

SANTI ROMANO NEL TRATTATO ORLANDO

SOMMARIO: 1. Gli scritti raccolti. — 2. I diritti pubblici soggettivi. — 3. Santi Romano e la giustizia amministrativa; il problema della definizione dei caratteri della quarta sezione del Consiglio di Stato. — 4. Il sindacato solo giustiziale sul provvedimento: antiche teorie e nuove potenzialità. — 5. Le giurisdizioni speciali amministrative. — 6. Santi Romano e i poteri del giudice ordinario sul provvedimento. — 7. I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative. — 8. Giudice civile, giudice amministrativo e amministrazione. — 9. Il Comune: cenni generali. — 10. Il Comune: i suoi caratteri essenziali, e il suo rapporto con lo Stato.

1. Prosegue con questo volume la ripubblicazione, presso la Casa editrice Giuffrè, almeno di parte dell'opera di Santi Romano: dopo l'edizione postuma, del 1988, dell'*Italienisches Staatsrecht* (1914), e dopo la riedizione, del 1990, dei due tomi degli esauritissimi *Scritti minori* (la prima edizione, curata dal suo allievo Guido Zanobini, era del 1950).

Questo tomo contiene i quattro contributi che l'autore diede al *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, che intraprese e diresse il suo Maestro, Vittorio Emanuele Orlando.

Anzitutto, *I diritti pubblici soggettivi* (nel vol. I del *Trattato*), del 1897. Sostanzialmente, la tesi con la quale si era laureato l'anno prima, appena ventunenne (era nato, infatti, nel 1875); e che pubblicò con queste nuove collocazione e veste, presentandosi, modestamente, come dottore.

Poi, *Le giurisdizioni speciali amministrative* (nel vol. III del *Trattato*), del 1899: ma che firmò fregiandosi del titolo, conseguito l'anno prima, di *Libero docente di diritto amministrativo presso la R. Università di Palermo*.

Quindi, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative* (ugualmente nel vol. III), dello stesso anno, ma successivo di qualche mese: e nel quale poté qualificarsi come professore dell'Università di Camerino (allora, libera), dove nel frattempo, gli era stato assegnato l'insegnamento della medesima materia.

Infine, il *Comune (parte generale)* (nel vol. II, parte I), del 1908:

che firmò come professore della R. Università di Modena, dove era passato nel 1902, alla cattedra di diritto costituzionale; e col titolo di professore ordinario, conseguito nel 1906 (per più ampie notizie bio-bibliografiche sull'autore, v. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione generale*, nel volume da lui curato *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1977; e, precedentemente, la commemorazione che di esso, morto nel 1947, nel 1948 tenne l'ORLANDO all'Università di Roma, ripubblicata in ambedue le edizioni degli *Scritti minori*; nonché, *ibid.*, la *Premessa alla raccolta*, dello ZANOBINI; cfr. anche GIOVANNI MIELE, *Stile e metodo nell'opera di Santi Romano*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1987, vol. I, 339).

La comune collocazione nel *Trattato Orlando* di questi quattro lavori di SANTI ROMANO può costituire già una prima spiegazione della loro ri-edizione in un unico volume, e in un volume dedicato solo ad essi. Tanto più che tutti gli altri suoi studi del medesimo periodo sono raccolti nei due volumi degli *Scritti minori*, tranne l'ovvia eccezione dei *Principi di diritto amministrativo* (1° ediz.: 1901; 2° ediz.: 1906; seguirà, poi, la 3° ediz. nel 1912).

Ma di questa scelta editoriale vi è una ragione più sostanziale: l'intrinseca unitarietà del pensiero dell'autore, così come si è formato e si è manifestato in quei medesimi anni, e che si rifletterà poi in tutta la sua opera successiva. E, d'altronde, è questa scelta editoriale che concorre a rendere evidente questa unitarietà. Ossia: la marcata matrice liberale che la ispira; che si è tradotta in una corrispondente impostazione delle sue analisi e delle sue ricostruzioni giuridiche degli istituti di volta in volta considerati, anche se, come si dirà, non ne condizionerà aprioristicamente gli esiti.

Inoltre, in questi scritti, e, naturalmente, soprattutto ne *Il Comune*, emerge la progressiva maturazione dell'opera maggiore: *L'Ordinamento giuridico*, comparso nel 1917 in due fascicoli degli *Annali delle Università toscane*, e, nel 1918, in un volume edito a Pisa (è del 1946, la seconda edizione, col testo inalterato, ma con ampie note nelle quali l'autore dà conto dei consensi e delle critiche manifestate sull'opera, prendendo posizione nei loro confronti). Come è ben noto, della sua teoria istituzionale, sono state date interpretazioni non solo diverse, ma anche, talvolta, del tutto antitetiche: da chi vi vede l'esaltazione dello Stato, e da chi vi coglie, viceversa, la valorizzazione di istituzioni e ordinamenti giuridici non statuali. Qui si vorrebbe osservare, senza prendere posizione al riguardo, che, per certi aspetti,

il significato dell'opera può essere chiarito e arricchito dal suo inquadramento nell'insieme degli scritti dell'Autore che ne precedettero e ne accompagnarono la formulazione, e dalla ideologia che li permeava: quella liberale, appunto.

E di un liberalismo venato da un senso acuto della identità nazionale, anche se certo non da un eccessivo nazionalismo: è questo un altro profilo di cui si deve tenere conto, come di un elemento non secondario per inquadrare l'intera opera di SANTI ROMANO. È un aspetto che traspare, in particolare, dagli scritti fino alla prima guerra mondiale. Come appare naturale, sol che si rifletta che quelli erano gli anni nei quali l'idea dell'Italia come Nazione era molto presente e sentita nella classe all'epoca dirigente (non per niente il suo maestro era VITTORIO EMANUELE ORLANDO), era allora più fioriera di speranze, e ancora non aveva mostrato i limiti e incontrato gli insuccessi della storia successiva; e che quelli erano gli anni nei quali l'autore poteva coniugarla senza troppe frizioni col suo liberalissimo di fondo. Senso dell'identità nazionale, che, forse, troverà solo vari anni dopo la sua espressione più esplicita, pur in una prospettiva di graduale costruzione di organizzazioni sovra-nazionali: nel discorso *Oltre lo Stato*, inaugurale dell'anno accademico 1917-18 (la datazione è quanto mai significativa!), presso l'Istituto Cesare Alfieri di Firenze (ora in *Scritti minori*: 1° ediz., I, 345; 2° ediz.: I, 419). Ma che è sottinteso fin dall'inizio della sua vita di studioso, fin dai suoi *Diritti pubblici soggettivi* qui ripubblicati: nel modo col quale egli imposta i rapporti tra la dottrina italiana e quella europea; che conosce perfettamente, tanto che già in quello scritto, come nei suoi altri del primo periodo, vissuto nella Palermo di fine ottocento così aperta alle relazioni internazionali, non vi è nulla, proprio nulla di provinciale; e nei cui confronti non sente alcun complesso di inferiorità: tanto che, si può supporre, è anche per una sollecitazione ad influenzarla, che abbia poi accettato di scrivere per i lettori di lingua tedesca il *Diritto pubblico italiano*.

2. Dunque, anzitutto *I diritti pubblici soggettivi*: sostanzialmente, la sua tesi di laurea, come si è detto. E, quindi, la sua prima monografia: anche se non il suo primo scritto scientifico in assoluto (v., infatti, *Del concetto di istituzione di pubblica beneficenza*, che è del 1894, ora in *Scritti minori*, 1990, II, 1; e, del resto, è dello stesso 1897 la voce *Decentramento amministrativo*, nell'*Enciclopedia giuridica italiana*, ora *ibid.*, 7).

Nella quale, tuttavia, già compaiono alcuni tratti assai salienti della sua opera, che caratterizzeranno anche tutti i suoi studi successivi.

In primo luogo, l'ampiezza della letteratura con la quale dialoga: soprattutto tedesca, ma non solo. La prima citazione è da OTTO MAYER, e il suo interlocutore principale è WALTER JELLINEK, cui si doveva allora, ed anzi allora era stato pubblicato di recente, il più importante lavoro monografico sulla materia.

Quindi, appunto, come si è anticipato, l'autonomia scevra di ogni timidezza, con la quale valuta i contributi di autori tanto celebrati, di dottrine nazionali considerate tanto superiori alla nostra dell'epoca, quasi egemoni nei suoi confronti: dalla reinterpretazione dell'opera di GERBER contro le tesi che tanti autori tedeschi ne facevano derivare, nel senso della negazione della configurabilità di diritti soggettivi pieni di cittadini verso lo Stato, alle proposte di modifiche e correzioni ai risultati pur tanto importanti cui WALTER JELLINEK era pervenuto. Autonomia che, per la sua giovane età, e quindi, relativa inesperienza, difficilmente e, comunque, solo parzialmente poteva essere fondata sulla consapevolezza e sull'affermazione del proprio valore personale: molto di più, sembra, si doveva basare su quelle del valore della scuola cui apparteneva; e della cultura nazionale di cui era espressione: di cui intendeva accrescere l'autorevolezza nei confronti delle altre.

Inoltre, e soprattutto, i fattori più intrinseci e decisivi del suo pensiero.

La specificità del metodo giuridico: come tecnica specifica di ricostruzione dei contenuti di discipline di situazioni e rapporti le quali possono aggettivarsi analogamente, in quanto effettivamente vigenti; con una impostazione già foriera, almeno entro certi limiti, di quella compiuta concezione di una teoria generale del diritto che troverà espressione nell'*Ordinamento giuridico*.

E quelli che oggi si direbbero i valori sottesi al sistema giuridico. Ma che tali oggi si direbbero, con un linguaggio moderno, che, tuttavia, gli era del tutto estraneo: che, anzi, avrebbe risolutamente rifiutato. Almeno in quanto il loro richiamo suggerisca l'adozione di metodi argomentativi che avrebbe considerato radicalmente anti-scientifici. E in quanto possa giustificare una ricostruzione degli assetti giuridici vigenti che venga ricavata direttamente da quei valori medesimi posti come degli *a priori*; ossia dedotta da qualcosa d'altro

che dall'indagine spassionata e oggettiva del diritto che positivamente tali assetti conforma.

È dall'analisi di questo, e solo da essa, infatti, che SANTI ROMANO fa derivare l'affermazione centrale: il cittadino, nei confronti dello Stato, può vantare una protezione giuridica di suoi interessi, che talvolta assurge ai caratteri di un vero e proprio diritto soggettivo pieno. Acquista subito risalto, così, quello che sarà poi un profilo continuamente emergente nell'intera sua opera: la tendenza alla parificazione della posizione dell'amministrazione rispetto a quella dei privati. Non, ovviamente, nel senso della identità delle loro capacità giuridiche: giacché, anzi, è sempre stata una componente costante del suo quadro dogmatico, il rilievo che la prima persegue interessi collettivi e non solo individuali, e, quindi, dispone, deve disporre delle maggiori potestà che l'ordinamento le attribuisce come necessarie a tal fine. Ma nel senso della uguale subordinazione di fronte alla legge: che è misura e limite della capacità dell'una non meno che della capacità degli altri.

Di qui, una visione dei suoi rapporti con lo Stato medesimo, di cui è evidente il carattere liberale. Ma senza alcun apriorismo alle esigenze del cui rispetto debbano piegarsi perciò gli esiti di una successiva ricerca giuridica: perché, al contrario, tale visione viene ad emersione solo come strettamente conseguente da questi.

Comunque, tanto lo Stato nei confronti del cittadino, che il cittadino nei confronti dello Stato vengono delineati da SANTI ROMANO come titolari di diritti soggettivi. Come soggetti di diritti, e, quindi, di diritto. I cui rapporti reciproci, naturalmente, sono regolati da regole giuridiche: secondo il principio di legittimità intrinseco a tutta la sua opera. Regole giuridiche, che, altrettanto naturalmente, fanno parte dell'ordinamento statale. È da questo punto di vista, allora, che vengono così poste le basi di una distinzione che sembra oggi di importanza decisiva per la soluzione di tanti problemi di diritto pubblico; che, anzi, in questo scritto viene già delineata *in nuce*, anche se nel pensiero dell'autore, troverà più compiuta e precisa definizione solo successivamente (come si vedrà, poi, già a proposito della monografia su *Il Comune*). Quella tra lo Stato inteso come soggetto di un ordinamento: dell'ordinamento, come si è ricordato, che lo definisce, ossia che tanto gli attribuisce come gli limita la sua capacità giuridica e i suoi poteri; che delinea la capacità giuridica e i poteri anche di esso e non solo dei soggetti privati: che, quindi, per questa

onnicomprensività sotto il profilo soggettivo della trama dei rapporti cui dà assetto, ben merita l'appellativo di generale. E questo ordinamento stesso, che pur soggettivando lo Stato come sua persona giuridica, come una delle strutture cui attribuisce questa qualità oltre che agli enti privati e agli individui, è attraverso il riferimento di esso al medesimo Stato che viene definito, ed è mediante questa appartenenza che viene qualificato. Quindi, Stato-persona soggetto dell'ordinamento che viene detto dello Stato; e ordinamento dello Stato nel quale lo Stato-persona si atteggia come soggetto: come uno dei soggetti, anche se il più importante, il maggiore, e il dominante; ma solo in un certo senso, e solo entro i limiti che tale ordinamento, pur essendo il suo ordinamento, ciò nonostante gli pone.

3. Seguono i due studi di giustizia amministrativa: che costituiscono quasi tutto quello che SANTI ROMANO scrisse in materia, oltre alle pagine che le dedicò nelle trattazioni generali, dai *Principi di diritto amministrativo* ai *Corsi*.

Di questo relativo silenzio successivo, si possono supporre vari motivi. Sicuramente vi concorse il ruolo che svolse per tanti anni, di Presidente del Consiglio di Stato: per l'inopportunità della esposizione da parte sua in sede scientifica, su di una materia che, ben più di ogni altra, era di quotidiana applicazione giurisprudenziale, di opinioni che avrebbero potuto essere fatte valere da chi vi avesse di volta in volta interesse, davanti a collegi giudicanti appartenenti alla istituzione che presiedeva.

Ma questa spiegazione non può apparire esauriente. Si può intuire che con la ragione adombrata, ne abbia concorso almeno un'altra, sembra preponderante, e, comunque, ben più intrinseca al pensiero dell'autore: relativa allo sviluppo degli istituti nati dalla riforma del 1889, che prese la strada opposta a quella che egli avrebbe preferito. Perché aveva sostenuto decisamente la tesi del carattere amministrativo, e non giurisdizionale del sindacato sull'attività dell'amministrazione che tale riforma attribuì alla Quarta Sezione del Consiglio di Stato: s'intende, in generale, e a parte i singoli casi nei quali per particolare disposizione legislativa, tale organo giudicava come giurisdizione speciale amministrativa. Ed egli espresse vivacemente questa sua opinione proprio in numerosi passi di ambedue gli scritti che ora si considerano; e, soprattutto, in quelle pagine de *I conflitti* (395 ss.), nelle quali esamina *ex professo* la questione allora in-

candescente, della possibilità dell'annullamento delle decisioni di tale Sezione, per incompetenza ed eccesso di potere (nel vecchio significato di questi termini, che egli accuratamente ricostruisce: pagg. 386 ss.), da parte della Cassazione romana, con l'applicazione ad esse dell'art. 3, n. 3, della legge del 1877: possibilità che egli criticò con forte vivacità.

Qui egli delineò con grande lucidità anche quale avrebbe dovuto essere la disciplina dell'intera materia che sarebbe conseguita dall'accoglimento dell'orientamento respinto definitivamente dal legislatore nel 1907: del resto, in armonia con l'assetto che ai rapporti tra provvedimenti e decisioni amministrative da un lato, e poteri del giudice ordinario dall'altro, impresse già la legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Le decisioni della Quarta Sezione, in quanto atti amministrativi, non avrebbero potuto interferire con le sentenze della giurisdizione civile; quindi avrebbero potuto riguardare anche « ...tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico... ». Ma, sempre in quanto atti amministrativi, sarebbero state sottoposte al sindacato di qualsiasi giudice ordinario, e sia pure sotto il solo profilo della lesione da parte loro di diritti soggettivi; anche se nei confronti di esse questo avrebbe dovuto rispettare il divieto di annullamento e di revoca previsto dall'art. 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo (ma si vedrà tra poco quanto restrittivamente l'autore lo interpretò).

Da questa ricostruzione alternativa a quella che si affermò, risaltano in filigrana almeno alcune delle ragioni che mossero la Cassazione romana a sostenere fin dagli ultimi anni del secolo la soluzione del carattere giurisdizionale delle decisioni suddette: fino quasi a imporla al legislatore stesso, che, come si è ricordato, la adottò esplicitamente nel 1907. Perché tale soluzione costituiva la base insostituibile della negazione della competenza della Quarta Sezione in materia di diritti soggettivi. Conseguenza assai importante, anche se non obbligata da tale premessa, come cercò di dimostrare, tra gli altri, VITTORIO SCIALOJA: ma che la Cassazione romana ciò nonostante trasse, facendo salva l'esclusività della tutela di tali diritti da parte dei giudici ordinari (col rischio di uno svuotamento della rilevanza della riforma: pag. 397; rischio tuttavia poi del tutto evitato per l'ampiezza degli spazi di sindacato sull'azione dell'amministrazione che comunque tale sezione, e poi la quinta, e infine la sesta, riuscirono ad aprirsi; ed ora i tribunali amministrativi regionali, ma in un

quadro sistemico che ormai ha ben poco di quello originale). E, inoltre, tale soluzione le assicurava il monopolio del giudizio su quelle decisioni medesime: quindi, della gestione del rapporto con la giurisdizione ordinaria, ed anche con le giurisdizioni speciali, dei nuovi istituti di giustizia amministrativa (nel 1890, come si ricorderà, furono istituite anche le giunte provinciali amministrative); e, di qui, del controllo dell'ampiezza del loro ruolo. E, infine, ma forse soprattutto, le consentiva di attribuire alle proprie sentenze nei confronti di tali decisioni, quell'effetto radicalmente annullatorio altrimenti precluso, come si è detto, dal citato art. 4 della l.a.c.

È ben noto quanto le polemiche accesissime di quegli anni, in particolare tra Cassazione romana e Consiglio di Stato, non rimanesero limitate al piano della mera interpretazione delle disposizioni vigenti: tenessero conto anche dei vantaggi e degli svantaggi pratici derivanti dall'una o dall'altra soluzione, ed anzi ne subissero fortemente le sollecitazioni, fino a trascendere ad impostazioni che oggi diremmo tipiche della c.d. politica del diritto. E SANTI ROMANO, anche se solo dopo aver sostenuto col più puro metodo giuridico la tesi che riteneva più fondata, non mancò di prendere posizione anche da questi altri punti di vista: con osservazioni assai interessanti (in vari passi, tra cui: pagg. 191 ss., 406 ss.), in ordine a certi profili di superiorità, su di un sindacato sul provvedimento che abbia carattere strettamente giurisdizionale, di uno che, pur con maggiore consistenza e spessore di quello proprio dei tradizionali ricorsi amministrativi, anche del ricorso straordinario, rimanesse comunque di natura solamente giustiziale (al riguardo, ci sia consentito rinviare a *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione, Dir. proc. amm.*, 1994, 635). Naturalmente, e in perfetta armonia con la sua visione dei rapporti tra il soggetto pubblico (oggi diremmo: tra i soggetti pubblici), e i soggetti privati, sempre dall'angolazione delle esigenze di tutela di questi: di cui quei profili avrebbero consentito migliore e più ampia soddisfazione.

4. Certamente, la natura soggettivamente e oggettivamente giurisdizionale di quel che oggi è il complesso Consiglio di Stato-Tribunali amministrativi regionali, e della funzione da essi esplicata, appare da lungo tempo irreversibilmente consolidata: non solo nelle disposizioni legislative, ma anche nella nostra cultura giuridica e negli assetti fattuali delle nostre istituzioni (che è quel che più conta).

Certamente, la dottrina del giudizio amministrativo ormai ha acquistato la dignità di una vera dottrina processualistica. Certamente, essa, e gli orientamenti della giurisprudenza sul medesimo oggetto, in una continua interazione reciproca, hanno esercitato una grande influenza su tale giudizio: fino a conformarlo, ormai, come un vero processo; e come un processo di parti, addirittura in senso sostanziale. E chi tenesse conto solo di tali fattori, della rilevanza di quella antica posizione di SANTI ROMANO (ma anche di non pochi e non secondari altri autori), sarebbe costretto ad una valutazione assai riduttiva: essa riguarderebbe una alternativa di articolazione del nostro sistema comunque dualistico di giustizia amministrativa (del resto essa stessa, oggi, in via di radicale superamento), ormai scartata da quasi un secolo; e quindi di interesse solo per chi intendesse ricostruirne la storia, e meglio comprendere il senso della sua effettiva evoluzione.

Ma questo angolo visuale potrebbe rivelarsi troppo limitato.

Da un lato, infatti, esso non tiene conto di alcuni dati che, come si è prima ricordato, SANTI ROMANO aveva già notato: di quei profili sotto i quali un sindacato sul provvedimento che non sia ancora di carattere giurisdizionale, può risultare più soddisfacente dal punto di vista della tutela degli interessi individuali, di uno che, viceversa, lo sia diventato pienamente. In particolare, tra gli altri, la minore consistenza richiesta a tali interessi, perché possa essere riconosciuto loro il ruolo di legittimazione del loro titolare, al ricorso contro il provvedimento che li pregiudichi; e la maggiore larghezza dei parametri mediante i quali l'organo giudicante potrebbe valutare la legittimità di questo.

Dall'altro, come si è ricordato, è indubbio che assistiamo attualmente ad una evoluzione del complesso Consiglio di Stato-Tribunali amministrativi regionali, sotto l'aspetto strutturale, nel senso di una sempre più completa realizzazione di tutti gli sviluppi una volta solo potenziali derivanti dalla già antica giurisdizionalizzazione della funzione esercitata dalla Quarta (e Quinta) Sezione, disposta dal legislatore del 1907. E del giudizio celebrato dinnanzi ad esso, nel senso della sua quasi « civilprocessualizzazione »: nel senso, cioè, che la sua disciplina, ai nostri tempi, viene sempre più definita con concetti dogmatici, e arricchita di istituti relativamente analoghi da quelli del processo civile; di più: e con un tecnicismo di livello sempre meno remoto da quello del tecnicismo della cultura processualistica maggiore.

Di questa evoluzione non si vogliono certo disconoscere i tanti fattori sicuramente tanto positivi soprattutto per il cittadino, di cui ha reso possibile l'acquisizione. Ma si deve notare che essa ha comportato almeno una conseguenza negativa qui rilevante: la formazione di spazi nei quali una tutela strettamente giurisdizionale contro gli effetti del provvedimento non copre tutte le domande di sindacato su di questo; o, quanto meno, le copre solo assai problematicamente. Soprattutto, proprio sotto i due profili prima posti in rilievo.

Quanto al primo aspetto concernente la legittimazione al ricorso, infatti, si pensi agli esiti tutto sommato deludenti, pur se in una prospettiva prettamente processualistica tutt'altro che privi di giustificazione dogmatica, della vicenda relativa agli interessi c.d. diffusi; e anche di quella relativa agli interessi di cui si faccia carico un soggetto collettivo (si ricordino, per esempio, le varie pronunce che negano la legittimazione a ricorrere in materia ambientale ad associazioni non riconosciute ai sensi dell'art. 13 della l. 349/86; e anche a queste medesime, in materie diverse).

E, quanto al secondo aspetto concernente l'ampiezza dei parametri di sindacato della legittimità del provvedimento impugnato, si pensi alle tendenze restrittive emergenti in tante pronunce e in tante prese di posizione dottrinali (e affioranti, ormai, anche nella legislazione: si veda l'art. 8, quarto comma, della legge sul procedimento amministrativo), a proposito della deducibilità dei motivi di ricorso contro un provvedimento i cui effetti siano lesivi di un interesse individuale: che tali effetti si presuppone che debba esplicitare necessariamente, a pena della inammissibilità della sua impugnazione. Nel senso della maggiore valorizzazione della violazione da parte del provvedimento medesimo, delle norme più connesse con la tutela sostanziale dell'interesse suddetto: quindi, con una progressiva svalutazione, latente ma non poi troppo, della violazione da parte sua, di altre. A cominciare dai riparti di competenza amministrativa, almeno di quelli solo interorganici; anche qui, con un mutamento dei caratteri dell'attuale processo amministrativo, che appare ora retto da categorie concettuali che si distaccano sempre più da quelle del vecchio e semplice giudizio amministrativo, per sempre più avvicinarsi a quelle del ben più complesso processo civile.

Chi leggesse le pertinenti pagine di SANTI ROMANO non potrebbe trovare puramente casuali queste implicazioni della pur posi-

tiva evoluzione descritta. Ma, al contrario, le dovrebbe considerare scontate; e conferma delle sue tesi.

Le quali pagine dovrebbero essere rimediate proprio in questi anni che sono state, e che potrebbero ancora essere di riforme anche radicali del nostro sistema di giustizia amministrativa. Perché queste tendono ad imprimere ulteriore sviluppo alla evoluzione ricordata: del resto auspicata e sollecitata da tante voci e da varie posizioni pure istituzionali. Non si può essere sicuri che tale ulteriore sviluppo possa portare all'acquisizione di altri vantaggi paragonabili a quelli fin qui conseguiti; e, anzi, pare possibile che esso presenti risvolti negativi anche sotto profili diversi da quello qui considerato in particolare. Non pare dubbio, comunque, che esso ampliherebbe ancora di più gli attuali spazi di azione amministrativa non soggetti, o soggetti solo problematicamente, ad una revisione più satisfattiva di quella operabile attraverso i tipici ricorsi amministrativi (dato, e non concesso, che oggi essi siano rimasti meno lontani dal più duttile modello ricordato): fino alla formazione di una domanda di tutela che potrebbe trovare qualche riscontro in quella che emerse dopo il 1865, e fino al 1889. Per la cui soddisfazione, allora, diventerebbe necessaria l'istituzione di altre forme di sindacato. Le quali non potrebbero essere che solo giustiziali, come indicano i segni ancora deboli ma non trascurabili, di rivitalizzazione del ricorso straordinario; ma che, dovendosi differenziare dai ricorsi suddetti, non potrebbero avere che quei caratteri che avrebbe dovuto assumere la funzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato nell'alternativa di soluzioni risultata storicamente perdente: secondo il pensiero di SANTI ROMANO, e degli altri autori di analogo orientamento.

Si può aggiungere, anzi, che simili forme di sindacato solo giustiziale sul provvedimento oggi potrebbero essere più valorizzate dalla collocazione che ormai potrebbero assumere: come ulteriore fase di quel procedimento attraverso il quale tale provvedimento si è formato, ora ben più compiutamente regolato di allora. Come ulteriore vicenda di un diretto rapporto tra cittadino e amministrazione, che la migliore disciplina del procedimento medesimo dovrebbe aver consentito di svolgersi ampiamente già in esso: di un diretto rapporto tra cittadino e amministrazione, naturalmente intesa globalmente come istituzione unitaria, e non solo come organo o come organi procedenti ed emananti.

Simili forme di sindacato solo giustiziale, inoltre, potrebbero ri-

velarsi uno strumento prezioso anche sotto un diverso punto di vista: come fattori di deflazione dell'attuale domanda di tutela prettamente giurisdizionale, ancora insostenibile, sembra, pur dopo il passaggio alla giurisdizione civile della maggior parte del contenzioso sul rapporto di impiego con le amministrazioni. Anche senza che il legislatore ordinario arrivi a configurarle come condizione necessaria per questa: con una scelta che, del resto, noti orientamenti della Corte costituzionale relativi alla (scarsa) possibilità da parte sua di imporre ricorsi amministrativi previ a quelli giurisdizionali, gli consentirebbero solo in termini notevolmente ristretti.

5. È già ne *Le giurisdizioni speciali amministrative*, comunque, che SANTI ROMANO espone diffusamente le tesi ricordate sul carattere solo amministrativo delle funzioni svolte in generale dalla quarta sezione del Consiglio di Stato.

Va spiegato come la trattazione di questo tema in questa sede gli sia stata possibile. Giacché nella distribuzione degli argomenti tra gli autori del vol. III del *Trattato Orlando*, fu il direttore e capo-scuela stesso a riservarsi l'esposizione di quella materia. Ma questa ripartizione di compiti non impedì a SANTI ROMANO di esprimere in proposito tutte le opinioni che teneva a sostenere, su tutti gli aspetti che gli premeva considerare delle funzioni suddette: attraverso il paragone, il rilievo di differenze e di analogie per ciascuno di essi, in riferimento ai profili simmetrici delle funzioni delle giurisdizioni speciali amministrative che era di sua stretta competenza trattare. In tal modo, nello scritto cui ora si fa specifico riferimento, si rinven- gono spunti preziosi per la ricostruzione del pensiero dell'autore, sugli allora nuovi istituti di giustizia amministrativa, assai importanti anche per la comprensione dei loro successivi sviluppi: non solo sul problema di fondo della loro natura cui si è già accennato, ma anche su mille altri.

Non avrebbe senso sintetizzare in questa *Presentazione*, tutte le articolate analisi che delle giurisdizioni speciali amministrative che SANTI ROMANO svolse, tutte le questioni che sollevò e affrontò nel modo più esauriente: fino a porsi perfino la domanda, per esempio, della configurabilità di una giurisdizione amministrativa volontaria, ad *instar* di quella civile (pag. 194 ss.).

Però sembra opportuno ritornare ad una osservazione generale: già in questo lavoro, appaiono portati a completa maturazione alcuni

decisivi aspetti del metodo giuridico dell'autore, che si ritroveranno poi costanti in tutta la sua opera. Ossia: l'acutezza delle sue distinzioni e delle sue impostazioni dei vari problemi considerati; e, quindi, la precisione e la chiarezza delle definizioni e delle soluzioni sostenute. Certo, egli talvolta ammette che date tesi siano opinabili. Ma circoscrive i dubbi solo ad alternative che aveva prima nitidamente delineate: con un rifiuto assoluto di lasciare termini di questioni in coni d'ombra; e meno che meno di affidarne la soluzione a metafore che, per quanto apparentemente significative, si rivelino poi oscure o giuridicamente indeterminate. Da questo punto di vista, sono esemplari le pagine che dedica alla nozione di base di giurisdizione speciale, di tanta attualità ancor oggi (pagg. 144 ss.); a quella di giurisdizione speciale che possa dirsi anche amministrativa (pagg. 167 ss.); ai diversi tipi di giurisdizioni speciali amministrative (pagg. 231 ss.); e ai diversi loro rapporti con la giurisdizione ordinaria, la giustizia amministrativa e l'amministrazione attiva (pagg. 243 ss.).

Ne deriva un quadro della materia il cui interesse attuale non può dirsi intaccato dai dati oggi vigenti: dal divieto delle istituzioni di nuove giurisdizioni speciali contenuto nell'art. 102, secondo comma, della vigente Costituzione, e dai limiti, interpretati e applicati peraltro abbastanza largamente da una nota giurisprudenza della Corte costituzionale, entro i quali essa consente la sopravvivenza delle preesistenti. Perché i principi allora esposti in riferimento alle numerosissime giurisdizioni speciali amministrative sussistenti all'epoca, mantengono intatta la loro rilevanza per la ricostruzione della disciplina delle relativamente poche sopravvissute.

6. D'altra parte, SANTI ROMANO, sempre nel *Le giurisdizioni speciali amministrative*, prese posizione anche su vari problemi della giurisdizione civile nei confronti dell'amministrazione. Neppure qui, naturalmente, la materia gli apparteneva: nel medesimo volume III era stata affidata a GIOVANNI VACHELLI. Ma vi interlocuì, con lo stesso metodo e con la stessa giustificazione che gli avevano consentito di esprimere le proprie opinioni a proposito delle funzioni della quarta sezione del Consiglio di Stato; e con la stessa libertà di valutazione, e con la stessa ampiezza di analisi.

Almeno di una delle tesi che sostenne in proposito, non si può non fare qui richiamo: di quella che affermò sul problema, cruciale e

tormentatissimo allora come ora, dei poteri del giudice civile nei confronti del provvedimento lesivo del diritto (pagg. 264 ss.). E che impostò con una angolazione di cui oggi ci colpisce l'originalità, rispetto alle idee attualmente correnti in proposito. Egli, infatti, cominciò col rilevare che questo giudice neppure nelle controversie tra privati può annullare atti ugualmente di diritto privato: se non con efficacia solo tra le parti, solo per l'oggetto dedotto in giudizio, e solo agli effetti di esso. « *Il che vuol dire che, per regola generale, il giudice non può mai procedere ad un annullamento o modificazione dell'atto privato che abbia valore per tutte le persone ed in tutti casi, ma che le sue pronuncie... debbono limitarsi o a non riconoscere obbligatorio e, quindi, a non applicare l'atto illegale o ad ordinare il risarcimento dei danni che da tale illegalità potranno essere derivati* ». È evidente quanto ampiamente e puntualmente egli, in questa diversa prospettiva, abbia potuto recuperare il contenuto essenziale delle formule degli artt. 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, valutandolo come analogo alla disciplina dei poteri decisorii del giudice civile nelle controversie sulle quali esercita la sua normale giurisdizione; almeno, alla disciplina di allora.

Attualmente, tendiamo a considerare anacronistica la preclusione imposta al giudice civile, nei confronti dell'annullamento del provvedimento (a prescindere della qualificabilità dell'atto lesivo del diritto, come già radicalmente nullo in quanto in carenza di potere); preclusione, peraltro, non solo non costituzionalizzata, ma anche, perciò, derogabile, e sempre più spesso effettivamente derogata da parte del legislatore ordinario. Ma sarebbe arbitrario ritenere, per ciò, che il legislatore del 1865 la avesse disposta, per sancire una sorta di *diminutio capitis*, di solito giustificata con la teoria della divisione dei poteri, che subirebbe quel giudice, quando si trovasse a sindacare un atto amministrativo. La rilettura, oggi, di queste pagine di SANTI ROMANO, infatti, dovrebbe farci riflettere su una notevole carenza dell'attuale dibattito sul tema: la mancata ricostruzione dei poteri che la coeva codificazione del 1865 attribuiva a quel medesimo giudice, dalla quale risulterebbe che ne esulavano, almeno in generale, effetti costitutivi in genere, e annullatori in particolare; e, quindi, la mancata impostazione del paragone con tale codificazione, e non con una successiva, di quel che gli artt. 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, consentivano al giudice ordinario nei confronti del provvedimento.

In questa più corretta prospettiva, SANTI ROMANO poteva affermare che la competenza del giudice civile « ...in rapporto ai negozi giuridici veri e propri non è in nulla più estesa di quella che l'art. 4 della legge del 1865 gli assegnava riguardo agli atti amministrativi »: con un capovolgimento della comune impostazione, oggi dominante, secondo la quale la « competenza » di tale giudice sul provvedimento sarebbe minore e meno incisiva. Anche sotto questo profilo, si conferma così l'orientamento che si è già detto costante nell'opera dell'autore: la parificazione dell'amministrazione ai cittadini, dal punto di vista della comune soggezione ad un unico ordinamento; che qui è vista *sub specie* della comune soggezione ai poteri, affermati identici nei confronti dell'una come degli altri, del giudice per eccellenza di questo.

In realtà, è stata la codificazione del 1942 ad ampliare, seppur sempre limitatamente, i poteri costitutivi del giudice civile. Emerge, così, una ragione che può spiegare la nostra percezione come di un anacronismo, della perdurante preclusione, almeno in termini generali, dell'annullamento del provvedimento in sede civile: il superamento di essa potrebbe derivare oggi quasi *naturaliter*, dalla necessità di armonizzare il ruolo della giurisdizione civile, e i poteri del suo giudice nei confronti dell'amministrazione, con quelli che istituzionalmente spettano all'una e all'altro nei confronti dei privati. Secondo una esigenza di parificazione, che in SANTI ROMANO è ben presente: tanto ne *Le giurisdizioni speciali*, che ne *I conflitti*, come si vedrà, anche se qui da un punto di vista diverso. E con una conclusione, ad ogni modo, identica a quella della più liberale delle letture della norma secondo l'impostazione più diffusa: al giudice civile non sono, né possono essere riconosciuti, nei confronti dei provvedimenti, poteri minori di quelli di cui è dotato nei confronti dei negozi di diritto privato.

Ma, di questa rilevata sensazione di anacronismo, della preclusione all'annullamento dei provvedimenti da parte del giudice civile, il relativo successivo sviluppo dei suoi poteri costitutivi nelle controversie tra privati è solo una delle ragioni, e neppure la maggiore. Perché altra è la pietra di paragone che oggi con più immediatezza poniamo in proposito: il potere annullatorio del giudice amministrativo; di un giudice la cui giurisdizione, per di più, tende a porsi sempre più come esclusiva sulle controversie con l'amministrazione. D'altra parte, nei dibattiti che accompagnano questa evoluzione, è

dominante il profilo della esigenza di attribuire al soggetto privato una tutela piena ed efficace, E, quindi, in una simile prospettiva, non è in alcun modo apprezzabile che il giudice civile, nei confronti dell'amministrazione, possa di meno di quello amministrativo; così che sul superamento in via legislativa del divieto dell'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo, o, almeno sul suo ridimensionamento largamente possibile in via interpretativa, sembra che si giuochi molto delle possibilità che ha attualmente il giudice civile, di salvare almeno quel che gli rimane di giurisdizione nei confronti dei soggetti pubblici.

Comunque, ritorniamo al pensiero di SANTI ROMANO. E ad un suo netto rilievo: che il legislatore del 1865 abbia disposto *expressis verbis* il divieto di annullamento del provvedimento, nei confronti del giudice civile, non infrange l'unità dei suoi poteri costitutivi nelle controversie tanto tra soggetti privati che tra questi e soggetti pubblici; meglio: non infrange l'unitario difetto di tali poteri. È una affermazione dalla quale deriverebbe un preciso corollario: la pleonasticità della formulazione esplicita di quel divieto medesimo. E, alla luce delle nostre comuni opinioni di oggi, potrebbe apparire sorprendente la spiegazione che l'autore diede allora, del perché il legislatore ciò nonostante abbia tenuto ad esprimerla, del resto del tutto coerente con la sua trattazione delle giurisdizioni speciali amministrative. Ossia, il legislatore la espresse, per poter rendere esplicito che al giudice civile, che con la medesima legge aveva ereditato tante competenze prima di giurisdizioni del genere, non era stato trasmesso nelle relative materie anche quei poteri annullatori di cui esse fossero in precedenza dotate. Quindi, per evitare che si verificasse un esito della riforma di allora, opposto alle più diffuse ricostruzioni della portata della norma che concorse a disporla: che il giudice civile, nei confronti dei provvedimenti, operando come le vecchie giurisdizioni amministrative speciali, si arrogasse poteri annullatori; ossia poteri non solo analoghi, ma addirittura maggiori di quelli di cui era dotato nei confronti dei negozi di diritto privato. D'altra parte, che un simile rischio fosse del tutto teorico, data la timidezza che il giudice ordinario manifestava in quegli anni nei confronti dell'amministrazione, SANTI ROMANO lo aveva ben presente: come risulta dalle forti critiche che, del resto in consonanza con assai note pagine di VITTORIO EMANUELE ORLANDO, rivolse agli orientamenti prevalsi nella giurisprudenza civile, a cominciare da quella della Cassazione ro-

mana, su quali fossero, e quanto fossero limitati, i poteri di quel giudice rispetto al soggetto pubblico. Perché considerò tali orientamenti ben troppo restrittivi; a proposito dei quali, anzi, arrivò a parlare di tendenze addirittura « reazionarie »: con una asprezza di termini che nel suo linguaggio è davvero inconsueta (pag. 266; v. anche pag. 358). Comunque, oggi siamo di fronte all'evoluzione già largamente compiuta e forse in via di completamento, del nostro sistema di giustizia amministrativa in senso monistico, a favore del giudice amministrativo; e parrebbe indubbio che, tra le varie e complesse ragioni di essa, vada annoverata l'eccessiva timidezza con la quale il giudice civile ha risposto alla domanda di tutela del privato nei confronti dell'amministrazione: se non « reazionaria », di sicuro in stridente contrasto con la grande incisività, e satisfattività, che il giudice amministrativo ha da lungo tempo cercato di dare alle sue pronunce.

Di grande interesse anche le altre osservazioni che completano la ricostruzione degli assetti della materia, di cui si è già accennata una sintetica anticipazione. Soprattutto: il potere annullatorio del provvedimento è espressione di funzione non giurisdizionale ma amministrativa. Tale potere, perciò, anche da questo punto di vista non può spettare ai giudici civili: non tanto, sembra, perché essi, altrimenti, interferirebbero con l'azione che l'amministrazione svolge per la cura degli interessi pubblici che l'ordinamento soggettiva in questa; ma soprattutto perché essi, altrimenti, eserciterebbero una attività oggettivamente del tutto eterogenea rispetto a quella giurisdizionale loro propria. Tale potere, viceversa, può essere attribuito dal legislatore alle giurisdizioni amministrative speciali: per la loro connessione con l'amministrazione, al contrario intrinseca. Per una connessione che, perciò, è soprattutto funzionale, più ancora che strutturale. Perché quando tali giurisdizioni, essendone state dotate, lo esercitano, emettono atti di natura mista: di cui la pronuncia annullatoria costituisce non la componente giurisdizionale, ma quella amministrativa, delle due nelle quali devono essere scomposti; e il ragionamento si sviluppa con analisi molto sottili della diversa natura dell'una e dell'altra, e dei loro limiti reciproci.

Oggi, al riguardo, pare possibile accennate una ulteriore notazione. La compiuta giurisdizionalizzazione dei poteri esercitati dal giudice amministrativo — d'altro canto sempre più esclusivo nei confronti dell'amministrazione —, a cominciare da quella che si esplica nell'effetto annullatorio del provvedimento derivante dalle

sue sentenze e decisioni, comporta una precisa conseguenza anche sotto questo ultimo profilo: oggi tale effetto davvero non appare più relegabile nella sola funzione amministrativa.

7. Quindi, I giudizi sui conflitti. Nel quale la materia è trattata con la consueta completezza e approfondimento, e con la consueta nitidezza di concetti.

Tra i tanti temi esaminati in termini e con soluzioni ancora attuali, il problema del rapporto tra la decisione sulla questione di giurisdizione sulla domanda che il privato proponga nei confronti dell'amministrazione, e quella sulla relativa decisione nel merito. L'analisi è assai sviluppata e precisa, con queste conclusioni.

Da un lato, la sentenza che su tale domanda nega la giurisdizione del giudice civile, ne pregiudica pure il merito. Nel senso che viene a negare anche che la pretesa dell'attore sottoposta a giudizio, sia configurabile come un diritto soggettivo nei confronti dell'amministrazione convenuta. Escludendo già in astratto, così, che l'interesse di cui esso aveva chiesto tutela giurisdizionale, sul piano sostanziale sia protetto come tale dall'ordinamento. E rendendo quindi del tutto superflua ogni ulteriore indagine sulla fondatezza della domanda, altrimenti necessaria: ogni verifica della effettiva sussistenza in concreto dei elementi costitutivi del preteso diritto medesimo.

Ma anche la sentenza che sulla medesima domanda affermi viceversa la giurisdizione del giudice civile, condiziona entro certi limiti l'accertamento della sua fondatezza: nel senso che essa stabilisce definitivamente che la pretesa dell'attore è configurabile, per contro, come un diritto soggettivo. Almeno in astratto, è vero. Ma tale fondatezza rimarrebbe impregiudicata sotto un unico profilo: la effettiva esistenza in concreto degli elementi costitutivi del diritto stesso, solo vantata da chi ne pretenda la sussistenza e la titolarità.

La descrizione analitica de *I conflitti* potrebbe continuare ancora molto a lungo. Ma è evidente l'opportunità di limitare i richiami al tema che sembra essere più importante, tra i tanti trattati di questo scritto: il rapporto tra amministrazione e giurisdizione ordinaria. A proposito del quale SANTI ROMANO sostenne la tesi che pare essere la più rilevante di questo studio: che è pure quella che si connette maggiormente, e si pone in assoluta coerenza con le linee più salienti degli altri precedentemente considerati. Ossia, l'affermazione dell'anacronismo di una impostazione di tale rapporto che si basasse ancora (già allora!), sulla classica teoria della divisione dei poteri.

Anche dopo la riforma del 1865 la rivendicazione da parte del soggetto pubblico di un'area di immunità da tale giurisdizione, era configurata in termini di conflitto di attribuzioni: in armonia con quella teoria, ed anzi sul fondamento di essa. Così era percepita almeno da parte della cultura giuridica dell'epoca nella quale *I conflitti* sono stati scritti. E la stessa legge del 1877, sebbene non avesse impiegato l'espressione « conflitti di attribuzione » in alcuna sua disposizione, pure ad essi era stata intitolata. Ma SANTI ROMANO, in pagine di grande lucidità, dimostrò l'implicazione che si doveva trarre al riguardo, dall'estensione della giurisdizione civile alle controversie con la pubblica amministrazione come soggetto di diritto pubblico, e sia pure solo in quanto abbiano ad oggetto un diritto soggettivo: che l'amministrazione la quale contestasse la sussistenza in un caso concreto di quella giurisdizione, solo formalmente sollevarebbe un conflitto di attribuzioni; perché sostanzialmente affermerebbe, appunto, il difetto nel medesimo caso di tale giurisdizione; e il linguaggio del legislatore, già coerente nelle disposizioni, se non nell'intitolazione della legge del 1877, si è mantenuto fedele a questa nuova impostazione: fino all'art. 41 del vigente codice di procedura civile.

Tutto il discorso di SANTI ROMANO sviluppa esplicitamente il parallelismo tra la posizione nei confronti della giurisdizione ordinaria che l'amministrazione è venuta ad assumere dopo la legge del 1865, e quella che per il privato è sempre stata naturale. Così, egli completa la parificazione dell'uno all'altra sotto un altro e più radicale aspetto. Prima, si era notato come dalla analisi dei poteri del giudice civile sul provvedimento che aveva operata ne *Le giurisdizioni speciali amministrative*, dalla affermazione della loro identità con quelli che gli spettavano sugli atti privati, dovesse derivare la uguale subordinazione all'ordinamento generale non solo dei privati ma anche dell'amministrazione suo soggetto, sotto un preciso profilo: *sub specie* della subordinazione ad uguali poteri del giudice ordinario, del giudice per eccellenza di quell'ordinamento stesso. Adesso, tale subordinazione è affermata nei confronti di questo giudice *tout court*.

8. Ma questa analogia di posizioni non può essere intesa solo nel senso di una limitazione del ruolo dell'amministrazione nel quadro dell'ordinamento generale. Perché, al contrario, suggerisce pure come debba essere delineata oggi la sua autonomia: che è quella di

un soggetto di tale ordinamento generale. E quale sia il fondamento della garanzia di tale sua autonomia: lungi dall'essere la superatissima teoria della divisione dei poteri, o almeno del superatissimo modo di intenderla prima ricordato, la garanzia che il medesimo ordinamento generale presta alla autonomia di ogni suo soggetto; nei confronti di tutti gli altri, ma anche, perciò, nei confronti della giurisdizione civile.

Questa autonomia dell'amministrazione come soggetto dell'ordinamento generale, è la ragione ultima della preclusione al giudice civile di annullarne i provvedimenti; ma anche, e ancor prima, e ancor più generalmente, del potere di sindacarli solo in quanto lesivi di diritti di altri soggetti: in quanto in violazione, cioè delle norme che disciplinano i rapporti tra quella e questi, e non anche delle norme che rispetto all'amministrazione medesima si presentino come meramente funzionali. Ma questa sua autonomia non ha impedito al legislatore del 1889 di attribuire alla quarta sezione del Consiglio di Stato il sindacato sui suoi provvedimenti in quanto lesivi (anche, o solo?), di queste altre norme. Il perché, è evidente: la Quarta Sezione, in quanto ulteriore articolazione del Consiglio di Stato, veniva a collocarsi all'interno, e non all'esterno dell'amministrazione come istituzione. Perciò, non si poneva, né poteva porsi l'esigenza di una garanzia nei suoi confronti, dell'autonomia dell'amministrazione come soggetto.

Questo equilibrio non sarebbe stato messo in crisi, se avesse prevalso la tesi del carattere amministrativo delle funzioni della Quarta Sezione del Consiglio di Stato (e, poi, della Quinta). Ma il sopravvento della tesi del carattere viceversa giurisdizionale di queste funzioni, lo avrebbe minato irrimediabilmente; anche se solo molto lentamente e gradualmente.

Una delle linee dominanti della evoluzione dal 1889 a oggi, di quella che è attualmente la giurisdizione amministrativa, è la sua progressiva estraniamento dall'amministrazione: funzionalmente non meno che strutturalmente. Estraniamento che si è realizzata progressivamente, anche prima della sua decisiva espressione legislative costituita dalla legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali, del 1971: perché era già ampiamente maturata nella cultura e negli orientamenti giurisprudenziali. Ma non per questo con effetti meno dirompenti. Perché sono questi fattori che hanno condizionati i caratteri con i quali, appunto nel 1971, sono stati istituiti i tribunali

amministrativi regionali: come organi la cui struttura prettamente giurisdizionale non può essere messa in dubbio, e ai quali non sono state attribuite funzioni consultive. Come organi, cioè, che strutturalmente e funzionalmente sono infinitamente più vicini ai giudici ordinari che alla vecchia Quarta Sezione: in particolare, sotto il profilo nella loro estraneità all'amministrazione come istituzione. E questi tratti, che sono stati legislativamente loro impressi come giudici di primo grado, non possono non influenzare la natura del loro giudice di appello, tendendo a renderlo ad essi omogenea: anche a non considerare di quanto si era già autonomamente trasformato nel medesimo senso, pur senza interventi del legislatore; e ciò, per la spinta di logiche di istituti, ma anche, e non poco, dei gruppi di persone che li compongono, come l'esperienza di questi anni dimostra con palmare evidenza. La giurisdizione amministrativa complessivamente intesa, così, estraniandosi dall'amministrazione, accostandosi per contro alla giurisdizione ordinaria, potrebbe anche diventare una mera componente particolare di un unitario sistema di strutture giurisdizionali: accanto e in parallelo a questa, con uno sviluppo evolutivo di cui l'ampliamento del suo carattere esclusivo ad opera delle riforme del 1998 e del 2000, potrebbe aver posto le basi. In ogni caso, deve essere ribadita la correlazione già accennata: più il giudice amministrativo si estrania dall'amministrazione, e più sorge anche nei suoi confronti l'esigenza del rispetto dell'autonomia di essa come soggetto dell'ordinamento generale.

È sulla base della ricostruzione che dava SANTI ROMANO, secondo la legislazione del 1865, del 1877 e del 1889, del rapporto dell'amministrazione col giudice ordinario, con le giurisdizioni speciali in particolare amministrative, e con la Quarta Sezione del Consiglio di Stato, che possono essere meglio colte le trasformazioni sul piano del diritto sostanziale, di questi mutamenti delle correlate strutture e funzioni giurisdizionali.

Queste trasformazioni potrebbero apparire almeno relativamente circoscritte, se il giudice amministrativo, estraniandosi dall'amministrazione, sindacasse il rispetto da parte sua delle disposizioni che ne regolano i rapporti con gli altri soggetti del medesimo ordinamento generale. Acquisisse una funzione, cioè, che originariamente era quella tipica del giudice civile: ovviamente, sostituendosi gradualmente.

Questa linea di tendenza è ben presente nel nostro sistema. E si

è concretata nella già accennata progressiva estensione della giurisdizione amministrativa esclusiva, del cui sviluppo gli artt. 33 e ss. del d.legisl. 80/98 (e, quindi, la loro ratifica, con ulteriori estensioni, da parte della l. 205/00), possono essere considerati come esito ultimo solo in ordine di tempo, e non certo perché definitivo. Ma non sarebbe realistico ipotizzare che il giudice amministrativo possa rinunciare a sindacare il rispetto da parte dell'amministrazione, delle disposizioni che per essa sono solo funzionali, che di essa non definiscono l'autonomia: delle disposizioni, cioè, anche se ormai generalmente secondarie, che pressoché esclusivamente delineano l'intera sua organizzazione, e ne disciplinano largamente i procedimenti attraverso i quali opera. E il giudice amministrativo può mantenere questa ampiezza del suo sindacato, almeno in relazione alle disposizioni che, seppur solo funzionali, appaiano più connesse con la tutela degli interessi individuali lesi dal provvedimento, solo sulla base di orientamenti culturali sempre più prevalenti nella nostra dottrina di questi anni: della tendenza a negare la rilevanza, almeno dal punto di vista ora considerato, della distinzione tra le norme di disciplina di rapporti tra amministrazione e altri soggetti dell'ordinamento, del cui rispetto era tradizionalmente garante il giudice civile, e quelle per essa solo funzionali, alla sola stregua delle quali si svolgeva il sindacato giurisdizionale amministrativo; o, addirittura, della tendenza a negare *in radice* la disomogeneità tra le une e le altre.

9. Infine, *Il Comune*. L'ultima, cronologicamente, delle monografie raccolte in questo volume: è del 1908, come si è già detto. Ma anche la più ampia: ne costituisce da sola quasi la metà.

Effettivamente, è una trattazione esauriente e dettagliata dell'argomento. Non che le altre fossero da meno. Solo che qui il tema è più vasto. Tanto più che solo apparentemente riguarda solo quel tipo di enti territoriali. In effetti, in un'epoca nella quale l'istituzione delle regioni era solo ipotizzata, e solo da alcuni, e le province erano una pallida immagine di essi, il Comune era preso come l'autonomia territoriale per antonomasia. E la trattazione della materia solo in apparenza consiste nella analisi e della esposizione della sua disciplina specifica: in realtà, si traduce nella considerazione nella problematica dell'intera autonomia territoriale, il che si traduce oggi nella considerazione dell'intero panorama dei soggetti cui è attribuita; e nella sua considerazione fin dalle sue basi costituzionali. Così

che molto di quel fu scritto allora, e molto soprattutto del più generale e profondo, oggi può essere riferito a tutti i soggetti cui si applica il titolo V della vigente Costituzione: a cominciare dalle Regioni.

Tanto più che l'analisi che sviluppa in esplicita relazione solo dei Comuni, è inquadrata in una prospettiva spiccatamente costituzionalistica; il che è facilmente spiegabile con le ricerche svolte e la posizione accademica che l'Autore aveva nel frattempo acquisito: come si è già accennato, da alcuni anni era stato chiamato nella R. Università di Modena come professore ordinario di diritto costituzionale.

Così, fin dalle prime pagine della trattazione (427 ss.), SANTI ROMANO mette in luce le correlazioni che devono essere rilevate, tra la disciplina positiva che i Comuni ricevono nei vari ordinamenti, e i caratteri generali dello Stato cui appartengono. In tal modo, il problema del rapporto tra quelli e questo, viene portato subito su quel piano giuridico che al riguardo appare essere il più appropriato: quello, appunto, del diritto costituzionale.

Ed è in questa prospettiva generale che vengono esaminate tante questioni particolari. Per esempio, quella della unicità della disciplina giuridica dei comuni, ovvero della sua diversificazione per classi (pagg. 432 ss.). Quindi, dopo una valutazione dei pro e dei contro dell'una o dell'altra soluzione, viene rilevato il collegamento della scelta che, come è noto, allora fece il nostro ordinamento, con la costruzione costituzionale dell'allora giovane Regno d'Italia come Stato unitario. Con una precisa correlazione: il principio della uguaglianza di trattamento tra i comuni come il *pendant* del principio della uguaglianza di trattamento tra cittadini.

Di qui, l'analisi dei caratteri del Comune, condotta in paragone con quelli dello Stato (al tema è dedicato l'intero Capitolo III, pagg. 456 ss.). E, tra i tanti temi poi considerati, quello del rapporto tra il Comune e il suo territorio (pagg. 585 ss.): tutto giuocato dal punto di vista secondo il quale il territorio comunale attiene a quel che il Comune è, e non a quello che il Comune ha. Fino alla riconduzione del diritto di questo su quello, alla categoria dei diritti assoluti non reali, la cui rilevanza è oggi tanto sottolineata.

E questo riferimento ai concetti dogmatici che ne *il Comune* SANTI ROMANO ha utilizzato (ma che ha anche tanto contribuito a delineare e a precisare), offre lo spunto per qualche accenno alla posizione che la monografia assume nell'evoluzione del suo pensiero.

Il primo rilievo riguarda la sua correlazione con la maturazione dell'opera maggiore, *L'ordinamento giuridico*: che è evidentissima. Non si contano i passi nei quali affiorano valutazioni e accenti derivanti inequivocabilmente dalla maturazione della teoria istituzionale, e della pluralità degli ordinamenti giuridici, allora in formazione, e che comparirà in forma compiuta nel 1917, come si è già ricordato.

Quindi, la grande attenzione che l'Autore vi presta agli assetti reali: basterebbe ricordare, a questo proposito, l'importanza che riconosce ai dati fattuali e storici, nella formazione dei Comuni (pagg. 569 ss.).

Ma anche, per contro, la riaffermazione che, per il giurista, è essenziale la definizione e la qualificazione che il diritto ne dà. Così che l'Autore di tale riconoscimento, d'altro canto sostiene, e sostiene con particolare incisività, la tesi che i Comuni acquistano la loro natura appunto giuridica, solo per un atto dello Stato; e per un atto dello Stato che ha natura costitutiva (pagg. 685 ss.).

Anche qui ritroviamo in pieno, così, il grande tecnicismo giuridico di SANTI ROMANO, pur studioso così attento ai fatti, alla storia delle istituzioni; e, quindi, anche, da parte sua, la continua riaffermazione del primato della *regula juris*, s'intende, in chiave di riaffermazione del principio di legittimità dell'attività amministrativa. Un esempio per tutti (pagg. 725 ss.): l'analisi dei diritti e dei doveri derivanti dalla successione totale o parziale tra Comuni, e quindi dei vincoli anche contenutistici del decreto governativo che la dispone con l'effetto costitutivo che si è detto. Perché essa è condotta alla stregua di regole cui attribuisce il carattere giuridico; meglio: di cui rivendica tale carattere, in forte polemica con quella dottrina (soprattutto SAREDO e MAZZOCOLO), che vi vedeva solo criteri di opportunità, di merito amministrativo.

Il Comune tratta un argomento è radicalmente diverso da quello delle precedenti monografie qui raccolte; che, anzi, appartiene ad una partizione del diritto amministrativo ben lontana da queste. Ma è l'unità del metodo e della prospettiva della analisi e della ricostruzione che le accomuna tutte, in un tutto unitario: il metodo strettamente tecnico-giuridico, e la prospettiva di una esaltazione delle esigenze di tutela delle posizioni soggettive. Sul piano sostanziale; e, qui, *Il Comune*, in tanti suoi passi, si riaccosta ai *Diritti pubblici soggettivi*. Ma anche sul piano giurisdizionale: almeno, per i suoi fondamenti; e qui esso sembra porsi, almeno per certi aspetti, quasi come presupposto delle altre due monografie.

10. Quanto ai tratti generali con i quali SANTI ROMANO delineò il Comune, è molto bello anche letterariamente l'inizio del Capitolo V (pagg. 495 ss.), dedicato a « *La personalità del Comune* », in cui viene esaltato il suo carattere come di una istituzione che trascende l'insieme dei soggetti che in dato momento vi appartengono e lo amministrano, e che sopravvive al mutamento dei suoi elementi.

Il Comune, dunque, è una istituzione (pagg. 507 ss.). Ma una istituzione nella quale sono presenti pure elementi corporativi; anzi, addirittura francamente associativi. E da questo rilievo, discende questa conseguenza: diventa necessaria, perciò, la definizione di una terza categoria di enti pubblici, oltre le istituzioni e le corporazioni, nella quale inserirlo; quella degli enti, o corpi territoriali.

Il Comune, comunque, anzitutto, ha una personalità giuridica propria: non è una articolazione locale dello Stato; almeno dello Stato persona, come si vedrà meglio. E, tratto particolarmente innovativo, ha una personalità giuridica che unitariamente comprende tanto i suoi poteri pubblicistici, che la sua capacità di diritto comune. È con particolare vigore che critica la teoria della c.d. doppia personalità dei soggetti di amministrazione; con una prosa che, contrariamente al solito, va avanti per molte pagine senza cesure di paragrafi, e neppure di capoversi: come se fosse stata scritta di getto.

Il Comune, infine, e quasi a sintesi, ma anche ad arricchimento di questi suoi tratti, viene definito come un ente autarchico (pagg. 519 ss.); con una qualificazione il cui significato viene così precisato: « *...quando di autarchia si parla, s'intende accennare ad un rapporto tra lo Stato e una persona di diritto pubblico, che da tale rapporto resterebbe caratterizzata. Più precisamente, s'intende mettere in evidenza la capacità che questa persona possiederebbe, per l'appunto di fronte allo Stato, di amministrare da sé i propri interessi* ». Di qui, una approfondita analisi del rapporto tra interessi, fini dello Stato, almeno dello Stato-persona, ed interessi, fini dei Comuni. I suoi esiti oggi, per certi aspetti, ci appaiono insufficiente riaffermazione della autonomia dei Comuni nei confronti dello Stato (è ovvio: il termine autonomia non è qui inteso in senso tecnico); ma che, allora, costituivano un notevole passo avanti in tale direzione. In questo senso, è assai significativa, tra le altre notazioni, quella concernente l'incompatibilità della nozione di autarchia con quella di gerarchia: un ente autarchico, per questa sua natura, non può essere subordinato in un rapporto gerarchico.

Il Comune è una trattazione della vasta materia che è anche assai

particolareggiata; da questo punto di vista, non costituisce una limitazione che essa sia sviluppata in una chiave essenzialmente costituzionalistica. Quindi, è impossibile darne qui una sua sintesi completa. Perciò, ci si limiterà a richiamare qui certi passi espliciti scritti su quel rapporto con lo Stato, che si è detto essere proprio, in realtà, dell'intero sistema delle autonomie territoriali: oggi, a cominciare dalle Regioni; anche perché sono i passi di più sorprendente attualità.

Anzitutto, l'esaltazione, nello Stato liberal-democratico, del ruolo del Comune (è inutile ripetere: ora va inteso come l'insieme delle autonomie territoriali): « *Esso in fatti si presenta come un vero limite dell'azione statale* » « *Il Comune dunque è, in primo luogo, presidio e guarentigia di libertà, così forte che si è potuto affermare che nessun popolo può conservarsi a lungo politicamente libero senza una salda organizzazione comunale* » (pag. 427). « *La sua importanza grandissima, e per più lati, attinente allo stesso ordinamento costituzionale, fu avvertita in modo netto e preciso sin dal principio, cioè sin da quando, annunciandosi, col proclama 8 febbraio 1948, lo Statuto Albertino, si dichiarava che questo sarebbe stato "messo in vigore in seguito all'attivazione del nuovo ordinamento delle amministrazioni comunali"* » (pagg. 430-1).

E, quindi, e quasi conseguentemente, la rivendicazione della sua dignità giuridica anche nei confronti dell'apparato statale: « *l'imperium di cui i Comuni sono forniti deriva dall'ordinamento giuridico dello Stato, dal diritto in senso obbiettivo di quest'ultimo, che è fonte di qualunque altro diritto subbiiettivo di qualunque altra persona fisica o giuridica. Potrà anche darsi che tale ordinamento giuridico faccia capo al diritto d'impero dello Stato, col quale è in ogni modo così intimamente connesso che sembra impossibile indagare quale sia logicamente anteriore. Ma comunque quel che importa stabilire è il seguente principio: il diritto d'impero del Comune non è una derivazione del diritto subbiiettivo di impero dello Stato, ma è attribuito, come un diritto da quest'ultimo distinto, dall'ordinamento giuridico statale.* »

Questo passo sembra di una importanza grandissima, e di un non minore significato. Per lo meno sotto due profili.

Anzitutto, dal punto di vista della teoria generale del diritto. Qui emerge già con assoluta chiarezza (nel 1908!), quella distinzione fondamentale della nozione di Stato, cui si è già accennato in precedenza: tra lo Stato cui va riferito storicamente l'ordinamento generale, e lo Stato il cui apparato, almeno il cui apparato amministra-

rivo, di tale ordinamento è solo un soggetto. Il che equivale a dire che, allora, la teoria istituzionale era già ampiamente e nitidamente maturata nel pensiero dell'Autore.

E, poi, dal punto di vista del rafforzamento dei fondamenti di tutte quelle che oggi sono dette autonomie territoriali: esistenti e tutelate non per effetto dell'esercizio di poteri dello Stato-persona, ma direttamente per derivazione dall'ordinamento generale, a cominciare dalle sue componenti più elevate, come quelle istituzionali e costituzionale. Da quell'ordinamento generale di cui costituiscono solo una derivazione lo stesso Stato-persona, e i suoi poteri.

Avrebbero potuto dire di meglio, oggi, i fautori del più spinto regionalismo (e, forse, dello stesso federalismo, del resto nei fatti non attuale, malgrado il continuo richiamo di esso negli *slogans* della propaganda politica)? Sembrerebbe di no. Almeno, alla stregua della formulazione del comma 2 del vigente art. 114 Cost., che qualifica i soli soggetti di autonomie territoriali come « *...enti autonomi, con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati nella Costituzione* ». Mentre una simile definizione, secondo il passo di Santi ROMANO da ultimo riportato, per certi aspetti potrebbe attagliarsi anche allo Stato-apparato, specie a quello amministrativo, in quanto soggetto non originario, ma solo derivato dall'ordinamento generale nel senso prima accennato.