

Alberto Romano \*

---

## *La giustizia amministrativa nel pensiero del professor Santi Romano*

SOMMARIO: 1. Le ragioni di questo convegno. – 2. Santi Romano e il carattere amministrativo della IV Sezione del Consiglio di Stato. – 3. Santi Romano e il monopolio della Autorità Giudiziaria Ordinaria nell'esercizio della funzione giurisdizionale anche nei confronti dell'amministrazione. – 4. I limiti della tutela giurisdizionale civile nei confronti dell'amministrazione – 5. La rinuncia del giudice civile ad un pieno esercizio della funzione che gli aveva attribuito la legge del 1865. – 6. La maggiore incisività di un sindacato non giurisdizionale; l'interpretazione dei limiti di questa affermazione. – 7. L'appartenenza all'amministrazione come istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, e l'estraneità ad essa della attuale giurisdizione amministrativa. – 8. La maggiore incisività di un sindacato contenzioso che mantenga natura amministrativa, rispetto ad uno giurisdizionale. – 9. Considerazioni conclusive sulla specificità della giurisdizione amministrativa di legittimità.

### *1. Le ragioni di questo convegno*

Vorrei ringraziare nel modo più sentito il Presidente de Roberto, perché l'idea di questo convegno è stata anzitutto sua; e perché mi ha chiamato a collaborare con lui. Devo aggiungere, tuttavia, che egli, nelle sue parole introduttive, ha esagerato il mio ruolo: in realtà, appunto, io ho solo collaborato. E mi è stato facile: per la sua guida e il suo appoggio. E per l'appoggio che ho trovato larghissimo nel Consiglio di Stato: nei magistrati, in particolare

---

\* Professore Ordinario di diritto amministrativo nell'Università «La Sapienza» di Roma.

quelli che si sono assunti il compito di essere relatori, e nelle strutture amministrative.

E questo aiuto, questa partecipazione, sono stati di grande importanza e significato. Perché, certamente, questo convegno è stato pensato e organizzato, per studiare e celebrare il grande giurista Santi Romano, da una particolare angolatura: quella del suo ruolo di Presidente del Consiglio di Stato. Ma vorrei sottolineare, anche, e non meno, per studiare e celebrare il Consiglio di Stato nel periodo della sua presidenza: per quello che era e per come ha operato in quel contrastatissimo periodo, che con un certo *understatement* potremmo limitarci a chiamare tra le due guerre. L'iniziativa, per questo aspetto, è stata intrapresa sulla base di una precisa ipotesi di lavoro, suggerita da dati già generalmente noti, e che le relazioni che sentirete hanno dimostrato più che fondata. Tutti i documenti che sono stati cercati e reperiti, tutte le analisi che ne state compiute per questa occasione, confermano che, in quegli anni così difficili, il Consiglio di Stato ha mantenuto fermo il principio della *regula iuris*. Certamente, non era l'Istituto che poteva determinare quale fosse, quale venisse adottata nella nuova normazione. Però, si può affermare che esso ha influenzato positivamente la sua adozione, almeno in parte, e per quanto era possibile: la ha potuta orientare nelle direzioni migliori, sia pure in questi limiti. Perché si può dire con sicurezza che, nel suo ruolo di consulente del Governo per la formulazione di parte di quella primaria, ha influito perché prevalessero contenuti di maggiore continuità con lo spirito dell'ordinamento dei decenni precedenti; e che nello stesso senso hanno operato suoi singoli componenti, in quanto facenti parte di commissioni consultive nominate *ad hoc*. E si può rilevare che nel medesimo modo il Consiglio si è orientato nella sua consulenza sulla normazione secondaria governativa, negli anni nei quali la legge n. 100 del 1926 trovava le prime ricostruzioni della sua portata, e le prime applicazioni. E che, nelle risposte a quesiti e nei pareri sui ricorsi straordinari, e, ovviamente, soprattutto nello svolgimento dell'attività giurisdizionale, ha sempre cercato di dare un'interpretazione di tradizione liberale delle norme che applicava: nel segno della continuità finché fosse possibile, e attingendo alla nostra ricca cultura giuridica, anche per le regole dell'azione amministrativa

di matrice giurisprudenziale e dottrinale, non trasfuse in disposizioni; nella prospettiva altrettanto tradizionale, di mantenere fermo il principio di legittimità nell'applicarle.

## 2. *Santi Romano e il carattere amministrativo della IV Sezione del Consiglio di Stato*

Nel complesso dei temi e degli aspetti che potevano e dovevano essere trattati in questa giornata, ho scelto di parlare di un profilo che non investe direttamente il ruolo del Consiglio di Stato nel periodo che oggi consideriamo, e la figura di Santi Romano in quanto suo Presidente all'epoca; ma che, ciò non di meno, mi è parso assai significativo per la comprensione di entrambi. Ossia, vorrei rievocare la concezione della giustizia amministrativa (dell'intera giustizia amministrativa, e non solo della giurisdizione amministrativa), che Egli aveva prima di assumere questa carica: quindi, come professore di diritto costituzionale e di diritto amministrativo; e vorrei ricordare quali idee si avevano all'epoca, circa la funzione del giudice amministrativo, soprattutto in relazione alla giurisdizione del giudice ordinario, e alle funzioni del Legislativo e dell'Esecutivo.

La ricostruzione del Suo pensiero in materia è facilitata dalla concentrazione della Sua maggiore produzione scientifica al riguardo, in un solo anno, del resto ben precedente all'assunzione della carica, e quando era ancora giovanissimo. Mi riferisco ai due scritti del 1899, comparsi nel volume III del *Trattato Orlando: Le giurisdizioni speciali amministrative, e I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*. Scritti, che sono ora ripubblicati in un unico tomo edito da Giuffrè, insieme con gli altri due comparsi nel medesimo *Trattato: i Diritti pubblici soggettivi*, sostanzialmente la Sua tesi di laurea, che pubblicò già nel 1897, a soli 22 anni, e *Il Comune, parte generale*, del 1908 (è a questo tomo che si riferiscono le indicazioni delle pagine degli scritti ivi compresi e qui richiamati; per chiarezza, vorrei anche aggiungere che in calce alla *Presentazione*, avrebbe dovuto comparire la mia firma, ma la tipografia la ha omessa per una svista).

Poi, sulla giustizia amministrativa, Santi Romano tacque, a parte gli accenni che le dedicò nelle sue opere generali (*Principi di*

*diritto amministrativo*, nelle tre edizioni del 1901, 1906 e 1912; nonché *l'Italienisches Staatsrecht*, scritto per un pubblico di lingua tedesca, completato nel 1914, per questa datazione mai comparso in Germania, e pubblicato postumo nel 1988 con l'intitolazione *Il diritto pubblico italiano*; e, dopo l'assunzione alla carica, nei *Corsi di diritto amministrativo*, nelle tre edizioni del 1930, 1932 e 1937).

Perché questo silenzio?

Anzitutto lo si potrebbe ricollegare ad un generale rallentamento della sua produzione scientifica nel periodo nel quale fu Presidente del Consiglio di Stato, per l'eccesso di impegni da cui fu gravato (i *Frammenti di un dizionario giuridico*, la seconda edizione dell'*Ordinamento giuridico*, e le due edizioni dei *Principi di diritto costituzionale generale* furono successivi alle sue dimissioni dalla carica). Le sue funzioni istituzionali, infatti, erano assai impegnative. Non solo, però: ad esse si aggiunse in primo luogo l'insegnamento universitario a *La Sapienza* (come professore incaricato!): di diritto amministrativo prima, di diritto costituzionale dopo, per la designazione di lui come successore, che volle fare il suo maestro Vittorio Emanuele Orlando, quando lasciò la cattedra per il rifiuto di giurare (il quale passaggio, sia detto incidentalmente, aprì la strada alla chiamata a Roma del suo allievo amministrativista del periodo dell'insegnamento pisano, Guido Zanobini). E poi il Senato del Regno, l'Accademia d'Italia, il Contenzioso diplomatico, ed altro.

Inoltre, e per quel che riguarda il suo silenzio specificamente sulla giustizia amministrativa, può darsi che abbia giuocato un suo ritegno dovuto alle funzioni che svolgeva al Consiglio di Stato: pare che qualche consigliere, o, più realisticamente, qualche presidente di sezione, gli avesse fatto capire l'imbarazzo dei colleghi che, in quella materia più di ogni altra di quotidiana applicazione a Palazzo Spada, sentivano una delle parti avanzare argomentazioni difensive sostenute da tesi scientifiche del presidente dell'Istituto.

Ma, al di là dell'aneddotica, del perché il Santi Romano professore tacque, dopo il 1899, sulla giustizia amministrativa, si può intuire una ragione profonda, inerente proprio al quadro concettuale che delineò nei suoi anni giovanili. Quando, in perfetta concordanza con gli orientamenti del suo Maestro, si era fatto paladino di una soluzione ricostruttiva della funzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, come di una funzione amministrativa e

non giurisdizionale: di quella soluzione, cioè, che la successiva evoluzione dimostrò come perdente; anche se, vedremo, non così completamente come l'apparenza suggerirebbe.

Come si ricorderà, gli ultimi anni dell'800, e i primi del 900, furono contrassegnati da violentissime polemiche, specie tra il Consiglio di Stato e la Cassazione romana, sulla soluzione da dare ad un problema sul quale il testo della legge del 1889 istitutiva del nuovo organo di giustizia amministrativa, non si era pronunciato esplicitamente: appunto, se le funzioni di esso avessero carattere amministrativo o giurisdizionale (per l'analisi del problema, e delle conseguenze dell'accoglimento dell'una o dell'altra soluzione, v., ampiamente, *I giudizi sui conflitti*, cit., 365 ss.). Il Consiglio di Stato sosteneva la prima tesi; *pour cause*: le decisioni della IV sezione, in quanto aventi natura amministrativa, non solo avrebbero potuto avere per oggetto anche diritti soggettivi, ma sarebbero state censurabili solo in quanto li avessero lesi, e non per il solo fatto che ne avessero disposto; e il relativo sindacato sarebbe spettato a qualsiasi giudice civile, che, però, non avrebbe potuto annullarle per la preclusione disposta dall'art. 4 della legge del 1865 (ma vedremo poi in quali termini ristretti Santi Romano interpretava questo divieto). Mentre la Cassazione romana, sostenne l'altra soluzione; ugualmente *pour cause*: secondo la tesi del carattere giurisdizionale delle decisioni della IV sezione, queste, in quanto si pronunciassero su diritti «*civili e politici*», avrebbero giudicato fuori della giurisdizione di essa, alla stregua dei parametri che la medesima Cassazione romana veniva imponendo più o meno negli stessi anni (in particolare negando che il titolare di un diritto soggettivo potesse chiederne tutela a Palazzo Spada, facendolo valere come un interesse legittimo); quindi, il sindacato su tali decisioni, in base all'art. 3 della legge sui conflitti del 1877, veniva accentrato nella Cassazione romana stessa, la quale, per di più, avrebbe potuto esercitare nei loro confronti i suoi ordinari poteri cassatori, senza trovare ostacolo nella preclusione per il giudice civile all'annullamento di provvedimenti amministrativi. La Cassazione romana perseguì l'intento di imprimere questo assetto alla giustizia amministrativa complessivamente considerata, in modo che Santi Romano aggettivò come «... *risoluto e spensierato* ...» (*I conflitti*, cit., 397): per la decisione con la quale si mosse verso tale obiettivo, ma

anche per la nessuna considerazione delle conseguenze sistemiche che sarebbero derivate dalla acquisizione di esso.

Come si sa, il contrasto fu risolto dal legislatore della prima riforma della legge del 1889, ossia quella del 1907. E fu risolto a favore del carattere giurisdizionale delle decisioni della sezione Quarta (e, a partire da quell'anno, della Quinta), con una soluzione che derivò largamente dalla posizione assunta dalla Cassazione di Roma. Con la soluzione, quindi, che aprì la strada al grande sviluppo della giurisdizione amministrativa, così come attualmente la conosciamo: una delle nostre poche, vere riuscite istituzionali. Ma anche che ha portato inevitabilmente alla progressiva e ormai quasi completa elisione di quella misura di giurisdizione che il legislatore liberale del 1865 aveva voluto riservare al giudice civile: esito davvero paradossale di una impostazione originariamente adottata, viceversa, proprio per garantire e ampliare il suo ruolo nei confronti dell'amministrazione.

Rievocare oggi la tesi che così risultò storicamente perdente, va considerata solo opera di archeologia giuridica? Non sembra. Se non altro, perché appaiono ancor oggi significativi due aspetti della ricostruzione che sosteneva Santi Romano.

Da un lato, questa, tra l'altro, avrebbe finito col lasciare al giudice ordinario il monopolio della funzione giurisdizionale anche nei confronti dell'amministrazione (a parte le giurisdizioni speciali amministrative, non a caso l'altro argomento che Santi Romano trattò in quel medesimo anno 1899): su presupposti in parte poi venuti meno, e in parte non realizzatisi secondo le aspettative che se ne avevano. Nella prospettiva della giurisdizione unica, cioè, che veniva affermata fin da allora, ma che è stata sempre ricorrente nella nostra cultura giuridica, e che pure oggi viene riproposta vigorosamente; prospettiva che, comunque, e sia pure largamente col senno di poi, consentirà di capire perché l'attuale assetto del riparto di giurisdizioni abbia tanto sacrificato quella civile: proprio quella civile.

Dall'altro, la medesima prospettiva si basava sull'idea che un sindacato affidato ad un organo sì indipendente dalla amministrazione attiva, e realizzato sì mediante una procedura contenziosa, ma comunque di carattere amministrativo, potesse essere più penetrante. Che oggi la cognizione del complesso Tribunali amministrativi regionali IV, V e VI Sezione del Consiglio di Stato

eserciti funzioni aventi carattere giurisdizionale, è un dato che deve considerarsi irreversibilmente acquisito: anche se non ne appaiono completamente definiti i tratti. Ma che cosa Santi Romano chiedeva alla IV Sezione come organo di giustizia a tutela dei cittadini, e perché riteneva che la sua natura amministrativa avrebbe concorso a rendere il suo sindacato più efficace, appare interessante anche oggi; soprattutto oggi, in un'epoca di una ulteriore, profonda e assai delicata evoluzione, della attuale giurisdizione amministrativa: perché sembra che essa, a partire dai suoi caratteri appunto giurisdizionali già acquisiti, tenda ad assimilarsi sempre più alla giurisdizione civile; sinteticamente: pare in via di trasformarsi da giudice speciale, a giudice solo specializzato.

### ***3. Santi Romano e il monopolio della Autorità Giudiziarie Ordinaria nell'esercizio della funzione giurisdizionale anche nei confronti dell'amministrazione***

Per la comprensione della preferenza di Santi Romano per questa soluzione, il discorso non può essere semplice.

E deve partire da una considerazione di fondo sulla pregnanza che, ancora alla fine dell'800, aveva la legge del 1865: era stata emanata un trentennio prima, o poco più, e, all'epoca, non aveva ancora esplicitato tutte le sue potenzialità, che avrebbero potuto rendere la tutela giurisdizionale ordinaria ben più vigorosa di quella che in concreto fu impartita; più esattamente: ancora non era generalmente percepito che il giudice civile non le avrebbe mai sfruttate fino in fondo. Solo da un decennio, poi, era stata istituita quella IV Sezione del Consiglio di Stato che avrebbe dovuto colmare la sua più vistosa lacuna: la mancanza di un sindacato di legittimità comunque di consistenza e imparzialità maggiori di quelle assicurate dai ricorsi amministrativi – pure del ricorso straordinario –, sui provvedimenti non lesivi di diritti soggettivi. Che la giurisdizione amministrativa allora fosse già nata, lo si poté dire con sicurezza soprattutto col senno di poi: perché, all'epoca, che lo fosse era ancora largamente contestato, come è visto; e, in ogni caso, muoveva allora i suoi primi passi: tutti i suoi tratti essenziali erano da delineare, a cominciare dalla definizione dell'interesse legittimo come oggetto della sua tutela.

Soprattutto, oggi impostiamo ogni discorso sulla legge abolitrice del contenzioso amministrativo, o di quel che ne resta, in chiave di riparto di giurisdizioni. Mentre abbiamo perso la consapevolezza che questo era solo un suo aspetto, e, forse neppure il più importante; del resto, una giurisdizione amministrativa generale, nel 1865, era ancora di là da venire, ed era prematuro, quindi, definirne l'oggetto nei confronti di quello della giurisdizione ordinaria.

Essa, invece, in primo luogo era una legge sulla divisione dei poteri; più precisamente, sui rapporti tra poteri, e, in particolare, sui rapporti tra Esecutivo e amministrazione da un lato, e, dall'altro, per un verso la legislazione, e, per l'altro, la giurisdizione. È solo in questa più ampia prospettiva che si può comprendere come mai nel lessico di quel testo, troviamo termini come, da un lato, Esecutivo e Autorità amministrativa, e, dall'altro, giurisdizione ordinaria, Tribunali, Autorità giudiziaria; e non leggiamo, viceversa, quello di giurisdizione civile; più ristretto degli altri, ma anche l'unico ad acquistare rilevanza per il riparto di giurisdizioni come oggi lo intendiamo: per la soluzione di questo problema, come oggi lo dobbiamo affrontare.

Inoltrarci in questa medesima prospettiva, richiede preliminarmente il richiamo di alcune notazioni, pur se siano luoghi comuni.

Ossia. Lo sviluppo del nostro diritto amministrativo si è basato su una cultura giuridica che a questo proposito, ma non solo, ha posto al centro il principio di legalità. Però, la sua definizione, e imposizione, risulta da elementi testuali espliciti abbastanza poveri e frammentari.

La vigente Costituzione evidentemente lo presuppone in tante sue disposizioni, ma non lo sancisce esplicitamente. Da questo punto di vista, era perfino più appagante lo Statuto Albertino, del resto allora vigente: dopo aver proclamato all'art. 5 che «*Al Re solo appartiene il potere esecutivo*», al successivo art. 6, dopo avergli attribuito il potere di fare i decreti e i regolamenti, lo circoscrive a quelli «*necessari per l'esecuzione delle Leggi*», specificando subito dopo «*... senza sospenderne l'osservanza o dispensarne*».

Inoltre, il principio di legalità, e la sua vigenza, non la troviamo esplicitamente formulata in alcuna disposizione delle innumerevoli patrie leggi. Vi sono solo alcuni elementi testuali, come si di-



ceva; ma ciascuno di essi è finalizzato alla soluzione di problemi specifici: parte da una visione particolare, perciò, e, quindi, di quel principio e della sua rilevanza dà la configurazione sì al riguardo pertinente, che, però, da un punto di vista generale, non può che essere incompleta.

In un convegno a Palazzo Spada, è ovvio che venga in mente per prima, la formula che fin dal 1889 ha definito l'oggetto della giurisdizione amministrativa: quella che accomuna le tre figure di incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge, come vizi del provvedimento; vizi, che una ricostruzione soprattutto dottrinale, e del resto successiva, ha ricompreso in un concetto unitario di sua illegittimità. Ma, appunto, tale formula comprende solo il principio di legittimità in senso stretto, che è, sì, buona parte del principio di legalità, ma non lo esaurisce: proprio perché finalizzata a delimitare il sindacato del giudice amministrativo, lascia fuori quelle illegalità, che Guicciardi, e chi si richiama alla sua costruzione, qualificherebbero illiceità in senso altrettanto stretto, le quali, ridondando in violazioni di diritti soggettivi, alla stregua della giurisprudenza restrittiva della Cassazione cui si è fatto prima cenno, erano allora generalmente sindacate dal giudice civile; e che ancor oggi in parte lo sono: erano, e parzialmente sono ancora riservate alla sua giurisdizione.

Ma, in relazione alla legge abolitrice del contenzioso amministrativo, si deve osservare che lì, all'art. 5, troviamo un'altra definizione del medesimo principio di legalità: come conformità alle *leggi degli atti amministrativi* e dei *regolamenti generali e locali*. Si noterà che questa diversa formulazione sembra collegarsi più strettamente a quelle statutarie prima ricordate; e che il quadro concettuale della legge del 1865 era profondamente differente, anche per questo raccordo, da quello della legge del 1889. Nella nostra legislazione della seconda metà dell'800, prima dei vizi del provvedimento, aveva acquistato un rilievo centrale il sistema delle fonti: sì la subordinazione di esso alla legge; ma non solo di esso: anche dei regolamenti, pure di quelli governativi. Anche questa precedente definizione di quel principio, tuttavia, è incompleta. Ed è evidente perché la percepiamo come insufficiente, almeno per quel che riguarda la illegittimità dei provvedimenti in senso stretto. Questa, a parte i vizi in via di relativa rarefazione riportabili al cattivo uso della discrezionalità amministrativa, e quindi al-

le varie figure dell'eccesso di potere, deriva larghissimamente dalla violazione di regolamenti e non di leggi: specie in questi anni contrassegnati, tra l'altro, dalla c.d. delegificazione. Oggi, quindi, i regolamenti, almeno noi amministrativisti, li percepiamo come parametri del sindacato di legittimità di provvedimenti, molto più che come oggetto di sindacato di legalità alla stregua di leggi.

Ma la ragione per la quale la formula dell'art. 5 ci appare monca, ci spiega anche a che cosa era finalizzata: a regolare l'illegittimità e l'illiceità degli atti amministrativi, solo nel rapporto con la legislazione, nell'Esecutivo e dell'amministrazione; e nella totalità dell'uno e dell'altra: cioè, non solo quando si esprimessero con provvedimenti, ma anche quando adottassero regolamenti. E ci dà il perché, o, almeno uno dei perché, quella del 1865, come si è accennato, sia in primo luogo una legge sui rapporti tra poteri, e, in particolare, e anzitutto, sul rapporto dell'Esecutivo e dell'amministrazione, con la legislazione. Meglio: con il Parlamento e la legislazione.

Bisogna tenere conto, infatti, che, all'epoca della emanazione di tale legge, la legislazione non era affatto il fondamento dei poteri dell'amministrazione: questi si fondavano, anzitutto, sull'istituzione monarchica. La legislazione, allora, aveva il ruolo più circoscritto di porre limiti a poteri *aliunde* fondati. Oggi, e da molto tempo, viceversa, siamo abituati a vedere la legislazione, in primo luogo, come il fondamento di questi poteri: necessario quasi sempre, ossia ad eccezione dei soli casi nei quali essi non derivino già da livelli più elevati; e cioè direttamente dall'intero sistema costituzionale, se non addirittura istituzionale. A livelli, tuttavia, a loro volta radicalmente mutati; e ben da prima che cadesse la Monarchia. Per una evoluzione che lo stesso Santi Romano, rivolgendosi ad un pubblico di lingua tedesca, ma, evidentemente, pensando soprattutto alla Prussia, aveva sintetizzato magistralmente già nel 1914, nell'*Italienisches Staatsrecht* già ricordato: «L'istituzione regia, impersonalmente considerata, si designa non infrequentemente, anche dalle nostre leggi, con la parola "Corona". Essa è a considerarsi come un vero e proprio organo dello Stato, il cui titolare, il Re, riveste, nel senso che si è detto, la qualità di funzionario. È estranea al diritto attualmente vigente in Italia, la concezione del monarca come subbietto posto al di fuori e al di sopra dello Stato, e anche l'altra, comune nella teoria tedesca, per cui esso

sarebbe da qualificarsi come Träger der Staatsgewalt, e non deriverebbe il diritto ad essere tale da nessun altro subbietto.» (Il diritto pubblico italiano, cit., 115).

Comunque, nel 1865, la legislazione, rispetto ai poteri di derivazione regia, aveva il circoscritto compito di limitarli. Ma non per questo, almeno da questo punto di vista, la sua incisività potrebbe essere considerata minore. Perché, limitando tali poteri, pur limitandoli soltanto, almeno per questo aspetto li subordinava a se stessa e al legislatore. Ossia, malgrado la loro derivazione, li subordinava al Parlamento: ad un organo che, in una contrapposizione all'istituto monarchico e al suo fondamento, trovava la sua ragion d'essere in termini antitetici. Perché il Senato era già comunque in qualche misura rappresentativo, pur se non legittimato elettivamente. Mentre la Camera dei deputati già lo era, per un suffragio che, se all'inizio limitatissimo, si è venuto progressivamente ampliando, secondo l'evoluzione della legislazione elettorale a tutti nota.

Emergeva così in piena epoca statutaria, il primato della legge sull'amministrazione. Ma non basta: la formula dell'art. 5 della legge del 1865, col riferimento all'Autorità Giudiziaria (all'epoca, a questo proposito, era superflua l'aggettivazione «*Ordinaria*»), e disponendo il suo potere di disapplicazione dei regolamenti e dei provvedimenti alla legge stessa non conformi, fa emergere un parallelo e analogo primato di questa nei confronti dell'amministrazione medesima: che sarà confermato e completato dalla legislazione sui conflitti del 1877, la quale, almeno da questo punto di vista, spazzerà via quel che era ancora rimasto della divisione dei poteri. E stabilisce una forte connessione tra la legislazione e la giurisdizione ordinaria: come l'Autorità istituzionalmente deputata a garantirne il rispetto.

Queste argomentazioni vanno concluse, ora, con qualche accenno a quel che l'abolizione del contenzioso amministrativo (ma non anche di tutte le giurisdizioni speciali amministrative), affidava al sindacato dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria, nei confronti degli atti dell'amministrazione. Qui, naturalmente, interessa soprattutto quel che tale abolizione aveva devoluto alla tutela giurisdizionale del giudice civile. Quel che oggi definiamo, insomma, con l'asettica nozione dogmatica di «*diritto soggettivo*». Ma che, allora, veniva contrassegnato con ben altra pregnanza, mediante la formula dei

«*diritti civili e politici*»: mediante un richiamo tutt'altro che a esangui figure di geometria concettuale, ma a concreti beni della vita (si tenderebbe a dire oggi); in perfetta coerenza con la pregnanza che allora aveva, la contrapposizione del Parlamento alla Corona.

In questa prospettiva, non possono esserci dubbi: quei diritti, erano interessi individuali che doveva essere la legge a tutelare nei confronti dell'amministrazione, rendendoli indisponibili dai suoi poteri. Ed è inutile inoltrarci in sottolineature di quanto quegli interessi, alla proprietà e alla partecipazione politica, erano vitali per la borghesia allora emergente; e di come il quadro generale sia cambiato già nello scorcio del diciannovesimo secolo.

Più importante è porre in risalto la correlazione allora fortissima, tra la nozione di quelli che oggi chiamiamo diritti soggettivi, e quella della legge come della fonte, della sola fonte che li poteva e doveva proteggere come tali sul piano sostanziale. Correlazione che persiste tuttora; anche se in un solo senso: nel senso che è difficile anche adesso, che quei diritti non siano basati su una norma primaria; specie perché oggi deve essere una norma di questo livello, che fonda i poteri amministrativi cui si contrappongono: che li deve definire, quindi, tracciando un perimetro di cui la loro delimitazione nei confronti di quei diritti medesimi costituisce un tratto essenziale. Correlazione, tuttavia, la cui percezione si è venuta attenuando per una evoluzione in una direzione opposta: perché la legislazione, nei confronti di quei poteri, si occupa pure di ben altro che del loro fondamento e delimitazione. E che se ne occupava in passato molto di più: fino al 1993, e all'esperienza della delegificazione; fino al tramonto della inflazione legislativa, creata dalla grande attività delle commissioni parlamentari in sede deliberante, e del compromesso tra forze di maggioranza, e forze che non partecipavano al Governo, che anzi non potevano parteciparvi, che ne costituiva la giustificazione politica.

E, così, il cerchio del ragionamento si chiude. Se al primato della legge sull'amministrazione si accompagnava la connessione istituzionale dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria con la funzione di assicurarne il rispetto; se i «*diritti civili e politici*» derivano da limitazioni dei poteri dell'amministrazione che era ed è la legge a imporre loro; è ovvio che dovesse essere tale Autorità, soprattutto *sub specie* del giudice civile, a doverli tutelare giurisdizionalmente.

A ciò si aggiunga che se è la legge a tutelare i diritti dei privati nei confronti dell'amministrazione non meno che nei loro rapporti reciproci, la sua sottoposizione al giudice per così dire comune, diventava un fattore di uguaglianza. E se questo giudice si poneva nei suoi confronti come del tutto estraneo, e addirittura in un certo senso contrapposto all'amministrazione stessa, quella medesima sottoposizione diventava pure un fattore di libertà.

#### *4. I limiti della tutela giurisdizionale civile nei confronti dell'amministrazione*

Ma, ahimé, tutto questo solo su un piano teorico, se non addirittura ideologico. Perché la tutela giurisdizionale dei diritti affidata al giudice civile si rivelerà ben meno efficace delle aspettative; e al di sotto delle potenzialità della legge del 1865.

Santi Romano, affermando la natura amministrativa delle funzioni della IV Sezione, aveva sì sostenuto una tesi che avrebbe lasciato a quel giudice il monopolio almeno tendenziale, della tutela viceversa giurisdizionale delle posizioni individuali nei confronti dell'amministrazione (salve sempre le giurisdizioni speciali amministrative). Ma aveva delineato questa prospettiva, sul presupposto che esso potesse e dovesse, poi, assicurare quella tutela in modo realmente incisivo. E, in particolare, riteneva che l'abolizione del contenzioso amministrativo lo avesse armato, per così dire, di tutti i poteri necessari a tal fine.

Non può essere fatto qui un discorso analitico e esauriente; ma è già più che sufficiente, ricordare come lo studioso che oggi celebriamo, scioglieva forse il maggiore nodo applicativo che quella legge poneva: come intendere la preclusione che disponeva per il giudice civile, all'annullamento del provvedimento non conforme a legge; nodo che si è detto maggiore, anche per i riflessi che dall'una o dall'altra soluzione che gli venisse data, derivano inevitabilmente sulla possibilità o no da parte sua, di accordare tutele possessorie e di condanna in forma specifica, nei confronti dell'amministrazione.

Oggi, siamo portati a credere che il legislatore del 1865, con questa preclusione, avesse attribuito una sorta di privilegio dell'amministrazione, rispetto ai soggetti di diritto comune; o, se si

preferisce, avesse sancito una sorta di *diminutio capitis* che subirebbe il giudice civile nei suoi confronti, di solito giustificata con la teoria della divisione dei poteri.

Ma non era questa l'opinione di Santi Romano, che rilevò che il giudice civile 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*» (*Le giurisdizioni speciali amministrative*, cit., 265). E questa precisazione si correla con una tesi che Santi Romano ha sostenuto in più passi dei due scritti di giustizia amministrativa qui analizzati: che la funzione annullatoria abbia natura amministrativa e non giurisdizionale (cfr. *Le giurisdizioni speciali amministrative*, cit., 266: «*Del resto, che annullare per tutti in via generale un atto amministrativo sia a sua volta un atto di amministrazione, non può essere dubbio*»). Perché il giudice accerta solo le situazioni giuridiche preesistenti al suo giudizio, e non le può costituire, o comunque modificare con l'esito di questo.

È evidente quanto ampiamente e puntualmente egli, in questa diversa prospettiva, e con la definizione sopra riportata dei poteri del giudice civile nelle stesse controversie su negozi privati, abbia potuto recuperare il contenuto essenziale delle formule degli artt. 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Ben s'intende: con una loro interpretazione assai ampia, del resto largamente sostenuta in dottrina; con una ricostruzione del testo legislativo, che, però, si rivelò anch'essa storicamente perdente. Perché, questa ricostruzione, era molto più larga di quella che la Casazione consentì di applicare: con un atteggiamento fortemente restrittivo, d'altra parte persistente fino ai nostri giorni.

Comunque, nella prospettiva di Santi Romano la conseguenza da questa premessa era ed è ovvia: 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*» (*ibid.*). I poteri del giudice civile nei

confronti dell'amministrazione, dunque, sono i medesimi di quelli che aveva nelle controversie tra privati. Con una parificazione dei suoi poteri nelle due ipotesi, che è solo il riflesso speculare di un'altra parificazione, sempre affermata dall'autore: quella della posizione dell'amministrazione stessa alla posizione dei soggetti di diritto comune, appunto davanti al giudice di diritto comune, ed indipendentemente dalla maggiore ampiezza della sua capacità e dei suoi poteri, per di più unilaterali e autoritativi.

Tuttavia, rimaneva da chiarire perché mai il legislatore del 1865 avesse sentito il bisogno di rendere espressa una limitazione dei poteri del giudice civile nei confronti dell'amministrazione, che doveva già essere considerata già implicita nella definizione dei suoi normali poteri nei confronti dei soggetti privati. E Santi Romano lo spiegò, ricordando che il giudice civile, con l'abolizione del contenzioso amministrativo, aveva ereditato tante competenze prima di organi così soppressi, i quali, spesso, erano dotati anche di poteri annullatori. E il legislatore di allora dovette essere esplicito, per rendere inequivocabile che al giudice civile non erano passati anche questi; per evitare ogni rischio che una teoricamente possibile interpretazione della riforma, portasse ad un risultato davvero paradossale: che tale giudice si arrogasse – a titolo successorio, per così dire – poteri annullatori di provvedimenti; ossia, poteri nei confronti dell'amministrazione, non solo analoghi, ma addirittura maggiori di quelli di cui era dotato nei confronti dei privati e dei loro negozi.

Oggi, comunque, possiamo percepire la preclusione di allora come una riduttiva disposizione speciale, solo a prezzo di due anacronismi. Non considerando che è ben successiva alla codificazione del 1865, l'attribuzione al giudice civile di poteri costitutivi in genere, e annullatori in specie, nelle stesse controversie tra privati; poteri, del resto, anche attualmente assai limitati. Inoltre, tendiamo a porre, anche inconsapevolmente, come pietra di paragone dei poteri del giudice civile nei confronti del provvedimento, quelli del giudice amministrativo: cioè, di un giudice per il quale, quello annullatorio, è un potere si può dire istituzionale; senza tenere conto, però, che nel 1865, la giurisdizione amministrativa era di là da venire; e che nel 1889 quella che, si può ripetere, è una delle nostre poche vere riuscite istituzionali, non era molto più di una promessa: del resto, solo secondo le speranze di alcuni, e non certo di tutti.

## 5. *La rinuncia del giudice civile ad un pieno esercizio della funzione che gli aveva attribuito la legge del 1865*

Il problema, comunque, non era e non è solo quello di stabilire se i poteri del giudice civile nei confronti dell'amministrazione, fossero e siano o no minori di quelli che può esercitare nelle controversie tra privati. Ma era ed è quello della capacità e della volontà del giudice ordinario in genere, e civile in specie, di garantire col loro esercizio, una adeguata ed effettiva tutela giurisdizionale dei diritti azionabili nei confronti dell'amministrazione medesima. E, rispetto sia al passato che al presente, la risposta può essere positiva solo limitatamente.

Sembra che sia non la preclusione all'annullamento del provvedimento a costituire il maggiore ostacolo al raggiungimento di questo risultato; preclusione, peraltro, non solo non costituzionalizzata, e perciò derogabile dal legislatore ordinario, ma anche sempre più spesso effettivamente derogata. Ma le conseguenze che tale giudice ne ha voluto trarre; quindi, la ristrettezza della tutela possessoria, e la scarsa incisività dei dispositivi di condanna non meramente pecuniaria, che nei confronti dell'amministrazione ha ritenuto di doversi limitare a pronunciare. Soprattutto, in presenza di un provvedimento; ma non solo di un provvedimento: pure di qualcosa che gli può solo assomigliare. Per una forma di soggezione ad esso, in quanto manifestazione di autorità: e non per i forti limiti, dovuti a tutt'altre ragioni, entro i quali può adottare pronunce del genere anche nelle controversie tra soggetti privati.

Eppure, la Cassazione aveva a disposizione almeno due strade per sbarazzarsi della supposta forza preclusiva di quel provvedimento, o di quei comportamenti che troppo largamente ha considerato equivalenti.

La prima: l'ampliamento della nozione di provvedimento nullo. E la formula che ha adottato fin dagli anni '50 per risolvere il problema della discriminazione delle giurisdizioni, la sua affermazione che il provvedimento lesivo di un diritto è emanato in carenza di potere, glielo avrebbe facilmente consentito; anche quando si trattasse di carenza di potere in concreto.

La seconda: l'esercizio del potere di disapplicazione attribuito dall'art. 5 della legge del 1865 (tutti ricordano le sue prime parole:



«In questo come ogni altro caso ...»), anzitutto nei confronti del provvedimento lesivo di un diritto soggettivo. Ossia, al caso contemplato dal precedente art. 4: si fa fatica a comprendere come mai si sia potuto non voler legare quell'articolo a questo, con quell'*incipit* così inequivocabile, e, quindi, nel quadro di un costrutto sintattico complessivo così chiaro.

È in questo modo, dunque, che il giudice civile ha sostanzialmente abdicato a molta parte del ruolo che gli aveva disegnato la legge del 1865: a cominciare già dalla stessa ricostruzione tanto riduttiva che preferì, della portata dei poteri che questa gli aveva attribuito. Il che pare paradossale, visto che rientrava pienamente nella sua giurisdizione adottare opposti orientamenti; i quali gli venivano offerti e motivati da alcune voci della dottrina dell'epoca. Che, poi, sono le voci che più vivacemente lo avevano subito criticato: Santi Romano, del resto in consonanza con assai note pagine di Vittorio Emanuele Orlando, a proposito delle interpretazioni in proposito della Cassazione romana, arrivò a parlare di tendenze addirittura «reazionarie»: con una asprezza di termini che nel suo linguaggio è davvero inconsueta (*Le giurisdizioni speciali*, cit., 266; v. anche *I giudizi sui conflitti*, 358).

Le conseguenze del prevalere di questi orientamenti del giudice civile, che ben a ragione possono dirsi quanto meno rinunciatari, si sono concretate largamente ai nostri giorni: nella grande espansione della giurisdizione amministrativa esclusiva dovuta alla legislazione del 1998 e del 2000. Si può ritenere che il nostro legislatore si sia ora orientato in questo senso, in primo luogo al fine di eliminare quello che sicuramente era il maggiore inconveniente della riserva alla giurisdizione civile dei «... *diritti patrimoniali consequenziali* ...», e, quindi delle domande risarcitorie: l'imposizione al ricorrente vittorioso davanti al giudice amministrativo, che volesse conseguire una tutela completa delle sue ragioni nei confronti dell'amministrazione, di farsi attore in un successivo processo civile. Ma non pare dubbio che abbia fortemente giocato nel medesimo senso, anche una diffusa insoddisfazione del modo troppo timido col quale quel giudice civile stesso ha interpretato fino a ieri, e interpreta ancor oggi il suo ruolo; specie in confronto della tutela accordata ai ricorrenti dal giudice amministrativo, in modo mai inibito, e sempre più incisivo.

## 6. *La maggiore incisività di un sindacato non giurisdizionale; l'interpretazione dei limiti di questa affermazione*

Fin qui, le ragioni per le quali Santi Romano preferiva lasciare al giudice ordinario la totalità della tutela avente carattere giurisdizionale, delle posizioni di vantaggio dei privati nei confronti dell'amministrazione; e le cause per le quali questa soluzione non diede i frutti che sperava. Ma Egli difendeva la tesi del carattere viceversa amministrativo delle funzioni della IV Sezione del Consiglio di Stato, anche in positivo: ossia, pure perché riteneva che un sindacato sulle scelte dell'amministrazione che avesse questa natura, potesse riuscire più efficace: più penetrante, e, per così dire, più aderente alla «*natura delle cose*».

A questo proposito, nei suoi scritti qui analizzati, vi è un passo che sembra quanto mai significativo, formulato per criticare acerbamente l'orientamento che la Cassazione romana aveva adottato all'epoca, nel senso di sottoporre a suo sindacato come giudice delle giurisdizioni, in quanto ne imponeva la considerazione come giurisdizionali, quelle decisioni della IV Sezione che il futuro presidente del Consiglio di Stato auspicava viceversa come amministrative: «*Il vero si è che quando un controllo, così largo e penetrante quale è quello della giustizia amministrativa, da cui non a torto si è sperata una giurisprudenza, per così dire, pretoriana, si sottopone a sua volta ad un controllo così rigido e meccanico quale non può non essere quello della Cassazione, si verrà necessariamente a soffocare il primo, e a paralizzarne i movimenti che dovrebbero essere liberissimi. In tal modo, coloro che, affermando il carattere puramente giurisdizionale della giustizia amministrativa, credevano di affermare un principio liberale, un assioma risultante dalla natura dello Stato moderno, conseguivano l'effetto di sopprimere quasi un controllo che, appunto perché non è giurisdizionale, da una parte non escluderebbe quello dei tribunali, e dall'altro si estenderebbe fino a dove a questi ultimi è interdetto di estendersi*».

Ed è un passo quanto mai significativo, perché precisa che cosa Santi Romano riteneva essere carattere essenziale del sindacato della IV Sezione: la sua duttilità. Da queste parole, a prima lettura, si dovrebbe dedurre che l'autore fosse contrario all'attribuzione a tale sindacato dei tratti giurisdizionali: quali che essi fossero. Ma,

ad una riflessione appena meno immediata sul passo riportato, il suo significato muta considerevolmente: perché i maggiori pregi di un sindacato solo amministrativo, sono affermati nel loro confronto con la cognizione della Cassazione, e del giudice civile in genere. Così che emerge un dato che sembra di fondamentale rilievo: il pericolo che Santi Romano paventava, non era tanto l'acquisizione da parte di quel sindacato, di caratteri propri della giurisdizione; ma era il suo accostamento, a quella cognizione: fino ad una sua assimilazione. L'opinione, poi, secondo la quale, per evitare quel rischio, quel sindacato medesimo dovesse rimanere amministrativo, pare, più che un postulato irrinunciabile, un portato storicamente condizionato del quadro culturale dell'epoca: nel quale ogni riferimento alla funzione giurisdizionale, non poteva che essere inteso come richiamo dei caratteri della (incombente) giurisdizione ordinaria; e dal quale non poteva che esulare l'idea di un tipo di giurisdizione che, da un lato, si fosse sviluppato con una portata tendenzialmente generale come quella della giurisdizione amministrativa di legittimità, ma, dall'altro, avesse mantenuto sue caratteristiche specifiche: come effettivamente ha potuto conservare, almeno fino ad anni relativamente recenti.

Oggi possiamo percepire con chiarezza che la difesa di allora della natura amministrativa del sindacato della IV Sezione, non poteva equivalere ad una preclusione all'acquisizione da parte sua, dei tratti particolari che quella giurisdizione di legittimità venne via via acquisendo tra le due guerre mondiali, e, poi, nei primi decenni successivi alla seconda di esse. Si tornerà su questo punto, e più volte: dopo che si saranno considerati altri aspetti del pensiero di Santi Romano.

### *7. L'appartenenza all'amministrazione come istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, e l'estraneità ad essa della attuale giurisdizione amministrativa*

Quale fosse la base della sua ricostruzione, può rilevarsi con sicurezza da tanti passi dei due scritti qui analizzati: la constatazione, evidentemente incontrovertibile, sull'origine della IV Sezione del Consiglio di Stato, l'unica componente dell'attuale giurisdizio-

ne amministrativa che allora esisteva e che poteva considerare (la vicenda delle giunte provinciali amministrative è troppo e da troppo tempo irreversibilmente conclusa da poter essere ancora rievocabile): essa era nata come una costola dall'amministrazione. E la sua natura giuridica corrispondeva pienamente a questa sua matrice: senza alcun dubbio, almeno allora, e tranne per quelle sue competenze che avevano sicuramente carattere giurisdizionale, seppur derivante *aliunde*. Certo, essa si distaccava nettamente dalla amministrazione attiva; e di sicuro, per i suoi caratteri strutturali, e conseguentemente per l'allentamento dei suoi rapporti col Governo, veniva a distinguersi fortemente pure dalla amministrazione contenziosa del tipo di quella preesistente, pure da quella esplicita a seguito di un ricorso straordinario. Ma essa era pur sempre soggettivamente un'amministrazione. Apparteneva all'amministrazione come istituzione, si suppone che avrebbe potuto qualificarla anni dopo l'autore dell'*Ordinamento giuridico*, sul fondamento delle teorie che vi elaborò.

Con tutta una serie di precise conseguenze. Anzitutto: la prospettiva nella quale la quale si poneva la IV Sezione, nei confronti dei provvedimenti che era chiamata a sindacare, era la medesima nella quale si era collocata l'amministrazione che li aveva adottati. La prospettiva dell'interesse pubblico: dell'interesse collettivo, dell'interesse di tutti, dell'interesse dell'amministrazione, in quanto in essa soggetto, e che essa è deputata istituzionalmente a perseguire. La prospettiva per la quale le norme il cui rispetto tale sezione sindacava, erano poste anzitutto per orientare nel modo più funzionale possibile, da quel punto di vista, le scelte che poi l'amministrazione stessa avrebbe operato caso per caso, con l'adozione di singoli provvedimenti.

Sono correlative a questa impostazione, le prime, e più «vere» teorizzazioni dell'interesse legittimo; le quali, è bene non dimenticarlo, hanno seguito, e non preceduto la legge del 1889. Ossia: l'interesse individuale che l'attuale giudice amministrativo della legittimità garantisce giurisdizionalmente, era (ed è?), sostanzialmente tutelabile solo in quanto questa sua tutela coincida con la tutela di quello collettivo. Per corollari derivanti ineludibilmente da dati di fondo. L'ordinamento ha attribuito all'amministrazione i poteri che ha ritenuto necessari e opportuni, per il perseguimento degli

interessi collettivi che ha soggettivato in essa. I provvedimenti che quel giudice sindacava sono espressione di quei poteri: nel senso che non ne eccedono i limiti; altrimenti ridonderebbero in lesione di diritti soggettivi, e la loro cognizione sarebbe riservata alla giurisdizione civile: almeno allora. Conclusione: gli interessi individuali che vi sono compresi, sono abbandonati alla disponibilità da parte dell'amministrazione medesima, per il perseguimento dei suoi interessi; ai quali, perciò, sono inesorabilmente subordinati.

Quindi, ulteriormente. La IV Sezione, nel sindacato esercitato sui provvedimenti, non poteva avere remore derivanti da esigenze del rispetto dell'autonomia dell'amministrazione attiva che le aveva adottate: non perché essa stessa ne facesse parte, ma perché appartenente alla stessa istituzione di questa. Così che essa poteva sindacarli perfino nei loro aspetti discrezionali, e sia pure sotto il profilo delle regole giuridiche cui la stessa discrezionalità è assoggettata.

Converrà sottolineare questi tratti. È notorio che, nella cultura giuridica dell'epoca, quel che premeva era la definizione e la tutela dei diritti soggettivi dei cittadini nei confronti dei poteri dell'amministrazione: unici profili di reale rilevanza giuridica intersoggettiva, perché unico oggetto delle norme che ai relativi rapporti davano assetto. E che le altre norme, quelle che, pur relative ai medesimi poteri, quei diritti non proteggevano sul piano sostanziale, da quel medesimo punto di vista, erano percepite come poco rilevanti: gli interessi da esse protetti erano poco più che di mero fatto, nella prospettiva dell'art. 3 della legge del 1865; e diventarono giuridici per effetto della legge del 1889, e ancor più della successiva elaborazione dottrinale: ma solo come interessi legittimi. L'essenziale di questa notazione sta in questo: che tali norme, ossia quasi tutte disposizioni sull'organizzazione e sul procedimento, nonché le regole sull'esercizio della discrezionalità, erano percepite come interne all'amministrazione. Nel senso che un provvedimento viziato, e viziato solo per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge, non per questo eccedeva i limiti della sua autonomia: non per questo perdeva il carattere di lecita espressione di questa. Con la conseguenza che un sindacato condotto sotto quei parametri, anche quando fosse effettuato alla stregua di vere e proprie disposizioni primarie o secondarie, era pur sempre un sindacato sul modo nel quale l'amministrazione aveva esercitato la sua autonomia medesima. Ed è per questa

ragione che esso era, doveva essere esercitato da un organo appartenente all'amministrazione: almeno, all'amministrazione come istituzione. Perché, altrimenti, se fosse stato effettuato da un soggetto terzo, in particolare da un giudice terzo, avrebbe implicato una inammissibile ingerenza in quell'autonomia. E non certo in omaggio alla divisione dei poteri, o a privilegi dell'amministrazione; ma per le stesse ragioni per le quali il giudice civile, che pure può sindacare il superamento da parte dei soggetti privati dei limiti della loro autonomia, non può sostituirsi ad essi in valutazioni del modo con il quale la hanno esercitata; a parte i vincoli derivanti da principi generali quale quello di buona fede, se non in ipotesi estreme: forse, nel caso degli atti emulativi (art. 833 c.c.), o nel motivo illecito comune alle parti (art. 1345 c.c.). Conclusivamente: più un giudice si pone come terzo nei confronti del soggetto di cui giudica i comportamenti, e più è tenuto a rispettare la sua autonomia.

Conseguentemente, i poteri decisorii della IV Sezione, per quella sua pertinenza soggettiva, e solo per essa, potevano essere più estesi di quelli del giudice civile: perfino di quelli che il giudice civile poteva esplicitare nelle controversie di diritto privato. E potevano arrivare pianamente fino all'annullamento dei provvedimenti dei quali sindacavano la legittimità, la sola legittimità: pure nella prospettiva teorica prima ricordata, secondo la quale la funzione annullatoria avrebbe natura amministrativa e non giurisdizionale.

Questa ricostruzione può far sorridere chi oggi considera una giurisdizione amministrativa che si evolve nel senso di una completa sua terzietà rispetto all'amministrazione. Una terzietà che, per di più, è sentita ed esibita come un blasone da attribuirle necessariamente, per poterla nobilitare. Una terzietà che, comunque, ha già interamente raggiunta nella sua componente costituita dai tribunali amministrativi regionali; configurati anzi già fin dalla loro istituzione, come all'amministrazione medesima strutturalmente estranei. E verso la quale terzietà sembrano tendere irresistibilmente anche le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, pur se in esse persistono forse recessivamente (si crede? Si teme?), anche profili derivanti dalla matrice da cui è nata la IV Sezione; profili, si vorrebbe sottolineare, che hanno radici e ragioni ben più profonde di quelli causati dalla loro sempre più debole connessione strutturale con le sezioni consultive.

Però, questo sorriso non può precludere una valutazione critica della evoluzione che si è così realizzata.

Il suo risvolto che dovrebbe apparire più positivo, dovrebbe essere costituito dalla maggiore indipendenza che la giurisdizione amministrativa avrebbe dovuto aver acquisito rispetto all'amministrazione. Ma davvero l'attuale giudice amministrativo ormai quasi totalmente terzo rispetto ad essa, è tanto più indipendente di quanto lo fossero tradizionalmente le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato?

Se ne può dubitare. Perché è un fatto che chi chiede tutela giurisdizionale di proprie situazioni giuridiche nei confronti dell'amministrazione, anche in passato preferiva rivolgersi al giudice amministrativo: certo, non solo per l'indipendenza che questo concretamente ha sempre manifestato nei confronti di essa, ma anche per questa (a questo proposito, sembra assai significativo quel che ricordò Bozzi in sede di Assemblea Costituente – v. vol. VIII dei lavori preparatori della Costituzione, pag. 1987 –, difendendo le ragioni della sopravvivenza del Consiglio di Stato, e rivendicando l'indipendenza che dimostrò perfino durante il Fascismo: «... su 16.000 ricorsi decisi nel merito ... ne sono stati accolti circa 10.000 e respinti 6.000»). La quale indipendenza, evidentemente, ha radici altre e, si vorrebbe dire, più sostanziali e profonde, della collocazione che tale giudice aveva o non aveva, rispetto all'amministrazione medesima. D'altra parte, considerazioni analoghe sono suggerite proprio dal confronto con la giurisdizione ordinaria: essa si è collocata sempre su una posizione di totale estraneità, e addirittura di vera e propria contrapposizione nei confronti dell'amministrazione; ma ciò non le ha impedito di valutare nel modo troppo benevolo che si è accennato, i profili più unilaterali e autoritari del suo comportamento.

D'altra parte, non si vuole certo affermare che l'attuale giudice amministrativo, pur quasi totalmente terzo rispetto all'amministrazione, rinuncia per questo ad annullare i provvedimenti che essa adotta, per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge: perché in tal modo si ingerirebbe nella sua autonomia. Tutt'altro. Né si pretende di riuscire a contestare l'opinione diventata ormai un luogo comune, secondo la quale la raggiunta (o raggiungenda) piena terzietà della giurisdizione amministrativa nei

confronti dell'amministrazione, come si è detto, le aggiunga un blasone di nobiltà, più di quanto la trasfiguri. Ma si vuole notare che questa incisività di sindacato è ciò nonostante mantenuta, la positività di questa evoluzione è ciò nonostante confermata, a prezzo di un forte appiattimento del quadro concettuale nel quale devono essere iscritte l'amministrazione medesima, il suo ruolo, e l'insieme delle norme che la istituiscono e la regolano.

Si è affievolita, così, l'idea che le amministrazioni sono anzitutto soggetti di autonomia che è attribuita loro dall'ordinamento generale; che i loro atti sono espressione di questa autonomia, e non mera attuazione della legge. E anche quando si seguita a percepire che la loro autonomia non può che avere dei limiti, dalle norme che la definiscono nel suo perimetro esterno, non si distinguono più quelle che per così dire dall'interno ne regolano l'esercizio: quelle che dovrebbero costituire il suo ordinamento particolare. Così che, nella ricostruzione della disciplina dell'esproprio, per esempio, le norme che ne regolano il procedimento vengono a «valere», vengono a «pesare» quanto quelle che determinano quel che l'amministrazione può espropriare: quanto quelle che danno assetto ad un rapporto così cruciale per gli equilibri tra pubblico e privato, come il rapporto tra potere di esproprio e proprietà individuale. Il quadro complessivo che emerge da ricostruzioni del genere appare quanto meno poco realistico: non espressione di un senso giuridico che sia effettivamente aderente, appunto, alla «natura delle cose».

Sia chiaro: non è che qui si dubita che l'attuale giurisdizione amministrativa debba godere di una reale indipendenza nei confronti degli organi di amministrazione attiva; si contesta che l'unica strada attraverso la quale questo più che auspicabile obiettivo debba essere raggiunto (meglio: conservato), sia costituita dalla sua terzietà nei confronti addirittura dell'amministrazione come istituzione. E si conferma che le esigenze che Santi Romano intendeva salvaguardare rivendicando la natura amministrativa contenziosa della IV Sezione del Consiglio di Stato, davvero non sono state poi compromesse dalla semplice acquisizione da parte dell'attuale giurisdizione amministrativa di caratteri propri, appunto, della giurisdizione; ma, semmai, dalla sua progressiva estraniamento dall'amministrazione così latamente intesa. Per questo verso,



già per questo verso, dal suo progressivo accostamento alla giurisdizione ordinaria: per una forse irresistibile evoluzione verso la sua collocazione come una branca solo specializzata di questa.

### ***8. La maggiore incisività di un sindacato contenzioso che mantenga natura amministrativa, rispetto ad uno giurisdizionale***

L'altra fondamentale ragione per la quale Santi Romano, avrebbe preferito che le funzioni esercitate dalla IV Sezione del Consiglio di Stato (e, poi, dalla V), avessero mantenuto carattere amministrativo, è costituita dalla maggiore penetrazione che avrebbe potuto avere il sindacato che avessero svolto. Sopra, si è già riportato un passo assai significativo del pensiero di Santi Romano a questo riguardo. Qui se ne può aggiungere un altro, che lo è ancora di più (*Le giurisdizioni speciali*, cit., pag. 196): dopo aver rilevato la sostanziale omogeneità delle giurisdizioni speciali amministrative alle comuni giurisdizioni contenziose, osserva: «*Nella vita statuale si rinvengono, però, altri istituti, che, talvolta simulandone le forme, tal'altra sostitendola negli effetti, ne differiscono per la natura giuridica; oppure, ora rappresentando uno stadio di sviluppo inferiore (i ricorsi amministrativi?), tendono a confondersi o, meglio a trasformarsi in essa, ora, all'opposto, debbano considerarsi come manifestazioni di una attività più fine e più elevata, quasi – ci si perdoni la frase che sembrerebbe coniata da un seguace di Nietzsche – supergiurisdizioni*»; e, qui, non si dovrebbero aver dubbi che questa espressione sia riferita al sindacato della IV Sezione, inteso come avente natura amministrativa.

E le cause che Santi Romano vedeva, di questa maggiore potenzialità che avrebbe avuto questo sindacato, se avesse conservato questo carattere, sono facilmente intuibili.

Anzitutto, vi è il profilo della sua maggiore incisività: come diretta espressione dell'inquadramento del nuovo organo nell'amministrazione come istituzione. Al riguardo, non si può dimenticare questo dato: allora, la trama delle disposizioni, legislative o regolamentari che fossero, le quali disciplinavano l'esercizio dei poteri dell'amministrazione, era molto più rada di quella di epo-

che successive; e, correlativamente, molto più ampi gli spazi della sua discrezionalità. Quindi, molto più esteso era l'oggetto del sindacato dell'eccesso di potere. Ed è proprio in questo sindacato che si potevano esprimere al meglio le potenzialità di maggiore aderenza delle valutazioni dei comportamenti dell'amministrazione, che venissero condotti da quel coincidente punto di vista cui si è prima accennato.

Ma qui Santi Romano rilevava anche una loro maggiore creatività: evidentemente, nella ricostruzione di quella disciplina, e nella sua coerenza con quel punto di vista medesimo. E sembra che possa dirsi chiaro, il nesso tra questa notazione, e le elaborazioni delle figure sintomatiche del cattivo uso della discrezionalità, che appunto la IV Sezione in quegli anni cominciava a sviluppare.

Il quadro normativo di allora, come si sa, è venuto progressivamente trasformandosi in modo assai profondo durante tutto l'arco del secolo scorso: nel senso di un suo continuo infittirsi. Da questo punto di vista, non appaiono rilevanti né le temporanee inversioni di tendenza che si sono talvolta avute, né le oscillazioni di prevalenza tra il livello normativo primario o quello secondario (ascrivendo a questo, oltre che i regolamenti, anche gli statuti), né la sostituzione ad un eccesso di normazione centralizzata, una ipertrofia di normative espressioni di autonomie. Perché quel che qui conta, è il progressivo restringimento degli spazi entro i quali l'amministrazione può adottare scelte discrezionali; e, quindi, può essere esercitato da parte del giudice amministrativo quel sindacato sull'eccesso di potere, che è l'unico che può esplicitare al riguardo.

Così che quella maggiore incisività, quella più accentuata creatività che Santi Romano riteneva derivare dal carattere amministrativo del sindacato della IV Sezione del Consiglio di Stato, hanno dovuto orientarsi diversamente; hanno dovuto cambiare direzione: dalle regole sulla discrezionalità, alle disposizioni che, pur riguardando ugualmente l'esercizio dei poteri dell'amministrazione, viceversa la orientano e la circoscrivono. E il Consiglio di Stato tra le due guerre, pur in questo quadro normativo così mutato, sembra aver esplicitato appieno questa maggiore duttilità di apprezzamento, sotto ambedue tali profili. Anzitutto, nella interpretazione delle singole disposizioni del genere: adottate, per defini-

zione, per rendere più funzionale l'attività dell'amministrazione, ne ha ricostruito la portata nel modo a ciò più coerente. E, poi, nella riconduzione a sistema di norme spesso solo episodiche e frammentarie. Un esempio per tutti: la ricostruzione di una disciplina generale del pubblico impiego, a partire da quelle settoriali, dalla più completa ed elaborata dell'impiego statale, alle altre meno precise e calibrate. Così che il Consiglio di Stato, all'epoca, ha svolto un'opera ricostruttiva quanto e più della dottrina, arrivando a porsi quasi come una sorta di co-legislatore.

D'altra parte, il sindacato di legittimità che ha esplicato in quel periodo, ha acquisito i noti caratteri della sua specifica giurisdizionalità; evidentemente, senza perdere per questo la sua incisività e duttilità. Risulta confermato, così, che la causa del rischio paventato da Santi Romano, era costituito non tanto dalla caratteristica giurisdizionalizzazione (ci si passi la brutta parola), che in concreto ha acquistato, ma da quella assimilazione alla cognizione del giudice ordinario che solo in tempi recenti è diventata una possibilità reale.

### ***9. Considerazioni conclusive sulla specificità della giurisdizione amministrativa di legittimità***

In queste riflessioni relative al pensiero del professor Santi Romano sulla giustizia amministrativa, si è sostenuta la tesi che non vi contrastasse l'evoluzione che è derivata dalla istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato: l'esito per il quella amministrativa di legittimità è oggi sicuramente e irreversibilmente una giurisdizione. Ma più volte si è precisato: con propri caratteri specifici, specie nei confronti di quella civile; di più: purché mantenga tali propri caratteri specifici.

Evidentemente, a conclusione di tali riflessioni, non si può eludere la questione: in che dovrebbe consistere questa sua specificità, in particolare rispetto al giudice dei diritti? E la risposta non può essere che questa: essa consiste nel suo oggetto; che è costituito dall'esercizio delle funzioni che l'ordinamento generale attribuisce all'amministrazione. La particolarità di questo oggetto richiede che chi giudichi di esso, si ponga dal punto di vista della

funzionalità delle scelte amministrative, e che le valuti con la duttilità e la creatività che questa prospettiva richiede; e non alla stretta parametri codicistici, o analoghi, che distribuiscono rigidamente *uniquique suum*. Una siffatta giurisdizione amministrativa non può avere ad oggetto una situazione giuridica soggettiva; in particolare, una del ricorrente. Il che, sia chiaro, non recide affatto il nesso tra quella e questa: perché il ricorrente è legittimato al ricorso, solo e in quanto il provvedimento che impugna, abbia disposto in modo (assertivamente) illegittimo, di tale sua posizione. Ma che questa sua situazione sia un insostituibile fattore della sua legittimazione, non implica affatto che si ponga anche come oggetto della tutela che conseguentemente il giudice amministrativo gli accorderà.

Una siffatta giurisdizione di legittimità, può considerarsi una vera e propria giurisdizione? Se ne è dubitato: tutta la corrente dottrinale che ricostruiva come amministrativi i caratteri della IV Sezione del Consiglio di Stato all'indomani della legge del 1889, con Vittorio Emanuele Orlando in testa, partiva dalla constatazione che essa, appunto, non aveva ad oggetto situazioni giuridiche soggettive. E meno che meno diritti soggettivi; ed è evidente che i dati per i quali quella civile era la giurisdizione per antonomasia, e che essa li aveva oggetto della tutela che impartiva, non potevano che portare all'esclusione del carattere giurisdizionale di cognizioni le quali, pur contenziose, riguardassero entità diversamente concettualizzate.

Ma non è possibile inoltrarci qui nella ricerca di una soluzione al quesito indicato, per una strada che si presenterebbe abbastanza impervia; e con considerazioni le quali, per riprendere l'aggettivo anche col quale Santi Romano criticava le sentenze della Cassazione, si rivelerebbero assai «spensierate»: di una insostenibile superficialità. Perché ignorerebbero quanto sia controverso il concetto di giurisdizione già nella più colta dottrina del processo civile; e non entrerebbero neppure nella questione se i tratti essenziali che essa attribuisse a questo concetto in modo ampiamente condiviso, possano assurgere ed elementi distintivi di una nozione generale di giurisdizione, oppure contrassegnare un solo suo tipo: al quale, eventualmente, si potrebbe contrapporre il tipo di giurisdizione amministrativa di legittimità.

Qui ci si deve limitare ad indicare i fattori di giurisdizionalizzazione (per così dire), che le sono stati attribuiti, si ripete ancora, come blasone di sua nobiltà. Ossia. Una effettiva imparzialità di chi giudica; anche se non necessariamente una sua radicale estraneità, nel senso prima precisato. Una completa garanzia del contraddittorio; anche se questa non si traduce necessariamente nell'accesso diretto del giudice al fatto, pur dopo che alcune norme della l. n. 205 del 2000 hanno reso più difficilmente sostenibile la tesi di Corte cost. n. 251 del 1989 (c.d. sentenza «Caianiello»). Una invulnerabilità del *decisum* da parte dei mezzi ordinari di impugnazione; anche se è da dimostrare che questa stabilità delle sentenze/decisioni del giudice amministrativo equivalga alla cosa giudicata in riferimento alla quale è rubricato l'art. 2909 c.c.

L'acquisizione da parte della attuale giurisdizione amministrativa di tutti questi tratti, non può considerarsi incompatibile con la preferenza del professor Santi Romano per il carattere amministrativo della IV Sezione del Consiglio di Stato e della sua funzione. Ma quel che il futuro presidente del Consiglio di Stato avrebbe considerato inaccettabile, e addirittura all'epoca impensabile, è che il giudice della legittimità dell'esercizio delle funzioni dell'amministrazione, diventasse, o diventasse almeno anche, il giudice dei diritti soggettivi dei privati, specie se di natura risarcitoria: più generalmente, dei rapporti di questi con quella. Per dei recenti sviluppi legislativi rispetto ai quali si vorrebbe impiegare per la terza volta l'aggettivo di «spensierati» utilizzato da Santi Romano: nel preciso senso e per le precise ragioni nelle quali lo intese.

Oggi, sono ancora distinguibili questi due ruoli della giurisdizione amministrativa. Anche perché appaiono non aver sortito ancora esiti concettualmente nitidi e generalmente condivisi, gli sforzi di parte della dottrina, tesi a rilevare e a definire come veri rapporti giuridici, in certe teorizzazioni estreme addirittura accostabili alle obbligazioni privatistiche, le relazioni che si instaurano tra l'amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri pubblicistici, ed i soggetti che vi sono coinvolti.

Valutazioni della funzionalità intrinseca delle scelte dell'amministrazione, sia pure alla stregua di disposizioni, o, almeno, criteri giuridici, e determinazione dei confini della sua autonomia, ri-

spetto ai diritti soggettivi individuali, richiedono impostazioni concettuali, formazioni ed esperienze assai diverse; e che, in linea di principio, corrispondono a quelle che ha tradizionalmente il giudice amministrativo da un lato, e il giudice civile dall'altro. La questione che ci si deve porre, anzitutto, è se esse possano coesistere nelle stesse persone e negli stessi collegi e corpi. O se una delle due non finisca col tendere inevitabilmente a prevalere. E, concretamente, il rischio che oggi parrebbe più attuale è quello di un qualche ottundimento della percezione del carattere funzionalmente meta-individuale dell'esercizio dei poteri dell'amministrazione: anche per l'emergere di concorrenti linee evolutive, verso il livellamento della posizione di questa a quella dei soggetti privati (come se gli interessi di tutti non dovessero contare più di quelli di ognuno); e verso un generalizzato uso da parte sua, della capacità di diritto privato (come se questa potesse essere sufficiente a far prevalere i primi sugli altri).

Ma, soprattutto, ci si deve domandare se un giudice amministrativo diventato giudice dei diritti dei privati nei confronti dell'amministrazione, e, più generalmente, dei rapporti tra gli uni e l'altra, possa ancora dirsi speciale, nei confronti dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria, per riprendere i termini della legge del 1865. O non piuttosto finisca col perdere le ragioni profonde di questa sua specialità. E tenda a porsi unicamente come un ramo solo specializzato di una onnicomprensiva giurisdizione ordinaria: come molti auspicano. Del resto, non senza buone argomenti. Ma, per la verità, contraddicendo le profonde ragioni della vicenda iniziata nel 1889: molto più ricca di luci che di ombre, a differenza di altre; e la cui chiusura, perciò, non potrebbe essere considerata che come una perdita.