

RIVISTA GIURIDICA SEMESTRALE

n. 2 - 2021

BILANCIO COMUNITÀ PERSONA

Editore Associazione

DIRITTO & CONTI
— BILANCIO · COMUNITÀ · PERSONA —

Comitato Scientifico

Vincenzo	Barba
Monica	Bergo
Chiara	Bergonzini
Gianluigi	Bizioli
Guido	Calabresi
Ignacio	Calatyud Prats
Francesco	Capalbo
Elisa	Cavasino
Aldo	Carosi
Carlo	Colapietro
Giovanna	Colombini
Barbara	Cortese
Giacomo	D'Angelo
Marcello	Degni
Francesco	Fimmanò
Nicola	Lupo
Vanessa	Manzetti
Simone	Mezzacapo
Vittorio	Occorsio
Giuseppe	Palmisano
Barbara	Pezzini
Eugenio	Picozza
Guido	Rivosecchi
Antonio	Saitta
Gino	Scaccia
Vincenzo	Sforza
Riccardo	Ursi
Giuseppe	Verde

Direttore Responsabile

Laura d'Ambrosio

Vice Direttore

Francesco Sucameli

Responsabili di redazione

Giovanni Guida

Francesca Dimita

La rivista applica la procedura di referaggio reperibile sul sito www.dirittoeconti.it

Pubblicazione registrata presso il Tribunale di Roma decreto 185 del 22 novembre 2018

CODICE ISSN: 2612-4912

INDICE

Editoriale di Ines Ciolli..... p. 4

DOTTRINA

Guido Rivosecchi *La Corte dei conti ai tempi del “Recovery plan”*: quale ruolo tra responsabilità amministrativa-contabile, semplificazioni e investimenti.....p. 11

Elisa Cavasino *L’autonomia di spesa delle Regioni fra Stato ed Unione europea dalla l. cost. 3/2001 alle condizionalità europee sulla ripresa e la resilienza*.....p. 31

Aldo Carosi *Risanamento finanziario, Garanzia dei livelli essenziali e poteri sostitutivi: Riflessioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 168 del 2021*.....p. 50

Vincenzo Sforza, Duilio Carusi, Luigi Bertinato, Marino Nonis, Silvia Surrichio
L’approccio del “PROGETTO IT.DRG” per la rilevazione dei costi standard delle prestazioni ospedaliere. Il modello IT:COSTp. 82

Emanuele Talarico *I limiti alla giurisdizione della Corte dei Conti introdotti dal decreto “Ristori” al vaglio della Corte di Giustizia Europea – commento all’ordinanza 5/2021*.....p.117

Vanessa Manzetti *Dalle origini all’attuale PNRR: spunti e riflessioni*.....p.128

BILANCIO E TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI

Rubrica a cura di Giovanna Pistorio
Irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dalla Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Campania.....p. 141
Sentenza CGUE 4 ottobre 2021 Causa C -161 - 21

ATTUALITÀ E GIURISPRUDENZA

Ottavio Caleo *Ricerca sanitaria e legittimità della spesa per investimenti produttivi: il caso ReiThera S.r.l*p. 152

Dario Immordino *Appalti: i rischi della deresponsabilizzazione*.....p.163

STORIA DELLA DOTTRINA

Mario Nigro *Le decisioni amministrative da Foro Amministrativo, 1950*
(riedizione a cura di Giovanni Comazzetto).....p.175

Storia della dottrina

La rubrica Storia della dottrina in questo numero è a cura dell'avv. Giovanni Comazzetto, dottore di ricerca in diritto costituzionale

L'articolo pubblicato in questo numero (Mario Nigro, *Sulle decisioni amministrative*, edito su Foro Amministrativo 1950, p.17 e seguenti) è in continuità con le precedenti pubblicazioni per la stessa rubrica:

Bilancio Comunità Persona n.2- 2019 A.M. Sandulli, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*

Bilancio Comunità Persona n.1 -2021 F. Benvenuti, *Funzione Amministrativa, procedimento e processo*

La dottrina si è spesso interrogata sulla linea di confine tra l'esercizio delle funzioni amministrative e giurisdizionali. Da questo punto di vista le attività della Corte dei Conti, specie quelle di controllo, si trovano in uno snodo cruciale del sistema. La ripubblicazione di questi articoli mira a stimolare una rinnovata riflessione sul tema della neutralità ed eteronomia che deve caratterizzare il giudizio (norme sostanziali) e il giudicare (norme processuali) del giudice ai sensi dell'art. 101 della Costituzione. Insieme all'urgenza della sua neutralità-indipendenza di status (artt. 101 e 108 Cost.), in scia alle sempre riflessioni attuali del Carnelutti nella prima metà del secolo scorso.

Sulle decisioni amministrative

Avv. MARIO NIGRO

Di recente, è stata lamentata da alcuni autori¹ la scarsa attenzione dedicata dalla dottrina ad una categoria di atti amministrativi di rilevante interesse e sono state prospettate alcune utili osservazioni per la identificazione e classificazione di tali atti; si tratta della categoria delle *decisioni amministrative* (da non confondere l'inteso, con le decisioni giurisdizionali-amministrative).

La questione dell'esistenza di una particolare categoria di atti amministrativi, classificati appunto come decisioni, non è nuova in dottrina per chi ricordi le indagini al riguardo della dottrina tedesca (in particolar modo del Korman)², e, fra noi, del Vitta³, ma è stata, per così dire, rinverdata dalla difficoltà

¹ GIANNINI M. S. *Decisioni e deliberazioni amministrative* in questa Riv., 1946. I, 154; Idem., *Sulle decisioni contenziose* ibidem, 1949, I, 11 316 (di quest'ultimo articolo uscito quando il nostro scritto era già composto non abbiamo potuto tenere conto che in misura limitata); LAVAGNA, *Intorno al concetto di organo contenzioso*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1947 (estratto).

² Nella più antica dottrina tedesca sono chiamate decisioni (*Entscheidungen*) gli accertamenti in genere, in contrapposizione alle certificazioni (*Beurkundungen*), agli ordini (*Befehle*), e alle disposizioni costitutive (*Konstitutive Verfügungen*); cfr. per tutti, BERNATEIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft* Wien, 1880, pag. 288 (una simile posizione è comune anche a G.Mayer, Dantecher, Stengel, Teznerf. Per OTTO MAYER (*Deutsches Verwaltungerecht*, Lipsia, 1895, I, 100) il concetto di decisione è allargato al punto da diventare sinonimo di *atto vincolato* in contrapposto ad *atto discrezionale* (o *disposizione*). In questo scritto terremo conto solo della dottrina del KORMAN *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlino, 1910, pag. 63 e 66 segg il quale considera le decisioni come una sottospecie degli accertamenti, contribuendo così, come sarà visto in appresso, ad una visione specifica di tali atti.

³ VITTA *Gli atti certificativi e le decisioni amministrative* in *Giur. it.*, 19244, IV, 97, La dottrina italiana usa però il termine decisione indifferentemente: come sinonimo di sentenza in generale; per indicare le pronunce delle giurisdizioni amministrative.; a proposito di alcuni speciali atti amministrativi, in particolare delle pronunce dell'A. nel ricorso

di trovare conveniente posto negli schemi usuali della classificazione degli atti amministrativi per alcuni atti contemplati da recenti leggi di grande importanza storico-politica e di diffusa applicazione.

2 La difficoltà è stata soprattutto avvertita, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza a proposito degli atti emanati dalle speciali commissioni istituite in materia, di epurazione degli impiegati pubblici, di assegnazione di terre incolte e di risarcimento dei danni di guerra.

Com'è noto, le leggi epurative avevano affidato la valutazione degli addebiti politici esistenti a carico degli impiegati pubblici e la determinazione delle sanzioni di cui essi apparivano meritevoli {almeno secondo il sistema del d. l. l. 27 luglio 1944 n. 159; secondo il sistema del D. L. Lgt. 9 novembre 1945 n. 702 alle Commissioni competeva solo la dichiarazione di incompatibilità dell'impiegato con la permanenza in servizio, ma, siccome a tale dichiarazione doveva seguire la dispensa dal servizio, è chiaro che anche la determinazione della sanzione era implicitamente attuata dalle Commissioni) a speciali Commissioni, che nella loro varietà, avevano questa caratteristica comune: d'essere nominate dall'Amministrazione costituite da magistrati, funzionari e cittadini (art. 3 r. d.l. 28 dicembre 1943 n. 29 B ; r. d. l. 12 aprile 1944 n. 101, art. 1 ; art. 18 d. l. Lgt. 27 luglio 1944 n. 159; art. 4 d.l. Lgt. 9 novembre 1945 n. 702)⁴. Queste Commissioni esplicavano il loro compito con un procedimento largamente ispirato a quello giurisdizionale per le garanzie di difesa concesse agli inquisiti e per i larghi poteri istruttori ad esse conferiti dalla legge (art. 6 r. d. l. 28 dicembre 1943 n. 29-B; art. 19 d. l. l. 27 luglio 1944 n. 159; art. 4 u. c. e art. 12 u. c. d. l. Lgt. 9 novembre 1945 n. 702 e, a conclusione~ emanavano atti che, variamente definiti dalle leggi succedutesi (*proposte* art. 8 r. d. l. 28 dicembre 1943 n. 29.B; *deliberazioni*: art. 3 r. d. l. 12 aprile 1944 n. 101 ; *decisioni*: art. 4 r. d. l. 12 aprile 1944 n. 101 e art. 5 d. l. lgt. 9 novembre 1945 n. 702; *conclusioni*: a p. 20 e 21. d. l. Lgt. 7 luglio 1944 n. 159) avevano efficacia assolutamente vincolante nei confronti dell'Amministrazione tenuta a conformarsi non solo alla valutazione fatta dalle Commissioni della condotta (politica) dell'impiegato ma anche per quel sistema che ammetteva una pluralità di sanzioni) alla determinazione stessa della sanzione⁵.

Com'è altresì noto, dopo qualche incertezza, (decisione della Commissione Provinciale di Epurazione di Firenze del 13 giugno 1946 e scritti di Alesai e Meucci) dottrina e giurisprudenza furono concordi nell'escludere la natura giurisdizionale delle Commissioni e degli atti da queste emanati a conclusione del procedimento epurativo che si svolgeva davanti a loro⁶, ma, una volta riconosciuta la loro natura

gerarchico. Per alcuni esempi di questo ultimo uso: ROMANO, *Corso di dir. ammin.*, 1932, 254; FORTI, *Dir. ammin.*, 1934., II, 72; D'ALESSIO *Dir. ammini.*, 1859, I, 451; VITTA, *Dir. ammin.*, 1987 II, 274, · GUICCIARDI, *Giust amministrativa*, 1948, 813; TOMMASONE L'Attività dell'Amministrazione nel concorso a pubblico impiego, Firenze, 192B, 229 segg. E appena necessario rilevare che la medesima confusione regna nella terminologia legislativa, in questo come in altri casi; esempi specifici saranno dati più avanti; qui conviene ricordare solo negli stessi testi fondamentali della giustizia amministrativa. (T. U. delle leggi sul Consiglio di Stato e sulla G. P. A.) il termine decisione o usato indifferentemente per indicare sia l'atto amministrativo impugnato sia la pronuncia degli organi giurisdizionali amministrativi. La necessità di non lasciarsi impressionare dal *nunien iuris* impiegato dal legislatore e dalla prassi è, del resto, osservazione frequente nella dottrina: cfr. per tutti SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, 1940, 152 nota e 162 nota

⁴ Questo procedimento era definito giudizio dalla stessa legge (art. 18d.l.l. 27 luglio 1944, n.159)

⁵ Secondo D'ALESSIO, *op. cit.*, ed. 1949, 594, 1' A. era vincolata solo dal giudizio di condanna delle Commissioni, perchè in caso di giudizio favorevole all'inquisito restava libera di collocare a riposo il prosciolto o di sottoporlo anche un giudizio disciplinare ordinario per gli stessi fatti sotto l'aspetto della irregolarità o censurabilità di condotta o della perdita del prestigio necessario all'esercizio delle funzioni. Il rilievo non è esatto; la facoltà dell' A. di collocare a riposo, ex art. 2 del d. l. lgt. 10 ottobre 1944, n. 257 i funzionari dei primi quattro gradi e di tener conto in sede di normale procedimento disciplinare, degli stessi fatti, valutati in sede epurativa {ma sotto altro profilo} non ha niente a che fare col giudizio epurativo in senso stretto, rispetto al quale la PA. rimane vincolata sia nell'ipotesi di condanna, sia nell'ipotesi di assoluzione

⁶ La decisione della Comm. prov. di Firenze, citata nel testo, può leggersi in *Giur. it.*, 1946, III, 104; gli scritti di Alessi e Meucci favorevoli alla tesi della giurisdizionalità possono leggersi rispettivamente in *Foro padano*, 1947, I, 28 e in *Giur. case.*, XXVI, 1947, III, 549. Escludono la natura giurisdizionale: Cons. di Stato n. 150 della IV Sez. in questa *Riv.*, 1946,

di atti amministrativi, uguale unanimità non è stata raggiunta nella determinazione del loro posto specifico nella classificazione degli atti amministrativi : mentre alcuni autori hanno, infatti, parlato della pronuncia delle Commissioni come di un parere⁷, da altri si è ravvisato in tale pronuncia un atto preparatorio, particolarmente, consultivo ma pienamente deliberativo, avente cioè valore determinante e vincolante e piena autonomia, e si è parlato appunto di una *decisione amministrativa impugnabile ex se*⁸.

3. Uguale perplessità ha suscitato nella prassi e nella dottrina il problema della classificazione delle pronunce delle Commissioni per le terre incolte.

Sarà sufficiente ricordare qui che il d. l. lgt. 19 ottobre 1944 n. 279, e il d.l. lgt. 26 aprile 1946, il d.l. C. p. S. 6 settembre 1946 n. 89, d. I. C. p. S. 27 dicembre 1947 n. 1710 per la concessione delle terre incolte hanno istituito e regolato l'attività di speciali Commissioni composte dal Presidente del Tribunale del capoluogo, o da un giudice da lui delegato, da un rappresentante dei proprietari di terre e da un rappresentante dei contadini, nominati dal Prefetto, su designazione delle rispettive organizzazioni sindacali per l'esame delle istanze di concessione di decadenza ed, è da ritenersi, di proroga delle concessioni⁹ (9). Compito delle Commissioni è di decidere sulla sussistenza dei requisiti voluti dalla legge per la concessione; la pronuncia negativa della Commissione non dev'essere seguita da alcun atto dell'Amministrazione ed è impugnabile con ricorso dell'Ispettorato Compartimentale al Ministro dell'Agricoltura e Foreste il quale riesamina la questione (questo atto è da ritenersi a sua volta impugnabile avanti il Consiglio di Stato)¹⁰.

La pronuncia della Commissione favorevole all'accoglimento dell'istanza dev'essere invece seguita da decreto del Prefetto che dispone la concessione (essa è però di per sé titolo esecutivo, per la condanna alle spese del soccombente nel procedimento avanti la Commissione); il Prefetto è vincolato alla pronuncia e, anzi, deve emanare il decreto entro il 15° giorno da essa; il decreto, dichiarato dalla legge non soggetto ad alcuna impugnativa (art. 5, 2° c., d.l. lgt. n. 279 del 1944 e art. 9 d. l. C. p. S. n. 89 del 1946). Eccetto che per la parte relativa all'indennità, è stato poi dal C. di S. ritenuto impugnabile avanti lo stesso Consiglio¹¹ (11). Per la parte relativa all'indennità l'art. 9 del

I, 1, 154; Cons. di Stato n. 150 del 1948, V sez., *ivi*, 1948. I. 2. 2-27; Cons di Stato n. 344 e n. 538 del 1948, V Sez., *ivi*, 1949 I, 21 53 e 126; Cons. di Stato n. SB8

del 1949, V Sez, *ivi* 1949 I, 2, 836; Cass. Civ. S. U.

1 n. 1591 del 1947 *ivi* 194.81 II, 25; Cass. Civ., S. U.,

n. 296 del 1948, *ivi*, 1948, II, 45, in dottrina, nello stesso senso, RESTA, *Natura giuridica della decisione delle Commissioni di Epurazione*, in *Giur. Cass.civ.* 1 vol. XXIII 1947, 564; PERETTI GRIVA, *Sul carattere e sulla revocabilità delle decisioni delle Commissioni di Epurazione*, in *Giur. it.*, 1946, III, 104; GUICCIARDI, *Sulla natura delle Commissioni di Epurazione e dell'impugnabilità delle loro pronunce* in *Giur. it.*, 1947, III, 133; GIANNINI M. S., *op. e loc. cit.*; D'ALESSIO, *op. cit.*, ed. 1949, 594.

⁷ Così GUICCIARDI, *op. e loc. cit.*, ; e RESTA *op.cit.* I 566; di parere parla anche la sentenza cit. della Cassazione u. 1591 del 1947.

⁸ GIANNINI M.S., *op. cit.*, 157 1 e le citate decisioni del Consiglio di Stato, particolarmente l'ampia e pregevole decisione u. 150 del 1946. I.a sent. Citata n. 296 del 1948 della Cassazione non prende posizione rispetto alle due tesi.

Alla conclusione dell'impugnabilità *ex se* della pronuncia della Commissione arriva anche il RESTA (*op. cit.* I 567), nonostante la sua opinione della natura consultiva dell'atto, osservando che quando un atto preparatorio è comunicato al terzo - come avviene per la pronuncia della Commissione d'epurazione - esso è svincolato dalle strettoie del procedimento e riacquista la sua naturale idoneità a produrre effetti propri, paralizzata fino a quando 'atto è incorporato nel procedimento.

⁹ Così TORRISI, *Impugnativa in materia di terre incolte in Foro it.*, 1949 II 60.

¹⁰ Per brevità, ci riferiamo al procedimento quale risulta dalle modificazioni arrecate dai dd. ll. C. P.S. n. 89 del 1946 e n. 1710 del 1917 al primitivo scherma disegnato dal d. l. lgt. n. 279 del 1944.

¹¹ La questione dell'impugnativa avanti il C.d.S. degli atti di concessione di terre incolte ha dato luogo a una minuta elaborazione giurisprudenziale diretta prima a limitare, poi a rimuovere il divieto di impugnabilità. Il Consiglio di Stato ha prima ammesso il sindacato giurisdizionale nei casi in cui i provvedimenti erano stati emanati fuori dei limiti fissati dalla legge speciale (incompetenza per materia) o da Autorità diverse da quella chiamata dalla legge (incompetenza

d. l. C. p. S. n. 89 del 1946 concede il ricorso al Ministero Agricoltura e Foreste contro il decreto del Prefetto¹². Parallelo al procedimento per la concessione delle terre incolte è il procedimento per la decadenza dalla concessione. Sulla domanda di decadenza si pronuncia la stessa Commissione; se la pronuncia è negativa, essa vale di per sé a rigettare la domanda e non dev'essere seguita dal successivo provvedimento dell'Amministrazione; contro tale pronuncia viene ritenuta ammissibile l'impugnativa diretta avanti il Consiglio di Stato¹³. Se viceversa, la pronuncia è positiva, cioè se la Commissione reputa fondata l'istanza di decadenza, la decadenza è pronunciata dal Prefetto, che è vincolato alla decisione della Commissione (anche se, contrariamente a quanto avviene per i decreti di concessione, non è fissato alcun termine per l'emanazione del provvedimento prefettizio di decadenza. Contro il decreto del Prefetto è dato ricorso al Ministero per l'Agricoltura; contro la decisione ministeriale sul ricorso gerarchico è ritenuta ammissibile l'impugnativa al Consiglio di Stato¹⁴.

Com'è fatto chiaro dalla semplice e estremamente sintetica esposizione dei vari procedimenti connessi alla materia delle terre incolte che sopra è stata data, compito del legislatore pare sia stato quello di ingarbugliare le cose, costringendo l'interprete a muoversi in un labirinto di atti senza precisa fisionomia e di situazioni materiali e processuali la cui varietà non ha alcuna seria giustificazione. La stessa terminologia legislativa risente della imperizia legislativa: ad esempio, la pronuncia delle Commissioni sulla istanza di concessione è chiamata *decisione* (art. 5 d. l. lgt. 19 ottobre 1944 n. 279 art. 5, 6, 7, d. l. lgt. 26 aprile 1946 n. 597; art. 2 d. l. C. p. S. 27 dicembre 1947 n. 1710), mentre la pronuncia delle Commissioni sulla istanza di decadenza della concessione – che ha identica fisionomia e funzione della precedente – è chiamata *parere* (art. 6 d. l. lgt. n. 279 del 1944; art. 9 d. l. lgt. n. 597 del 1946).

Non è meraviglia quindi se la definizione della natura delle Commissioni e conseguentemente, degli atti da esse emanati ha dato luogo a incertezze, ponendosi al solito, anzitutto il problema, della natura giurisdizionale o amministrativa dei detti organi e atti (problema risolto dalla prevalente giurisprudenza e dottrina nel senso di escludere la giurisdizionalità)¹⁵ e, in secondo luogo, il problema

soggettiva) cfr. dec. n. 12 -del 1946, IV Sez.1 in Questa rivista, 1946, I, 1, 39; n. 326 del 1946, V Sez., *ivi*, 1. 2 n. 488 del 1947 V Sez. 1 *ivi*. 1947, 11 21 107; n. 277 del 1948, V Sez. *ivi*, 1, 2, 289. Poi, facendo applicazione anche alla materia dell'art. 118 della Costituzione, ha ritenuto abrogata la norma che esclude l'impugnabilità; cfr. dec. N. 303 del 1948, V Sez., *ivi* I 2, 9 e dec. n. 255 del 1949, V *ivi* 1949 I, 2 800. (sull'art. 118 della Costituzione in relazione ai problemi della giustizia amministrativa cfr Nigro, *L'articolo 118 della Costituzione ed alcuni problemi della giustizia amministrativa*, *ivi*, 1949, 1, 1, 72 e autori *ivi* citati)

¹² La determinazione dell'autorità competente a giudicare sulle impugnative delle decisioni emesse dal Ministro su tali ricorsi è questione aperta; il LANDI *Concessione di terre incolte ai contadini* 1947, 69 e segg., ritiene che in tal caso il Ministro eserciti una vera funzione giurisdizionale su una questione di diritto soggettivo, e quindi il provvedimento del Ministro non è impugnabile avanti la giurisdizione amm. Contro TORRISI, *op. cit.*, 65, e App. Catania. 15 maggio 1949 *Foro it.*, 1949, I, 1225.

¹³ Cfr. TORRISI, *op. cit.*, 63, Il Consiglio di Stato, V Sez ha ritenuto con dec. n. 8421, 1948, V Sez. in questa Rivista, 1949, I, 2, 46, che, quando si tratta di una pronuncia di rigetto della domanda di decadenza fondata sul mancato pagamento dell'indennità al proprietario, competente a conoscere del ricorso è l'autorità giudiziaria ordinaria trattandosi di questioni di diritto soggettivo, Contro: TORRISI, *op. cit.*, 68.

¹⁴ Secondo il LANDI, *op. cit.*, 87, la doglianza contro la pronuncia di decadenza per mancato pagamento- della indennità deve portarsi avanti i Tribunali ordinari poichè si fa valere un diritto subiettivo. Contro: TORRISI, *op. cit.* I 65.

¹⁵ Si confrontino, fra le tante, soprattutto la dec. V Sez. n. 483 del 1947, in questa *Riv.*, 1948 I 2, 107 e V Sez. n. 484 del 1947, *ivi*, 1948 I, 2, 110; V Sez. n. 217 del 1948, *ivi*, 1948 I, 2, 289, che esaminano *funditus* la questione. Fra le idee delle stesse Commissioni si ricordino nello stesso senso: dec. 25 settembre 1947 della Commissione Terre Incolte di Agrigento, in *Foro It.*, 1948, III, 20; dec. 7 febbraio 1948, della Commissione Terre Incolte di Agrigento, *ivi* 1948, III 134; dec. 10 settembre 1948, della Commissione Terre Incolte di S. Maria C. V., in *Giur.it.*, 1948, III, 8. Nello stesso senso. Pret. Ozieri 24 aprile 1946, in Rep. *Foro it.*, col. 24, n. 10., Per la natura giurisdizionale delle Commissioni si è pronunciata, viceversa, la Commissione Terre Incolte di Caltanissetta con la dec. 9 novembre 1946, in Rep. *Foro it.* 1 1946 I col. 241 n. 8. In dottrina escludono la natura giurisdizionale LANDI, *op. cit.*, 68 e seg.; SANDULLI, *Spunti in materia. di revocabilità di atti reparatori*, in *Giur. it.*, 1949 III, 7, esprime dei dubbi il TORRISI, *Alcune questioni in tema di concessione di terre*

dello specifico carattere di tali atti, una volta riconosciutane la natura amministrativa. A questo riguardo, mentre da alcuni si esprime l'opinione che si tratti di *pareri*¹⁶, da altri si parla di *accertamenti tecnico-amministrativi vincolanti*¹⁷, ma in tutta la dottrina e la giurisprudenza è vivo l'imbarazzo di qualificare degli atti che si presentano con fisionomia diversa a seconda del loro contenuto (positivo o negativo) e cioè talvolta come atti conclusivi di un procedimento e quindi impugnabili *ex se* e talvolta come atti conclusivi di un procedimento ma a loro volta in funzione preparatoria di un altro atto (il decreto del Prefetto).

In definitiva, il problema pare lungi dall'essere risolto.

4. Un terzo procedimento che ha dato luogo ad analoghi contrasti nella giurisprudenza e nella dottrina degli ultimi anni è quello relativo alla determinazione dei danni di guerra da parte delle speciali Commissioni previste dal r. d. l. 26 ottobre 1940 n. 1543 (artt. 3, 4, 6, 8). Anche rispetto a tali organi e agli atti da essi emanati si è proposta la questione se si tratti, quanto agli organi, di giurisdizioni speciali e, conseguentemente, quanto agli atti, di decisioni giurisdizionali, oppure di organi amministrativi e, conseguentemente, di atti amministrativi. Sulla questione, la giurisprudenza appare divisa¹⁸, com'è divisa sulla questione pregiudiziale e fondamentale, che se non condiziona strettamente l'altra, per lo meno fortemente la influenza, della natura di diritto soggettivo o di interesse legittimo della pretesa del cittadino al risarcimento del danno di guerra¹⁹; la dottrina, per lo meno quella amministrativistica, che, a quanto risulta, è la sola che si sia finora occupata della cosa, è pure divisa su questo ultimo problema²⁰, mentre nessuna attenzione ha dedicato al primo, ove si faccia eccezione dello scritto del Lavagna sopra citato il quale proprio a proposito delle pronunce di tali Commissioni ha parlato di *decisioni*, come di una categoria tipica di atti amministrativi, il cui studio andrebbe approfondito²¹.

5. Compito del presente scritto è di contribuire ad un esame, più diffuso di quel che non sia stato fatto finora, del problema della esistenza di una particolare categoria di atti amministrativi, qualificabili appunto come *decisioni*, e del connaturato problema dei caratteri e dei limiti di tale categoria, ove a questa debba riconoscersi esistenza ed autonomia.

incolte a cooperative, in *Foro it.*, 1947, 111, 156. Lo stesso A., successivamente *Impugnative*, cit., in *Foro it.* 1949, III, 60), ha aderito alla prevalente opinione.

¹⁶ Così SANDULLI, *Spunti cit.*, 8 e TURRISI, *Impugnative cit.*, 60 e segg., Ma limitatamente alle pronunce delle Commissioni che son seguite dal decreto del Prefetto; e le citate decc. n. 484 del 1947 e 277 del 1948 del Consiglio di Stato.

¹⁷ Così LANDI, *op. cit.*, 64. Anche il rapporto fra le pronunce delle Commissioni e i provvedimenti prefettizi è discordemente apprezzato; mentre gli autori citati e alcune decisioni fanno ricorso alla figura del procedimento, qualificando le pronuncia come atti preparatori (dec. Consiglio di Stato, V Sez n. 307 del 1947, in questa *Riv.*, 1948, I, 2, 158 e altre decisioni fa uno ricorso alla figura dell'atto complesso (dec. V Sez, n. 277 del 1948, *ivi*, 1948, I 2, 289)

¹⁸ E per la tesi della giurisdizionalità la Cass. Civ. nella sentenza. n. 1381 delle S. U. del 1 agosto 1947, *ivi* 1948, II, I, 8; per la tesi della natura amm., invece, il Consiglio di Stato nella. dec. n. 280 del 1947, IV Sez., *ivi*, 1948, I, 1, 26. Di recente, però, anche la Cassazione ha aderito alla tesi della natura amm. con la sentenze. delle S. 1, n. 2109 del 1949 (in *Mass Foro it.*, 1949, col. 428.

¹⁹ Sostiene la natura di diritto soggettivo, infatti, la citata sentenza n. 1881 del 1947 della Cassazione; in senso contrario, la citata sent. n. 2109 del 1949 della Cassazione e la dec. cit. del Consiglio di Stato IV sez. del 1947 n. 280 (seguite dalla sentenza 6 febbraio 1948 della Corte do Appello di Torino in *Foro it.* 1948 I, 578 e dalla sent. 19 maggio 1948 della Corte di Appello di Napoli in *Rassegna mensile dell'Avvocatura dello Stato*, 1948, fasc. 10, pag. 14.

²⁰ Condividono l'opinione del Consiglio di Stato ALESSI, *Commissioni in materia di risarcimento di danni di guerra* in *Giur. compl. Cass. civ.* XXIV, 1947, pag. 349; BODDA, *La pretesa al risarcimento dei danni di guerra come interesse legittimo*, in *Foro amm.*, 1948, I, 1, 26. Seguono l'opinione della Cassazione: CAPACCIOLI, *Sulla natura della pretesa al risarcimento dei danni di guerra*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, XXIV, 1947, pag. 340; SANDULLI, *La natura della pretesa all'indennizzo per i danni di guerra*, in *Riv. amm.* 1949, 1.

²¹ *Op. cit.*, 11.

A tale proposito è parso opportuno muovere nell'indagine dagli atti brevemente sopra esaminati - nei cui confronti, implicitamente o esplicitamente, la legislazione, la dottrina, la giurisprudenza e la stessa prassi hanno sentito la difficoltà di far capo alle consuete categorie classificatorie - per trarre, dall'esame degli elementi comuni a tutti o peculiari a ciascuno di essi, alcune osservazioni utili all'argomento.

La prima osservazione è la seguente: gli atti sopra esaminati, e cioè le pronunce delle Commissioni epurative, delle Commissioni per le terre incolte delle Commissioni per i danni di guerra presentano la caratteristica comune di essere degli atti amministrativi *in qualche modo* assimilabili agli atti giurisdizionali dal momento che l'assegnazione di essi alla sfera del diritto amministrativo sostanziale è avvenuta dopo qualche iniziale perplessità. In altri termini, si tratta di atti che sono stati o possono essere tuttora scambiati per sentenze. Questa caratteristica comune - di non essere cioè sentenze pur rassomigliando alle sentenze - è molto più importante di quel che a prima vista non appaia. Essa conduce anzitutto ad identificare un settore dell'attività amministrativa che presenta qualche carattere comune con l'attività giurisdizionale.

Quali siano questi caratteri comuni si desume agevolmente dall'esame degli atti di out sopra si tratta in tutti e tre i casi di atti che sono emanati dopo l'esplicazione da parte dell'Amministrazione e dei privati di un'attività avente *forme* analoghe a quelle giurisdizionali. Il rilievo dato al contrasto degli interessi, l'osservanza del principio del contraddittorio, lo svolgimento di un'istruttoria che può tendenzialmente essere la più ampia possibile, la prescrizione di termini e di forme di pubblicità, la previsione (almeno nella materia dell'epurazione e, per alcuni casi, nella materia delle terre incolte) di un doppio grado, la stessa collegialità degli organi conferiscono all'attività amministrativa, un aspetto formale analogo a quello attraverso il quale si esplica l'attività giurisdizionale.

Appare quindi lecito parlare di *procedimento contenzioso* - come ha fatto il Consiglio di Stato in alcune delle più pregevoli decisioni dedicate alle ricordate materie²² - per indicare quel tipo di procedimento amministrativo che si svolge in forme contenziose, e che non appare finora *ex professo* trattato dalla dottrina nonostante il suo rilevante interesse sotto vari profili²³.

Dal punto di vista della teoria generale del diritto, l'esistenza di un procedimento amministrativo di tipo contenzioso - mentre conferma il frequente verificarsi di fenomeni di divergenza tra, la funzione (in questo caso amministrativa) e la struttura (in questo caso contenziosa) e, conseguentemente fra la sostanza dell'attività e la forma in cui essa si svolge²⁴ - chiarisce definitivamente che l'esistenza - e, pertanto, la soluzione di una "contesa" non è nè sufficiente né necessaria a qualificare la funzione giurisdizionale; nè sufficiente, perchè può non aversi giurisdizione laddove pur esiste una contesa, nè necessaria perchè può aversi giurisdizione anche laddove la contesa non esiste. Di ciò hanno fatto diretta esperienza gli studiosi del processo civile e particolarmente, fra essi, il Carnelutti, il quale - partito da una concezione della funzione giurisdizionale strettamente collegata all'esistenza di una lite da comporre, concezione la quale lasciava fuori del campo giurisdizionale, considerandolo *processo improprio*, il processo - senza lite (così il processo volontario e altre specifiche manifestazioni di

²² Particolarmente, le citate decc. n. 150 del 1948 (relative all'epurazione) e n. 277 del 1948 (relativa alle concessioni di terre incolte).

²³ Lo stesso SANDULLI cui pure è dovuta la recente fondamentale rielaborazione del concetto di procedimento non si occupa dei procedimenti contenziosi (*Il procedimento amministrativo*, Milano, 1942). È doveroso ricordare, però che lo stesso A. dedica, in vari punti del suo libro, interessanti osservazioni al fenomeno generale della partecipazione dell'interessato al procedimento (partecipazione di cui il procedimento contenzioso si può ritenere una delle applicazioni più importanti). Cfr. SANDULLI, *op. cit.*, pagg. 22 (testo e nota) 119 (nota), 120 (nota) 166 (nota.), 167 (note).

²⁴ CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, 288; CODACCI PISANELLI, *Analisi delle funzioni sovrane*, Milano, 1846, 129. Per quanto riguarda materia molto vicine a quella trattata nel testo si ricordi, ad esempio, l'opinione che la c. d. giurisdizione di merito sia una funzione di amministrazione attiva esercitata in forma contenziosa cfr. ORLANDO, *Giustizia amministrativa*, in *Trattato* dello stesso autore, II, 180, 815 segg.; - ZANOBINI, *Corso di dir. ammin.*, II, 1948, 159; PAPALDO, *In tema di invalidità dell'atto amministrativo per vizi di merito*, in *Scritti per Romano*, II, pag. 158.

attività giudiziaria) compiendo, così, una profonda lacerazione nel tessuto unitario della giurisdizione, è pervenuto di recente, proprio attraverso un ripensamento dell'intera materia del processo, all'esposizione di un criterio distintivo delle funzioni sovrane che, per quanto riguarda la giurisdizione, prescinde (o almeno lo relega in secondo piano) dall'elemento della contesa per mettere l'accento sul fatto che il comando in cui si estrinseca la funzione giurisdizionale sia formato *super partes* (con la legge e diversamente dall'atto amministrativo) ma a richiesta delle parti o della parte (a differenza dalla legge), e consente, pertanto, l'inclusione nella funzione giurisdizionale del processo volontario²⁵.

I procedimenti, presi in esame sopra, presentano tipicamente l'esistenza di contese, in forma meno rilevante i procedimenti per l'epurazione e i danni di guerra, in forma più rilevante i procedimenti in tema di concessione di terre incolte, nei quali ultimi alla contesa Pubblica Amministrazione-privato si somma una contesa fra privati (proprietario delle terre incolte e cooperativa aspirante alla concessione), dando luogo apparentemente a un rapporto trilatero (Amministrazione – cooperativa - proprietario) che farebbe pendere la bilancia a favore della giurisdizionalità se non fosse chiaro che, in realtà, il rapporto trilatero non esiste e siamo in presenza di una giustapposizione di rapporti bilaterali: l'uno (Amministrazione-proprietario) in cui la contesa verte sullo stato di coltura o d'incoltura del terreno e l'altro (Amministrazione-cooperativa) in cui la contesa verte sull'esistenza nella cooperativa dei requisiti di legge per la concessione.

Pur essendo evidente l'esistenza di contese, non può parlarsi però di funzione giurisdizionale nell'attività delle ricordate Commissioni, perchè si tratta di contese la cui soluzione è affidata ad una delle parti e precisamente alla stessa Amministrazione; per stare alla terminologia del Carnelutti non si tratta di comandi *super partes* ma di comandi *inter partes* come risulta dal fatto che si tratta di attività compiuta per fini che sono propri (e interni) dell'Amministrazione, da organi inquadrati in questa, o quanto meno, da questa espressi²⁶.

6. Mediante i procedimenti contenziosi amministrativi si attua, infatti, una delle forme più intense di partecipazione del privato all'attività amministrativa in genere e al procedimento amministrativo in specie²⁷. Tale partecipazione può mancare del tutto, come avviene nella normalità dei casi, o assumere forme limitate²⁸, e può, al contrario, ricevere il massimo rilievo, come probabilmente era nelle aspirazioni del legislatore italiano del 1865. Si ricorderà, infatti, che l'art. 3 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 All. E sul contenzioso amministrativo, disponendo l'attribuzione alle autorità amministrative degli affari in cui non venisse in considerazione un diritto civile e politico, stabiliva che le autorità amministrative avrebbero provveduto su tali affari «ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate». Con ciò si enunciava, ha notato il Guicciardi²⁹, un programma da realizzare più che non si attuasse una disciplina positiva. La legge, in conformità della

²⁵ CARNELUTTI, *Sistemi*. cit. 1 I, 214; ID. *Istruzioni del nuovo processo civile italiano*, 1941, 5 segg.; ID, *Teoria generale del diritto*, 54 segg.

²⁶ Si accoglimento del criterio distintivo fra giurisdizione e amministrazione proposto dal Carnelutti, non senza avvertire da una parte che non è sempre facile stabilire quando si tratti di comandi *super partes* e quando di comando *inter partes* e dall'altra che il criterio appare suscettibile di integrazione e approfondimento. In realtà, il problema della distinzione tra i vari atti dello Stato è il problema del diverso valore che l'ordinamento ad essi conferisce, del *posto* che essi (o gli organi che li emanano) hanno nell'ordinamento stesso; appare, quindi, strettamente collegato al problema della struttura organica di un determinato ordinamento, quale risulta dalle sue norme fondamentali (efr. la critica di CARRÉ DE MALBERG a KELSEN in *Confrontation de la theoris de la formation dii droit par degrés*. ecc., 1988, Paris). Una rassegna delle varie teorie distintive della giurisdizione può leggersi in CODACCI PISANELLI, *op. cit.*, pag. 1 e segg. e in ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I 1948, pag. 6 segg. In particolare, sulla distinzione fra amministrazione e giurisdizione speciale cfr. ROMA.NO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in *Trattato dell'Orlando*, III, 1901, pag. 505.

²⁷ Sulla collaborazione del privato alle manifestazioni di volontà dell'Amministrazione vedi il noto scritto del MIELE (G.), *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931.

²⁸ SANDULLI, *Il procedimento cit.*, pag. 120 nota.

²⁹ *Giust. amm.*, pag. 88.

dottrina liberale, tendeva a instaurare un sistema di formazione degli atti amministrativi che consentisse di utilizzare anche prima dell'emanazione dell'atto quegli utili elementi di collaborazione che il cittadino può portarvi per assicurarne la legittimità e l'opportunità.

Ancor più in là è andata la dottrina austriaca, la quale, per l'influenza sempre dei principi liberali e democratici, ha cercato di assimilare il procedimento amministrativo a quello giurisdizionale, attribuendo al primo sempre il carattere della contenziosità (tanto che, com'è noto, il Mannlicher parlò di una *Rechtsgemeinsamkeit* tra giurisdizione e amministrazione e l'Herrnritt prospettò la sua concezione dell'Amministrazione agente sempre in duplice veste, e, cioè, da una parte, come autorità decidente in nome della legalità, e, dall'altra, come autorità operante per la realizzazione dello scopo pubblico subbiiettivo da raggiungere)³⁰, e ciò allo scopo di aumentare le garanzie del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione, assicurandogli una tutela simile a quella che gli è accordata nei procedimenti giurisdizionali.

Con i procedimenti contenziosi amministrativi – la cui diffusione nella pratica amministrativa è destinata ad aumentare man mano che l'assunzione da parte dello Stato di più larghe funzioni renderà necessario accrescere anche le garanzie dei privati ed evitare che l'amministrativizzazione della vita sociale coincida con lo schiacciamento dei cittadini – il diritto del cittadino di far sentire le proprie ragioni (*Parteiengehör*) riceve piena soddisfazione e si attua, in casi speciali, quel dibattito che gli accorti legislatori avevano previsto in via generale, nell'art. 3 della legge del 1865³¹.

7. La caratteristica dei procedimenti contenziosi amministrativi è, dunque, quella di essere preordinati alla formazione di un atto amministrativo. Essi danno luogo cioè ad uno speciale modo di formazione dell'atto amministrativo.

Questo speciale modo di formazione dell'atto qualifica e l'organo che vi provvede e l'atto che ne è la conclusione; per cui può legittimamente, oltre che di procedimento amministrativo contenzioso, parlarsi di organo amministrativo contenzioso e, infine, di atto amministrativo contenzioso³².

Il termine di organo contenzioso è stato proposto in dottrina dal Lavagna nello scritto più volte citato ed è, senz'altro, da accogliere con l'avvertenza che il fin qui detto smentisce l'affermazione del detto autore che tale organo appartenga ad una particolare categoria di organi di amministrazione attiva, individuabili in base alla specifica competenza di risolvere controversie sulla validità di atti e provvedimenti concreti, già emanati e suscettibili di ledere interessi concreti; in realtà, la peculiare natura dei procedimenti, organi e atti contenziosi sta in ciò che essi si riferiscono a controversie non sulla validità di atti e provvedimenti concreti già emanati, ma sulla esistenza delle condizioni di legge

³⁰ MANNLICHER, *Die österreichische Verwaltungsreform des Jahres 1925*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1926, pag. 367; HERRNRITT, *Das Verwaltungsverfahren*, 1932, pag. 52. Cfr. le osservazioni, al riguardo, di SANDULLI, *Il procedimento cit.*, pag. 21 segg. Per KELSEN (*Lineamenti di una teoria generale dello Stato*, Roma 1932, pag. 55) la separazione della giurisdizione dall'amministrazione va perdendo sempre più la sua importanza col progressivo accostamento del procedimento amm. a quello giudiziario.

³¹ Riflettendo a ciò, si può affermare che la Costituzione della Repubblica italiana segni un passo indietro non essendovi in essa traccia alcuna del principio altamente civile che il legislatore del 1865 aveva affermato.

³² La opportunità di riconoscere che esiste sul nostro diritto positivo un'attività amministrativa contenziosa è sottolineata energicamente dal GIANNINI (*Decisioni contenziose ecc. cit.*, 322). Si potrebbe, addirittura, parlare, a nostro avviso, di un *sistema del contenzioso amministrativo*; naturalmente non nel senso tradizionale, cioè nel senso di un sistema giurisdizionale di soluzione di determinate contese interessanti l'Amministrazione (SCHUPFER, *I precedenti storici del diritto amministrativo vigente in Italia*, nel *Trattato dell'Orlando*, I, 1900, 1087; VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amm.*, ivi, III, 1901, 279 segg.), ma nel senso di un complesso di organi e attività della P. A. diretti alla *formazione contenziosa* di alcuni atti amministrativi. Va osservato al riguardo, però, che i confini tra il contenzioso amministrativo del primo tipo e il contenzioso amministrativo del secondo sono fluidi, sia in quanto determinate materie possono passare da una garanzia contenziosa (non giurisdizionale) a una garanzia giurisdizionale, a seconda degli sviluppi storici del diritto amministrativo, sia in quanto spesso sussiste (come in molti degli esempi del testo) una grande difficoltà di classificazione di alcuni fenomeni, essendo incerto se essi hanno natura semplicemente contenziosa o, addirittura, giurisdizionale.

per l’emanazione di un atto amministrativo e sul suo specifico contenuto. In altri termini, la controversia non è posteriore, ma anteriore all’emanazione dell’atto e l’organo contenzioso «decide» se e quale atto debba essere emanato³³.

Alcune rapide osservazioni chiariranno questo punto aprendo la via alle necessarie conclusioni sull’argomento.

Ogni dichiarazione di volontà – in ogni campo del diritto e anche in quello del diritto amministrativo – è preceduta da una verifica che il soggetto, autore della manifestazione, compie della esistenza delle condizioni richieste (dalle norme che nella graduazione delle norme precedono e vincolano la manifestazione di volontà ipotizzata) per la legittimità di essa.

In genere, ogni comando giuridico ha alla base un giudizio^{33bis} che si concreta in un sillogismo con cui appunto, posta come premessa maggiore l’esistenza di una norma e come promessa minore il verificarsi del fatto previsto nella norma, il soggetto, autore del comando, manifesta la sua volontà nella fattispecie. Com’è intuitivo, questa operazione logica (che è stata esattamente chiamata dichiarazione applicativa)³⁴ attraverso cui si accerta, cioè si rende certa³⁵, la volontà della legge può essere estremamente semplice o alquanto complessa. Per restare nel campo degli atti amministrativi, mentre ci sono atti, a riguardo dei quali l’accertamento delle condizioni di legge (e particolarmente l’accertamento di certe qualità di individui o cose, le quali sono rilevanti perché si possa ritenere esistente o possa sorgere un certo rapporto tra l’autorità amministrativa e i terzi) non richiede un’indagine complessa, ce ne sono altri, riguardo ai quali l’accertamento è più difficile; si pensi, per esempio, all’accertamento del requisito della «necessità o dell’urgenza», ai fini dell’art. 19 della legge comunale e provinciale, della «pubblica utilità» nel procedimento d’espropriazione, della «incompatibilità dell’impiegato» nel procedimento epurativo ecc. Nel caso della complessità della dichiarazione applicativa avviene talvolta che, per l’ancor più elevato grado di complessità, per l’incidenza che la manifestazione di volontà ha sui diritti e sugli interessi dei privati, per la necessità di garantire ancor meglio la legalità e l’opportunità dell’azione amministrativa (e trattandosi di fattispecie in cui l’indagine dell’A. può essere senza alcun danno protratta nel tempo, come non sarebbe possibile, ad esempio, per l’accertamento della «urgenza o necessità» di cui al citato art. 19), quella che di solito è una operazione logica istantanea fusa con la manifestazione di volontà (di cui si presenta come una

premessa) e interna dell’organo che emana quest’ultima, acquista un importante rilievo sia in quanto diventa prevalente rispetto alla manifestazione di volontà (rovesciandosi così il naturale rapporto), sia in quanto la sua formulazione è affidata ad un organo appositamente formato, sia in quanto alla sua formulazione si ritiene essenziale la collaborazione del privato o dei privati interessati.

È reso più chiaro adesso che cosa s’intenda quando si afferma che i procedimenti contenziosi amministrativi sono preordinati alla formazione dell’atto amministrativo; essi sono, specificamente, preordinati alla formulazione del «giudizio» in cui si sostanzia l’accertamento delle condizioni per l’attuazione di una norma preesistente; questo giudizio è formulato su una contesa degli interessi o,

³³ Va rilevato, inoltre, che non sempre l’organo contenzioso è un organo *specializzato* dell’A. avente la funzione esclusiva di risolvere le controversie di un dato tipo (come accade per la materia delle terre incolte, dei danni di guerra e dell’epurazione); talvolta, un organo dell’A., avente funzioni di altro genere, ha anche la competenza di risolvere determinate controversie (ciò accade, ad es., per le decisioni sui ricorsi gerarchici).

^{33bis} Sui giudizi giuridici CARNELUTTI, *Teoria gen.*, cit., 332.

³⁴ GASPARRI, *Lezioni di dir. amm.*, 1948, Milano, pag. 302. Cfr. anche CARNELUTTI, *Ist.*, pag. 30 segg.; ID., *Teoria gen.*, pag. 57 segg.

³⁵ Si leggano le belle pagine del CAPOGRASSI sulla «incertezza obbiettiva») in *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1938, pag. 263. Dice l’illustre filosofo del diritto: «Da tutto questo risulta infine, e il processo dimostra, che l’incertezza, il non ingranarsi della legge e della vita se non attraverso integrazioni e mediazioni che danno luogo a nuove forme di realtà, è forse la più saliente caratteristica dell’esperienza giuridica. Sembra che la manifestazione specifica di questa esperienza sia l’incertezza, e l’incertezza significa insomma la deficienza della legge e la deficienza della vita».

quanto meno, una comparazione degli interessi valutati in base al particolare criterio suggerito dalla norma stessa. Parafrasando una espressione usata a proposito del processo civile, si dirà che le parti private, attraverso il «dibattito» che si esprime nel procedimento amministrativo contenzioso, servono alla legalità dell'attività amministrativa. Ciò accade perché, se è vero che l'Amministrazione rivolge la sua attività alla realizzazione di fini concreti e alla soddisfazione di interessi specifici dello Stato, non è men vero che essa tende ad adeguarsi nella sua attività ad un'esigenza di giustizia³⁶; la formulazione contenziosa dell'atto amministrativo è uno dei metodi di approssimazione a tale esigenza. E ciò spiega perché, se l'Amministrazione è parte e non giudice in questa attività, è, però, una parte *sui generis*, cioè una parte che tende a superare la propria parzialità in una visione obbiettiva del contrasto, una *parte imparziale*, per ripetere una frase felicissima usata a proposito di un organo statale, in cui lo stesso travaglio e la stessa contraddittorietà si riscontrano^{36 bis}.

8. Raccogliendo la fila del sin qui detto, pare senz'altro possibile individuare una categoria di *atti amministrativi*, aventi il carattere di accertamenti, emanati da organi contenziosi a seguito di un procedimento contenzioso, diretto ad accertare appunto l'applicabilità della legge ad un caso concreto e a determinare, talvolta, anche le modalità dell'applicazione della legge medesima; a tali atti potrebbe essere appunto attribuito il nome di decisioni.

Questa concezione ha molte affinità con quella del Korman³⁷, il quale considera le decisioni, in polemica con la vecchia dottrina tedesca³⁸, come una sottospecie degli accertamenti e precisamente come quegli accertamenti implicanti contrasto di asserzioni e di pretese, tra cui l'organo decidente (*der Beurteiler*) deve appunto decidere (*entscheiden*). Però il concetto così perfettamente individuato, non è stato sviluppato e approfondito dall'Autore né tanto meno messo in relazione col procedimento da cui la decisione origina, per cui la distinzione delle decisioni dagli accertamenti in genere è rimasta nelle pagine del Korman una intuizione senza seguito, dal momento che lo stesso Autore, dopo aver posto la distinzione, non se ne è servito affatto nella successiva trattazione degli accertamenti, in cui decisioni e accertamenti vengono non solo considerati insieme, ma addirittura frammisti senza alcun principio d'ordine.

Un passo indietro rispetto alla teoria del Korman costituisce la tesi esposta dal Vitta nell'apposito scritto sull'argomento³⁹. Per il Vitta decisione è qualunque pronuncia dichiarativa preliminare ad una manifestazione di volontà. È chiaro che egli, così facendo, si riallaccia alla vecchia dottrina tedesca, riassorbendo le decisioni negli accertamenti da cui il Korman le aveva, sia pure incompiutamente, distinte e, soprattutto, disconoscendo ogni autonomia alla categoria delle decisioni rispetto alle categorie tradizionali. Più coerente appare quindi la successiva posizione dell'Autore che, nella sua opera generale sul diritto amministrativo, ha rinunciato ad una trattazione specifica delle decisioni, opinando evidentemente che esse fanno tutt'uno con gli accertamenti⁴⁰.

³⁶ Di un fine di giustizia presente anche nell'attività amministrativa ha parlato l'ALLORIO, *Il P. M. nel proc. civ.*, in *Riv. proc. civ.*, 1941; mentre il CARNELUTTI, *Teoria gen.*, cit., 62 ha messo in rilievo la sensibilità dell'Amministrazione all'interesse collettivo che reclama la giusta composizione del conflitto d'interessi di cui è parte la stessa A. Cfr. sopra anche la concezione dell'HERRNRITT e del KELSEN.

Non è fuor di luogo, a questo proposito, notare che, nel suo desiderio di adeguare l'attività amministrativa ad un'esigenza di giustizia, lo Stato crea degli organi contenziosi staccati dalla gerarchia amministrativa e costituiti in modo tale da essere relativamente indipendenti dall'Amministrazione (in genere, si ricorre a magistrati o rappresentanti di organizzazioni sindacali o a cittadini in genere): la somiglianza con l'attività giurisdizionale è in tali casi ancor più sensibile.

^{36 bis} Di *parte imparziale* parla il Carnelutti a proposito del P. M. (*Lezioni sul processo penale*, 1946, I, 157).

La singolarità delle decisioni dell'A. (che non è *parte* in senso stretto e non è nemmeno *super partes*) è stata rilevata anche da GIANNINI M. S. (*Decisioni contenziose ecc.* cit., 323).

³⁷ *Op. cit.*, pag. 66.

³⁸ Vedi sopra, nota 2.

³⁹ *Gli atti certificativi*, cit., 98.

⁴⁰ *Dir. amm.*, cit., 293 segg.

Una posizione a parte fra gli studiosi del problema delle decisioni ha il Giannini M. S.⁴¹, perché questo autore pur riconoscendo che «sono soprattutto decisioni le pronuncie, sostanzialmente amministrative, di organi collegiali o individuali che concludono controversie», considera decisioni anche pronuncie non contenziose, indicando come denominatore comune della categoria non già il fatto che si tratti di accertamenti espressi da organi contenziosi attraverso procedimenti contenziosi, ma il fatto che si tratti (al pari che nelle deliberazioni) di manifestazioni di un potere direttivo o coordinativo o impulsivo di un organo dell'Amministrazione, aventi la funzione essenziale di determinare dei comportamenti dell'autorità che le emana o di altre autorità o di privati.

Il nucleo centrale della tesi di questo autore, consistente nel riconoscimento del carattere di decisioni delle pronuncie che decidono controversie, non è dissimile dalla concezione delle decisioni da noi sopra delineata (e questo apparirà ancor più chiaro quando in appresso sarà fatta adesione ad alcune opinioni espresse dal citato autore su punti particolari del complesso argomento). La singolarità della posizione del Giannini sta, invece, nell'inquadramento teorico delle decisioni, considerate come manifestazioni di un potere impulsivo dell'organo amministrativo. Ora tale tesi, indubbiamente suggestiva, non è stata svolta così a fondo da render chiaro se l'autore intenda semplicemente negare il carattere dichiarativo delle decisioni (e quindi intenda farne una categoria diversa da quella degli accertamenti) o intenda, del tutto, proporre una rielaborazione dello stesso concetto di accertamento amministrativo, in modo da mettere in risalto il carattere direttivo e impulsivo degli accertamenti, o almeno di alcuni accertamenti, in contrapposto alla dottrina tradizionale che, come si vedrà, è propensa ad adagiarsi su un concetto passivo o, almeno, statico dell'accertamento. Forse nel non compiutamente svolto pensiero dell'autore ambedue i punti di vista sono adombrati.

Ora, per quanto riguarda il secondo di essi, non può certo respingersi *a priori* l'esigenza di una rielaborazione di tutta la dottrina degli accertamenti, non potendosi considerare che tale dottrina sia completamente al passo con tutti gli studi che la dottrina italiana ha condotto sugli accertamenti nel diritto privato e nel diritto processuale; ma tale compito fuoriesce da questo studio nel quale il concetto d'accertamento viene mutato dalla letteratura amministrativa consolidata, anche se, come si vedrà appresso, è parso opportuno mettere in evidenza (in piena concordanza in ciò col citato autore) alcuni caratteri degli accertamenti che ne: sottolineano il carattere «attivo» e «creativo». Per quanto riguarda invece il primo dei punti di vista, la tesi del Giannini appare in netta antitesi con la tesi da noi accolta sopra, secondo la quale le decisioni non sono qualcosa di diverso dagli accertamenti ma una sottospecie di essi; non sono manifestazione di un potere impulsivo, ma espressione di una funzione dichiarativa. Che esse pongano dei vincoli all'attività dell'organo stesso che le ha emanate o di altri organi non deriva, e ciò sarà visto meglio in appresso, da un rapporto diretto tra l'organo decidente e l'organo che è vincolato alla decisione, ma dal fatto che la decisione modifica la situazione giuridica preesistente realizzando le condizioni previste dalla legge per l'azione dell'organo amministrativo. A parte ogni altra osservazione, non è difficile rilevare come, per fare un esempio, sia certo estranea ogni funzione impulsiva o direttiva nell'attività della Commissione per la epurazione nei confronti dell'Amministrazione: essa ha funzione soltanto dichiarativa, anche se ovviamente, tale accertamento, rendendo concreta la volontà della legge e realizzando le condizioni per l'attività dell'Amministrazione, stimola indirettamente l'Amministrazione ad agire. Ma è ovvio il rilievo che questa è una caratteristica, se mai, non delle decisioni soltanto, ma di tutti gli accertamenti (per cui in fondo anche questo secondo punto di vista dell'autore rinvia ad una rielaborazione della dottrina degli accertamenti), e, anche se ciò non fosse, non potrebbe trarsi da tale riconoscimento del *pratico* e *indiretto* valore impulsivo delle decisioni alcuna seria conseguenza

⁴¹ *Decisioni* ecc. cit., 159 segg. Nel suo più recente scritto il GIANNINI (*Decisioni contenziose*, cit., 321) ha distinto specificamente, nella ampia categoria delle decisioni, un gruppo di decisioni che egli chiama *contenziose* le quali «costituiscono gli atti fondamentali di tipici procedimenti amministrativi, i quali hanno ad oggetto la risoluzione di un conflitto di interessi tra l'amministrazione e l'amministrato».

giuridica circa la natura e il regime delle decisioni. Per tali motivi, le osservazioni del citato autore, pur preziose e feconde di ulteriori sviluppi in più vasti campi, non apportano grande contributo immediato alla soluzione dei problemi inerenti al limitato campo delle decisioni.

9. Esposte le affinità e le divergenze tra le opinioni dei vari autori che si sono occupati delle decisioni e quella cui siamo sopra pervenuti, converrà procedere ad un più dettagliato esame dell'atto di cui all'argomento.

È necessario all'uopo distinguere due casi:

a) *un primo caso*, in cui l'atto si presenta come assolutamente finale rispetto a tutta l'*operazione amministrativa*⁴² relativa a un determinato oggetto. (Possono a tal riguardo, darsi due ipotesi: una prima ipotesi in cui l'atto, dopo aver accertato le condizioni richieste dalla legge perché si verifichi un certo mutamento giuridico, realizza esso stesso il mutamento; una seconda ipotesi, in cui l'atto si limita ad accertare le condizioni di legge perché un diritto già riconosciuto o attribuito dalla legge possa esercitarsi);

b) *un secondo caso*, in cui l'atto accertativo, emesso a seguito del procedimento contenzioso, non realizza esso stesso il mutamento finale previsto dalla legge, ma deve intervenire allo scopo un successivo atto di un organo non contenzioso della p. a.⁴³. Questo è chiaro, ad esempio, nell'epurazione, la cui finalità è quella di eliminare dall'Amministrazione l'impiegato che rientri nelle ipotesi previste dalle leggi. Tale eliminazione (e cioè la cessazione del rapporto d'impiego) che è l'effetto finale dell'epurazione, cioè il mutamento giuridico cui il meccanismo è predisposto, non è realizzata dall'accertamento degli organi contenziosi sopra ricordati, ma è realizzata da un atto dell'Amministrazione, successivo all'accertamento, con cui appunto è pronunciata la cessazione del rapporto d'impiego. In questo caso l'atto accertativo non è l'atto finale dell'operazione epurativa, ma è una tappa di questa operazione.

La caratteristica di tale atto accertativo, in tutti i casi in cui l'atto finale è un altro, è però, di essere una tappa, ci si consenta il bisticcio, *decisiva*, perché l'accertamento, cui noi attribuiamo il nome di decisione, se non è idoneo a produrre il mutamento finale, è idoneo a produrre anch'esso un mutamento giuridico. Si tratta, infatti (e sarà visto più ampiamente in seguito a proposito dei singoli tipi di decisione) di accertamenti la cui caratteristica è di essere vincolanti rispetto agli atti degli organi attivi dell'Amministrazione che realizzano l'effetto finale⁴⁴. Ora, a noi pare che, nella considerazione di tali accertamenti, sia a proposito delle materie sopra ricordate sia a proposito di altre materie di cui sarà detto appresso, la dottrina non si sia soffermata né a valutare l'importanza di tale efficacia vincolante né a determinare la natura del «vincolo» esercitato dagli accertamenti sui successivi atti innovativi, e non abbia indagato se tale vincolo non fosse per avventura il sintomo e la conseguenza di una particolare efficacia costitutiva degli accertamenti.

In altri termini, l'efficacia vincolante degli accertamenti, quando è stata rilevata, è stata vista – in superficie – come un effetto diretto degli accertamenti, effetto esercitantesi da atto (accertativo) ad atto (innovativo). Ma, in realtà, la vincolatività è l'effetto solo indiretto degli accertamenti, perché

⁴² Con tale nome si designa una serie di attività della pubblica Amministrazione dirette alla realizzazione di un unico risultato, indipendentemente dal tipo di collegamento che esiste tra le varie attività. Si tratta di un concetto proprio della dottrina francese che parla di *opération à procédure* e di *opération administrative* (HAURIOU, *Principes de droit public*, 1910, 145 segg.; ID., *Précis de droit administratif*, 1901, 238) e che è stato spesso confuso dalla dottrina italiana con quello di procedimento, che indica invece un determinato tipo di collegamento. Sull'argomento, SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 28 e segg.

⁴³ Secondo il GIANNINI (M. S.), *Decisioni cit.*, 159, le decisioni (a differenza dalle deliberazioni) sono sempre autosufficienti, cioè «comportano successivi atti, ma per essere eseguite, non per essere seguite». La critica di tale opinione è implicita in tutto quanto è stato e sarà detto nel testo del presente scritto.

⁴⁴ Anche il GIANNINI (M. S.), *Decisioni cit.*, 159 sottolinea, sia pure dal particolare punto di vista che gli è proprio, l'effetto vincolante delle decisioni.

direttamente essa deriva dall'esistenza di una nuova situazione giuridica⁴⁵ – essa si realizza dall'atto accertativo – della quale l'atto innovativo deve tener conto. In altri termini non è l'accertamento che vincola il successivo atto; ma è la situazione giuridica generata dall'accertamento che pone i binari su cui la successiva attività si deve muovere. Nell'esempio fatto sopra dell'epurazione la pronuncia, sfavorevole all'impiegato, di una Commissione (contenziosa) non determina l'effetto finale (dispensa dell'impiegato), per realizzare il quale deve intervenire l'atto dell'organo attivo, ma determina un mutamento nella situazione giuridica in quanto fa nascere il potere-dovere dell'A. di dispensare l'impiegato e, correlativamente, dal lato del potere, la soggezione dell'impiegato a tale potere e, dal lato del dovere, l'interesse legittimo all'emanazione del successivo atto degli altri impiegati cui deriverebbe un vantaggio di carriera dalla dispensa del collega.

La pronuncia dell'organo contenzioso vincola, quindi, l'atto successivo non nel senso meccanico e superficiale che l'organo attivo non si può discostare da quanto ha deciso l'organo contenzioso (il che presupporrebbe un rapporto di «gerarchia» tra gli atti, che è in contraddizione con la caratteristica dell'atto «inferiore» di produrre l'effetto principale cui è preordinata tutta l'operazione, cioè il mutamento giuridico finale), ma nel senso che quella pronuncia crea una situazione giuridica che delimita il campo d'azione dell'organo attivo, il quale è vincolato da tale situazione giuridica.

Non pare, quindi, che le decisioni degli organi contenziosi, che pur non appongono la parola finale ad un'operazione amministrativa, possano qualificarsi atti facenti parte di un procedimento amministrativo, come elementi preparatori, venuti in essere in stretta funzione dell'emanazione di un provvedimento amministrativo; esse appaiono dotate, viceversa, di ampia autonomia funzionale, in quanto l'accertamento che vi è contenuto genera una nuova situazione giuridica e lede direttamente degli interessi, per cui è più legittimo considerarle come atti terminativi di un procedimento contenzioso d'accertamento e, insieme, come presupposti del successivo provvedimento amministrativo (e anche del distinto procedimento amministrativo che conduce a tale provvedimento), il tutto nel quadro generale della operazione amministrativa di cui si tratta.

10. Oltre che la classificazione suddetta, delle decisioni è possibile dare un'altra classificazione, a seconda non più della natura finale o prodromica dell'accertamento nel quadro della operazione amministrativa, ma degli effetti dell'accertamento in cui la decisione consiste.

Si possono, cioè distinguere le decisioni in decisioni aventi mera efficacia accertativa e decisioni aventi natura costitutiva. Rientrano nella prima categoria gli accertamenti contenziosi meri (cioè gli accertamenti che si limitano ad accertare la volontà della legge senza creare *ex novo* un diritto, un

⁴⁵ L'espressione *situazione giuridica* è usata qui nel senso che ad essa dà il CARNELUTTI (*Teoria gen. cit.*, pag. 109), il quale la considera come «sezione» (quindi un aspetto statico) del fatto giuridico (che appartiene, invece, alla dinamica giuridica), individuata da tre elementi: le parti, le cose, il rapporto giuridico. La situazione giuridica muta quando muta qualcuno dei tre elementi. In questo caso, il mutamento è determinato, più particolarmente, dal trasformarsi del rapporto. Valore obiettivo attribuisce al concetto anche il SANDULLI (*Il procedimento cit.*, 48 nota), indicando con l'espressione situazione giuridica quella certa situazione ambientale, che l'ordinamento giuridico lascia derivare dal fatto che si siano realizzate ed esistano nel mondo obiettivo certe circostanze, le quali sono rilevanti al fine di alcuni determinati rapporti, i quali solo nella loro coesistenza possono trovare legittima estrinsecazione e realizzazione; ma si tratta di un concetto molto restrittivo da una parte, e alquanto vago dall'altra.

In genere, l'espressione situazione giuridica viene usata in senso subiettivo (bibliografia in SANDULLI, *Il procedimento cit.*, 47). Val la pena di ricordare qui, data l'evidente connessione con l'argomento trattato nel testo, l'opinione del FORTI (*Dir. amm. cit.*, I, 119) il quale parla di situazioni giuridiche nel senso di «frazioni di diritto»: per il F. quando degli effetti giuridici sono il risultato di una serie di fatti che solo nella loro successione finale completa diventano idonei a originare l'effetto finale, questo si produce attraverso una specie di accrescimento quantitativo, per cui si passa dal nulla all'effetto attraverso modificazioni intermedie sempre più prossime all'effetto stesso, il quale sarebbe appunto costituito dalla somma di più frazioni. Questo concetto il F. ha applicato proprio agli accertamenti (*ivi*, II, 109), ritenendo che essi, pure spiegandosi nell'ambito di un rapporto già esistente, diano luogo a una situazione giuridica diversa, cioè ad una modificazione «quantitativa» delle situazioni soggettive preesistenti. È appena necessario rilevare che tale concetto è lontanissimo da quello sostenuto nel testo, in cui ci si riferisce non a modificazioni «quantitative» ma a modificazioni «qualitative» della situazione giuridica intesa in senso obiettivo.

potere, un obbligo, sia perché tale creazione è compito di altro e successivo atto, sia perché ha già la legge provveduto a crearli, sia pure subordinatamente all'accertamento) e gli accertamenti contentenziosi costitutivi (i quali non solo accertano le condizioni richieste dalla legge perché si verifichi un certo mutamento giuridico ma realizzano essi il mutamento).

Tale classificazione ha però un valore molto secondario. Senza voler approfondire le complesse questioni relative alla natura, ai caratteri e alle distinzioni degli accertamenti amministrativi per i quali si rinvia agli scritti sull'argomento⁴⁶, è opportuno, infatti mettere in rilievo, ai limitati fini del presente studio, una caratteristica comune di tutte le decisioni sopra ricordate, quella di creare una nuova situazione giuridica. Qui non si vuole certamente obliterare – attraverso il rilievo di tale affinità – la differenza esistente e fin qui affermata dalla dottrina tra gli accertamenti meri e gli accertamenti costitutivi, ma solo notare come la differenza non è di sostanza ma di grado⁴⁷, in quanto sia dagli uni che dagli altri deriva una situazione giuridica diversa da quella preesistente ad essi, sol che dai secondi deriva un mutamento più profondo e definitivo, mentre dai primi deriva un mutamento meno profondo e talvolta, come, nelle decisioni del secondo tipo, parziale e prodromico: gli atti costitutivi creano, infatti, *ex novo* un diritto, un potere, un obbligo, mentre gli atti dichiarativi realizzano le condizioni per cui un diritto, un potere, un obbligo preesistenti possono esercitarsi o adempiersi o per cui, attraverso un successivo atto, essi possano nascere, ma è chiaro che anche in quest'ultimo caso un *quid novi* viene in essere e modifica la situazione preesistente. Si può quindi parlare di una *costitutività* in senso largo e considerare tutti gli accertamenti di cui si è detto sopra come *accertamenti costitutivi*, sia pure distinguibili in *accertamenti a costitutività attenuata* e *accertamenti pienamente costitutivi*.

Essi hanno tutti grandi analogie con le sentenze di accertamento costitutivo e con i negozi di accertamento, intese le prime come le sentenze che dichiarano una situazione giuridica con effetto tale che l'esistenza di essa dipende dalla dichiarazione giudiziale, la quale ne forma perciò un fatto costitutivo⁴⁸, e i secondi come quei negozi i quali accertano fra le parti una convergenza di

⁴⁶ Non senza rilevare che manca finora una trattazione sistematica di tutta la categoria degli accertamenti. Trattazioni di singole parti della categoria si ritrovano oltre che nelle opere generali in: DE FRANCESCO, *La ammissione nella classificazione degli atti amministrativi*, Milano, 1926; ZANOBINI, *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1918, 270; VITTA, *Gli atti certificativi* cit.; MAURO, *Le certificazioni*, Palermo, 1931; ZOTTA, *Gli accertamenti cost. ecc.*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1940, I, 135.

⁴⁷ Che la differenza tra gli accertamenti meri e gli accertamenti costitutivi sia, in generale, solo una differenza di grado è stato intuito da quegli autori i quali collegano anche ai primi un'efficacia creativa e modificatrice. S'è detto sopra della teoria di U. FORTI: aggiungasi qui D'ALESSIO, *op. cit.*, II, 161, il quale sostiene la natura negoziale degli accertamenti considerandoli come manifestazioni di volontà dirette alla produzione di un determinato effetto giuridico insito nell'accertamento stesso; cfr. anche ALESSI, *Dir. amm.*, 1949, 271, il quale parla di *provvedimenti* d'accertamento rilevando che l'accertamento di una situazione o di un fatto, giuridicamente rilevanti, dà vita a una nuova situazione giuridica che è diversa da quella antecedente all'accertamento. Sostanzialmente della stessa opinione è il KORMAN, *op. cit.*, 68 e 73, per il quale tutti gli accertamenti hanno carattere negoziale e una differenza lieve, fluida e talvolta difficilmente individuabile esiste fra le *Rechtsbestimmende Verfügungen* (in cui si risolvono gli accertamenti) e le *Rechtsschaffende Verfügungen* (in cui si inquadrano tutti gli atti propriamente costitutivi). Anche per CARNELUTTI, *Teoria gen. cit.*, 201, l'accertamento è un fatto giuridico costitutivo (sia pure di tipo complementare) perché il suo effetto consiste sull'accrescere la forza giuridica della situazione accertata aiutandola a vincere quella inerzia che è costituita dall'incertezza.

⁴⁸ CARNELUTTI, *Ist. cit.*, pag. 28; CHIOVENDA, *Ist. di dir. proc. civ.*, 1933, I, 181; CALAMANDREI, *Ist. di dir. proc. civ.*, 1941, I, 99; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, 1948, I, 112; SATTA, *Dir. proc. civile*, 1948, 157. Bisogna reagire, viceversa, alla tentazione di ravvicinare le decisioni del secondo tipo alle sentenze di mero accertamento (un tale accostamento si può vedere in GASPARRI, *Lezioni di dir. amm.*, 1948, Milano, pag. 293, in GIANNINI A. D., *Istituzioni di dir. tributario*, 1948, 135); una categoria di atti amministrativi, analoga a quella delle sentenze di mero accertamento, cioè di atti che come queste hanno il solo effetto di produrre la certezza di determinati fatti o rapporti non può esistere per il semplice fatto che il compito di rendere certi (immutabilmente certi) fatti o rapporti spetta sì al giudice, ma non all'autorità amministrativa. L'autorità amministrativa non ha il potere di produrre la certezza del diritto come fine a sé stessa, ma di accertare fatti o situazioni in vista di un'attività amministrativa successiva; da ciò deriva che l'accertamento amministrativo figlia situazioni giuridiche nuove che trovano il loro sfogo in ulteriori atti (perciò è sempre un

apprezzamenti di una data situazione giuridica intercorrente fra loro e vi aggiungono l'obbligo nuovo che le parti assumono di considerare tale apprezzamento come regola futura della situazione giuridica⁴⁹.

Si verifica cioè anche negli atti esaminati – come nelle sentenze dichiarative in genere e nei negozi d'accertamento – un fenomeno di conversione del comando astratto in comando concreto (attraverso il dibattito e la collaborazione degli interessi), in quanto si accerta l'esistenza *in concreto* di alcune condizioni previste dalla legge *in astratto* e si realizza di conseguenza un mutamento giuridico. Ben si può quindi riconoscere a tali atti il carattere di comandi complementari⁵⁰: in quanto integrano i comandi accertati togliendo di mezzo le incertezze che ne impediscono la funzione e realizzando tale funzione.

Riflettendo a questo loro carattere, è possibile risolvere agevolmente la questione se le decisioni debbono annoverarsi fra le dichiarazioni di volontà o di rappresentazioni (secondo la nota classificazione del Romano)⁵¹ e fra gli atti negoziali o non negoziali.

Tale questione – a proposito di tutta la categoria degli accertamenti – è tuttora aperta e la dottrina divisa⁵². Ora dal punto di vista del criterio psicologico, se è esatto classificare come dichiarazioni di rappresentazioni gli accertamenti amministrativi certificativi⁵³ o preparatori⁵⁴, perché non pare che essi contengano qualcosa di più di un giudizio, diversa natura deve riconoscersi agli accertamenti con

accertamento costitutivo in senso largo), mentre l'accertamento mero giudiziale non produce alcuna nuova situazione giuridica, ma solo la certezza di ciò che già era. Cade opportuno però ricordare che per qualche autore anche il mero accertamento delle sentenze d'accertamento ha un elemento di costitutività in quanto con la dichiarazione di una posizione giuridica esistente rimuove la pretesa di una delle parti (SATTA, *Teoria e pratica del processo*, Roma, 1940, 36 e 205).

⁴⁹ NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione* in *Annali dell'Istituto giur. ecc. dell'Università di Messina*, vol. VII (1932-33), pag. 377 e segg.; GIORGIANNI, *Negozio d'accertamento*, Milano, 1935. Nell'abbondante letteratura sui negozi d'accertamento (vedansi citazioni in FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, pagg. 11 e 12, il quale ha di recente sottoposto a critica il concetto) i due autori citati si segnalano per la loro tesi della natura dichiarativa e costitutiva insieme dell'accertamento negoziale.

⁵⁰ CARNELUTTI, *Teoria gen.*, cit., pag. 214: *Ist.*, cit., 28. Per comprendere come sia la sentenza dichiarativa come il negozio d'accertamento (e diciamo poi anche l'atto amministrativo d'accertamento vincolante) contengano un comando anche se non fanno che render esplicito un comando precedente ci si può servire, osserva il C., di quel paragone tra il compimento dell'atto e il giro della chiavetta per aprire la corrente elettrica, del quale s'è fatto un uso persino soverchio: che l'accensione della lampada dipenda anche dell'azione di chi manovra l'interruttore è una verità difficile da negare; e se l'accensione rappresenta la compiuta formazione del comando, vi partecipa, completamente, anche chi non fa se non dare il via al comando legislativo.

⁵¹ *Dir. amm. cit.*, 235.

⁵² Per ROMANO, *Dir. amm. cit.*, 254 gli accertamenti sono dichiarazioni di rappresentazioni e non hanno carattere negoziale. Per BERNATZIK, *op. cit.*, 283; VITTA, *Dir. amm. cit.*, I, 295 e *Gli atti certificativi* cit. 98, gli accertamenti, le decisioni e gli atti certificativi in genere sono semplici dichiarazioni di conoscenza e giudizio, senza carattere negoziale. Li considerano meri atti giuridici (in contrapposto ai negozi giuridici) anche FORTI, *op. cit.*, II, 109; RANELLETTI, *Teoria degli atti amm. speciali*, 1945, Milano, 19; ZANOBINI, *op. cit.*, I, 293; ZOTTA, *op. cit.*, 145. È da notare, però, che questi autori (ad eccezione di Zotta) pongono tra i negozi giuridici gli accertamenti costitutivi. Considerano gli accertamenti in genere atti negoziali KORMAN, *op. cit.*, 63 segg., particolarmente 72; D'ALESSIO, *op. cit.*, II, 161; GIANNINI (A. D.), *op. cit.*, 137. Una soddisfacente classificazione, alla quale pare possibile aderire, ha dato degli accertamenti di recente ALESSI, *op. cit.*, 271, 276. Per questo autore mentre gli accertamenti preparatori e le certificazioni sono meri atti giuridici, sono da classificare tra i provvedimenti (vedi appresso nota 57) non solo gli accertamenti chiamati costitutivi ma anche i meri accertamenti (purchè abbiano autonomia funzionale); anche questi contengono una determinazione volitiva, danno vita a una situazione giuridica nuova e realizzano direttamente un pubblico interesse.

⁵³ Cioè quelle «dichiarazioni descrittive» non preordinate al fine di realizzare un determinato e concreto interesse pubblico ma di render certo giuridicamente un determinato fatto nell'interesse privato; è questo il campo della cosiddetta amministrazione pubblica degli interessi privati, esplorata da ZANOBINI, *Sull'amm. pubbl.*, cit., cfr. anche VITTA, *Dir. amm.*, cit., I, 303; ROMANO, *Dir. amm.*, cit., 255; ALESSI, *op. cit.*, 324; FORTI, *op. cit.*, II, 108; RANELLETTI, *op. cit.*, 18 e 19 e altri.

⁵⁴ Cfr. avanti nota 82.

funzione costitutiva e, di conseguenza, alle decisioni⁵⁵; in questi ultimi *si vuole* e l'accertamento e la nuova situazione giuridica che per legge consegue all'accertamento. Se nelle decisioni il giudizio è prevalente, la volontà è anch'essa presente e operante perché l'organo contenzioso non si limita a riconoscere l'esistenza delle condizioni di legge ma genera (e vuole appunto generare) una nuova situazione giuridica⁵⁶. La decisione è un atto di volontà, perché è un comando giuridico.

Con che è risolta anche l'altra questione se le decisioni siano atti negoziali o no. In realtà, dopo i più recenti studi in materia, appare fortemente limitata la possibilità dell'applicazione al diritto pubblico del concetto di negozio giuridico. Accettandosi la teoria che considera il negozio giuridico come l'atto con cui il soggetto esercita un diritto soggettivo disponendo di un proprio interesse, in contrapposto al provvedimento con cui il soggetto esercita un potere, disponendo di un interesse altrui, appar chiaro che il diritto pubblico è il regno dei provvedimenti più che dei negozi giuridici, i quali son da considerarsi piuttosto come espressione dell'autonomia del privato⁵⁷. Il quesito se le decisioni siano atti negoziali o no è superato da tale impossibilità di classificare gli atti amministrativi sotto un profilo che non è ad essi proprio; da un tal punto di vista bisognerebbe concludere che le decisioni non sono atti negoziali ma provvedimenti⁵⁸. Che se poi si volesse star fermi alla dottrina tradizionale che appunto classifica gli atti amministrativi in atti negoziali e non negoziali, bisognerà viceversa concludere che si tratta di atti più vicini a quelli negoziali che agli altri, in quanto l'effetto che si ricollega alle decisioni deriva strettamente da esse e dalla volontà in esse contenuta⁵⁹.

11. Su tali basi, è facile differenziare le decisioni da altri atti con cui vengono spesso confuse. Converrà, soprattutto, distinguere le decisioni del secondo tipo⁶⁰ (secondo la distinzione di cui al par. 8) dai pareri, dalle proposte, dalle autorizzazioni, dagli accertamenti in genere, coi quali sembrano avere in comune il fatto di essere pregiudiziali (questa parola generica è qui usata di proposito) ad un ulteriore atto (costitutivo di efficacia). La questione è importante, soprattutto, per quanto riguarda i

⁵⁵ KORMAN, *op. cit.*, 72. Per il GIANNINI (M. S.), *Decisioni cit.*, 159, le decisioni sono «dichiarazioni di volontà pure»: per la particolare posizione di questo A. ricorda quanto è stato detto sopra.

⁵⁶ Come atti contenenti insieme un giudizio e una dichiarazione di volontà, le decisioni si possono classificare fra gli *atti a contenuto misto* (su tale categoria ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amm.*, Milano, 1939, 307 segg.).

⁵⁷ Mentre la vecchia dottrina (a cominciare dal PACINOTTI, *Saggio di studi sui negozi giuridici di diritto pubblico*, in *Archivio giuridico*, 1903. Cfr. anche CAMMEO, *Commentario*, I, 93) si era applicata a trasferire con vivo entusiasmo dal diritto privato sul cui terreno era sorto (DANTSCHER, *Die politischen Rechte der Untertanen*, Wien, III, 1894, 69) al diritto pubblico il concetto di negozio giuridico (e non si può non riconoscere che anche a tale strumento si deve la costruzione negli ultimi cinquanta anni della teoria dell'atto amministrativo), fondati dubbi sono stati man mano elevati da parte della dottrina sulla possibilità e utilità di tale integrale trasposizione: cfr. ROMANO, *op. cit.*, 237 (cfr. a proposito della configurazione della sentenza come negozio giuridico, in senso negativo, CHIOVENDA, *op. cit.*, I, 181). Di recente, a seguito della profonda rielaborazione cui è stata sottoposta tutta la materia dei rapporti giuridici da CARNELUTTI, *Teoria gen. cit.*, 136, 208, sempre più chiara è venuta facendosi la necessità di operare tra gli atti giuridici distinzioni più precise; il Carnelutti infatti ha distinto tra *gli atti giuridici transitivi* (gli atti cioè in cui si risolvono le situazioni giur. attive: facoltà, diritto soggettivo, e potestà) *gli atti facoltativi* (che rappresentano l'esercizio di una facoltà), i *negozi giuridici* (che rappresentano l'esercizio di un diritto soggettivo ed hanno la loro sede d'elezione nel diritto privato), i *provvedimenti* (che rappresentano l'esercizio di una potestà e hanno la loro sede d'elezione nel diritto pubblico). Tali concetti sono stati di recente utilizzati nella costruzione della teoria dell'atto amministrativo da GASPARRI, *op. cit.*, 296 e ALESSI, *op. cit.*, 210.

⁵⁸ Così per gli accertamenti in genere ALESSI, *op. cit.*, 271 e segg.

⁵⁹ Si accoglie qui il concetto tradizionale di negozio giuridico, non senza avvertire che tale concetto che pure è usato comunemente come pietra fondamentale della dottrina giuridica è, in sé stesso, e a prescindere dalla sua adattabilità al diritto pubblico, oltremodo fragile e insicuro: l'enorme difficoltà di sistemare convenientemente i rapporti tra la volontà dell'agente, la legge, l'atto, e l'effetto pratico ha portato ad una vera e propria «crisi» del concetto (cfr. BETTI, *Diritto romano*, Padova, I, 1935, 203; ID., *Teoria del negozio giuridico*, Torino, 1943, 42; TESAURO, *Atti e negozi giuridici*, Padova, 1933, 7 segg.). Di recente, ha difeso il concetto tradizionale di negozio giuridico: STOLFI G., *Teoria del negozio giur.*, Padova, 1947.

⁶⁰ Uguale necessità non si pone per le decisioni del primo tipo, che per il loro carattere *finale* non possono esser confuse con gli atti sopra ricordati.

pareri, i cui caratteri sono stati dalla migliore dottrina ritrovati in alcuni atti – come le pronuncie delle Commissioni per le terre incolte⁶¹ e per l'epurazione⁶² – che in questo studio sono stati viceversa assunti quasi come pietre di paragone per la identificazione delle decisioni.

Com'è noto, la dottrina ha trovato sempre molte difficoltà nella soluzione del problema dei c. d. pareri vincolati, tanto che, a proposito di essi si è parlato di autorizzazione⁶³, di atto complesso⁶⁴ e, persino, di esercizio, in alcuni casi, di una funzione giurisdizionale⁶⁵, e da altri autori è stata quanto meno denunciata la natura ibrida del parere vincolante⁶⁶. E, in verità, anche se la dottrina più recente sembra propendere per la classificazione di tal genere di atti fra i pareri riconoscendo ad essi la stessa natura che ai pareri facoltativi e a quelli obbligatori⁶⁷, non pare che i dubbi da più parti avanzati sulla configurabilità di un parere vincolante siano destituiti di fondamento.

In realtà la differenza tra gli atti classificati come pareri facoltativi o obbligatori e gli atti classificati come pareri vincolanti è profonda: in ambedue i casi si è in presenza di una dichiarazione di giudizio, ma nel primo caso si tratta di un giudizio che resta allo stadio di opinione, nel secondo caso di un giudizio che, assumendo il carattere della certezza, sbocca in una dichiarazione di volontà; nel primo caso l'organo che dà il parere dice «Cosi mi pare che sia», nel secondo caso dice «Cosi è»⁶⁸; nel primo caso indica (di solito, in materia di opportunità) una «soluzione» fra tante, nel secondo caso «accerta» la volontà della legge (di solito, in materia di legittimità) e la soluzione così trovata è non la migliore delle soluzioni ma «la soluzione» preesistente e resa esplicita.

Di parere – nel senso appunto di dichiarazione di opinione – può parlarsi solo fino a tanto che per l'organo attivo resti rispetto all'organo consultivo un minimo di libertà di decisione. Pareri sono quelli facoltativi e quelli obbligatori; pareri sono anche quelli *parzialmente o limitatamente vincolanti*⁶⁹ (cioè quelli rispetto ai quali l'organo attivo è vincolato al *se* emanare l'atto e non al *come* emanarlo, o relativamente al *come* emanarlo e non al *se* e quando è vincolato sul suo potere di decisione solo in una direzione; ad es. è garanzia antica per gli ufficiali che per la loro rimozione sia richiesto il parere conforme del Consiglio di disciplina, ma il Ministero ha facoltà di prendere un provvedimento più

⁶¹ Vedi sopra nota 7.

⁶² Vedi sopra nota 16.

⁶³ DONATI D., *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in *Archivio giur.*, 1903, 42; FORTI, *Dir. amm. cit.*, II, 115; ID., *I controlli dell'amministrazione comunale*, in *Trattato dell'Orlando*, II, 2, 1915, 866 segg.; VITTA, *Dir. amm. cit.*, I, 371; NAVARRA, *L'organizzazione sindacale e corporativa*, Napoli, 1935, 309. Sulle differenze tra autorizzazione e parere vincolante cfr. FRANCHINI, *Il parere del dir. amm.*, 1934, I, 149; questo A., mentre classifica nettamente tra i pareri anche il parere vincolante che agisce sul *se* emanare o no l'atto (*op. cit.*, II, 81), cade però in contraddizione quando pone la differenza tra autorizzazione e parere nel fatto che mentre la prima incide sempre sull'esercizio o meno del potere che fa capo all'organo attivo, il parere riflette *sempre* invece il *modo* di esercitare detto potere rispetto a un determinato atto, rimanendo in ogni caso all'organo attivo di decidere *se* esercitare il potere stesso o astenersi dal manifestare la propria volontà (*op. cit.*, I, 143, 151).

⁶⁴ BORSI, *Esecutorietà degli atti amministrativi*, in *Studi senesi*, XIX-XX, 96; ID., *Atto amministrativo complesso*, in *Studi senesi*, XX, 50; CAMMEO, *Corso dir. amm.*, Padova, 1914, 907 (nota).

⁶⁵ FORTI, *Studi e questioni di dir. amm.*, 1906, 113 nota 5 e, con molte riserve, VITTA, *Il potere disciplinare sugli impiegati pubblici*, Milano, 1913, pag. 443.

⁶⁶ LUCIFREDI, *Ancora sui pareri tardivi*, in *Rassegna di legislazione dei Comuni*, 1937, 1216; FRAGOLA, *Gli atti amm. non negoziali*, Milano, 1942, 521.

⁶⁷ FRANCHINI, *op. cit.*, II, 81; SANDULLI, *Il procedimento cit.*, 162; ROMANO, *Dir. amm.*, cit. 257; AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, 57 (nota); ZANOBINI, *op. cit.*, III, 230; D'ALESSIO, *Della natura giur. delle pronuncie dei corpi consultivi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1911, II, 12.

⁶⁸ Cfr. GASPARRI, *op. cit.*, 276 segg., il quale distingue le dichiarazioni di scienza, cui si possono ricondurre tutti gli atti amministrativi, in dichiarazioni di certezza e dichiarazioni di opinione.

⁶⁹ Di pareri parzialmente o limitatamente vincolanti parla lo ZANOBINI, *op. cit.*, III, 230; GASPARRI, *La funzione consultiva*, Pisa, 1942, 66; FRANCHINI, *op. cit.*, II, 88. Il Gasparri designa poi col nome di *pareri alternativamente vincolanti* i pareri che le commissioni di concorso esprimono all'organo attivo, rispetto ai quali a quest'ultimo è lasciata la facoltà di scelta fra i nomi proposti (es. terna); ma, a nostro avviso, in tal caso siamo già fuori della categoria dei pareri (vedi avanti pag. 61).

mite di quello proposto). Quando viene meno per l'organo attivo ogni libertà siamo fuori del campo del parere.

Ciò premesso, la differenza tra parere e decisione sta in ciò che il primo non vincola totalmente l'organo d'amministrazione attiva come la seconda. Nella seconda l'accertamento dell'organo contenzioso «è legge» per l'Amministrazione, la quale deve uniformarsi ad esso (e talvolta, anche entro un ristretto termine: ad es. il Prefetto deve emettere il decreto di concessione della terra dichiarata incolta entro il 15° giorno della decisione della Commissione, come prescrive l'articolo 2 del d. l. C. p. S. n. 1710 del 1947) emanando l'atto costitutivo dell'efficacia innovativa finale^{69 bis}. E se si riflette che dalla vincolatività della decisione discende la sua natura costitutiva e quindi la sua autonoma funzionalità, mentre il parere è privo di autonomia e vive solo, come atto preparatorio, nel procedimento amministrativo⁷⁰, si vede agevolmente quale profonda differenza divida i pareri dalle decisioni. A questa differenza fondamentale fra parere e decisione si aggiungono, spesso, altre differenze: come ha notato il GIANNINI M. S.⁷¹, a proposito delle decisioni delle Commissioni per l'Epurazione, il parere presuppone una richiesta da parte di una certa autorità e ritorna alla stessa autorità, mentre in quei procedimenti si aveva un deferimento, che poteva partire da un'autorità diversa (Commissariato dell'epurazione) da quella chiamata a provvedere dopo la decisione della Commissione. Simile osservazione è valida anche per i procedimenti delle Commissioni per le terre incolte: il procedimento è messo in movimento non dalla richiesta del Prefetto cui compete emanare il decreto di concessione ma dal ricorso della Cooperativa aspirante alla concessione.

Altra differenza messa in luce dallo stesso autore⁷², sempre a proposito delle decisioni delle Commissioni per l'epurazione, sta in ciò che il parere è un atto emanato nell'esercizio di un'attività consultiva e l'attività consultiva non si svolge in strutture di contraddittorio o di doppi gradi, con ricorso dall'uno all'altro grado, mentre il procedimento amministrativo avanti le dette Commissioni si svolge proprio in quelle strutture.

Passando ad esaminare le differenze fra le decisioni e le proposte, basterà notare: 1) che la proposta è, per unanime opinione della dottrina, manifestazione di un potere d'iniziativa⁷³ dell'organo che fa la proposta, mentre l'attività dell'organo contenzioso è sempre sollecitata e ne esula ogni iniziativa⁷⁴; 2) che, mentre carattere essenziale delle decisioni è la vincolatività dell'accertamento in esse espresso, non esistono proposte vincolanti⁷⁵. Può ripetersi qui quanto si è già detto per i pareri: che mentre le proposte sono atti privi di autonomia funzionale e vivono, come atti preparatori, nel procedimento, le decisioni sono atti aventi efficacia costitutiva ed autonoma funzionalità⁷⁶.

^{69 bis} La dec. n. 430 del 1949 in questa *Riv.*, 1949, I, 2, 345 definisce il decreto prefettizio in tema di concessione di terre incolte come «atto dovuto».

⁷⁰ Cfr., per tutti, SANDULLI, *Il procedimento* cit., 161.

⁷¹ *Decisioni* cit., 157.

⁷² *Decisioni* cit., 157.

⁷³ BRACCI, *La proposta in dir. amm.*, 1925, Roma, 44; BRANDI, *La revoca delle proposte di riforma delle istituzioni di beneficenza*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1922, I, 179; BISCARETTI DI RUFFIA, *La proposta nel dir. pubbl.*, Roma, 1936, 24.

⁷⁴ GIANNINI M. S., *Decisioni* cit., 157. Questo stesso carattere distingue le richieste dalle decisioni (GIANNINI M. S., *op. e loc. cit.*). Sulle richieste cfr. KORMANN, *op. cit.*, 79 segg.; SANDULLI, *Il proc. cit.*, 142 segg.

⁷⁵ L'esistenza di proposte vincolanti è stata sostenuta dal BISCARETTI DI RUFFIA (*op. cit.*, 99), ma tale opinione è stata sottoposta ad efficace critica dal SANDULLI (*Proc. cit.*, 146).

⁷⁶ Altra differenza tra proposta e decisione sarebbe in ciò, che, secondo l'opinione prevalente, le proposte sono manifestazioni di desiderio, mentre le decisioni, secondo l'opinione accolta nel testo, sono manifestazioni di giudizio e di volontà (Considerano, infatti, le proposte manifestazioni di desiderio, inquadrate, secondo alcuni autori, fra le manifestazioni di sentimento: ROMANO, *Dir. amm. cit.*, 258; BRACCI, *op. cit.*, 23 segg.; BISCARETTI, *op. cit.*, 17; ZANOBINI, *Dir. amm. cit.*, 292; VITTA, *Dir. amm. cit.*, 22, I, 369; GIANNINI M. S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, 258). Di recente però il SANDULLI (*Procedimento* cit., 148) ha dimostrato, mi pare convincentemente, che anche le proposte sono atti a contenuto misto, costituiti dal riconoscimento di un bisogno (manifestazione di giudizio) e da una determinazione volitiva (manifestazione di volontà); la differenza con le decisioni viene così, sotto questo profilo, ad annullarsi. Configurano la proposta come manifestazione di volontà anche FORTI, *op.*

Nemmeno è possibile confondere le decisioni con le autorizzazioni. La confusione potrebbe scaturire dal fatto che le prime al pari delle seconde rendono possibile una manifestazione di volontà che senza il loro verificarsi non sarebbe stata possibile; l'emanazione di una decisione «condiziona» la manifestazione di volontà costitutiva da parte dell'Amministrazione come la condiziona l'intervento di una autorizzazione. La confusione è tanto possibile che in realtà è avvenuta fra l'autorizzazione e il c. d. parere vincolante⁷⁷, che come s'è visto, non è in molti casi, null'altro che una decisione: ed essa è facilitata dal fatto che se l'autorizzazione è prevalentemente una manifestazione di volontà, mentre la decisione è prevalentemente una manifestazione di giudizio, l'autorizzazione è tra le manifestazioni di volontà quella in cui è fatto più largo posto al giudizio e la decisione contiene un giudizio assertorio («così è») che si concreta in un atto di volontà.

Ma la distinzione, per quanto sottile, esiste; come è stato di recente messo in rilievo, l'autorizzazione consiste nel conferimento al titolare di una certa potestà del potere di esercitarla relativamente a quel determinato oggetto in ordine al quale la potestà viene accordata⁷⁸; essa, quindi se pur posta in essere in vista di un certo specifico atto, agisce non sull'atto ma sul soggetto, riflettendosi direttamente sulla legittimazione di questi a provvedere (e, a cagione di questo suo carattere, incide non sulla determinazione del contenuto dell'atto autorizzato, ma sull'esercizio o meno del potere che fa capo all'organo attivo); la decisione è relativa all'atto e non alla legittimazione del soggetto attivo e, pertanto, incide sul contenuto dell'atto.

Quanto alle differenze tra le decisioni e gli accertamenti che decisioni non sono, una necessità distintiva si prospetta, anzitutto, nei confronti degli atti di controllo (in particolare visto e approvazione; dell'autorizzazione si è già detto) che, secondo almeno una parte della dottrina, si presentano appunto come accertamenti della legittimità o della opportunità di un atto⁷⁹. Ma è facile rilevare che (qualunque opinione si accolga circa la natura dei suddetti atti) secondo il modo d'intendere la decisione qui prospettata tra queste e quelli esiste una notevole differenza, in quanto le prime esplicano una funzione d'accertamento che precede l'atto costitutivo e serve alla formazione di questo atto, i secondi sono elementi integrativi dell'efficacia di un atto già emanato. Maggiore affinità hanno indubbiamente le decisioni con quegli accertamenti che si suole chiamare preparatori. Come le decisioni, questi sono compiuti in vista dell'emanazione di certi provvedimenti e si risolvono nella constatazione dell'esistenza delle circostanze nel concorso delle quali soltanto la fattispecie (per restare nell'ordine concettuale tracciato dal Sandulli)⁸⁰ appare legittimamente realizzabile. Non completamente a torto, quindi, in relazione alle pronunce delle Commissioni per le terre incolte, si è parlato dai Landi di accertamenti preparatori vincolanti⁸¹.

Ciò che distingue però, le decisioni dagli accertamenti preparatori sta nel fatto, già messo in rilievo a proposito dei pareri e delle proposte, che le decisioni, se sono accertamenti preordinati all'emanazione di un successivo provvedimento, non sono però atti preparatori in senso tecnico

cit., 113; RANELLETTI, *op. cit.*, 29; VITTA, *Diritto amm. cit.*, I^a ed., I, 1933, 345. Quest'ultimo autore ha poi mutato opinione (vedi sopra).

⁷⁷ Vedi *retro* nota 63.

⁷⁸ SANDULLI, *op. cit.*, 66 nota 16 (ma spunti in ROMANO, *Dir. amm. cit.*, 248), il quale critica la teoria tradizionale che pone l'accento sulla funzione dell'autorizzazione consistente nel rimuovere un limite all'esercizio di un potere, il quale già appartiene all'autorizzazione: tale funzione è, come nota il SANDULLI, applicabile non alla sola autorizzazione, ma a tutti gli atti preparatori e, in ampio senso, a tutti gli atti funzionanti come presupposto di atti successivi. Per la teoria tradizionale cfr., per tutti, RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amm.*, *Giur. it.*, 1894, IV, 21.

⁷⁹ Considerano sia il visto sia l'approvazione meri accertamenti: FORTI, *op. cit.*, II, 109; ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova, 1934, 122 nota; AMORTH, *op. cit.*, 60; RESTA, *Natura e effetti dell'attività amm. di controllo preventivo*, in *Foro it.*, 1935, I, 282; JACCARINO, *I controlli sull'amministrazione del Podestà*, *ivi*, 1929, IV, 84. Negano ad ambedue natura d'accertamento VITTA, *Dir. amm. cit.*, I, 329 e SANDULLI, *Il proc. cit.*, 274, 281. Considerano mero accertamento il visto e non l'approvazione ROMANO, *Dir. amm.*, 256; RANELLETTI, *Teoria cit.*, 27.

⁸⁰ *Il proc. cit.*, pag. 45 e segg.

⁸¹ Vedi sopra nota 17.

proprio in quanto sono accertamenti vincolanti e cioè aventi efficacia costitutiva e, quindi, autonoma funzionalità mentre gli accertamenti preparatori sono, per difetto di autonoma funzionalità, completamente assorbiti nel procedimento amministrativo⁸². Dire perciò, come fa il Landi, che le decisioni delle Commissioni per le terre incolte sono accertamenti preparatori vincolanti significa enunciare una proposizione implicitamente contraddittoria perché gli accertamenti intanto sono preparatori in quanto non siano vincolanti. La vincolatività delle decisioni discende dalle stesse ragioni per le quali non è possibile attribuire un carattere preparatorio alle decisioni. Il rapporto accertamento preparatorio – atto costitutivo è diverso dal rapporto decisione – atto finale costitutivo.

Crediamo, infine, di poterci esimere dal confutare espressamente la tesi che le decisioni entrino, insieme con l'atto giuridico finale come componenti di atti complessi. Se il concetto di atto complesso (la cui fortuna va meritatamente declinando) deve avere un valore giuridico preciso non può riscontrarsi l'esistenza di tale atto se non laddove esista l'intima coordinazione di dichiarazioni *omogenee* e concordanti di agenti diversi dirette ad un *unico* effetto giuridico^{82 bis}. Quanto è stato fin qui detto ha messo in rilievo perfettamente il contrario; che non vi è omogeneità tra la decisione e l'atto che realizza l'effetto giuridico finale e che la prima realizza un effetto giuridico distinto dall'effetto finale^{82 ter}.

12. Ciò premesso, converrà esaminare in particolare alcuni atti amministrativi qualificabili come decisioni⁸³, a cominciare dalle decisioni del primo tipo (sempre secondo la distinzione di cui al par. 8) che hanno come avanti s'è detto, natura finale nel quadro dell'operazione amministrativa relativa ad un dato oggetto. Ciò che qualifica tali atti come decisioni è la prevalenza del giudizio sulla «volontà», per cui la manifestazione di volontà, e cioè l'imposizione del comando, appare quasi come una conseguenza necessaria e fatale della formulazione del comando stesso: lo sforzo dell'autorità amministrativa è concentrato sull'accertamento che costituisce l'anima dell'atto; e alla sua formulazione si perviene appunto, attraverso un procedimento contenzioso.

L'atto più importante di questo tipo – atto di cui finora o non è stato affatto tentata o stata tentata solo di sfuggita una classificazione⁸⁴ – è la decisione sui ricorsi amministrativi. Questo atto è emanato certamente a seguito di un procedimento amministrativo contenzioso⁸⁵, il quale è regolato, per quanto riguarda il ricorso gerarchico, dall'art. 3, 2° capov., della l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E e dall'art. 5 della legge comunale e provinciale; per quanto riguarda il ricorso straordinario al Capo dello Stato, dall'art. 16 n. 4 del T. U. 26 giugno 1924 n. 1054 e dagli artt. 60 e 61 del Regolamento approvato con

⁸² Cfr., per tutti, SANDULLI, *Il proc. cit.*, 168 e segg.

^{82 bis} SANDULLI, *Il proc. cit.*, 201.

^{82 ter} Nello stesso senso GIANNINI M. S., *Decisioni contenziose ecc. cit.*, 321.

⁸³ Senza naturalmente pretendere, nonché di dare una elencazione completa delle decisioni, nemmeno di esaurire l'esame delle più importanti e frequenti. In questo studio che ha – come si è detto – carattere di primo orientamento nella complessa materia, sono soltanto ricordati solo alcuni degli atti amministrativi classificabili come decisioni.

⁸⁴ Classificano le decisioni su ricorsi fra le decisioni gli Autori che riconoscono questa categoria: GIANNINI M. S., *Decisioni ecc. cit.*, 160, 161; ID., *Decisioni contenziose ecc. cit.*, 321; VITTA, *Gli atti certificativi cit.*, 101. Gli autori che non ammettono questa categoria le classificano variamente. Così RANELLETTI, *op. cit.*, 18 e ZANOBINI, *op. cit.*, I, 293 le pongono fra gli atti amministrativi non negoziali e precisamente fra le manifestazioni di giudizi, di apprezzamenti, di opinioni; D'ALESSIO, *op. cit.*, 161 le classifica tra i provvedimenti dichiarativi (si ricorderà che per questo autore i provvedimenti dichiarativi sono negozi giuridici, vedi sopra nota 67); ROMANO, *Dir. amm. cit.*, 252 le pone fra le manifestazioni di volontà che a volte producono effetti innovativi, a volte no (quest'ultimo caso si verifica quando la dec. si limita a rigettare il ricorso).

⁸⁵ Il fatto che in un ben lungo periodo il ricorso amministrativo è stata la sola forma di tutela degli interessi ha portato anzi la vecchia dottrina ad esagerarne il carattere contenzioso fino a vedervi una manifestazione giurisdizionale; cfr. per tutti ORLANDO, *La giustizia amm.*, nel *Trattato* a sua cura, III, 1901, 661 il quale scrive: «Il vero e proprio ricorso amministrativo, come una domanda atta a provocare un giudizio sull'atto amministrativo, suppone necessariamente un apposito procedimento giudiziario, con le garanzie fondamentali proprie di tale procedimento; ed è in ciò che consiste, in senso largo, il contenzioso amministrativo». Quest'assimilazione della decisione su ricorsi all'atto giurisdizionale non era infrequente nella dottrina dell'epoca; vedine la critica in CAMMEO, *Commentario*, I, 1911, 174.

l. d. 21 aprile 1942 n. 444: e per quanto riguarda l'opposizione, dalle singole disposizioni da cui il ricorso è disciplinato⁸⁶.

Nella decisione su ricorso gerarchico il «giudizio» sulla legittimità od opportunità dell'atto impugnato è certamente prevalente rispetto alla dichiarazione di volontà, in quanto appunto compito essenziale dell'autorità superiore è di giudicare prima che di volere, o, se si preferisca, di volere dopo di aver giudicato⁸⁷.

Sia per il metodo attraverso il quale si perviene alla emanazione, sia per la natura della funzione che con essa si esplica, la pronuncia su ricorso amministrativo appare dunque classificabile tra le decisioni, nome col quale del resto essa viene indicata: può parere però che resista ad un compiuto inquadramento nella categoria come sopra delineata, in quanto il procedimento contenzioso amministrativo, di cui la pronuncia è certamente l'atto conclusivo, appare piuttosto diretto al controllo di un atto amministrativo già formato che alla formazione dell'atto stesso mentre sopra si è espressa l'opinione che il procedimento contenzioso amministrativo appare preordinato alla formazione dell'atto, che proprio per questa sua formazione si qualifica come decisione. Questo apparente gravissimo ostacolo perde molto del suo valore ove si rifletta che il procedimento diretto alla decisione di una impugnativa – sia questa un'impugnativa amministrativa o giurisdizionale – se è certamente un procedimento di controllo sull'atto impugnato (sentenza o atto amministrativo che sia) è, per altro verso, un metodo di formazione dell'atto che decide sull'impugnativa. Nel caso specifico dei ricorsi amministrativi (ad esclusione forse del ricorso straordinario, che per il largo termine lasciato al ricorrente, per l'alternatività nei confronti del ricorso al Consiglio di Stato, si presenta con posizione anormale) sembra corretto affermare che quella che appare a prima vista come attività di controllo si svela in realtà come attività preordinata alla vera e propria formazione dell'atto.

Con il procedimento contenzioso dell'art. 5 della l. comm. e prov. (che, occorre non dimenticare, ha la sua origine nel 2° comma dell'art. 3 della legge n. 2248 del 1865, all. F, il cui 1° comma, strettamente collegato al secondo, esprime l'esigenza della partecipazione del privato alla formazione degli atti amministrativi) si attua una forma di *Parteiengehör*. L'atto amministrativo, sottoposto a impugnativa mediante ricorso amministrativo, è, in realtà, un progetto d'atto avente una funzione esecutiva⁸⁸: il vero atto amministrativo è la decisione sul ricorso gerarchico, che se è di rigetto conferisce all'atto impugnato valore definitivo, se è di accoglimento formula in modo definitivo il comando, sia che annulli sia che revochi l'atto impugnato⁸⁹. Ciò è implicitamente riconosciuto dalla giurisprudenza dal momento che essa afferma che l'atto impugnabile avanti il Consiglio di Stato non è l'atto contro cui si è ricorso in via gerarchica ma la decisione sul ricorso gerarchico (o sull'opposizione)⁹⁰.

⁸⁶ Sui ricorsi amm., oltre gli autori citati e le opere generali di diritto amministrativo, vedi GIACOBELLI, *I ricorsi amministrativi e contenziosi contro gli atti della P. A.*, Roma, 1936, e RAGNISCO, *I ricorsi amministrativi*, Roma, 1936.

⁸⁷ Così VITTA, *Gli atti certificativi* cit., 101 e ROMANO, *Dir. amm. cit.*, 254.

⁸⁸ Si verifica alcunchè di analogo a quello che, secondo alcuni autori, si verificherebbe nel processo civile a proposito della sentenza soggetta a gravame la quale non esisterebbe come accertamento del diritto ma come semplice *elemento* che col concorso di un altro elemento potrà diventare l'*accertamento del diritto*: CHIOVENDA, *Ist. cit.*, II, 505; MENESTRINA, in *Riv. di dir. proc. civ.*, 1928, II, 202; ANDRIOLI, *ivi*, 1934, I, 305; CRISTOFOLINI, *ivi*, 1935, I, 293; in parte, MICHELI, in *Giur. it.*, 1946, I, 1, 433. Tale opinione è però fortemente discussa: vedansi gli autori citati in NIGRO, *Esecutorietà e sospensione dell'esecutorietà delle sentenze amministrative di primo grado*, in *Giur. it.*, 1949, III, 76.

⁸⁹ Sia nel caso di accoglimento che nel caso di rigetto la decisione sui ricorsi amministrativi – oltre ad essere una dichiarazione di volontà e non una semplice espressione di giudizio, come ritengono alcuni degli autori citati alla nota 84 – ha effetto costitutivo: infatti anche la decisione di rigetto contiene, oltre l'accertamento della legittimità e della regolarità dell'atto impugnato, la volontà dell'A. di tenerlo fermo come proprio provvedimento. Contro: ROMANO, *Dir. amm. cit.*, 254.

⁹⁰ Cfr. dec. V sez., n. 209 del 1947, in questa *Riv.*, 1948, I, 2, 11 e dec. IV sez., n. 92 del 1948, *ivi*, 1948, I, 1, 239. Secondo il Consiglio di Stato la decisione sul ricorso «assorbe» l'atto impugnato ed è perciò che quando essa sia motivata non ha rilievo che difetti di motivazione l'atto dell'organo inferiore (così la dec. V sez., n. 486 del 1942, *ivi*, 1942, I, 2, 273).

Anche sotto questo punto di vista, non può negarsi la piena corrispondenza della pronuncia su ricorso amministrativo ai caratteri distintivi delle decisioni.

A questo tipo di decisioni appartengono le pronuncie delle Commissioni per i danni di guerra, le quali, oltre che «accertare» l'esistenza e l'ammontare del danno risarcibile, fanno nascere l'obbligo dell'Amministrazione di risarcirlo. Si accoglie qui l'opinione della non giurisdizionalità delle Commissioni⁹¹, la quale sembra preferibile alla opinione contraria per le seguenti ragioni: 1) per la natura d'interesse legittimo della pretesa all'indennizzo per danni di guerra; 2) per la terminologia amministrativa usata dalla legge (per l'art. 15 della legge 26 ottobre 1940 n. 1543 le Commissioni hanno il compito di *approvare* o no le liquidazioni fatte dagli Intendenti di finanze o dagli Uffici distrettuali delle Imposte; lo stesso articolo denomina *esame della pratica* l'attività decisoria delle Commissioni; l'art. 19 denomina *provvedimenti definitivi* le liquidazioni dell'indennità fatte dalle Commissioni⁹²; 3) per il carattere amministrativo del procedimento; *proposta* di liquidazione da parte degli Intendenti di finanza e degli Uffici distrettuali; *esame* di tale proposta da parte delle Commissioni, il cui intervento è stabilito dalla legge senza che normalmente debba essere eccitato da ricorso o reclamo dell'interessato; 4) perché non c'è un soggetto che possa considerarsi (formalmente o sostanzialmente, attualmente o potenzialmente) parte resistente alla pretesa del cittadino, in quanto l'Amministrazione partecipa al procedimento non per resistere alla pretesa ma per collaborare all'accertamento della sua fondatezza; 5) e *principalmente*, perché gli organi preposti alla liquidazione del danno sono o incardinati nell'apparato amministrativo (uffici liquidatori⁹³) o emanazione di questo apparato (infatti i componenti le Commissioni sono nominati con decreto presidenziale su proposta del Ministro delle Finanze): non si tratta quindi di organi agenti *super partes*⁹⁴.

A questo tipo di decisioni appartengono anche le pronuncie delle Commissioni elettorali mandamentali circa le iscrizioni dei cittadini nelle liste elettorali o la loro cancellazione (art. 23 della legge 7 ottobre 1947 n. 1058), a differenza delle pronuncie delle Commissioni elettorali comunali che sono semplici proposte (art. 13 e segg.). Le pronuncie delle Commissioni mandamentali appartengono alle decisioni a costitutività attenuata, perché all'iscrizione nelle liste elettorali non può riconoscersi la funzione di creare il diritto elettorale, che nasce dalla Costituzione (art. 48) e dalla legge (art. 1 loc. cit.), ma solo la funzione di accertare nei singoli cittadini l'esistenza dei requisiti cui la legge collega la qualità di elettore⁹⁵.

13. Appartengono alla seconda categoria di decisioni (secondo la classificazione *sub* 9) le decisioni delle Commissioni per l'epurazione di cui s'è detto sopra, che non sono pertanto da considerare né, come ritiene la prevalente dottrina, pareri⁹⁶, né, come li chiama talvolta la legge, proposte⁹⁷. Sono invece accertamenti – come praticamente ha ritenuto la giurisprudenza del Consiglio di Stato⁹⁸ – accertamenti vincolanti con piena autonomia funzionale che incidono immediatamente sulla

⁹¹ Cfr. sopra note 18, 19, 20.

⁹² Identica terminologia si ritrova nel r. d. 14 giugno 1941 n. 964 e nel r. d. 8 dicembre 1941 n. 1600 sul risarcimento dei danni di guerra nell'Africa italiana e nell'Egeo.

⁹³ Se si accetta la tesi della giurisdizionalità bisogna arrivare ad attribuire carattere giurisdizionale anche agli uffici liquidatori (come fa la sent. n. 1381 della Cassazione Civile) il che costituisce un assurdo; dopo il Ministro-giudice, il Prefetto-giudice avremmo anche il Procuratore delle imposte-giudice!

⁹⁴ Il fatto che le Commissioni siano presiedute da magistrati non costituisce argomento per la giurisdizionalità, non essendo infrequente, com'è noto, il caso di organi collegiali amministrativi presieduti da magistrati (ad es., le stesse Commissioni per le terre incolte).

⁹⁵ In tal senso è la dottrina prevalente: ROMANO, *Dir. amm. cit.*, 256; FORTI, *Dir. amm. cit.*, II, 109; VITTA, *Dir. amm. cit.*, I, 307; ZANOBINI, *Corso cit.*, I, 295. Contro: ALESSI, *Dir. amm. cit.*, 276.

⁹⁶ V. sopra nota 7.

⁹⁷ Art. 8 r. d. l. 28 dicembre 1943, n. 29 B.

⁹⁸ Vedi sopra nota 8.

situazione giuridica in oggetto e funzionano da presupposti – non da atti preparatori⁹⁹ – dei successivi provvedimenti con cui l'Amministrazione in caso di pronuncia sfavorevole all'impiegato applica le sanzioni decise dalla Commissione (secondo il d. l. 1. 27 luglio 1944 n. 159) o la sanzione automaticamente dipendente dal riconoscimento della incompatibilità (secondo il sistema del d. l. lgt. n. 702 del 1945).

L'autonomia delle decisioni delle Commissioni è rivelata anche da ciò che in caso di pronuncia sfavorevole all'impiegato mancava addirittura il provvedimento dell'Amministrazione rispetto al quale la decisione si sarebbe dovuta porre come atto preparatorio; perché dal momento che il rapporto d'impiego restava integro e impregiudicato fino al responso della Commissione, se il responso fosse stato negativo il rapporto sarebbe continuato come per il passato senza necessità di provvedimento che lo confermasse; al più si sarebbe trattato per l'amministrazione di revocare la sospensione eventualmente disposta in pendenza del procedimento epurativo, ma rispetto a tale revoca la pronuncia favorevole della Commissione funzionava, com'è intuitivo, da atto-presupposto della chiusura di quel procedimento amministrativo incidentale che è (rispetto al procedimento epurativo e disciplinare in genere) la sospensione cautelativa.

L'autonomia funzionale delle decisioni delle Commissioni per l'epurazione è riconosciuta anche da qualche autore che pur concorda con l'opinione di coloro che vedono nei detti atti dei pareri. Il Resta, infatti, ha acutamente osservato che l'atto-momento del procedimento amministrativo, il cui effetto proprio e diretto sulla situazione giuridica è paralizzato fino a che esso è incorporato nel procedimento, riacquista l'idoneità a produrre l'effetto suo proprio quando viene comunicato all'interessato perché allora si scorpora dal procedimento e riacquista la funzionalità autonoma; questo è quanto accadeva alle decisioni delle Commissioni per l'epurazione, le quali erano appunto normalmente comunicate all'interessato¹⁰⁰.

Il fenomeno rilevato dal Resta è certamente interessante e da tener presente nello studio del procedimento in generale; ma ai fini specifici delle decisioni è da chiedersi se sia esatto che la comunicazione delle medesime sia la causa della loro autonomia funzionale e non piuttosto il sintomo di essa. È da chiedersi cioè se proprio il fatto che la legge imponga o la prassi amministrativa suggerisca la comunicazione dell'atto non sia la prova ulteriore della sua funzionalità autonoma, già manifestatasi attraverso il procedimento di formazione dell'atto e gli effetti vincolanti di esso¹⁰¹.

A parte la materia dell'epurazione è, viceversa, difficile – anche se teoricamente non impossibile – identificare degli atti aventi natura di decisioni nel campo della responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti. Nei procedimenti disciplinari a carico d'impiegati dello Stato, del Comune, delle

⁹⁹ GIANNINI M. S., *Decisioni cit.*, 157.

¹⁰⁰ Vedi sopra nota 8.

¹⁰¹ Notevoli perplessità si sono manifestate a proposito della natura della Sezione Speciale per l'Epurazione istituita presso il Consiglio di Stato dall'articolo 11 della l. 9 novembre 1945. Infatti, mentre il Consiglio di Stato, prima (con dec. n. 169 del 1949 della IV sez., in questa *Riv.*, 1949, I, 1, 316) e la Corte di Cassazione, poi (con sentenza n. 2467 del 1949 delle Sez. Un., in *Foro it.*, 1949, I, 1153) hanno concluso per la natura giurisdizionale della Sezione (opinione condivisa anche dal GUICCIARDI, *Sulla natura cit.*), alcuni autorevoli scrittori (cfr., fra essi, RESTA, *Natura giur. cit.*, pag. 565 e GIANNINI M. S., *Decisioni contenziose*, cit., 316) hanno recisamente sostenuto la natura amministrativa della Sezione stessa. Dai concetti generali sui procedimenti contenziosi amministrativi sostenuti in questo scritto discende, con stretta consequenzialità, la nostra adesione a quest'ultima tesi. Il procedimento avanti la Sezione Speciale è una fase di una complessa operazione amministrativa diretta alla *epurazione* della pubblica amministrazione: l'operazione si conclude con un atto amministrativo (revoca o mantenimento in servizio) e contiene in sé una fase preliminare (l'accertamento contenzioso della sussistenza o meno delle condizioni di legge per l'epurazione), che è anch'essa amministrativa. La funzione della Sezione Speciale non è per nulla diversa da quella delle altre Commissioni epurative; e questo argomento, a tacere di altri, è decisivo per la definizione della natura di un organo le cui caratteristiche formali sono dubbie, essendo esso imparentato nello stesso grado con un organo giurisdizionale (Consiglio di Stato in sede giurisdizionale) e con un organo amministrativo (Consiglio di Stato in sede consultiva); probabilmente, però, l'inserzione dei due rappresentanti dell'amministrazione e le tenuità del contraddittorio fanno pendere la bilancia verso quest'ultima parentela, suffragando, sia pur sussidiariamente la tesi già esposta.

province, dei consorzi, e di tutti gli altri enti che si modellano su di quelli, le pronuncie delle Commissioni di disciplina hanno valore di semplici proposte, o più esattamente, di pareri¹⁰², senza alcun vincolo per l'Amministrazione che adotta il provvedimento disciplinare (art. 75 r. d. 30 dicembre 1923 n. 2960 sullo stato giuridico degli impiegati civili dell'Amministrazione dello Stato; artt. 209 e 229 del T. U. della legge comunale e provinciale). Si tratta quindi di atti preparatori senza alcun rilievo autonomo, che con le decisioni hanno in comune solo il carattere contenzioso del procedimento a seguito del quale sono emanate.

D'altra parte, è da escludere la natura di atti amministrativi e pertanto di decisioni, nel senso più volte chiarito, di alcune pronuncie disciplinari relative a impiegati inamovibili, a garanzia della cui inamovibilità il giudizio sulla responsabilità disciplinare è devoluto ad autorità diverse da quelle nei cui rapporti la colpa disciplinare è stata commessa, autorità decidenti le quali pronunciano applicando norme rigidamente prestabilite; in tal caso le pronuncie hanno valore vincolante nei confronti dell'amministrazione, ma tale efficacia dipende dalla natura giurisdizionale degli atti, che sono vere e proprie sentenze; casi tipici sono quelli delle sentenze (come la legge stessa le chiama) dei Tribunali disciplinari per la magistratura ordinaria (art. 22 e segg. del r. d. 1. 31 maggio 1946 n. 511 contenente guarentigie per la magistratura), della Corte di disciplina per i professori universitari (prevista dall'art. 89 del r. d. 31 agosto 1933 n. 1592) o delle Commissioni per i Presidenti e Consiglieri della Corte dei Conti (prevista dall'art. 8 del r. d. 12 luglio 1934 n. 1214)¹⁰³. Sembra che a quest'ultime pronuncie vadano assimilate, nonostante la contraria opinione della giurisprudenza¹⁰⁴, le pronuncie dei Consigli di disciplina dei feretrotramvieri disciplinati dal r. d. 8 gennaio 1931 n. 148: a questa conclusione si deve pervenire considerando la composizione di detti Consigli che li rende organi estranei all'azienda in cui agiscono¹⁰⁵.

Natura di decisioni può riconoscersi solo alle pronuncie deliberanti di quei Collegi disciplinari che, per la loro composizione e il modo della nomina dei loro membri, sono espressioni della stessa Amministrazione cui appartiene il giudicando. Tali pronuncie non sono frequenti nel nostro ordinamento, ma non sono del tutto inesistenti; è il caso dei maestri elementari (r. d. 13 settembre 1940 n. 1469) cui le funzioni disciplinari, ad eccezione della censura e della sospensione dello stipendio, sono inflitte (non semplicemente proposte) da un Consiglio di disciplina con pronuncie impugnabili mediante ricorso al Ministro. In questo caso, e negli analoghi, la pronuncia è certamente un atto amministrativo, emanato a seguito di procedimento contenzioso; si tratta però non di atto avente natura prodromica, in quanto debba essere seguito da altro atto dell'amministrazione, ma di atto finale con carattere di accertamento a costitutività piena. È quindi una decisione del primo tipo, secondo la più volte ricordata classificazione.

14. Alla seconda categoria di decisioni appartengono le pronuncie degli organi contenziosi ai quali col d. l. lgt. 10 agosto 1944 n. 190 sono state attribuite le valutazioni previste dai r. d. l. 6 gennaio 1944 n. 9 e 12 aprile 1944 n. 101, e dal d. l. lgt. 19 ottobre 1944 n. 301 per la riammissione in servizio

¹⁰² Cfr. per tutti ZANOBINI, *Corso cit.*, I, 403 e III, 101 e segg.; VITTA, *Dir. amm. cit.*, I, 371 e 431. Per D'ALESSIO, *op. cit.*, I, 478 sussisterebbe per l'amministrazione il vincolo di non poter mai adottare a carico dell'impiegato un provvedimento più grave di quello deliberato dal Consiglio di disciplina. Questa tesi non è seguita dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato; comunque si tratterebbe sempre di pareri sia pure parzialmente o limitatamente vincolanti come nel caso, ricordato sopra, della rimozione degli ufficiali, per la quale è richiesto il parere conforme della Commissione di disciplina, ma il Ministro ha facoltà di prendere un provvedimento più mite di quello proposto.

¹⁰³ Nello stesso senso VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale cit.*, 308 segg.; ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amm. cit.*, 560 segg.; VITTA, *Il potere disciplinare degli impiegati pubblici, cit.*, 409; SANDULLI, *Il proc. cit.*, 88 nota 9. In senso parzialmente contrario: ZANOBINI, *Le sanzioni amm.*, Torino, 1924, 125 e 126. Contro anche lo stesso ROMANO nello scritto anteriore a quello già citato *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. it.*, 1898, IV, 24.

¹⁰⁴ Cfr. la dec. Cons. di Stato, Sez. V, n. 818 del 1940, in questa *Riv.*, 1941, I, 2, 52.

¹⁰⁵ Né fa ovviamente ostacolo all'ammissione della giurisdizionalità la possibilità del ricorso al C. d. S. contro la pronuncia (art. 58); si tratta di null'altro che un ricorso d'appello.

degli appartenenti al personale, già licenziato e dispensato per motivi politici, delle Amministrazioni dello Stato, degli enti locali e parastatali, degli enti comunque sottoposti a vigilanza o tutela dello Stato e delle Aziende private esercenti servizi pubblici o d'interesse nazionale (Consiglio dei Ministri per gli impiegati statali di grado superiore al quinto; Commissione unica per gli affari del personale, istituita col r. d. l. 12 aprile 1944 n. 109, per gli impiegati statali di grado inferiore; Commissioni provinciali, di cui all'art. 18, 3° comma del d. l. lgt. 27 luglio 1944 n. 159, per gli appartenenti al personale di altri enti o aziende). Dette valutazioni consistono nel giudizio sulla causale «politica» delle dispense o del licenziamento dei dipendenti che chiedono la riammissione. Ora, sebbene la legge non sia esplicita al proposito, l'accertamento contenzioso da parte dei suddetti organi di tale requisito è da ritenersi vincolante. L'art. 3 del citato r. d. l. 6 gennaio 1944 n. 9, che disciplina la materia, mentre prevede al 1° comma un provvedimento della Amministrazione per la riammissione in servizio, demanda, al 2° comma, la valutazione di cui sopra agli organi contenziosi ricordati; sembra corretto interpretare la legge nel senso che essa attribuisca in materia una competenza esclusiva a tali organi, la cui pronuncia è quindi vincolante per l'Amministrazione¹⁰⁶.

Decisioni (sempre del secondo tipo) sono senza dubbio quelle delle Commissioni per le terre incolte, a proposito delle quali inesattamente si è parlato di pareri¹⁰⁷, di accertamenti tecnico-amministrativi vincolanti¹⁰⁸, di atti complessi (formati dalle pronuncie delle Commissioni e dei decreti prefettizi)¹⁰⁹. Anche qui si tratta di accertamenti contenziosi vincolanti, che, rispetto al decreto del Prefetto di concessione o di proroga della concessione o di decadenza dalla stessa, si pongono come presupposti con autonoma funzionalità. Certo la tecnica legislativa, è, come sopra s'è rilevato, gravemente imperfetta; la legge, mentre da un lato prescrive la comunicazione – anzi la notificazione – alle parti della decisione (art. 7 d. l. lgt. 26 aprile 1946 n. 597), con che viene messa in rilievo la funzionalità autonoma della decisione, dall'altro lato sembra ritenere implicitamente impossibile l'impugnativa *ex se* della decisione dal momento che pone esplicitamente il principio dell'inimpugnabilità, poi temperato dalla giurisprudenza, solo nei confronti del decreto del Prefetto (art. 5, 1° comma, d. l. lgt. 19 ottobre 1944 n. 279).

Decisiva, però, al riguardo è la considerazione della sostanza dell'atto e dei suoi effetti. Che si tratti di accertamento contenzioso è fuori di discussione; la vincolatività poi è così stretta che il Prefetto non solo deve emanare il decreto di concessione ma deve farlo entro un termine brevissimo (5 giorni secondo l'art. 5 del d. l. lgt. n. 279 del 1944; 15 giorni secondo l'art. 2 del d. l. C. p. S. n. 1710 del 1947); la pronuncia è così completa ed esauriente da contenere non solo il giudizio sull'istanza di concessione, ma la determinazione della indennità, la fissazione della data e delle modalità della presa di possesso dei terreni, l'indicazione del termine entro cui dovrà essere iniziata la coltivazione delle terre concesse, la liquidazione e la condanna del soccombente alle spese sostenute dalla parte vittoriosa (l'anomalia della condanna alle spese, relativamente alla quale la decisione ha valore di titolo esecutivo, sembra più giustificabile mediante il riconoscimento della natura di decisione, in un certo senso analoga alla sentenza d'accertamento, cui non è estranea la condanna alle spese, che non ove si attribuisca alla pronuncia semplice natura di parere); la pronuncia negativa della Commissione sull'istanza di concessione, è impugnabile con ricorso dell'Ispettore Compartimentale al Ministro per l'Agricoltura e le Foreste, il quale ha pieno potere decisorio¹¹⁰, impugnativa incomprensibile ove si ritenga trattarsi di parere, a meno che non si voglia ritenere che

¹⁰⁶ Sulla natura delle pronuncie esaminate nel testo non ci risulta si sia pronunciata la dottrina o la giurisprudenza.

¹⁰⁷ Vedi sopra nota 16.

¹⁰⁸ Vedi sopra note 17 e 81.

¹⁰⁹ Vedi sopra nota 17.

¹¹⁰ In virtù dell'art. 4 del d. l. C. p. S. n. 1710 del 1947 il quale ha modificato in questo il sistema del d. l. C. p. S. n. 89 del 1946, art. 9, per il quale il Ministro aveva solo il potere di disporre il riesame da parte della stessa Commissione. Sul carattere innovativo e non interpretativo del citato art. 4 cfr. la dec. n. 354 del 1948, V sez., in questa *Riv.*, 1949, I, 2, 60 e la dec. n. 668 del 1948, V sez., *ivi*, 1949, I, 2, 149.

la pronuncia della Commissione è un parere se accoglie l'istanza di concessione e un atto deliberativo (un rifiuto?) se respinge, opinione che non può ritenersi corretta perché un atto non muta la sua natura a seconda del suo contenuto; infine la pronuncia negativa della Commissione sulla domanda di decadenza è anch'essa impugnabile *ex se* (al Consiglio di Stato o all'A.G.O.¹¹¹) e valgono ancora le osservazioni qui sopra fatte.

Non v'è quindi dubbio che ci troviamo in presenza di atti aventi tipicamente il carattere di decisioni.

15. Decisioni sono gli atti con cui si conclude il procedimento di accertamento delle imposte (in senso lato). L'accertamento delle imposte consiste nell'atto o nella serie di atti necessari per la constatazione e la valutazione tributaria dei vari elementi costitutivi del debito d'imposta (presupposto materiale e personale, base imponibile) con la conseguente applicazione del tasso e quindi la concreta determinazione quantitativa del debito del contribuente¹¹². In genere, si distinguono dalla dottrina tre tipi di accertamento: l'accertamento compiuto dall'autorità finanziaria (senza l'intervento del debitore), l'accertamento compiuto dallo stesso debitore (senza l'intervento dell'autorità finanziaria), l'accertamento compiuto dall'autorità finanziaria con l'intervento dello stesso debitore. Questo tipo di accertamento – che è quello normale, essendo gli altri due tipi limitati a pochissime imposte – è appunto un accertamento contenzioso che si esplica attraverso un procedimento più o meno complesso e sbocca in atti terminativi che è corretto qualificare come decisioni, avendone tutti i caratteri: cioè la natura (dichiarativa), il modo di formazione (contenzioso), l'efficacia (vincolativa).

Sulla natura dei suddetti atti la dottrina non è unanime. Si disputa, com'è noto, se il debito d'imposta nasca col verificarsi del presupposto, la situazione di fatto cui la legge collega l'imposta¹¹³, nel momento dell'accertamento e in virtù di questo¹¹⁴, o, addirittura, in un momento successivo all'accertamento¹¹⁵. Com'è naturale, mentre dalla prima e dalla terza opinione consegue il riconoscimento della funzione meramente e prevalentemente dichiarativa dell'atto di tassazione¹¹⁶, dalla seconda opinione questo viene considerato come atto avente piena natura costitutiva e finale. Né vanno dimenticate le teoriche conciliative delle diverse tesi, teoriche le quali riconoscono insieme alla tassazione una funzione dichiarativa e costitutiva e parlano di «accertamento costitutivo»¹¹⁷. Non par dubbio però che delle tre ricordate opinioni vada accolta quella che ricollega il debito d'imposta

¹¹¹ L'impugnabilità non è espressamente contemplata dalla legge, la quale non prevede alcuna impugnazione, ma non la esclude né la limita; l'impugnabilità si fa correttamente discendere (TORRISI, *Impugnative* cit., 63) dal carattere definitivo e dalla natura amministrativa del provvedimento amministrativo di cui trattasi. È controverso se l'impugnativa debba però proporsi all'autorità giudiziaria ordinaria o al giudice amministrativo: cfr. la dec. C. d. S. n. 342 del 1948, V sez., in questa *Riv.*, 1949, I, 2, 46; e la dec. n. 610 del 1948, V sez., *ivi*, 1949, I, 2, 134.

¹¹² GIANNINI A. D., *op. cit.*, 126.

¹¹³ Cfr. BLUMSTRIN, *Schweizerisches Steuerrecht*, Tübingen, 1926, II, 385 segg.; GIANNINI A. D., *op. cit.*, 128; ID., *L'accertamento dell'imposta*, in *Riv. it. dir. fin.*, Padova, 1937, 135; ALESSI, *op. cit.*, 271.

¹¹⁴ INGROSSO, *Istituzioni di dir. fin.*, Napoli, 1937, II, 61; ID., *Sul contenuto giur. del concordato tributario*, in *Foro it.*, 1939, I, 1539; BERLIRI, *Il processo tributario amministrativo*, Reggio Emilia, 1940, I, 121-124; ID., *Appunti in tema d'accertamento*, in *Riv. it. di dir. fin.*, 1938, I, 85 segg.; ALLORIO, *Dir. proc. tributario*, 1942, Milano, il quale però ripudia lo stesso concetto di accertamento e lo assorbe nel concetto più comprensivo e radicale di imposizione.

¹¹⁵ VITTA, *Dir. amm. cit.*, I, 306 e II, 287; *Gli atti certificativi* cit., 106.

¹¹⁶ GIANNINI (A. D.), *op. cit.*, 134 nota 14 ha rilevato le confusioni cui può dar luogo l'uso della parola «accertamento» sia per indicare il procedimento attraverso cui si giunge alla determinazione dell'imposta sia per indicare l'atto attraverso cui tale determinazione avviene. Per indicare nel testo quest'ultimo concetto è stata usata la parola *tassazione* (con cui si traduce, come propone lo stesso A., il tedesco *Veranlagung*).

¹¹⁷ ZOTTA, *Sull'accertamento tributario*, in *Riv. it. dir. fin.*, 1939, I, 84; ID., *Gli accertamenti costitutivi* cit., 135 segg. In questa materia la tendenza al compromesso si riscontra in molti autori; ne è esempio il PUGLIESE, *op. cit.*, il quale dopo aver affermato la natura dichiarativa della tassazione, aggiunge che se l'istituto dell'accertamento non possiede efficacia costitutiva vera e propria, esercita in un certo senso una funzione costitutiva in quanto rende sensibili e determina storicamente i presupposti dell'obbligo fiscale, che resterebbero altrimenti latenti.

al terzo dei momenti, cioè al momento in cui è emanato l'ordine di finanza con la pubblicazione del ruolo (nelle imposte dirette) e la notifica dell'ingiunzione (nelle imposte indirette). È in quel momento (e non prima) che il contribuente è costituito legalmente obbligato al pagamento dell'imposta (per le imposte dirette cfr. l'art. 24 del r. d. 17 ottobre 1922 n. 1401).

L'opinione che il debito d'imposta nasca col verificarsi del presupposto è stata, com'è noto, fondata dai suoi sostenitori sul fatto che nel nostro ordinamento l'esistenza e la misura del debito d'imposta sono ricollegati al verificarsi della situazione di fatto che ne forma il presupposto e sul fatto che manca nella concreta determinazione qualunque potere discrezionale dell'autorità amministrativa che deve limitarsi ad applicare il tasso dell'imposta e non solo non ha il potere di richiedere una somma maggiore, ma non può, all'infuori di rarissimi casi, accontentarsi di somma minore¹¹⁸. Tali argomenti non sono però decisivi: quanto al primo, perché dal fatto che nel nostro ordinamento la decorrenza e la misura del debito d'imposta siano ricollegati al verificarsi della situazione di fatto che ne forma il presupposto non può dedursi che l'obbligazione sorga in quel momento ma solo che il suo contenuto è determinato con riferimento ad una situazione anteriore¹¹⁹, quanto al secondo, perché a parte la natura sostanzialmente discrezionale dell'estimazione¹²⁰, la natura libera o vincolata di un apprezzamento non è elemento (o, almeno, è elemento assolutamente secondario) per la determinazione del momento di nascita di un obbligo¹²¹.

Come è stato efficacemente rilevato¹²², l'errore della teoria che si esamina è un errore di prospettiva; la legge d'imposta è un comando astratto che si rivolge alla generalità, una regola di condotta per le persone in confronto delle quali essa è posta, e che sono designate per la totalità o per categorie. Perché questa norma generale e astratta diventi comportamento concreto del singolo individuo è necessaria un'attività ulteriore (comando complementare) che prescriva al cittadino di eseguire il comando generale: un ordine che gli prescriva di pagare *qui e ora*. È con quest'ordine che nasce il debito d'imposta. Fin qui si può convenire con i sostenitori della natura costitutiva dell'accertamento.

Ma l'errore di questa teoria sta a sua volta nel non aver visto che la norma generale e astratta è resa concreta non con un atto singolo (l'accertamento) ma con un'attività complessa, che consta di due momenti fondamentali: l'accertamento (mediante il quale viene determinato, sul presupposto dell'esistenza o del verificarsi di quella situazione cui la legge ricollega in astratto il dovere di pagare una determinata imposta, ehi deve pagare e quanto deve pagare) e l'ordine al cittadino di pagare la somma accertata¹²³.

È solo con quest'ultimo che nasce il debito d'imposta; e da esso dev'esser tenuto rigorosamente distinto l'accertamento.

A proposito dell'obbligazione tributaria sono, pertanto, da distinguere tre fasi: fase dell'esistenza di un mero obbligo astratto che nasce nel momento in cui si verifica il presupposto da cui la legge fa discendere l'obbligo di pagare l'imposta – la fase dell'accertamento del debito – la fase in cui, mediante l'ordine di finanza, nasce il debito d'imposta.

La seconda fase dà luogo appunto al procedimento di tassazione e si chiude con un atto dell'autorità finanziaria o delle apposite Commissioni; questo atto può avere forma varia; nelle

¹¹⁸ GIANNINI A. D., *op. cit.*, 129.

¹¹⁹ BERLIRI, *Il processo* cit., 136.

¹²⁰ INGROSSO, *Sul contenuto giur. ecc.*, 1541.

¹²¹ La distinzione tra atto vincolato e atto discrezionale non influisce sulla considerazione degli effetti creativi dell'atto, perché anche l'atto vincolato è un comando (sia pure complementare) che s'inserisce nell'ordinamento giuridico e lo accresce: cfr. CARNELUTTI, *Teoria gen. del diritto* cit., 213.

¹²² INGROSSO, *Sul contenuto giur. ecc.*, 1540.

¹²³ Nega l'esistenza di ordini di finanza il GIANNINI A. D., *op. cit.*, 137, per il quale il ruolo non è se non la notificazione collettiva di debiti d'imposta già con altro atto provvisoriamente e definitivamente accertati e l'ingiunzione è l'atto iniziale del procedimento di riscossione dell'imposta. Distingue dalla *Veranlagung* (tassazione) il *Befehl* (ordine di pagamento) il KORMAN, *op. cit.*, 69.

imposte dirette esso è racchiuso in uno scritto, denominato *avviso d'accertamento*; per l'imposta di manomorta, la legge (art. 28 r. d. 30 dicembre 1923 n. 1971) parla di *proposta definitiva di accertamento*; nelle imposte indirette normalmente l'atto consiste in una semplice comunicazione verbale, a meno che non si tratti d'imposta complementare o suppletiva, per le quali l'Amministrazione comunica per iscritto l'accertamento al contribuente; in caso di reclami, l'accertamento è contenuto nelle decisioni delle varie Commissioni.

In tutti i casi si tratta di un atto amministrativo con natura dichiarativa, il quale, anche se talora (nelle imposte indirette) è contestuale con l'ordine di pagamento, in realtà è sempre concettualmente distinto, come lo è nelle forme più caratteristiche dell'accertamento tributario (nelle imposte dirette la diversa natura e funzione dell'avviso d'accertamento o della decisione delle Commissioni, da una parte, e del ruolo dell'altra sono chiarissime).

Nessun dubbio, inoltre, sulla vincolatività dell'accertamento (sia di quello compiuto dalla finanza, sia di quello contenuto nel c. d. «concordato tributario», sia di quello compiuto dalle Commissioni) per gli Uffici finanziari: la Finanza non può ordinare al contribuente di pagare né più né meno di quanto è stato con gli appositi procedimenti accertato¹²⁴.

Nessun dubbio anche sull'autonomia funzionale dell'accertamento; esso, in quanto specifica nella persona del contribuente la qualità di debitore dell'imposta e determina l'ammontare del debito, è suscettibile di ledere immediatamente il diritto del contribuente, anche prima che intervenga l'ordine di finanza di cui non è atto preparatorio, per le stesse ragioni dette avanti per atti consimili e che non staremo a ripetere, ma è presupposto. L'autonomia funzionale dell'accertamento è provata dal rilievo esterno che ad esso è dato dal nostro ordinamento, il quale, normalmente, dispone che sia comunicato all'interessato ed è provata dall'impugnabilità *ex se* dell'atto stesso.

Quanto alla contenziosità del procedimento d'accertamento dell'imposta, essa può considerarsi carattere *normale* del procedimento stesso, in quanto l'accertamento si attua attraverso la partecipazione del contribuente e il dibattito tra questi e l'ufficio finanziario. Se anche le leggi finanziarie non contemplano in modo organico un formale contraddittorio fra l'autorità finanziaria e il contribuente nella prima fase (quella c. d. amministrativa), in genere contengono norme dirette da una parte a consentire al contribuente di contrapporre agli accertamenti istruttori compiuti dall'ufficio elementi di prova contrari e alle valutazioni dell'ufficio stesso osservazioni e rilievi vari; è da ritenere anzi che nell'accertamento campeggi il dibattito fra Autorità finanziaria e contribuente, il quale si conclude o col perdurare del dissenso che verrà portato poi avanti le Commissioni o col c. d. concordato tributario. Del quale le osservazioni che precedono consentono di determinare la corretta natura giuridica, superando la teoria contrattualistica, che sembra prevalere in dottrina, e che è fondata sull'oblio del fatto che l'accertamento del debito d'imposta è funzione autoritativa dello Stato, per giunta, «integrativa» della norma giuridica, a proposito della quale non sono concepibili né transazione né accertamento consensuale (nemmeno sulle situazioni di fatto e sulle basi imponibili); quello che è concepibile e che la legge attua è, nella fase istruttoria, la partecipazione del contribuente al procedimento d'accertamento. Nel dibattito per il concordato la parte privata rende il suo interrogatorio, esibisce le sue prove, sostiene le sue tesi di diritto. Dopodiché l'ufficio compie il suo accertamento, cui la parte presta acquiescenza, rinunciando all'impugnativa.

Il c.d. concordato tributario è quindi anch'esso una decisione (per l'intervento del contribuente nel procedimento) accettata dal contribuente. Chi parla di contratto di diritto pubblico, di transazione, di

¹²⁴ Il vincolo costituito dall'accertamento è dimostrato dal fatto che l'iscrizione nel ruolo non preceduta dall'accertamento o difforme da esso è viziata e inidonea a costituire il rapporto giuridico d'imposta. Da questo l'ALLORIO, *op. cit.*, 113 trae argomento per individuare l'imposizione, cioè l'atto costitutivo del debito d'imposta, nell'accertamento; ci pare che così egli non distingua tra il vincolo a carico dell'Amministrazione finanziaria che è posto dall'accertamento e il vincolo a carico del cittadino (obbligo di pagare) che è posto dal successivo ordine di finanza. Che quello sia presupposto *sine qua non* del secondo non esclude che il momento costitutivo finale del debito d'imposta sia il secondo e non il primo.

negozio d'accertamento confonde tre cose distinte: la partecipazione istruttoria del contribuente, l'accertamento (autoritativo) dello ufficio, l'acquiescenza del contribuente all'atto di accertamento¹²⁵.

Il carattere contenzioso è chiarissimo nel procedimento avanti le Commissioni. A proposito delle quali, come si vede, si accoglie qui l'opinione, prima unanimemente rifiutata dalla dottrina¹²⁶, ma che ora ha autorevolissimi sostenitori¹²⁷, della natura amministrativa e non giurisdizionale delle Commissioni e, di conseguenza, del procedimento che si svolge avanti ad esse e degli atti che lo concludono. La natura amministrativa delle Commissioni risulta – più che dalla lettera della legge (che pure dà a tali Commissioni la qualifica di «amministrative» e parla della «risoluzione in via amministrativa» delle controversie ad esse devolute) – più che dai precedenti storici e dalla struttura del procedimento, il quale ha tre gradi, che secondo la tesi della giurisdizionalità, si sommerebbero ai tre gradi della giurisdizione ordinaria per dar luogo a un processo sesquipedale, dal fatto sostanziale che tutto il procedimento è preordinato alla formazione di un atto amministrativo quale l'accertamento della imposta e dalla conseguenza strutturale che le Commissioni debbono considerarsi parte della stessa amministrazione, essendo i membri di esse nominati e confermati esclusivamente dall'Amministrazione finanziaria ed essendo il rappresentante di questa presente alla discussione, deliberazione e votazione della Commissione; in sostanza appare chiaro che lo Stato agisca nel rapporto come parte e non con attività *super partes*¹²⁸. Ancor più chiara appare la natura amministrativa delle Commissioni ora che per il disposto dell'art. 111, 2° comma, della Costituzione bisognerebbe ammettere il ricorso in Cassazione per violazione di legge avverso le decisioni della Commissione Centrale, se considerata organo di giurisdizione speciale; l'assurdo di tale conseguenza induce a negare risolutamente alle Commissioni la natura giurisdizionale¹²⁹.

In realtà, anche qui ci troviamo in presenza di un procedimento contenzioso amministrativo, anzi del più vistoso tipo di procedimento contenzioso amministrativo, sia per la complessità della struttura sia per la maggiore organicità con cui è regolato il contraddittorio¹³⁰, per cui il procedimento avanti le Commissioni tributarie si pone al limite estremo del confine tra la funzione amministrativa e la

¹²⁵ La natura del concordato tributario è vivamente dibattuta in dottrina. La ritengono una transazione: UCKMAR, *La legge del registro*, 1934, I, 519 segg.; D'ALFONSO, *Il concordato tributario*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1935, I, 456 segg.; MIELE, *La partecipazione* cit., 46; PUGLIESE, *op. cit.*, 18; GARGIULO, *Il concordato tributario*, Napoli, 1947, 147 segg. e, in genere, la giurisprudenza della Commissione Centrale delle Imposte dirette (vedine citaz. in GIANNINI A. D., *Ist. cit.*, 153, nota 38). Ravvisano nel concordato un provvedimento unilaterale d'imposizione contraddistinto dall'adesione del contribuente all'imposizione o a un elemento quantitativo dello stesso: GIANNINI A. D., *Ist. cit.*, 152 segg.; GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. di dir. pubbl.*, 1936, 73 nota e 220; INGROSSO, *Sul contenuto* cit., 1539 segg.; BLUMENSTEIN, *op. cit.*, 58; ALLORIO, *Dir. proc. trib. cit.*, 176 segg. (per quest'ultimo però il concordato è un atto unilaterale d'imposizione avente il suo presupposto in un vero e proprio contratto di transazione). Nel senso di quest'ultima corrente è la giurisprudenza della Corte di Cassazione: vedi da ultimo, Cass. civ., 13 dicembre 1946, in *Rep. Foro it.*, 1946, col. 1048, n. 22. In alcune sentenze si parla però anche del concordato come negozio d'accertamento; vedi la sentenza 15 maggio 1939, in *Foro it.*, 1939, I, 1538.

¹²⁶ Tra i sostenitori della tesi del carattere giurisdizionale delle Commissioni ricordiamo ROMANO, *Le giur. spec. amm. cit.*, 578; ZANOBINI, *Corso cit.*, II, 278 segg.; ALLORIO, *Dir. proc. trib. cit.*, 313; BERLIRI, *op. cit.*, I, 5 segg.; PUGLIESE, *op. cit.*, 226.

¹²⁷ GUICCIARDI, *Giust. amm. cit.*, 347 segg.; RAGNISCO, *Sul carattere giur. delle Comm. Trib.*, in *Riv. it. dir. fin.*, 1943, I, 1 segg.; GIANNINI A. D., *Ist. cit.*, 163 segg.

¹²⁸ Non pare che, per il diniego del carattere giurisdizionale, abbia invece molto rilievo il fatto su cui si sofferma il GUICCIARDI (*op. e loc. cit.*) che il contraddittorio è limitato e che il contribuente può omettere alcuni gradi del procedimento avanti le Commissioni per passare all'azione avanti il Tribunale ordinario. È noto che la funzione giurisdizionale non è condizionata dall'esistenza di un perfetto contraddittorio; per quanto riguarda la possibilità di omissione di gradi del proc. amm., essa non è sconosciuta nel campo giurisdizionale; si ricorderà che l'art. 360 cod. proc. civ. consente l'impugnativa per Cassazione della sentenza del Tribunale, *omisso medio*.

¹²⁹ Secondo un'opinione, le decisioni della Commissione Centrale erano impugnabili avanti le Sez. Un. della Cassazione per incompetenza assoluta: cfr. BRUNELLI, *L'impugnazione delle decisioni della Comm. Centr. per le imposte dirette alle Sez. Un. della Corte di Cass.*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1935, II, 144. Vedine la critica in GUICCIARDI, *op. e loc. cit.*

¹³⁰ Specialmente in materia di prova. Oltre gli scritti già citati sul processo tributario, v. PUGLIESE, *La prova nel proc. trib.*, Padova, 1935.

funzione giurisdizionale; e atti amministrativi appartenenti alla categoria delle *decisioni* sono le pronunce delle Commissioni tributarie, identiche nella sostanza, se pure differenti nel grado della contenziosità, agli atti d'accertamento compiuti direttamente dall'autorità finanziaria.

16. Decisioni sono le pronunce dei Consigli o delle Commissioni di leva, il cui compito è di giudicare se l'individuo ha i requisiti fisici che lo rendano idoneo al servizio militare e se ha titoli che possano dar luogo a riduzioni di ferma o ad esenzioni. Si tratta anche qui di un mero accertamento, perché l'obbligo militare, che è un obbligo politico generale di tutti i cittadini in virtù della costituzione (art. 52) e della legge, diventa obbligo giuridico specifico del singolo cittadino con un successivo ordine dell'Amministrazione; avviene qui qualcosa di analogo a quanto si è constatato in materia tributaria: occorre, cioè, distinguere l'accertamento dal successivo ordine, che è costitutivo dell'obbligo di prestazione¹³¹.

Tale accertamento è autonomo rispetto al successivo ordine, tanto autonomo che ne è disposta l'impugnabilità *ex se* e, anzi, per alcuni autori, l'attività degli organi cui è attribuita la decisione su tali impugnative è da ritenersi giurisdizionale¹³²: opinione quest'ultima che è da respingersi senz'altro per la decisiva considerazione che gli organi di cui si tratta debbono considerarsi, per il modo di formazione, parte integrante dell'Amministrazione¹³³. Siamo in presenza anche qui di un accertamento contenzioso.

Tale accertamento è contenzioso, in quanto il cittadino partecipa all'accertamento non solo come «oggetto» dell'attività istruttoria dei Consigli (si tratta di una forma d'ispezione corporale), ma per esporre la propria situazione, far valere le proprie ragioni, fornire delle prove ecc.: naturalmente, la contenziosità è più intensa in sede d'impugnativa.

17. Un campo in cui si ritrovano le decisioni, e in cui lo studio di tali atti può aiutare a risolvere i molti problemi intorno ai quali la dottrina e la giurisprudenza si affaticano, è quello dei concorsi. Restando ai concorsi di nomina a pubblico impiego, allo scopo di non allargare troppo l'indagine (ma è ovvio che i principî a tale proposito ritrovati possano, a parità di condizioni, estendersi a tutti gli altri concorsi sia relativi all'impiego pubblico – promozioni, avanzamenti ecc. – sia relativi ad altre materie – farmacie ecc.) pare debba riconoscersi la natura di decisioni alle pronunce delle Commissioni giudicatrici con cui viene valutata la capacità tecnica dei vari concorrenti e viene fissata la graduatoria fra di essi. La dottrina è unanime nel riconoscere ad esse la natura di accertamenti in quanto le Commissioni, attraverso tali pronunce, esplicano la loro funzione di accertare la capacità relativa dei vari aspiranti ad un determinato pubblico impiego. Molto controverso è invece il problema della natura di tali accertamenti e del rapporto che li lega al posteriore atto di nomina. Può considerarsi però prevalente in dottrina (e assolutamente dominante in giurisprudenza) l'opinione che considera le pronunce delle Commissioni come atti preparatori facenti parte di un procedimento amministrativo

¹³¹ VITTA, *Dir. amm. cit.*, I, 306 e II, 252 segg.; ID., *Gli atti certificativi cit.*, 106.

¹³² ZANOBINI, *Corso cit.*, II, 300; GUICCIARDI, *Giust. amm.*, 353. Secondo alcuni Autori sarebbero da distinguere, nell'attività di tali organi, un'attività amministrativa (che si avrebbe quando essi decidono sull'attitudine fisica dell'iscritto al servizio) e un'attività giurisdizionale (quando applicano precetti di legge con esclusione di ogni discrezionalità, come accade quando riconoscono titoli che diano luogo ad eventuali riduzioni e esenzioni): cfr. ROMANO, *Le giurisdiz. spec. cit.*, 581.

Avvertesi, però, che la questione è soltanto teorica dato che il sistema delle impugnative è rigorosamente disciplinato dalla legge, quindi non dà luogo a difficoltà nemmeno per quanto riguarda la possibilità d'impugnativa giurisdizionale; cfr. art. 26 T. U. sul Consiglio di Stato e art. 22, 37 e 68 T. U. 8 settembre 1932 n. 1332 sul reclutamento dell'esercito, modificato col r. d. l. 9 maggio 1936 n. 812.

¹³³ Aggiungasi, come nota il VITTA, *Dir. amm. cit.*, II, 278 che la potestà dell'Amm. di modificare d'ufficio, sia pure entro certi termini, le decisioni dei Consigli e delle Commissioni dipendenti, non può accordarsi col carattere giurisdizionale di questi organi. Una compiuta dimostrazione del carattere amm. degli organi preposti alla leva militare vedasi in ROEHRSEN, *La difesa dei diritti dei cittadini in materia di leva militare*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1938, I, 584.

che termina con l'atto di nomina, cioè come atti non aventi alcuna autonomia funzionale e non impugnabili *ex se*¹³⁴.

Nonostante abbia il conforto di autorevoli sostenitori e di una giurisprudenza più che ventennale, tale opinione non pare però da accogliersi. L'atto d'accertamento compiuto – con procedimento contenzioso, data la larga partecipazione degli interessati – dalle Commissioni giudicatrici ha una propria autonomia funzionale, tantochè appare più corretto considerarlo come atto terminativo di un apposito procedimento diretto appunto all'accertamento della capacità tecnica dei concorrenti e, insieme, come presupposto di un successivo procedimento che si chiude con l'atto di nomina¹³⁵. Il sintomo più importante di tale autonomia (a tacer di altri sintomi minori, come il fatto che la graduatoria, una volta approvata¹³⁶, viene pubblicata con la relazione nel Bollettino Ufficiale dell'Amministrazione che ha bandito il concorso, con che, naturalmente, si esprime il rilievo esterno che la graduatoria ha – o come il fatto che l'amministrazione prima di procedere alla nomina interpella il nominando, interpellanza che non avrebbe senso se considerandosi la nomina come atto del procedimento che si apre col concorso si dovesse ritenere la partecipazione al concorso come accettazione dell'eventuale nomina – o come il fatto che la vittoria o l'idoneità in un determinato concorso hanno, di per sé, valore in altri concorsi indipendentemente dalla nomina che può mancare ecc.) sta nel fatto che la graduatoria, in quanto vincola in un determinato senso l'amministrazione, è produttiva immediatamente di effetti giuridici propri.

Com'è noto, infatti, se il limite posto dal giudizio della Commissione al potere dell'Amministrazione può essere di vario genere (andandosi da concorsi, che sono l'assoluta maggioranza, in cui l'organo della nomina è vincolato alla graduatoria formata dalla Commissione, a concorsi in cui l'organo della nomina esercita la sua scelta in una rosa di idonei non graduati o a concorsi, se pur rari, in cui addirittura l'organo della nomina non è vincolato all'ordine di graduatoria dei concorrenti steso dalla Commissione), non v'è dubbio che l'accertamento della capacità tecnica dei candidati compiuto dalla Commissione, una volta integrato dalla approvazione della graduatoria,

¹³⁴ VITTA, *Dir. amm. cit.*, I, 371; ZANOBINI, *Corso cit.*, I, 293; RANELLETTI, *op. cit.*, 18; ALESSI, *Dir. amm. cit.*, 326; SANDULLI, *Il proc. cit.*, 170. Quest'ultimo autore eccettua però i casi in cui l'esito del concorso, invece che a designare immediatamente i destinatari dal provvedimento di nomina, viene piuttosto predisposto dall'ordinamento al fine, mediato rispetto a quello, di determinare nei dichiarati idonei una qualifica giuridica, uno *status*, soltanto nel cui presupposto essi potranno in un momento ulteriore venir presi dall'autorità competente ad oggetto di quel provvedimento (così in materia di autorizzazione all'apertura di farmacie e di concorsi a cattedre universitarie): in tali casi l'accertamento avrebbe autonomia funzionale e sarebbe impugnabile *ex se*.

Sostengono opinioni diverse il D'ALESSIO, *op. cit.*, I, 459 (per il quale le pronuncie delle Commissioni giudicatrici dei concorsi hanno la natura e l'efficacia di veri e propri provvedimenti amministrativi, sia pure non immediatamente esecutori, in quanto essi entrano come atti elementari dell'unico atto complesso che è l'atto di nomina dalla cui esistenza e giuridica perfezione è condizionata l'efficacia specifica di produrre l'effetto del conferimento del posto vacante al vincitore del concorso) e il TOMMASONE, *op. cit.*, 312 segg. (per il quale tali pronuncie sono atti terminativi degli appositi procedimenti diretti all'accertamento dell'idoneità dei candidati, quindi hanno piena autonomia funzionale). La giurisprudenza del Consiglio di Stato è nel senso della dottrina prevalente: cfr., tra le molte decisioni, Cons. di Stato, V Sez., n. 579 del 1940, in questa *Riv.*, 1941, I, 2, 3 e IV Sez., n. 320 del 1941 *ivi*, 1942, I, 1, 13. Essa ammette però l'impugnabilità immediata degli atti di approvazione della graduatoria dei concorsi a sedi di farmacie e a cattedre universitarie considerandoli atti aventi autonomia funzionale: cfr. la dec. Cons. di Stato, IV sez., n. 48 del 1947, *ivi*, 1947, I, 1, 73 e la dec. Cons. di Stato, IV sez., n. 93 del 1945, *ivi*, 1945, I, 1, 54.

¹³⁵ TOMMASONE, *op. cit.*, 312.

¹³⁶ Sono anche controversi i rapporti tra il giudizio della Commissione e l'atto con cui l'autorità competente provvede all'approvazione di esso. Per Sandulli l'atto di quest'ultima ha valore istituzionale, e l'operato della Commissione è un mero strumento tecnico sussidiario dell'attività che, nella esplicazione della sua funzione, l'autorità attiva deve svolgere (*Il proc. cit.*, 171, nota 8).

Pare però più conforme alla realtà che l'approvazione sia considerata un atto di controllo vero e proprio, che rende efficace l'accertamento compiuto dalla Commissione giudicatrice (così TOMMASONE, *op. cit.*, 300; ZANOBINI, *Corso cit.*, III, 80).

«fa stato» nei confronti dell'organo della nomina, il quale può, per esigenze obbiettive¹³⁷ o per qualità (non tecniche) inerenti alla persona del vincitore o dei vincitori¹³⁸, non procedere alla nomina, ma, ove esse non sussistano e alla nomina si proceda, è vincolato all'accertamento della Commissione, sia nella enorme maggioranza dei casi in cui l'organo della nomina deve attenersi strettamente all'ordine fissato nella graduatoria, sia nei rari casi in cui può operare una scelta; anche in quest'ultimo caso, il vincolo dell'accertamento opera nel senso di vietare che l'organo della nomina possa compiere la sua scelta oltre la rosa dei candidati di cui è stata accertata la capacità tecnica.

Questa vincolatività della graduatoria fa sì che a favore dei vincitori del concorso si generi direttamente una situazione giuridica, che è disputato se si possa considerare un diritto o un interesse legittimo alla nomina¹³⁹, ma che è certamente qualcosa di più di una generica aspettativa. Per converso i soccombenti nel concorso vengono dall'esclusione dalla graduatoria o dalla loro inadeguata classificazione lesi immediatamente nell'interesse, che è appunto l'interesse alla nomina perseguito col concorso.

L'autonoma funzionalità della pronuncia della Commissione è quindi indiscutibile ed è legittimo perciò considerare questa non come atto preparatorio del procedimento di nomina, ma atto terminativo dell'apposito procedimento contenzioso di accertamento, cioè come *decisione*. Tanto più che non si vede come la pronuncia della Commissione potrebbe definirsi specificamente in altro modo: parere non è a causa della sua vincolatività¹⁴⁰, ed è appena necessario avvertire che sull'unico punto su cui la Commissione è chiamata a pronunciarsi (capacità tecnica) l'organo della nomina non ha alcuna libertà, mentre l'ha su altri punti in cui la Commissione non ha voce (esigenze obbiettive e qualità subiettive). Di accertamento tecnico preparatorio non si può parlare se non forzando il senso di tale figura, cui è pure estraneo il carattere della vincolatività¹⁴¹, perché l'attività istruttoria che si esprime attraverso tali accertamenti è soggetta sempre al controllo e al riesame dell'Amministrazione, cui spetta l'ultima e definitiva parola (sia pure motivata) sui fatti su cui è caduto l'accertamento¹⁴².

18. La particolare natura delle decisioni – e il modo della loro formazione – producono rilevanti effetti, soprattutto, sulla motivazione, sulla impugnabilità e sulla revocabilità di tali atti.

a) Quanto alla *motivazione*, è certo che le decisioni debbono collocarsi tra gli atti amministrativi per cui esiste l'obbligo della motivazione.

Senza voler qui riprodurre la *vexata quaestio* se esista o meno l'obbligo generale della Pubblica Amministrazione di motivare gli atti amministrativi¹⁴³ e attenendosi all'opinione – prevalente in

¹³⁷ Come nel caso che l'interesse pubblico abbia reso necessaria la soppressione, la riduzione e la trasformazione degli uffici per i quali fu bandito il concorso: ZANOBINI, *Corso cit.*, III, 81 e giurisprudenza ivi citata.

¹³⁸ La dottrina mette in rilievo che si tratta di casi eccezionali: ZANOBINI, *Corso cit.*, III, 81; VITTA, *Dir. amm. cit.*, II, 460. La mancata nomina del vincitore o dei vincitori del concorso deve essere motivata (Cons. di Stato, V sez., n. 489 del 1941, in questa *Riv.*, 1941, I, 2, 260; Cons. di Stato, V sez., n. 340 del 1937, *ivi*, 1937, I, 2, 145; Cons. di Stato, V sez., n. 237 del 1930, *ivi*, 1930, I, 2, 171 (con nota di C. CRISTOFARO) perchè il giudice amministrativo possa esercitare il controllo sull'interesse pubblico che giustifica la mancanza della nomina.

¹³⁹ Lo ritengono un diritto (però condizionato): PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, 1935, Milano, CXCI e ZANOBINI, *Corso cit.*, III, 81. Lo ritengono un interesse legittimo o diritto affievolito, VITTA, *Dir. amm. cit.*, II, 460; BALDI PAPINI, *Il rapporto cit.*, 86; e la cit. dec. Cons. di Stato, n. 237 del 1930. Secondo il D'ALESSIO, *op. cit.*, I, 458 a favore del vincitore (o dei vincitori) del concorso esiste solo la pretesa di essere favorito a qualunque altro, ove e quando alla nomina si addivenga.

¹⁴⁰ Vedi sopra col. 39.

¹⁴¹ Vedi sopra col. 43.

¹⁴² Si può cioè asserire che, in materia di accertamenti tecnici meramente preparatori, l'organo attivo è il *perito dei periti*.

¹⁴³ Affermano l'esistenza dell'obbligo generale di motivazione: TRENTIN, *L'atto amministrativo*, Roma, 1915, pag. 72; ROEHRSSSEN, *Note sulla motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1941, II, 110 segg.; ID., *Brevi osservazioni sulla motivazione degli atti amm.*, in questa *Riv.*, 1943, I, 1, 23; ID., *Ancora sulla motivazione degli atti amm.*, in questa *Riv.*, 1943, I, 1, 190; MORTATI, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amm.*, in *Giur. it.*, 1943, III, 2. Lo negano: JACCARINO, *Studi sulla motivazione*, Roma, 1938, 261; RAGGI, *Motivi e motivazione degli atti amm.*, in *Giur. it.*, 1943, III, 2; MIELE G., *L'obbligo della motivazione degli atti amm.*, in questa

dottrina e in giurisprudenza – che ammette la sussistenza di tale obbligo tutte le volte che la motivazione sia richiesta dalla legge (esplicitamente o implicitamente) o dalla natura dell'atto¹⁴⁴, basterà notare che le decisioni sono da classificarsi appunto tra gli atti la cui natura esige l'adempimento dell'obbligo della motivazione.

Ciò è particolarmente riconosciuto per le decisioni dei ricorsi gerarchici a proposito dei quali l'obbligo della motivazione si fa discendere con interpretazione analogica che risale al Cammeo dell'art. 3, pr. della legge 20 marzo 1865 n. 2248 All E .sul contenzioso amministrativo¹⁴⁵. Ma il principio si trova qualche volta affermato in dottrina a proposito di tutti gli atti emessi previo contraddittorio con le parti interessate¹⁴⁶.

La necessità della motivazione si desume in questi casi da ciò che, quando la legge esige che un accertamento condizionante l'applicazione di una determinata norma si svolga in forma contenziosa, perchè attraverso il rilievo dato al contrasto degli interessi ritiene che l'accertamento meglio risulti conforme a quel fine di giustizia che essa Amministrazione in quei casi persegue, vuole implicitamente che lo strumento giuridico con cui il contrasto è risolto - e cioè la decisione - estrinsechi i presupposti logici, tecnici, giuridici attraverso i quali una determinata soluzione è stata raggiunta, allo scopo di render possibile il controllo del processo di pensiero dell'organo contenzioso: lo scopo cui mira la contenziosità sarebbe frustrato se l'organo contenzioso non dovesse dar conto di tale processo e si porrebbe in essere una forma mostruosa di discrezionalità, non già la discrezionalità del volere, che, oltre che comprensibile .logicamente, ha una sua funzione nel campo del diritto ma la discrezionalità del giudicare, intesa come arbitrio e sottrazione del giudizio ad ogni controllo, che è cosa ripugnante non solo al mondo del diritto ma al mondo dello spirito in genere.

L'analogia della decisione con la sentenza¹⁴⁷ è troppo evidente e legata alla natura del procedimento amministrativo da cui origina la decisione, perchè occorra insistervi: quel che qui si vuol soprattutto rilevare è che nell'una e nell'altra l'obbligo della motivazione discende dalla natura di "giudizio" di ambedue¹⁴⁸ e dalla necessità che l'esigenza. del contraddittorio sia stata rispettata non solo nella meccanica esterna del procedimento ma anche soprattutto attraverso la maturazione da parte

Riv., 1941, I, 1, 125; VITTA, *Dir. amm.*, cit., I, 364; ZANOBINI, *Corso cit.*, I, 320; RANELLETTI, *Teoria cit.*, 99; FORTI, *Dir. amm. cit.*, II, 148. La giurisprudenza meno recente era propensa a ritenere esistente l'obbligo generale di motivazione: cfr. Cons. di Stato, IV sez., n. 430 del 1937, in *Foro amm.*, 1938, I, 1, 15. La più recente ne nega invece l'esistenza: Cons. di Stato, V sez., n. 331 del 1943, *ivi*, 1943, I, 2, 189. In sostanza però la distanza tra gli assertori e i negatori dell'obbligo generale di motivazione è meno grande di quanto si immagini, perché i primi apportano varie eccezioni alla loro tesi e i secondi in pratica, esaminando i vari atti, pervengono ad escludere per ben pochi la necessità della motivazione (in genere per gli atti vincolati).

¹⁴⁴ Oltre gli autori citati nella nota precedente, i quali negano l'obbligo generale di motivazione, cfr. ALESSI, *Dir. amm. cit.*, 241 e Cons. di Stato, V sez., n. 331 del 1943 cit.

¹⁴⁵ CAMMEO, *Commentario*, cit. I, 614; VITTA, *Dir. amm. cit.* I, 864, ZANOBINI *Corso cit.* I, 820; FORTI, *Dir. amm.*, II, 148; RANELLETTI, *Teoria cit.*, 100 e Cons. di Stato, V sez., n. 816 del 1941 in questa Rivista :1942, I, 2, 87; V sez., n. 58 del 1942, I, 2 1042; IV sez. n.92, 1948, *ivi*, 1948, I, 1, 289; IV sez. n.487 del 1948, *ivi* 1949, I, 1, 152

¹⁴⁶ RANELLETTI, *Teoria cit.*, 101; MIELE, *L'obbligo della motivazione, ecc. op. e loc. cit.*; LAVAGNA *Sul concetto cit.*, 11.

¹⁴⁷ L'analogia della sentenza con un atto amministrativo, avente caratteristiche speciali come la decisione non va. confusa con una pretesa affinità di tutti gli atti amministrativi con le sentenze, sostenuta particolarmente dal MAYER O. (*op. cit.*, 95 e 100) e dal BERNATZIE (*op. cit.*).

¹⁴⁸ Con ciò non si intende aderire alla teoria che vede l'essenza della sentenza (e dell'atto giurisdizionale in genere) nella prevalenza dell'elemento logico sull'elemento volitivo (cfr. V. SCIALOJA *Sulla funzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Giust. amm.*, 1901, IV, 61; ROCCO, *La sent. civile*, Torino 1906). Questa teoria è stata vigorosamente criticata da CHIOVENDA, *let. Cit.*, II, 170. il quale ha messo in risalto che l'essenza della sentenza è, in ogni caso, nella formulazione autoritativa della volontà della legge e non mai nel giudizio logico che è necessario nel formularla e che è in sè attività possibile ad ogni privato (leggasi però CARNELUTTI, *Torniamo al "giudizio" in Riv. dir. proc.*, 1949, 165). Qui si vuole solo notare che la larga parte che ha il giudizio sia nella sentenza sia nella decisione crea per i due atti, alcune esigenze similari in materia di motivazione.

dell'organo contenzioso o giurisdizionale delle opposte tesi e l'effettiva considerazione nella decisione o nella sentenza degli interessi in contrasto. Di questi principi la giurisprudenza ha fatto, per alcuni tipi di decisioni, larga applicazione, ma non pare che finora sia stato reso completamente esplicito il legame che esiste tra l'obbligo "della motivazione" e le decisioni in genere e che sia stato sottolineato il fatto che si tratta non di un'esigenza specifica di alcuni accertamenti contenziosi, ma di tutti gli atti amministrativi di tale tipo appunto perchè inerisce alla natura contenziosa del procedimento che li origina¹⁴⁹ (148 bis).

Com'è però naturale, tale esigenza può trovare modi diversi di soddisfazione a seconda del tipo particolare di decisione. Si va anche qui da un minimo ad un massimo; ed in generale può dirsi che ad un grado maggiore di contenziosità corrisponde l'esigenza di una più larga motivazione.

Questa esigenza si attenua man mano che si riduce la contenziosità¹⁵⁰. Negli esempi di decisioni fatti sopra, il massimo di motivazione si ritrova nelle decisioni sui ricorsi amministrativi, delle decisioni disciplinari, in quelle epurative, in quelle relative alle terre incolte e in quelle delle Commissioni tributarie; il minimo nelle decisioni dei Consigli di leva; le decisioni delle Commissioni giudicatrici di concorsi hanno la caratteristica di avere motivazioni sommarie, ma pur eloquentissime, espresse in numeri e cioè nel punteggio assegnato ai vari concorrenti, integrato, s'intende, dalla relazione della Commissione¹⁵¹.

E' difficile fissare in tale materia principi più precisi, ma si possono fissare dei limiti, entro i quali l'obbligo della motivazione si può ritenere adempiuto. Un limite minimo è costituito dalla necessità di indicare le ragioni per le quali si è ritenuto di giudicare in un modo anziché in un altro; così non si può ritenere soddisfatto l'obbligo della motivazione ove essa si esprima in una formula generica e stereotipa che, come spesso avviene, non fa che parafrasare la dizione della legge che prevede la decisione dell'organo contenzioso¹⁵². Per fare un esempio, non si può ritenere adempiuto l'obbligo della motivazione delle decisioni della Commissione Unica per gli Affari del personale sulle domande di ricostruzione della carriera ai sensi del r. d. 1. 6 gennaio 1944 n. 9 e 12 aprile 1944 n. 190 con la dichiarazione consueta in tali decisioni che l'allontanamento dell'impiegato dal servizio non è motivato da ragioni politiche; è ovvio che questa non è la motivazione, ma solo la conclusione dell'accertamento. D'altra parte, per ritenersi adempiuto l'obbligo della motivazione - e questo è il limite massimo - non è necessario che la decisione esponga e confuti minutamente le ragioni delle parti o minutamente ne dimostri l'attendibilità o l'inattendibilità¹⁵³; com'è noto, una tale minuziosa motivazione non è richiesta nemmeno per gli atti giurisdizionali in genere e le sentenze in specie.

b) Il regime delle impugnative di alcune decisioni è disciplinato dalla legge. Quando ciò avviene, sia che la legge contempra l'impugnativa *ex se* della decisione (come nel caso degli accertamenti fiscali, delle decisioni dei Consigli di leva, di alcune decisioni delle Commissioni per le terre incolte), sia che la legge consideri le decisioni impugnabili solo insieme col successivo atto della P.A. (come accade, ad es., per altre decisioni delle Commissioni per le terre incolte), nessun problema sorge al

¹⁴⁹(ndr nel testo originario numerata 148 bis con conseguente modifica della numerazione successiva) Così erroneamente è stata negata la necessità di una motivazione specifica della pronuncia con cui la Comm. Unica per gli affari personale rigetta una domanda. Di riassunzione ai sensi dell'articolo 2 lett. d del r. d. l. 6 gennaio 1944 n. 9, Cons.di Stato, IV sez. I n. 180 del 1949 in questa Riv. 1949, li 384 (con Osservazioni contrarie di Nigro)

¹⁵⁰ L'ampiezza della motivazione è anche proporzionale alla complessità dell'accertamento e varia pure in ragione del grado dell'accertamento cioè a secondo che si tratti di un accertamento ai primo grado di un accertamento di grado superiore (cioè compiuto in seconda o, addirittura terza istanza)

¹⁵¹ Consiglio di Stato V sez. n. 110 del 1942 in questa Rivista 1942, I, 2, 156 e V sez. n. 820 del 1942, ivi 1942, I, 2, 207

¹⁵² Tanto meno si può ritenere adempiuto l'obbligo di motivazione quando essa consiste in indicazioni generiche (richiamo della norma, dichiarazione che è avvenuta la valutazione dei fatti, esclusione generica dell'opportunità). Contro Cons di Stato IV sez. n.418, 1942 in questa Rivista 1942, I, 198

¹⁵³ Consiglio di Stato V Sez., n.475 del 1947 in questa rivista, 1948, I, 2, 118

riguardo. Nè evidentemente crea dei problemi l'impugnativa di decisioni come le decisioni su ricorso gerarchico e quelle delle Commissioni per i danni di guerra, che, non essendo seguite da alcun altro atto della P.A. sono certamente impugnabili *ex se*.

Il problema sorge a proposito di quelle decisioni per le quali la legge nulla dispone che non concludono, secondo la distinzione fatta precedentemente, l'operazione amministrativa, ma sono seguite nel quadro di questa, da altri atti della P.A.: così le decisioni delle Commissioni per la epurazione, della Commissione Unica per il personale in tema di ricostruzione della carriera, delle Commissioni giudicatrici di concorsi, che sono tutte seguite da atti con cui la P. A. provvede, con effetto pienamente costitutivo, sul rapporto: cioè nomina, promuove, dispensa, riammette in servizio ecc. In questi casi, e in quelli analoghi, le decisioni sono impugnabili *ex se* o sono impugnabili solamente con i provvedimenti amministrativi. La soluzione della questione deriva consequenzialmente dalla natura che si riconosce alle pronunce degli organi contenziosi: se a queste si riconosce la natura di atti preparatori, incardinati in procedimenti amministrativi, si deve pervenire ad escludere l'impugnabilità *ex se* delle decisioni¹⁵⁴. A contrario avviso si deve pervenire ove si escluda la natura di atti preparatori. Per quanto detto sopra non vi può esser dubbio sulla soluzione che qui si propone. Le decisioni, s'è già rilevato, sono atti terminativi di un procedimento contenzioso, anche se funzionano da presupposti di un successivo procedimento, hanno autonomia funzionale e sono suscettibili di provocare direttamente e immediatamente la lesione d'interesse. Sono, pertanto, a nostro avviso, impugnabili *ex se*¹⁵⁵.

Diversa soluzione è stata data dalla prevalente dottrina, relativamente ai vari tipi di decisioni, come è stato ricordato a proposito di esse¹⁵⁶. Una visione unitaria del problema, è mancata anche alla giurisprudenza, la quale, mentre in alcuni casi ha affermato l'impugnabilità *ex se* (come per le decisioni delle Commissioni di epurazione), in altri casi ha negato tale impugnabilità autonoma e ha deciso che, trattandosi di atti preparatori, possa farsi luogo all'impugnativa solo contemporaneamente al provvedimento finale della Amministrazione. Questo ultimo criterio la giurisprudenza ha adottato e adotta a proposito delle decisioni delle Commissioni giudicatrici di pubblici concorsi, di cui in genere ammette l'impugnabilità solo insieme con l'atto di nomina del vincitore (o dei vincitori). Le considerazioni svolte *sub*. 17 portano invece a concludere a favore dell'impugnabilità autonoma.

c) circa la revocabilità¹⁵⁷ o meno decisioni, la questione - come è accaduto per l'impugnabilità - non è stata posta finora in via generale¹⁵⁸, ma per singole categorie di atti. Essa è stata soprattutto dibattuta

¹⁵⁴ Sul problema dell'impugnabilità dei singoli atti di un procedimento cfr. SANDULLI, *Il proc. cit.*, 368 segg.; BOSSI, *Il termine d'impugnabilità degli atti di nomina delle Commissioni giudicatrici di concorsi nella più recente giurisprudenza*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1940. 506; DALLARI, *Sull'impugnabilità dei singoli atti costitutivi di un procedimento amministrativo*, in questa *Riv.*, 1941, IV, 25

¹⁵⁵ Così anche GIANNINI, *Decisioni*, cit. 161

¹⁵⁶ (NDR nel testo originario 154 bis con conseguente modifica della numerazione successiva) Per il procedimento epurativo si ricordi anche l'opinione del GUICCIARDI, *Sulla natura cit.* p. 4.2. che ritiene impugnabili non le decisioni delle Commissioni, ma i successivi provvedimenti dell'Amministrazione.

¹⁵⁷ Si accoglie qui, per mere ragioni di semplicità terminologica, senza alcuna pretesa di prendere posizione sulle complesse questioni relative al problema generale della revoca degli atti amministrativi il concetto largo di revoca come ritiro di un atto ad opera della stessa autorità che lo emise, non importa se per ragioni di merito o di legittimità, concetto proprio della vecchia dottrina (cfr. specialmente RAGGI, *La revocabilità degli atti amm.*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, I, 154). Tale concetto se pure nella dottrina amministrativistica recente largamente superato dalle più recenti indagini (cfr. per tutti RESTA, *La revoca degli atti amm.*, prima ed., Milano 1985, ALESSI, *La revoca degli atti amm.*, Mila.no, 1942), trova accoglimento nella più recente trattazione di teoria generale del diritto (CARNELUTTI, *Teoria gen. cit.*, 818).

¹⁵⁸ Fa eccezione il GIANNINI M.S. *Decisioni cit.*, il quale la risolve nel senso della revocabilità delle decisioni, però e nei limiti in cui la revoca è ammissibile (con che, in fondo, se afferriamo bene il senso dell'inciso la soluzione generale si vanifica nella casistica). E' comune alla dottrina il problema della revocabilità o meno degli accertamenti e dei giudizi in genere, risolto di solito nel senso della irrevocabilità. cfr. ALESSI, *La revoca cit.*, 105-100; VITTA, *Dir. amm. cit.*, IT 804.

per le decisioni su ricorsi gerarchici e risolta, in questo dalla prevalente dottrina nel senso della revocabilità per qualunque motivo, nonostante i dubbi avanzati da qualche autore circa la revocabilità per motivi di opportunità¹⁵⁹. La questione è stata sollevata anche sotto il particolare profilo della revocabilità degli atti preparatori di un procedimento (così per le decisioni delle Commissioni per le terre incolte) e risolta, da qualche autore, nel senso di ammettere la revocabilità fintanto che l'autorità che li pose in essere continua a disporre di una potestà in ordine all'oggetto di cui si tratta, fino a tanto cioè che non si siano ancora realizzati quegli elementi giuridici in funzione dei quali l'azione di quell'autorità era destinata ad operare¹⁶⁰.

In realtà, anche qui s'impone una visione unitaria del problema¹⁶¹, basata sulla considerazione della posizione e fisionomia degli organi contenziosi e sulla natura della loro attività.

Nella stragrande maggioranza dei casi le decisioni sono effetto dell'attività di organi la cui competenza è limitata appunto all'emanazione delle decisioni: essi non hanno cioè competenza generale rispetto all'affare di cui si tratta, cioè competenza ad accertare, prima, la sussistenza delle condizioni cui la legge subordina il verificarsi di un determinato mutamento giuridico e di determinare, poi, tale mutamento (nel caso delle decisioni che non siano atti finali dell'operazione amministrativa). Essendo, invece, la competenza degli organi contenziosi costretta nei limiti degli accertamenti (contenziosi). La potestà degli organi stessi si esercita e si esaurisce nell'emanazione degli accertamenti: una volta adempiuto tale loro specifico compito gli organi contenziosi non hanno più alcun potere rispetto al rapporto di cui si tratta, e nemmeno, quindi, il potere di revoca, dell'accertamento. Salvo che nei rarissimi casi in cui gli organi contenziosi sono gli stessi organi dell'amministrazione aventi competenza generale sul rapporto e in cui, pertanto, gli esposti principi non valgono, occorre concludere, quindi, per la irrevocabilità delle decisioni.

Tale conclusione può essere convalidata da ulteriori osservazioni. Funzione delle decisioni è di pervenire, in via contenziosa, all'accertamento vincolante di determinati fatti, condizioni, e qualità, previsti dalla legge in via astratta: l'accertamento integra, come s'è visto sopra, la legge, rendendo concreta la volontà astratta di essa. Ma questa funzione integrativa (se in pratica consente un largo margine di oscillazioni nella valutazione della sussistenza di tali fatti, condizioni e qualità) è adempiuta con un'attività non discrezionale ma vincolata¹⁶²; in quanto per la legge esiste un'unica soluzione che sia conforme alla sua volontà e tale soluzione è proprio quella la cui individuazione è conferita agli organi contenziosi; a sua volta, poi, l'accertamento incluso nella decisione è vincolante perché l'amministrazione si deve ad esso, nella successiva attività, scrupolosamente attenere. Ora da una parte la natura vincolata dell'accertamento¹⁶³, dall'altra la presunzione di verità che è conseguenza della natura vincolante dell'accertamento ribadiscono la irrevocabilità delle decisioni. Se la verità per la legge è una, quella cioè pronunciata dall'organo contenzioso, a seguito del procedimento contenzioso, non si può pensare che queste verità si moltiplichino per effetto di ritrattazioni e revoche. Tutt'al più, l'analogia, anche qui tutt'altro che lieve, con la sentenza può consentire l'applicazione delle norme vevolevoli per la revocazione, istituto diretto appunto a render

¹⁵⁹ FORTI, *La revocabilità dei decreti emessi su ricorso gerarchico*, in Foro it., 1007, III, 48; RESTA, *La revoca* cit. 219; RAGNISCO, *I ricorsi* cit., 266; ALESSI, *La revoca* cit., 184; VITTA, *Dir. Amm.*, cit., I, 446; RAGGI, *La revocabilità dei provvedimenti emessi su ricorso gerarchico*, in Riv. amm., 1948, 79.

¹⁶⁰ SANDULLI, *Spunti* cit., 7. La revocabilità delle decisioni delle Commissioni di epurazione è stata sostenuta da PERETTI GRIVA *op. loc. cit.*, ma forse con non esatta percezione delle differenze tra revoca e revocazione.

¹⁶¹ Valevole, s'intende, solo quando manchino al riguardo specifiche prescrizioni legislative come ad esempio per le decisioni dei Consigli di leva che sono revocabili sotto l'osservanza di determinati termini e modalità. (art. 66 T. U. 8 settembre 1982 sul reclutamento dell'esercito e art. 80 T. U. 28 luglio 1982 sulla leva marittima). Altre volte la legge provvede nel senso di stabilire meccanismi di impugnazione delle decisioni, come si è visto per le decisioni in materia di epurazione e di terre incolte.

¹⁶² Sulla natura di atti vincolati degli accertamenti cfr VITTA *Diritto amm.* Cit. I, 394

¹⁶³ Sulla irrevocabilità degli atti vincolati cfr VITTA *Dir Amm.*, cit. 87

possibile la formulazione eccezionale di un nuovo giudizio nei casi in cui la presunzione di verità che sta a base della sentenza è manifestamente mal fondata¹⁶⁴.

Applicazione dei suddetti principi può farsi specificamente per le decisioni su ricorso gerarchico, tenendo presenti le particolari caratteristiche di tali procedimenti contenziosi. Occorre, al riguardo, fare delle distinzioni. Se si tratta di ricorso gerarchico improprio non può dubitarsi della irrevocabilità della decisione; l'autorità che ha deciso questo ricorso ha esaurito il suo potere con la pronuncia della decisione, nè può in alcun modo ritornarvi sopra.

Ma se si tratta invece di ricorso gerarchico proprio, il potere generale che ha, sempre il superiore gerarchico di riesaminare l'atto dell'inferiore, non consente di ritenere esaurito il potere del superiore, in ordine all'oggetto con la pronuncia della decisione. La decisione appare revocabile per motivi di illegittimità o di opportunità. I principi propri delle decisioni amministrative rientrano in vigore però per la revoca per motivi di opportunità di una decisione fondata su motivi di legittimità; in tal caso l'impostazione della controversia e la sua soluzione pongono dei limiti ai poteri dell'Amministrazione¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Sulla revocazione nel diritto amministrativo cfr. FORTI, *La revocazione nei ricorsi amministrativi*, in *Giur. It.* 1908, IV, 248; DE VALLES, *La revocazione degli atti ammin.*, in *Foro it.*, 1919, 111, 178. Conforme all'opinione sostenuta nel testo è quella del GIANNINI. M. S. *Decisioni contenziose cit.*, 826. Con l'opinione esposta nel testo non si intende aderire alla tesi della applicabilità agli atti amministrativi dei concetti di cosa giudicata sostanziale e formale (cfr. BERNATZE, *op. cit.* per la critica di tale teoria: cfr. CAMMEO, *La definitività degli atti amm.* In *Giur. it.*, 1911, III, 1; Idem, *Commentario cit.*, 94, 178, 502 ; TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amm.*, Padova, 1986, 197; RESTA, *La revoca cit.*, 78 ma solo rilevare che esistono atti amministrativi la cui analogia con le sentenze è così forte da suggerire l'estensione ad essi di istituti foggianti dal diritto per gli atti giurisdizionali.

¹⁶⁵ RAGGI, *La revoca del provvedimento*, op cit., 89