giudiziaria ». La funzione della IV sezione in essa è detto non solo nel giudizio di merito ma anche in quello di legittimità è perfettamente giurisdizionale; perciò la pronunzia di essa acquista autorità di giudicato

§ 4. — **Se la efficacia di cosa giudicata si restringa al dispositivo o si estenda anche ai motivi.**

Occorre ora indagare quali siano gli elementi della decisione, ed in qual modo essi concorrano alla formazione del giudicato. Poichè, data per esempio una pronuncia della IV sezione per la quale il ricorso venga rigettato e l'atto impugnato dichiarato legittimo, può sorgere logicamente la domanda se il giudicato in questo modo formato venga ad impedire la riproposizione del ricorso in ordine al vizio antecedentemente dedotto, anche quando il precedente giudizio si sia limitato alla considerazione di una particolare violazione a quel vizio corrispondente, non si sia, cioè, esteso ad indagare la esistenza o non esistenza rispetto all'atto in questione del vizio stesso anche al di là delle particolari violazioni dedotte dal ricorrente. La cosa giudicata, in altre parole, dovrà desumersi esclusivamente dal dispositivo delle decisioni giurisdizionali amministrative, ovvero potrà estendersi anche ai motivi?

Questo problema ebbe nel campo del diritto privato una ampia trattazione nella quale si vedono sostenute le soluzioni più difformi: alcuni infatti negano che i motivi possano avere autorità di *res iudicata* nemmeno se sono causa immediata della sentenza; alcuni ne riconoscono l'autorità soltanto quando il dispositivo è equivoco; altri ancora credono che soltanto quando sono inseriti nel dispositivo i motivi possano formare oggetto di cosa giudicata; altri infine sostengono che ogni motivo abbia autorità essendo l'anima della sentenza. Non è nostra intenzione di addentrarci in una disputa di questo genere, tanto più che essa in gran parte perde ogni importanza pratica,

irrevocabile, a tutti gli effetti civili, che impedisce di riproporre davanti l'autorità giudiziaria la controversia sulla illegittimità dell'atto amministrativo allo scopo di far dichiarare la lesione di un diritto privato, quando il ricorso per annullamento proposto alla IV sezione sia stato respinto. Nè vale in contrario che si cerchi di denunciare all'autorità giudiziaria qualche motivo di illegittimità diverso da quelli esposti nel ricorso alla IV sezione giacchè tutti i motivi di annullamento per illegittimità si devono ritenere assorbiti dalla decisione che rigetta il ricorso (!!).

specie quando versa sulla determinazione di principi generali che a questo riguardo non potranno mai ottenere completa applicazione. Ricorderemo soltanto che il dispositivo essendo, come nel sillogismo la conclusione, il risultato del lavoro logico e razionale delle premesse, per cui non può giungere là dove le premesse non giungono e neanche tenersi in confini più modesti¹⁾, la cosa giudicata può estendersi anche ai motivi quando questi servono di interpretazione, di illustrazione del dispositivo.

Perciò nel caso di cui ora ci stiamo occupando la dichiarazione di pura e semplice legittimità contenuta nel dispositivo non può essere sufficiente ad estendere la cosa giudicata a tutti i vizi per cui l'atto amministrativo può essere impugnato; non solo, ma neppure a tutte le violazioni corrispondenti al vizio particolare sul quale il ricorrente abbia fondato la impugnativa²⁾. Occorrerà, ove questa ipotesi si verifichi, prendere in esame, per determinare la estensione obiettiva della cosa giudicata, i motivi su di cui la decisione si fonda e soltanto nell'ipotesi che essi dimostrino che il giudizio sia venuto sull'atto nella sua consistenza obiettiva, in rapporto a tutte le condizioni dalla norma giuridica poste, onde assicurare il retto perseguimento del pubblico interesse, alla sua esplicazione, la cosa giudicata impedirà che una questione qualsiasi di legittimità possa di nuovo proporsi in ordine al medesimo atto.

Per la stessa ragione se la IV sezione, dimenticando la natura intrinsecamente obiettiva della funzione ad essa deferita, limiti il suo giudizio all'atto impugnato in rapporto ad una particolare violazione, per esempio la inosservanza di una forma, senza procedere di ufficio alla constatazione della esistenza o non esistenza del vizio di violazione di legge, la cosa giudicata non potrà impedire la riproposizione di un ricorso che su questo vizio si fondi.

¹⁾ Cfr. GATTI. *Dell'autorità del giudicato civile*, p. 36-37.

²⁾ Cfr. *Cons. di Stato*, IV sez., 30 giugno 1905 (Comune di Macerata c. Magnani-Ricotti. *Giur. it.* III, 376): La decisione della IV sezione con cui si esclude che un atto amministrativo non è nullo per un determinato motivo invocato nel ricorso, non fa cosa giudicata sulle eventuali nullità dello stesso atto per motivi diversi.

Tenendo presente la giustificazione da noi posta all'istituto della cosa giudicata, si comprenderà facilmente come di essa non possa parlarsi quando non vi sia esercizio di giurisdizione, e nell'ipotesi ora fatta questo esercizio non si può riconoscere se non nei limiti in cui fu contenuto il giudizio. Un certo interesse presenta in questa materia una decisione del Consiglio di Stato del 23 gennaio 1903, nella quale vengono fissati i seguenti principi a riguardo della determinazione dei limiti obiettivi propri alla cosa giudicata nascente dalle sue decisioni giurisdizionali ¹⁾. « L'efficacia propria e pratica di una decisione, per la quale essa fa stato fra le parti e costituisce un vincolo per la stessa autorità giudicante, non consiste già nelle considerazioni di diritto che abbiano servito di lume e di guida al giudice per pronunciare, ma consiste nella pronuncia ossia nella formula risolutiva della controversia. Pertanto quando il caso a decidere non rientra nel dispositivo di una precedente decisione, non può invocarsi l'autorità della cosa giudicata, quand'anche l'antecedente decisione fosse di massima; poichè come tale, essa poteva giovare, oltre che ai ricorrenti, a quanti altri si fossero trovati in quel momento nelle loro condizioni, ma non mai a chi in quelle condizioni allora non si trovava.

Nel precedente capitolo ci siamo occupati del valore del principio relativo alla estensione subiettiva del giudicato contenuto in codesta pronuncia: per quanto riguarda gli altri principi relativi alla estensione obiettiva, ci limiteremo ad osservare, in base alle considerazioni or ora svolte, come non sempre si possa prescindere dai motivi e limitare, a priori, al dispositivo l'oggetto della cosa giudicata. Principi generali, lo ripetiamo, non possono a questo riguardo applicarsi. Noi riteniamo per conseguenza inesatta la affermazione contenuta nella pronuncia più sopra citata che la decisione della IV sezione in quanto è solamente interpretazione di legge, se può essere ed è desiderabile che sia adottata come norma dall'amministrazione non costituisca tuttavia norma di diritto, poichè il sindacato di legittimità di cui essa è la conclusione, presentando un ca-

¹⁾ V. *Giustizia amm.* 1903, I, 1.

rattere prevalentemente obiettivo deve tendere in linea principale immediata alla dichiarazione della norma giuridica in ordine ad un determinato atto amministrativo, prescindendo dai rapporti, eventualmente intercedenti in forza di questo, fra il ricorrente e la amministrazione pubblica.

Se può essere vero che le considerazioni di diritto dal magistrato amministrativo poste a base della sua pronuncia non possano costituire cosa giudicata in quanto si vogliano considerare nella loro portata obiettiva, indipendentemente dal dispositivo, non bisogna d'altra parte negare ad esse ogni importanza nella determinazione del giudicato, quando il dispositivo nella sua formulazione generale riesca di dubbia interpretazione ¹⁾. In questo modo noi non intendiamo certamente far rivivere la distinzione introdotta dal Savigny fra motivi obiettivi e motivi subiettivi ²⁾ ma vogliamo soltanto affermare che nel giudizio di legittimità essi possono grandemente aiutare nella determinazione della cosa giudicata non già in quanto rivelino il processo logico attraverso il quale la decisione si è venuta formando, ma perchè forniscono i criteri atti a stabilire, ove ciò non risulti dal dispositivo, i limiti entro i quali il giudizio fu contenuto.

§ 5. — I limiti obiettivi della cosa giudicata nascente dalle decisioni della IV sezione sopra ricorsi per incompetenza e violazione di legge.

Fissati così i principi fondamentali che nella risoluzione della questione che ci occupa devono sempre essere tenuti presenti, occorre brevemente esaminare quale sia la loro applicazione nei vari casi

¹⁾ Cfr. specialmente per la importante motivazione. *Cons. di Stato*, IV sez. 15 settembre 1905 (Coviello c. Melucci, *Giur. it.* III, 446 [n]): Le decisioni del Consiglio di Stato in sede di giurisdizione di legittimità fanno stato nell'ambito della controversia da esse risolta non solo per quanto riguarda il dispositivo, ma anche per quanto riguarda i motivi che ne sono la premessa logica e necessaria.

²⁾ V. *System*, VI §. 291 al 294: *objective die eigentlich Bestandtheile des Rechtsverhältnisses; subjective, wodurch der Richter persönlich bewegt wird.*

che nella pratica si possono presentare, cercando di stabilire con criteri generali quale sia la estensione obiettiva della cosa giudicata nelle diverse eventualità che il ricorso venga fondato su un motivo di incompetenza, ovvero su un motivo di violazione di legge ovvero su un motivo di eccesso di potere.

Siccome questi tre vizi che possono invalidare l'atto amministrativo, hanno una natura diversa ed importano per il loro accertamento una diversità di indagine che non potrà non influire sulla portata della decisione e sulla conseguente estensione del giudicato, così sarà necessario che noi, onde meglio assolvere il nostro compito, consideriamo distintamente il caso in cui si faccia questione di violazione di legge o di incompetenza, da quello in cui si faccia questione di eccesso di potere. I due primi vizi infatti possono bene ridursi ad un unico concetto, risolvendosi sempre in una violazione della norma giuridica obiettiva e potendosi essi constatare indipendentemente da qualsiasi indagine sui rapporti di fatto e di diritto intercedenti fra l'atto, oggetto del giudizio, e la attività amministrativa da una parte, ed il singolo ricorrente dall'altra: si può dire anzi che il ricorso fondato su questi due vizi rappresenti il tipo più perfetto del ricorso di pura legittimità.

Il giudizio in questo caso si riduce ad un raffronto esclusivamente obiettivo fra l'atto e la norma giuridica, per cui si può subito stabilire in applicazione dei principi sopra fissati un limite all'autorità del giudicato che da quel giudizio può trarre origine: che cioè essa investirà l'atto, come tale, in quanto appare quale estrinsecazione della attività amministrativa diretta al perseguimento dell'interesse pubblico e lascerà impregiudicato il rapporto giuridico che eventualmente possa in forza di quest'atto intercedere fra l'amministrazione ed il ricorrente. In altre parole il giudizio di legittimità, nel caso che il ricorso sia proposto per motivo di incompetenza o di violazione di legge, avrà per effetto di annullare o mantenere l'atto amministrativo senza che per questo venga in alcun modo determinato il rapporto giuridico intercedente fra le parti e tanto meno il rapporto di fatto dalla cui considerazione assolutamente pre-

Volendo indagare le particolari conseguenze derivanti dalla applicazione di questo principio occorre distinguere il caso in cui il ricorso venga accolto da quello in cui venga respinto. Nella prima ipotesi, risolvendosi la pronuncia di legittimità nell'annullamento dell'atto amministrativo, la questione concernente la estensione obiettiva della cosa giudicata avrà importanza soltanto nella eventualità che la amministrazione sostituisca a quello annullato un nuovo atto. Per poter stabilire quando in questa maniera essa venga a violare il giudicato, occorre determinare il contenuto o per meglio dire l'oggetto di questo. Siccome, data la natura del giudizio di legittimità, basta la constatazione di una qualunque violazione rientrante in uno dei vizi enumerati nell'art. 22 del t. u. del 1907 perchè il ricorso venga accolto, così necessariamente il giudicato si formerà sulla dichiarazione di illegittimità in relazione alla particolare violazione constatata, per cui, soltanto quando la autorità amministrativa ponendo in essere lo stesso provvedimento incorra nel medesimo vizio per la medesima violazione per cui l'annullamento fu precedentemente pronunciato, potrà validamente opporsi dagli interessati, od anche come vedremo elevarsi di ufficio, la eccezione di cosa giudicata¹⁾.

Consideriamo ora l'ipotesi che il ricorso sia respinto e l'atto per conseguenza dichiarato legittimo. Codesta dichiarazione di legittimità non potrà riferirsi a tutti i vizi che possono invalidare l'atto amministrativo, ma dovrà restringersi a quelle particolari violazioni sulle quali è effettivamente vertito l'esame del magistrato. Non sarà qui applicabile per la differente natura della funzione giurisdizionale il principio proprio del diritto privato, per il quale « fanno cosa giudicata i rapporti giuridici giudicati, stati oggetto di controversia fra le parti » giusta l'assioma *nichil iudicatum quod non sit litigatum*, ma potrà sempre darsi il caso di una *res iudicata* che abbia un contenuto molto più ristretto di quello attribuito alla controversia dalla intenzione del ricorrente, come quando promosso ricorso contro un atto per incompetenza e violazione di legge, il giudizio della IV sezione

¹⁾ Cfr. *Cons. di Stato*, IV sez., 2 maggio 1902. (Galardi c. Min. P. I.); *Giur. it.* III, 213.

si sia ristretto all'esame del primo motivo, e, constatata la insussistenza, astraendo da ogni indagine sull'altro motivo, si risolva nel rigetto del ricorso. — In questo caso i limiti della cosa giudicata formatasi sulla decisione emessa non potranno desumersi dall'oggetto del ricorso, ma bensì dall'oggetto del giudizio che col primo non sempre può coincidere.

Così, se, come nell'ipotesi ora fatta, il ricorso fosse fondato sui motivi di incompetenza e di violazione di legge ed il giudizio si fosse ristretto all'indagine sopra il primo soltanto, posteriormente si potrà sempre impugnare lo stesso atto per il vizio di violazione di legge e non potrà formare ostacolo all'accoglimento del ricorso la cosa giudicata formatasi sulla precedente decisione con la quale il ricorso veniva respinto.

Del resto questi principi, per sè ovvii, trovano applicazione anche nella scienza romana, per la quale i diritti su cui cadde la *litis contestatio* ma non la sentenza non producono la cosa giudicata, per modo che finchè non si è giunti alla sentenza vi sarà la *exceptio rei in iudicium deductae*, o l'*exceptio litis pendentis* o a dirittura la *denegatio actionis* ma non mai la *exceptio rei iudicatae* ¹⁾.

È questa appunto la ragione per cui quando dal dispositivo di una decisione giurisdizionale non possa delimitarsi l'oggetto del giudizio è giocoforza ricorrere ai motivi su di cui quella si fonda, i quali se non potranno, in quanto contengano delle dichiarazioni di diritto, costituire cosa giudicata, saranno sempre capaci a fornire i criteri che servano a determinarne la estensione.

Una questione che trova il proprio riscontro anche nel campo del diritto privato, può proporsi in materia di limiti obiettivi della reg giudicata. Dato il modo con cui viene regolata dalle norme giuridiche la esplicazione dell'attività amministrativa, e, dato l'ordinamento gerarchico che presiede ai rapporti di coesistenza fra le varie autorità, possono darsi nella pratica le relazioni più svariate fra i provvedimenti e gli atti emessi per il perseguimento degli scopi della amministrazione. — Alcuni di essi infatti possono presentare un ca-

¹⁾ Cfr. COGLIOLO. *Eccezione di cosa giudicata*. Torino, 1883, p. 115.

rattere generale ed avere per oggetto la determinazione delle condizioni con l'osservanza delle quali debba esplicarsi la attività amministrativa, per modo che essi costituiscano quasi il presupposto e la giustificazione ad altri atti di natura più particolare e di contenuto più ristretto. Orbene, quale efficacia avrà la decisione emessa contro gli atti della prima specie rispetto a quelli della seconda?

Occorre procedere alla solita distinzione. Nel caso che il ricorso venga rigettato la questione non ha alcuna ragione di essere, poichè dichiarato legittimo un atto amministrativo non potrà mai logicamente discendere come conseguenza la dichiarazione di legittimità di un'altro atto che col primo si trovi in un rapporto di effetto a causa. Potrà soltanto in questo caso la decisione giurisdizionale efficacemente invocarsi come cosa giudicata nel successivo giudizio, quando si fondi la domanda di annullamento dell'atto sulla illegittimità del provvedimento da cui questo trae origine. Nell'ipotesi invece che il ricorso venga accolto le conseguenze saranno molto più gravi e la estensione obiettiva della cosa giudicata avrà una ampiezza maggiore. Poichè, verificandosi questa eventualità, l'atto amministrativo dovrà essere annullato, ne deriva come conseguenza che gli altri atti che in questo trovarono la propria giustificazione e la propria ragion d'essere, dovranno risentire di questa dichiarazione di illegittimità. per cui promosso contro di essi a questo effetto ricorso, la semplice constatazione della cosa giudicata formatasi sulla decisione precedente, sarà sufficiente a fondarne l'accoglimento.

È un principio questo del resto la cui comprensione non può presentare alcuna difficoltà, che trovò pacifico accoglimento anche nel campo processuale privato dove vige la regola che il rapporto giuridico il quale nella relazione di dipendenza in cui dal suo nascimento si trova con i rapporti non contestati presenti il carattere di presupposto, una volta giudicato, trasmette la sua virtù di giudicato alle conseguenze.

Come facilmente si comprende, nessuna influenza avrà invece il giudicato ottenuto in ordine alle conseguenze sul presupposto.

Prima di chiudere questo argomento occorre osservare che, come nel diritto privato, così anche nel campo giurisdizionale pubblico,

sui limiti obiettivi della cosa giudicata possono esercitare una grande influenza le così dette *causae supervenientes*. Così, come giustamente osserva il Cammeo ¹⁾, in tutti quegli atti, in cui la legittimità presuppone la conformità ad un interesse pubblico più o meno precisamente definito nei suoi estremi dal diritto obiettivo, le variazioni frequenti e facili nelle esigenze di questo interesse costituiscono una *causa superveniens* cui non si può opporre la cosa giudicata che per il passato abbia dichiarato legittimo l'atto stesso.

Alla stessa conseguenza si dovrà pervenire nel caso che si verifichino delle mutazioni nelle condizioni di fatto in relazione alle quali si svolge il giudizio sull'atto amministrativo: è vero che nell'esercizio della sua competenza di legittimità, specialmente quando il ricorso sia fondato su motivi di incompetenza o di violazione di legge, la IV sezione del Consiglio di Stato deve fare astrazione da qualunque indagine e da qualunque apprezzamento di fatto, ma è anche vero che essa non potrà in modo assoluto prescindere dalla direzione e dallo scopo dell'atto su di cui il suo giudizio si deve svolgere e per conseguenza sarà costretta a tener conto delle circostanze che ne accompagnano la emanazione, senza la cui conoscenza si renderebbe vana e inefficace la protezione dell'interesse pubblico che la legge ad essa deferisce.

Orbene, dichiarato illegittimo un atto per incompetenza o per violazione di legge, potrà dalla amministrazione essere di nuovo riprodotto quando modificandosi le condizioni di fatto, la esistenza di quel vizio non possa più sostenersi, senza che per questo si verifichi una violazione di giudicato. La violazione di legge e la incompetenza dovranno infatti sempre considerarsi in relazione alle circostanze in cui la attività amministrativa viene ad esplicarsi, non potendo questi due vizi concepirsi e formularsi e tanto meno constatarsi in linea astratta.

Quanto abbiamo detto al capitolo terzo di questo lavoro, sulle relazioni intercedenti fra la autorità giudiziaria e le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato ci esime dall'esame della questione ri-

¹⁾ *Commentario*, p. 303.

guardante i limiti obiettivi della cosa giudicata, in quella parte che si riferisce alla determinazione dell'efficacia delle decisioni della IV sezione in confronto della giurisdizione ordinaria. Tenendo infatti presente l'oggetto specifico delle due giurisdizioni e ricordando che la loro coesistenza è regolata dal rapporto di separazione, riuscirà facile il risolvere le molte difficoltà che nella pratica, a causa della frequente confusione fra i principii propri alla giurisdizione di diritto privato e quelli propri alla giurisdizione di diritto pubblico si possono presentare.

§ 6. I limiti obiettivi della cosa giudicata nascente dalle decisioni della IV sezione sopra ricorsi per eccesso di potere.

Oltre che per i vizi di incompetenza e di violazione di legge l'atto amministrativo può essere impugnato anche per eccesso di potere. Il carattere speciale di questo motivo di nullità contemplato dal nostro legislatore e la natura dell'indagine che per il suo accertamento viene richiesta, importano che ne trattiamo particolarmente ¹⁾.

La nozione di eccesso di potere non è semplice nè univoca: avendo essa una importanza storica, dovette subire parecchie trasformazioni nel suo contenuto in corrispondenza delle mutazioni dei con-

¹⁾ Cfr. sulla nozione di eccesso di potere nel nostro diritto pubblico: ROMAGNOSI. *Principii di diritto amministrativo* (1832) libri I e V; MANTELLINI. *I conflitti di attribuzione in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, (1878) p. 224 e segg.; DE GIOANNIS-GIANQUINTO. *Corso di diritto pubblico amministrativo* (1881) vol. II, 645; O. LUCHINI. *La questione dei conflitti di attribuzione*, in *Ann. di giur.* vol. V e VI, p. III; GAZZILLI. *L'eccesso di potere*, 1900; CODACCI-PISANELLI. *L'eccesso di potere*, in *Giust. amm.* 1892, IV; ORLANDO. *La giustizia amministrativa*, in vol. III del *Tratt. di dir. amm.* p. 800 e segg.; MORTARA. *Commentario*, I, p. 375 e segg.; CAMMEO. *Commentario*, parte II; TIRANTI. *L'eccesso di potere* 1906; MAJORANA. *Le giurisdizioni amministrative e la Corte Suprema di Cassazione* (1904) p. 12 e segg.; RAGNISCO. *L'eccesso di potere*, Legge 1906 n. 17-20, *Diritto e Giurisprudenza* 1906, 1747; D'AVANZO. *L'eccesso di potere come vizio degli atti della pubblica amministrazione*. Macerata, 1905; MAZZERI. *L'eccesso di potere secondo l'art. 24 della legge 2 giugno 1889 ecc.*, *Giust. amm.* 1907, 23 ecc.

cetti ai quali veniva applicata. Il primo significato dell'espressione « eccesso di potere » come osserva l'Orlando ¹⁾, si connette con quella diffidenza verso le temute ingerenze del potere giudiziario sul legislativo e sull'esecutivo, che caratterizzò gli ordinamenti costituzionali della rivoluzione francese e può perciò riportarsi a questo triplice ordine di idee: usurpazione di un potere interdetto all'autorità giudiziaria; usurpazione di un potere appartenente ad una autorità giudiziaria di natura diversa o di un'ordine più elevato; violazione delle regole sostanziali che assicurano la validità dei giudizi. Codesta nozione, che è la prima in ordine cronologico, male si disintegra dalle nozioni affini di incompetenza e di violazione di legge; si può dire anzi col Laferrière ²⁾ che inteso in questo senso l'eccesso di potere possa considerarsi come una forma caratteristica di incompetenza o di violazione di legge.

Nel nostro diritto positivo questo particolare significato trova riscontro nella legge 31 marzo 1877 sui conflitti di attribuzione che deferisce alla Cassazione di Roma il giudizio sulle nullità delle decisioni giurisdizioni speciali « per incompetenza od eccesso di potere ».

Con la legge del 1889 istitutrice della IV sezione del Consiglio di Stato venne per la prima volta il vizio di eccesso di potere enumerato distintamente dagli altri vizi di incompetenza e di violazione di legge in quell'art. 24 che corrisponde al 22 dell'attuale testo unico. È intuitivo che la nozione or ora data non possa in questo caso applicarsi, poichè allora non si comprenderebbe più la ragione della enunciazione espressa dell'eccesso di potere accanto agli altri due vizi, nei quali esso, inteso in quel significato, dovrebbe necessariamente rientrare. Trattasi invero di una nozione specifica, profondamente distinta dall'altra, che alla legislazione italiana pervenne attraverso alla giurisprudenza francese.

Nella risoluzione dei casi pratici e nella attuazione in confronto dei pubblici poteri delle nuove difese giurisdizionali, riuscì facile a questa di rilevare come molto spesso la autorità amministrativa, nel-

¹⁾ *Giustizia amministrativa*, 801.

²⁾ *Traité de la jurisdiction administrative*, vol. II, lib. VI, p. 400.

l'esercizio di quelle facoltà discrezionali che non possono essere preventivamente regolate da particolari prescrizioni di legge, ma debbono invece derivare direttamente dal libero apprezzamento dell'amministrazione stessa e dei suoi organi, potesse in essere degli atti che sebbene formalmente legittimi, tali per conseguenza da non poter cadere nella sanzione di annullamento per incompetenza o violazione di legge, apparivano in effetto dettati dall'intimo proposito di violare lo spirito informante i principii generali ai quali avrebbero dovuto essere coordinati e di disconoscere lo scopo dal legislatore loro assegnato. Si presentò in questo modo la necessità di escogitare un controllo di legittimità, il quale, esercitandosi anche su questi atti discrezionali, ne assicurasse la conformità all'interesse generale dal quale la amministrazione non può mai prescindere. Sorse in questo modo l'annullamento per eccesso di potere, esercitantesi in quei casi in cui l'atto amministrativo pur risultando immune dal vizio di incompetenza o di violazione di legge, fosse diretto ad uno scopo diverso da quello al quale dovrebbe tendere, od in qualsiasi modo si risolvesse in un cattivo uso di quei poteri discrezionali dalla legge concessi all'amministrazione.

Questo concetto, per natura sua elastico e non facilmente riducibile ad una formula precisa, venne dal nostro legislatore posto a base di uno speciale motivo di annullamento che in seguito la giurisprudenza a poco a poco cercò di interpretare seguendo però sempre le traccie della consorella d'oltralpe. Così, senza più oltre insistere su di un argomento la cui trattazione completa esula dall'oggetto particolare del nostro studio, possiamo dire che il concetto di eccesso di potere, nel senso dell'art. 22 del T. u. del 1907, secondo i criteri cui si ispirò la giurisprudenza nostra comprenda: lo sviamento; il travisamento dei fatti; la illogicità di motivazione; la violazione di limiti già volontariamente impostisi da una autorità nell'esercizio di un potere discrezionale; l'apprezzamento di fatti illogico, irrazionale o contrario allo spirito della legge; il proposito di eludere disposizioni di leggi o di regolamenti, serbando l'apparenza della legalità ¹⁾.

¹⁾ Cfr. MORTARA. *Commentario*, p. 376, in nota.

Da quanto abbiamo succintamente detto sulla natura del contenuto di questo particolare motivo di annullamento, si rileva facilmente come il giudizio su di esso importi una maggiore latitudine di indagine di quella necessaria per l'accertamento della esistenza o inesistenza di un vizio di violazione di legge o di incompetenza. Trattasi infatti di indagare se l'autorità amministrativa non solo abbia osservato i confini assegnatili dalla legge, ma anche, se, in questo modo contenuta, essa si sia svolta conformemente allo scopo suo proprio, poichè soltanto allora potrà dichiararsi l'atto viziato di eccesso di potere quando si constati una antitesi fra di esso e lo scopo per il perseguimento del quale la legge conferì la potestà di compierlo.

Pur mantenendosi obiettivo il sindacato giurisdizionale, non potrà in questo caso completamente prescindere da ogni considerazione subiettiva, poichè è pur vero che nell'eccesso di potere si ha sempre un vizio dell'atto, ma è anche certo che attraverso questo vizio si rivela in linea principale un vizio dell'agente. Inoltre occorre tener presente che il magistrato amministrativo ricercando la corrispondenza dell'atto con lo scopo non può fare astrazione dagli elementi di fatto ma dovrà accostarsi mediante la propria indagine molto di più al merito dell'atto di quello che faccia quando pronunzia in ordine ad un vizio di incompetenza o di violazione di legge: in caso diverso gli riescirebbe impossibile di accertare la direzione effettiva dell'atto stesso e gli mancherebbe per conseguenza uno dei termini al suo giudizio.

La IV sezione adunque nel giudizio sopra ricorso per eccesso di potere potrà estendere il proprio esame al fatto, ed a questo scopo opportunamente l'articolo 36 del nostro T. u. stabilisce che quando essa riconosca la istruzione dell'affare incompleta, o i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato in contraddizione con i documenti, possano essere chiesti nuovi schiarimenti od ordinate nuove verificazioni; disposizione che, come osserva il Tiranti, si fonda sopra un principio di diritto pubblico, per il quale la ricerca della verità e delle circostanze di fatto, deve mirare ad ottenere un contenuto assoluto ¹⁾.

¹⁾ Cfr. TIRANTI. *L'eccesso di potere*, p. 72.

Non devesi però dimenticare che pur presentando il giudizio sull'eccesso di potere questi particolari caratteri, rimane pur sempre un giudizio di legittimità per cui non potrà mai spingersi fino ad una revisione dei criteri di merito che informarono gli atti dell'autorità amministrativa. Su ciò anche la giurisprudenza è concorde ¹⁾. Data così la nozione del vizio di eccesso di potere e determinata sommariamente la natura dell'indagine necessaria al suo accertamento, possiamo tentare la ricerca dei limiti obiettivi della cosa giudicata che venga a formarsi in ordine alle decisioni della IV sezione sopra ricorso fondantesi su questo vizio.

La maggiore importanza che in questo caso assumono le circostanze di fatto che accompagnano la estrinsecazione dell'attività amministrativa devono necessariamente importare una circoscrizione degli effetti della pronunzia giurisdizionale entro un campo più limitato. In tanto, infatti, essi potranno conservare efficacia obbligatoria, non solo in quanto rimangano immutate le condizioni di fatto la cui considerazione costituì base e fondamento alla decisione, ma in quanto anche l'interesse pubblico che costituisce uno dei termini al giudizio, continui ad avere il medesimo contenuto, richiegga perciò per la sua attuazione i medesimi mezzi, le identiche attività. Ogni più piccola modificazione di queste condizioni, ogni più piccolo cambiamento di questo contenuto, costituirà una *causa superveniens* che impedirà al giudicato di più oltre esercitare la sua forza obbligatoria. Se a diversa conclusione si dovesse venire si violerebbe il concetto della *res iudicata* e si trasformerebbe il controllo giurisdizionale in un vincolo inceppante la attività amministrativa che toglierebbe ad essa ogni libertà di movimento e di apprezzamento, rendendo praticamente impossibile ogni effettivo esercizio di facoltà discrezionali.

Seguendo l'ordine consueto, distinguiamo il caso in cui la IV sezione accolga il ricorso ed annulli l'atto da quello in cui respinga il ricorso. Nella prima ipotesi la amministrazione pubblica non potrebbe riprodurre l'atto annullato senza incorrere in una violazione di cosa

¹⁾ Cfr. specialmente: *Cons. di Stato*, sez. IV, 25 aprile 1896, *Giust. amm.* 1896, I, 153; 26 gennaio 1900, *Giust. amm.* 1900, I, 44; 10 febbraio 1905, in *Giust. amm.*, 1905, I, 124 ecc.

giudicata. Occorre però non dimenticare che, siccome il vizio di eccesso di potere, come del resto gli altri vizi che possono invalidare la attività amministrativa, consta, giusta quante abbiamo detto precedentemente, di vari elementi la constatazione di uno dei quali soltanto può condurre all'accoglimento del ricorso, non sarà sufficiente la modificazione dell'atto in ordine alla particolare ragione di illegittimità che giustificò l'annullamento ad attribuire all'atto una natura legittima e ad impedire che esso venga nuovamente impugnato su ricorso fondato sul medesimo vizio. Inoltre sarà necessario perchè il giudicato conservi la sua efficacia che le condizioni di fatto in rapporto alla cui considerazione il giudizio si è svolto, rimangano immutate; ¹⁾ se invece ciò non si verifica l'autorità amministrativa potrà sempre riprodurre l'identico atto, senza che ad essa possa opporsi la precedente decisione. La *causa superveniens*, scrive autorevolmente il Salandra ²⁾, valevole anche nel diritto privato a respingere l'eccezione di cosa giudicata, ha grandissimo valore per l'amministrazione; la quale dalla continuità del suo potere, dei suoi organismi, dalla sua origine, è messa in grado di approfittarne largamente per rinnovare i suoi atti, quando le nuove circostanze di fatto siano tali da costituire un rapporto di diritto diverso da quello su cui si è giudicato, da escludere cioè l'*eadem res*. Del che potrà sempre essere nuovamente chiamato giudice il magistrato amministrativo.

¹⁾ Cfr. l'importante decisione del Consiglio di Stato (IV sez.) 4 maggio 1906 (Comune di Fontana-Elice c. Cavara, *Giur. it.* 1906, III, 311): « Quando la IV sezione in sede di ricorso di legittimità annulla per eccesso di potere, fondato sopra il travisamento dei fatti un provvedimento amministrativo, la decisione acquista autorità di giudicato, sia circa l'accertamento dei fatti, sia sulla idoneità loro a legittimare il provvedimento. Pertanto viola la cosa giudicata l'amministrazione che ordini sulla spesa fatta una nuova istruttoria ed in base ad essa emetta un nuovo provvedimento conforme a quello annullato. Non rileva che la decisione pronunciando l'annullamento abbia fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa; giacchè tale riserva non implica la facoltà di rinnovare lo stesso provvedimento per gli stessi fatti giuridici, ma di emetterlo in base a fatti giuridici diversi, trascurati in occasione del primo provvedimento e non valutati dalla decisione ». V. anche l'accurata motivazione e la nota del Cammeo nella *Giur. it.*

²⁾ *Giustizia amministrativa*, p. 873.

Nel caso che la IV sezione respinga il ricorso e dichiari l'atto legittimo, il ricorrente o gli interessati, dentro i limiti da noi fissati al capitolo antecedente, non potranno nuovamente impugnarlo, a meno che il giudice amministrativo non si sia limitato che all'esame di uno degli elementi dell'eccesso di potere il che risulterà dal dispositivo della decisione, o, in caso, dai motivi. In questa ipotesi, potrà nuovamente ammettersi contro lo stesso atto ricorso per eccesso di potere, quando a questo vizio si attribuisca un contenuto diverso da quello preso precedentemente in esame, e questo stesso ricorso non potrà essere respinto con l'eccezione di giudicato quando, secondo quanto abbiamo detto poco fa, vengano a cambiare le circostanze di fatto.

Respinta una domanda di annullamento per vizio di eccesso di potere, potrà nuovamente impugnarsi lo stesso atto per incompetenza o violazione di legge? Dopo quanto abbiamo sia pur brevemente detto sulla natura dell'eccesso di potere inteso nel significato attribuitogli dalla nostra legge la risposta negativa dovrà darsi senza esitazione. La IV sezione invece dovendo giudicare sulla esistenza o meno in una determinata attività amministrativa della coordinazione ad uno scopo dalla legge contemplato e della corrispondenza allo spirito delle norme giuridiche che a quella attività presiedono, dovrà necessariamente come indagine pregiudiziale, ricercare se essa contenga delle violazioni formali di legge.

§ 6. — **Speciali limiti propri alla cosa giudicata nascente da alcune decisioni aventi per oggetto materie speciali.**

Prima di chiudere questo rapido esame dei criteri che servono alla determinazione dei limiti obiettivi della cosa giudicata vogliamo accennare che in alcuni casi, in base ad una presunzione per la quale si ritiene che particolari circostanze di fatto vengano entro un determinato tempo per necessità naturale o sociale a mutarsi, la legge porta alla efficacia di alcune decisioni su speciali materie, di ordinario però rientranti nella competenza di merito, una limitazione di tempo, trascorso il quale la autorità del giudicato si esaurisce per sè stessa e la controversia può essere riprodotta fra le medesime parti, anche rima-

nendo in realtà immutate le condizioni di fatto. Così per esempio è ritenuto che le decisioni in materia di imposte annuali non facciano stato che per l'anno in corso ¹⁾).

¹⁾ Cfr. Cons. di Stato, IV sez. 28 luglio 1899, *Giur. it.* 1899, III, 352 [n]: Le decisioni delle giurisdizioni amministrative in materia di rimborsi di spese per mantenimento di indigenti inabili al lavoro, fanno stato di cosa giudicata anche fra le stesse parti, soltanto per quel periodo di tempo che è contemplato in ciascuna ordinanza di liquidazione emanata dall'Intendente di Finanza ed impugnata dagli interessati. Questo principio si applica non solo a quei punti di controversia che sono variabili di periodo in periodo, ma anche a quelli che per aver connessione con le persone dei ricorrenti, possono rimanere immutabili, come p. e. il domicilio di soccorso; *Cons. di Stato*, IV sez. 22 novembre 1901, Pia Casa di ricovero in Monselice, c. Min. del Tesoro, *Giur. it.* 1902, III, 13: Le decisioni delle giurisdizioni amministrative in materia di rimborso di spese per mantenimento di inabili al lavoro non fanno cosa giudicata se non per i bilanci annuali, in relazione ai quali furono emesse; conform. *Cons. di Stato*, IV sez. 20 dicembre 1901, Congregaz. di Carità di Caprino Veronese c. Finanza, *Giur. it.* 1902, III, 27 [n.]; 29 dicembre 1905, Min. tesoro c. Comune di Firenze, *Giur. it.* 1906, III, 113; 26 agosto 1908 (sez. V), *Giur. it.* 1909, III, 69; V. anche *Cons. di Stato*, IV sezione 23 marzo 1906, Fainardi c. Comune di Parma, *Giur. it.* 1906, III, 239: L'efficacia di cosa giudicata emergente da decisione in materia di imposte non si estende oltre l'anno a cui la decisione si riferisce.

SEZIONE SECONDA.

Estensione obiettiva della regudicata nascente dalle decisioni della V sezione

§ 1. — La questione dei limiti obiettivi in caso di accoglimento del ricorso.

Il sindacato esercitato dalla IV sezione del Consiglio di Stato sopra ricorsi fondati sul vizio di eccesso di potere rappresenta, come abbiamo notato, qualche cosa di intermedio fra il sindacato di pura legittimità ed il sindacato di merito.

Mentre il primo infatti deve essere diretto esclusivamente sull'atto amministrativo considerato nella sua obiettiva consistenza senza che possa esercitarsi qualsiasi facoltà attinente al ristabilimento ed alla valutazione del fatto cui la norma giuridica deve applicarsi, il secondo potrà estendersi alla considerazione dell'atto in rapporto alle circostanze di fatto che ne accompagnano la emanazione e come nel caso di ricorso sopra eccesso di potere assumere a termini del giudizio principii non suscettibili di formulazione giuridica e rientranti nei concetti indefinibili di giustizia, di equità, di opportunità.

A differenza di quello che si verifica riguardo alla competenza di annullamento, la V sezione nell'esercizio della sua giurisdizione di merito investe anche il rapporto giuridico creato o modificato dall'atto amministrativo, in quanto che dovendo essa giudicare della giustizia del provvedimento non potrà in alcun modo prescindere dalle conseguenze giuridiche e di fatto che ad esso si riconducono. Questa diversità di oggetto e di contenuto, importa necessariamente una diversità

di estensione del campo su di cui viene ad esplicarsi la forza obbligatoria delle decisioni della IV e della V sezione.

Possiamo a questo proposito risolvere subito una questione pregiudiziale che riguarda i rapporti reciproci fra questi due organi giurisdizionali. Proposto un ricorso contro un atto amministrativo davanti la V sezione del Consiglio di Stato, ammesso, s'intende, che si tratti di uno di quei casi tassativamente previsti dal legislatore all'art. 23, potrà dopo che su di esso la sezione stessa abbia deciso pronunciando anche in merito, impugnarsi nuovamente il medesimo atto davanti la IV sezione? Noi crediamo, riferendoci a quanto abbiamo scritto al capitolo III, che la risposta debba essere sempre negativa.

Infatti le due competenze di legittimità e di merito, come vengono regolate dal nostro legislatore, coesistono in un rapporto di assoluta separazione, per cui in ordine a quelle materie che la legge deferisce alla V sezione, non potrà mai concorrentemente pronunciare la IV, anche perchè la natura del sindacato di merito è tale da comprendere anche quello di legittimità che col primo si trova in un rapporto di parte al tutto, in quanto che non potrà mai essere possibile che una volta riconosciuta la ingiustizia di un atto possa ancora supporre la sua legittimità. Ricorriamo come il solito all'esame dei due diversi casi che nella pratica si possono presentare per meglio convincerci della verità delle nostre conclusioni.

Supponiamo anzitutto che il ricorso sia accolto; in questa ipotesi la pronuncia della V sezione, può portare a tre diverse conseguenze: all'annullamento dell'atto impugnato, alla sua modificazione ovvero alla emanazione di ordini diretti a provvedere secondo giustizia allo interesse pubblico ed a quello del ricorrente in quanto con questo venga a coincidere.

Nel primo caso per il fatto stesso dell'annullamento cessando l'atto di esistere, verrà meno necessariamente la possibilità di impugnarlo mediante un nuovo ricorso; vi sarà per conseguenza un ostacolo materiale alla adizione della IV sezione, senza considerare poi che verrebbe in ogni modo a mancare nel ricorrente l'interesse necessario alla proposizione del nuovo ricorso, in quanto che con l'accoglimento del primo avrà ottenuto la maggiore e più completa soddisfazione.

Ma la questione come potrà essere risolta in confronto dei terzi? Occorre distinguere la posizione di questi di fronte all'atto in disputa: essi possono assumere il carattere di interessati di diritto o di interessati di fatto. Riguardo a questi ultimi nessuna questione può sorgere: essi infatti sono estranei alle conseguenze giuridiche dell'atto la cui esistenza od inesistenza li riguarda soltanto in quanto essi partecipano di quel pubblico interesse che l'attività amministrativa deve sempre perseguire in ogni sua manifestazione, senza però che per questo, dato il carattere formalmente subiettivo della funzione giurisdizionale amministrativa, essi possano di questo interesse eccitare direttamente una qualsiasi protezione giuridica. È in questo senso appunto che, come abbiamo rilevato al capitolo precedente, non può mai parlarsi di una efficacia *erga omnes* della cosa giudicata, per la ragione che non si può parlare di effetti giuridici là dove non esistono nè condizioni nè rapporti giuridici.

Gli interessati di diritto relativamente all'ipotesi che stiamo esaminando, possono distinguersi in due categorie: interessati all'annullamento dell'atto, trovandosi perciò nella stessa condizione del ricorrente; ed interessati al mantenimento dell'atto, trovandosi perciò nella stessa condizione dell'autorità amministrativa in confronto della quale il ricorso è proposto. Nel primo caso varranno le stesse ragioni che ci hanno fatto concludere per la impossibilità di una riproposizione del ricorso da parte del ricorrente, essendo identica la posizione giuridica in cui si trovano i terzi; nel secondo caso, poichè il sindacato giurisdizionale della V sezione, per quanto formalmente subiettivo, una volta eccitato si esercita sull'atto amministrativo in forma obiettiva, mirando esso ad accertare la conformità o meno dell'atto stesso non solo ai principii del diritto ma a quelli puranche di giustizia, di convenienza e di equità, la decisione non potrà restringersi al rapporto particolare in cui trovasi il provvedimento impugnato e la persona del ricorrente, ma dovrà riferirsi al rapporto fra lo stesso provvedimento e l'interesse pubblico la cui violazione soltanto può importare la violazione dell'interesse particolare di colui per opera del quale il ricorso fu elevato e la efficacia del giudicato inerente a questa decisione dovrà estendersi a tutte le conseguenze giuridiche dell'atto.

Come abbiamo concluso altra volta, anche a questo proposito dovremo dunque ritenere che pur a tutti i rapporti che i terzi, interessati di diritto, intendessero in loro confronto istituiti o modificati dall'atto annullato, si estenda la efficacia della pronuncia della V sezione. Per quanto riguarda la autorità amministrativa la cosa giudicata formatasi sulla decisione di annullamento le impedirà finchè rimarranno immutate le condizioni di fatto di riprodurre il provvedimento. Siccome però può darsi che l'accoglimento del ricorso si sia fondato sopra un vizio di pura illegittimità la cui constatazione abbia reso inutile ogni ulteriore indagine di merito, così, ove questa ipotesi si verifichi, conformemente ai principii generali da noi posti in questa materia, la autorità amministrativa anche non verificandosi alcun cambiamento nelle circostanze di fatto, potrà sempre rifare il provvedimento purchè eviti di incorrere in quel vizio di illegittimità rilevato dalla V sezione.

Nel caso in cui la giurisdizione di merito del Consiglio di Stato modifichi il provvedimento amministrativo può sorgere questione se contro di esso possa nuovamente proporsi ricorso: trattasi in conclusione di sapere se il giudicato si limiti alla dichiarazione di illegittimità o di ingiustizia, ovvero si estenda anche alle modificazioni introdotte nell'atto impugnato dalla V sezione onde riparare a quella illegittimità od a quella ingiustizia. La risoluzione di codesta questione importerebbe l'indagare la natura delle funzioni esercitate dalla V sezione del Consiglio di Stato allo scopo di definire i limiti della pronuncia giurisdizionale; indagine senza dubbio interessante, ma dalla quale, per non escire dai confini del tema propostoci, crediamo di poter prescindere. Dato il concetto infatti che noi abbiamo della *esecuzione* ¹⁾ non abbiamo alcuna difficoltà di attribuire alla attività con cui ad essa si provvede un carattere amministrativo o per meglio esprimersi di negare che essa necessariamente rientri nel concetto di giurisdizione.

Amnesso in questo modo il carattere intrinsecamente amministrativo di quella parte della pronuncia della V sezione con la quale

¹⁾ Confronta cap. I, sez. prima

si pone in essere una sanzione alla dichiarazione giurisdizionale, non bisogna dimenticare che per questo essa non potrà considerarsi, in quella parte, quale un atto amministrativo vero e proprio, in quanto che essendo prevalente nell'organo da cui emana il carattere giurisdizionale, dovrà formalmente considerarsi come atto di giurisdizione.

Per conseguenza non essendo possibile una netta distinzione delle due differenti funzioni cumulativamente deferite all'attività di una medesima autorità, i caratteri propri della pronuncia giurisdizionale si estenderanno anche all'attività che provvede alla sua esecuzione e la efficacia di cosa giudicata verrà di necessità ad investire anche quest'ultima. In base a questi principii, dovremo concludere che modificato mediante una decisione del Consiglio di Stato in sede di merito un atto amministrativo, non potrà in alcun modo contro lo stesso provvedimento, in questa guisa corretto, elevarsi ricorso.

Ciò d'altra parte, dato il nostro ordinamento positivo, darebbe luogo a dei conflitti e a delle complicazioni tali che non potrebbero in alcun modo essere risolti.

Nel caso che la decisione della sezione V contenga degli ordini alla autorità amministrativa affinchè venga provveduto secondo giustizia all'interesse pubblico in relazione al caso specifico venuto in questione, l'autorità stessa sarà tenuta in forza del giudicato alla emanazione di quei provvedimenti che da questo vengano richiesti incorrendo in una vera violazione di cosa giudicata se si rifiuti di ottemperare, o restando inattiva o ponendo in essere una attività sconfinante dai limiti assegnatili, le prescrizioni contenute nella pronuncia giurisdizionale. E facile comprendere, osserva giustamente il Porcini ¹⁾, che se all'amministrazione fosse lecito non tenere in alcun conto la pronuncia così emessa o domandarne la revisione con altri ricorsi, una garanzia, affatto necessaria, del diritto dei cittadini, e, aggiungiamo noi, dell'interesse pubblico, sarebbe ridotta a nulla.

Emesso dalla amministrazione il nuovo provvedimento, potrà di esso elevarsi nuovamente ricorso alla V sezione? Certamente in

¹⁾ *Della cosa giudicata nascente dalle decisioni della IV sezione*, Filangeri, 1895, p. 10.

questo caso nessun dubbio può sorgere: trattasi infatti sempre di un atto amministrativo rientrante nella categoria di quelli il cui esame è dalla legge deferito alla giurisdizione di merito del Consiglio di Stato, che non può essere sottratto ad impugnativa per parte degli interessati per il semplice fatto di essere stato emesso in seguito a pronuncia giurisdizionale.

§ 2. — **La questione dei limiti obiettivi in caso di rigetto del ricorso.**

Consideriamo ora l'ipotesi che il ricorso sia respinto e per conseguenza venga dichiarato legittimo e giusto l'atto impugnato. Quale sarà in questo caso l'oggetto della cosa giudicata propria alla pronuncia della V sezione?

Occorre distinguere più casi.

Anzitutto dovrà normalmente considerarsi questa pronuncia come assoluta ed essere per conseguenza interdetto agli interessati di riproporre un nuovo ricorso contro lo stesso atto alla V e tanto meno alla IV sezione; ciò naturalmente purchè le circostanze di fatto in relazione alle quali il provvedimento amministrativo deve essere considerato rimangono immutate, poichè se una modificazione avvenisse, venendosi a cambiare la base del precedente giudizio, cesserebbe ogni ragione giustificativa alla efficacia di cosa giudicata. Verificandosi questa eventualità tanto l'autore del primo ricorso, quanto ogni altro interessato potrà impugnare lo stesso atto e la V sezione potrà magari pronunciarne l'annullamento, senza che per questo possa aver luogo alcuna violazione di giudicato.

Certe volte però un nuovo giudizio può essere istituito anche indipendentemente da ogni modificazione delle condizioni di fatto: può darsi cioè che la V sezione nell'esercizio del suo sindacato giurisdizionale in ordine al primo ricorso, si sia limitata ad esaminare l'atto impugnato relativamente soltanto alle particolari violazioni addotte dal ricorrente, senza fare uso completo di quegli estesissimi poteri di controllo della legge affidatili. Quando perciò o dal dispositivo o dai motivi cui, come abbiamo visto, può farsi ricorso per interpretare la

estensione di questo, risulti che il giudizio risolutosi nel rigetto del ricorso, si sia fondato su di una tale limitazione di indagine, potrà secondo noi essere ammessa una nuova impugnativa del medesimo atto, anche quando rimangono immutate le circostanze di fatto, purchè i vizi addotti a sua giustificazione siano diversi da quelli sui quali verti la prima pronuncia.

Quanto alla amministrazione pubblica la decisione giurisdizionale rigettante il ricorso non potrà esercitare alcuna influenza sulla sua libertà di azione e di apprezzamento. Perciò se dovrà l'atto amministrativo considerarsi legittimo e giusto non dovrà per questo alla autorità che lo pose in essere derivare un obbligo a mantenerlo immutato, a non introdurre modificazioni, a non esercitare insomma una attività con esso contrastante. La facoltà di revoca potrà sempre da essa essere esercitata e se i nuovi atti che essa venga a sostituire a quello dichiarato dalla V sezione conforme ai principii di diritto e di giustizia saranno suscettibili di essere impugnati mediante ricorso di merito o di pura legittimità, non potranno mai essere validamente denunciati come violatori della cosa giudicata.

Data la natura del sindacato di merito si comprende come la efficacia delle decisioni della V sezione si estenda anche ai rapporti di fatto che all'atto amministrativo impugnato possano ricondursi. Può sorgere a questo proposito questione se, nel caso in cui l'atto stesso venga ritenuto lesivo di un diritto civile, l'autorità giudiziaria, adita posteriormente alla pronuncia della V sezione, possa iniziare per conto proprio una nuova indagine delle circostanze di fatto o debba accogliere la decisione giurisdizionale amministrativa per quella parte che ad essa si riferisce, come cosa giudicata. Noi crediamo che, per quanto diverso sia il giudizio commesso a questi due organi, per il principio dell'unità funzionale della giurisdizione, la pronuncia della V sezione, per quella parte soltanto, lo ripetiamo, che si riferisce all'accertamento delle condizioni di fatto, debba avere valore di giudicato anche di fronte al magistrato ordinario. Diversamente si verificherebbero deplorevoli contraddizioni in ordine ad uno stesso giudizio, che nell'uno e nell'altro caso dovrebbe fondarsi su i medesimi criteri obiettivi, con quanto danno del prestigio e dell'efficacia stessa della funzione giurisdizionale, facilmente si comprende.

Nella ipotesi diversa, che il giudizio davanti la autorità giudiziaria preceda quello davanti la V sezione non potremo venire alle stesse conclusioni, poichè essendo limitate le facultà dalla legge concesse alla prima in ordine agli atti della amministrazione pubblica, una estensione della efficacia delle sue sentenze anche in confronto della giurisdizione di merito del Consiglio di Stato, si tradurrebbe in effetto in una limitazione ai poteri di questa.

Quanto del resto abbiamo detto sulla natura delle attribuzioni dei due organi e sui rapporti reciprocamente intercedenti, crediamo sia sufficiente a giustificare i principii che abbiamo cercato di stabilire in questa materia.

CAPITOLO VI ED ULTIMO.

La eccezione di cosa giudicata davanti le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato

Paragrafo unico.

Compiuta la trattazione che ci eravamo proposta, ci rimarrebbe ora a discorrere a guisa di conclusione della eccezione di cosa giudicata nei giudizi davanti le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato. Senonchè questo argomento per la natura sua e per la stretta connessione con cui si trova con l'istituto di cui abbiamo tentato di dare una definizione relativamente alle funzioni attribuite alla IV ed alla V sezione dovette per necessità essere discusso, sia pure in modo implicito, nei precedenti capitoli. Ci limiteremo per conseguenza a riassumere i risultati che a questo proposito logicamente discendono dai principii che noi abbiamo creduto doversi assumere come fondamentali in questa materia.

Nel campo del diritto privato uno dei problemi più importanti e più difficili, in tema di eccezione di cosa giudicata, è costituito dalla determinazione delle condizioni necessarie perchè possa aver luogo l'esercizio della eccezione stessa. Nel nostro diritto positivo, malgrado la disposizione dell'art. 1351 del codice civile che, accogliendo la dottrina medioevale della triplice identità stabilisce che soltanto quando l'oggetto della domanda sia lo stesso, la stessa la causa che alla domanda è di fondamento, medesime le parti dalle quali e in confronto delle quali essa è proposta, possa farsi ricorso alla autorità del giudicato; la divergenza di opinioni e la instabilità

di principi non è minore, in quanto che la formula legislativa lascia ampio adito alle interpretazioni le più disparate, non contenendo essa alcun criterio che possa servire di guida nella ricerca degli elementi costitutivi della identità richiesta.

Altre legislazioni cercarono di seguire dei sistemi diversi, come per esempio gli ordinamenti della procedura civile austriaca e germanica per i quali le sentenze vengono ad acquistare forza di cosa giudicata soltanto rispetto a quanto è deciso intorno alla ragione fatta valere con la domanda; non per questo però la questione si può dire semplificata come lo dimostrano la incertezza dei principi cui la dottrina e la giurisprudenza dei due paesi devono fare ricorso per applicare ed esplicitare il pensiero del legislatore.

Come già abbiamo avuto occasione di affermare, noi crediamo col Cogliolo che l'istituto della cosa giudicata in genere, e quello della eccezione in specie, non appartenga al legislatore ma al giudice, non ai codici ma alla scienza; tutta la trattazione precedente non è stata che una continua, tangibile dimostrazione di questa verità. Se una teorica qualunque noi abbiamo potuto costruire ci fu gioco forza liberarci dalle strettoie delle dottrine formulate specialmente nel campo del diritto privato e risalire direttamente alle origini ed alle giustificazioni dell'istituto nostro; così abbiamo avuto campo di rilevare la infondatezza e la arbitrarietà dei limiti che all'azione ed all'efficacia sua tradizionalmente erano stati imposti; e ci fu possibile dimostrare come insufficiente fosse il concetto di parte per individualizzare un rapporto giuridico, come la nozione di causa dovesse rintracciarsi correlativamente alla nozione di oggetto della domanda ed entrambe riportarsi alla natura della funzione giurisdizionale ed allo scopo specifico cui, a seconda dei casi, questa debba essere diretta.

Volendo in una formula sintetica determinare le condizioni necessarie all'esercizio della eccezione di cosa giudicata, noi non sapremmo che ricorrere alla vecchia regola romana: *exceptio rei iudicatae obstat quotiens eadem quaestio revocatur*; che se si volessero particolarmente determinare gli estremi dell'*eadem quaestio*, dovremmo servirci di una quantità di distinzioni che toglierebbero

alla formula stessa ogni importanza: limitandoci a considerare la questione relativamente alle sole funzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, potremo però sempre affermare che solo allora vi sarà possibilità di esercizio dell'*exceptio rei iudicatae* quando contro uno stesso atto amministrativo, in base ad un medesimo vizio ed allo scopo di reintegrare un medesimo diritto, venga nuovamente promosso ricorso.

Allorchè abbiamo trattato in linea generale dell'istituto della cosa giudicata abbiamo voluto mettere in rilievo la irrazionalità del principio vigente nel diritto privato e sanzionato anche dai codici per il quale, ritenendosi che la certezza del diritto raggiunta nell'ambito della sentenza col giudicato spieghi il suo effetto subordinatamente al volere della parte si vieta al giudice di elevare di ufficio l'*exceptio rei iudicatae*, riconoscendo nella parte in cui favore il giudizio si è risolto la facoltà di rinunziarne alle conseguenze. Codesto principio che, come osserva acutamente il Gatti ¹⁾, ammettendo la possibilità di una definizione diversa dal rapporto giuridico, contraddice al diritto, il quale non deve contenere in sé la possibilità di configurazioni disparate, se in un certo senso può giustificarsi nel campo del diritto privato dove la funzione giurisdizionale assume un carattere prevalentemente subiettivo non potrà in alcun modo sostenersi nel campo del diritto pubblico dove la funzione giurisdizionale se per necessità pratiche e per conseguenti ragioni di opportunità ha bisogno di essere formalmente diretta alla protezione di interessi individuali, la cui particolare lesione soltanto può eccitarne il funzionamento, ha natura intrinsecamente obiettiva, mirando in ultima analisi a garantire il retto perseguimento del pubblico interesse nella cui restaurazione soltanto potrà trovare soddisfacimento l'interesse singolo.

Non soltanto adunque non sarà possibile ammettere una facoltà di rinunzia al giudicato formatosi in ordine ad una decisione delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, nella parte in cui vantaggio la questione concernente la legittimità o la giustizia di un

¹⁾ *Dell'autorità del giudicato civile* p. 341.

atto della pubblica amministrazione venne risolta, ma dovrà riconoscersi nel magistrato amministrativo la potestà, anzi l'obbligo, di ricercare d'ufficio la esistenza del giudicato ed in caso sollevarne la eccezione. Una contraria o diversa opinione porterebbe necessariamente alla conseguenza che la applicazione e la interpretazione delle norme obiettive di diritto pubblico, cioè a dire la attuazione degli interessi supremi della consociazione politica, venissero rimessi all'arbitrio delle parti. Nè si creda che in questo modo venga a togliersi alla amministrazione ogni libertà di movimento e ad impedirle di far corrispondere la sua attività alle mutevoli esigenze dell'interesse chiamata a perseguire, poichè, come del resto abbiamo già rilevato, non bisogna confondere la possibilità di revocare o modificare un atto dichiarato giurisdizionalmente legittimo, con la facoltà di rinunciare al giudicato.

Pisa, 18 febbraio 1910.

FINE.

INDICE

CAPITOLO I.

Nozione di giurisdizione e di regiudicata.

SEZIONE PRIMA.

Concetto di giurisdizione.

1. — Principi generali. Delimitazione della ricerca . . .	pag. 5
2. — Evoluzione storica del concetto di giurisdizione . . .	» 8
3. — Il concetto di « difesa » nella determinazione della funzione giurisdizionale. Giurisdizione e legislazione . . .	» 12
4. — Diritto subiettivo pubblico e diritto subiettivo privato . . .	» 15
5. — Condizioni che giustificano l'esercizio della funzione giurisdizionale. Definizione di giurisdizione . . .	» 17
6. — Elementi della giurisdizione. Il giudice	» 22
7. — Gli elementi della giurisdizione: il contraddittorio . . .	» 34
8. — Gli elementi della giurisdizione: il procedimento . . .	» 39
9. — Classificazione delle giurisdizioni in ordine al giudice . . .	» 44
10. — Classificazione delle giurisdizioni in ordine alle parti . . .	» 47
11. — Classificazione delle giurisdizioni in ordine al procedimento	» 49
12. — Rapporti che regolano la coesistenza di più giurisdizioni: rapporto di separazione	» 52
13. — Eccezioni al principio di separazione: subordinazione delle varie giurisdizioni ad un giudice unico sulle competenze	» 57
14. — Eccezioni al principio di separazione: efficacia delle decisioni di un giudice incompetente	» 59

SEZIONE SECONDA.

Concetto di regiudicata.

1. — Fondamento giuridico sociale e pratico della regiudicata . . .	pag. 62
2. — Le teorie della presunzione, della consunzione e del contratto giudiziale	» 68
3. — Gli elementi costitutivi della cosa giudicata	» 72

§ 4. — Limiti all'efficacia di cosa giudicata: sua estensione
obiettiva e subiettiva pag. 75

5. — La eccezione di cosa giudicata » 82

6. — Elementi necessari per l'esercizio dell'eccezione di cosa
giudicata » 84

7. — Natura dell'eccezione di cosa giudicata » 89

8. — La funzione della cosa giudicata in un sistema di giurisdizioni alternate » 93

CAPITOLO II.

Le funzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato in Italia.

§ 1. — La difesa dei diritti dei cittadini in confronto della pubblica amministrazione » 97

2. — La difesa dei diritti dei cittadini in confronto dell'amministrazione nelle diverse legislazioni:

 N. 1. — *La legislazione francese* pag. 102

 N. 2. — *La legislazione germanica* » 107

 N. 3. — *La legislazione austriaca* » 110

 N. 4. — *La legislazione inglese* » 112

 N. 5. — *La legislazione belga* » 114

3. — La legge italiana del 1865 » 116

4. — La istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato e la sua evoluzione funzionale » 121

5. — Natura delle attribuzioni della IV e V sezione del Consiglio di Stato » 126

CAPITOLO III.

L'istituto della cosa giudicata nel sistema dei rapporti delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato fra di loro e in confronto delle altre giurisdizioni.

§ 1. — La teoria della divisione dei poteri nella determinazione delle relazioni fra le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e la giurisdizione ordinaria pag. 131

2. — La funzione di cosa giudicata nel sistema dei rapporti intercedenti fra la IV sezione del Consiglio di Stato e l'autorità giudiziaria » 136

3. — La funzione della cosa giudicata nel sistema dei rapporti intercedenti fra la sezione V del Consiglio di Stato e la giurisdizione ordinaria » 163

§ 4. — La funzione della cosa giudicata nel sistema dei rapporti reciproci fra le due sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato pag. 180

5. — La funzione di cosa giudicata nel sistema dei rapporti intercedenti fra le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e le altre giurisdizioni speciali amministrative » 182

CAPITOLO IV.

Estensione subiettiva della cosa giudicata nascente dalla decisione delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato.

§ 1. — Principii generali pag. 191

2. — Atti individuali privati ed atti amministrativi. Loro influenza nella determinazione dei limiti propri alla efficacia delle decisioni giurisdizionali » 195

4. — Critiche mosse alla teorica estendente « erga omnes » la efficacia della cosa giudicata nascente dalla decisione giurisdizionale amministrativa » 206

5. — Applicazione dei principii svolti alle decisioni delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato » 211

6. — Di alcune particolari questioni relative alla determinazione dei limiti subiettivi della cosa giudicata nascente dalle decisioni giurisdizionali del Consiglio di Stato » 216

7. — La teorica dei limiti subiettivi della cosa giudicata nella giurisprudenza della IV sezione e dell'autorità giudiziaria » 221

CAPITOLO V.

Estensione obiettiva della cosa giudicata nascente dalle decisioni delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato.

SEZIONE PRIMA.

Estensione obiettiva della cosa giudicata nascente dalle decisioni della IV sezione.

§ 1. — L'oggetto della giurisdizione di legittimità della IV sezione pag. 225

2. — Estensione obiettiva del giudizio di legittimità » 228

3. — I principii generali che regolano la determinazione obiettiva dei limiti propri alla cosa giudicata nascente dalle decisioni della IV sezione » 230

§ 4. — Se la efficacia di cosa giudicata si restringa al dispositivo o si estenda anche ai motivi pag. 234

5. — I limiti obiettivi della cosa giudicata nascente dalle decisioni della IV sezione sopra ricorsi per incompetenza e violazione di legge » 237

6. — I limiti obiettivi della cosa giudicata nascente dalle decisioni della IV sezione sopra ricorsi per eccesso di potere » 243

6. — Speciali limiti propri alla cosa giudicata nascente da alcune decisioni aventi per oggetto materie speciali . . » 250

SEZIONE SECONDA.

Estensione obiettiva della reg giudicata nascente dalle decisioni della V sezione.

§ 1. — La questione dei limiti obiettivi in caso di accoglimento del ricorso pag. 251

2. — La questione dei limiti obiettivi in caso di rigetto del ricorso » 256

CAPITOLO VI. ED ULTIMO.

La eccezione di cosa giudicata davanti le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato.

Paragrafo unico » 259

Inv. PNE 900012441

2270

by

