

La funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano Presidente: l'effettività della tutela

di Alessandro Pajno

Sommario 1. Santi Romano e l'effettività della tutela giurisdizionale: per una messa a fuoco dei problemi dell'indagine. – 2. Il carattere unificante: Santi Romano e la duplicità come percezione della complessità. – 3. Il carattere unificante: il Consiglio di Stato come “figura complessa”. La duplicità delle funzioni come manifestazione della complessità. – 4. La tutela del Consiglio di Stato come superamento della duplicità tra giurisdizione ed annullamento. – 5. Santi Romano e la complessità della tutela giuridica: il diritto del cittadino alla protezione giurisdizionale ed il diritto verso l'Amministrazione propriamente detta dello Stato. – 6. Diritto alla tutela e diritto alla protezione giudiziaria. Tutela di annullamento e tutela giurisdizionale. La linea di sviluppo dell'effettività. - 7. La costruzione dell'effettività della tutela giurisdizionale: l'esame della giurisprudenza. - 8. Il processo oltre il processo: i soggetti diversi dalle parti originarie. - 9. La tempestività della tutela: il potere di sospensione. - 10. Il giudicato ed i suoi effetti. - 11. L'esecuzione del giudicato. - 12. L'ottemperanza come processo. - 13. Alcune conclusioni. La giustizia amministrativa e la forza delle ambivalenze.

1. Un discorso intorno a Santi Romano ed all'effettività della tutela giurisdizionale solo ad un livello di prima approssimazione può apparire semplice e piano; può apparire, cioè un discorso come gli altri, nei quali, ad esempio, per una sorta di convincimento diffuso e comunque diffusamente affermato, tutta la tutela è ormai divenuta tutela giurisdizionale e la questione dell'effettività si consuma tutta all'interno del problema della tempestività della sentenza e del rapporto tempo-processo.

Un approccio del genere è destinato, infatti, a rivelarsi quanto meno non adeguato, se non addirittura fuorviante, non appena da una considerazione generale si passa a quella dei singoli protagonisti della vicenda; ed allorché si pone mente alla circostanza che quella di effettività è, in qualche modo una *nozione storica*¹, legata alla cultura giuridica ed istituzionale del tempo, non necessariamente coincidente con quella che, ai nostri giorni, va sotto lo stesso nome.

Si impone, così, preliminarmente, una sorta di “messa a fuoco” dell'oggetto del discorso.

¹ Sulla portata storica della nozione di effettività della tutela giurisdizionale, si veda A. Pajno, *L'effettività della giustizia amministrativa*, in *L'insegnamento di Vittorio Bachelet vent'anni dopo: giustizia e garanzie nel rapporto con le istituzioni*, Roma, 2002, p. 77 e segg..

Questo, non implica, peraltro, la necessità di andare, per dir così, alla “ricerca” dello specifico contributo fornito da Santi Romano alla realizzazione del principio di effettività nella giurisprudenza contenziosa del Consiglio di Stato. Tale contributo - se esiste, come, in effetti esiste - è affidato alle decisioni dell’Adunanza Plenaria presieduta da Santi Romano ed è in esse oggettivato, come è oggettivato in tutte quelle decisioni che sono state adottate sotto la sua Presidenza; sotto questo profilo, esso non si distingue più da quello fornito dagli altri Consiglieri di Stato nella costruzione del sistema giurisdizionale.

Un contributo del genere, interessa, forse, lo storico delle istituzioni e delle idee, più probabilmente lo studioso o l’appassionato delle cronache istituzionali.

La questione che si pone, invece, per lo studioso dei sistemi giuridici, ed in particolare dei (sotto)sistemi di protezione giudiziaria del cittadino, sembra essere, ad un tempo, più semplice (nella sua rappresentazione sintetica) e più complessa (nell’analisi che essa implica e nelle conclusioni a proposito di essa possono essere tratte).

Il problema non è infatti, per i giuristi, quello di determinare e delimitare il contenuto e l’ambito del contributo di Santi Romano nella giurisprudenza concreta dell’Istituto. Qualche tempo fa, in uno scritto riguardante il rapporto tra il Consiglio di Stato ed un altro grande protagonista delle vicende istituzionali del Paese, è stato felicemente posto in luce quanto sia difficile valutare l’apporto di un Presidente alla giurisprudenza del Consiglio di Stato: “... in un collegio giudiziario... lo scambio di idee è così intenso, la reciproca influenza così forte, che il conto del dare e dell’avere riesce arduo ². Si tratta di un rilievo a suo modo troncante che evidenzia quanto forte e significativo sia il ruolo del principio di collegialità nella costruzione della tutela giurisdizionale.

Il problema, consiste, invece, nello stabilire quale sia stato il *risultato* – al di là delle dinamiche personali -, il *prodotto oggettivo*, percepibile in documenti altrettanto oggettivi, dell’incontro fra Santi Romano e quell’istituzione che va sotto il nome di Consiglio di Stato: quale, cioè sia stato l’esito dell’incontro fra la cultura, le idee, la sensibilità, il patrimonio di insegnamenti e di dottrine che possono essere riassunti e compendati nella persona di Santi Romano ed il carico, la storia, il ruolo (anzi i ruoli), i compiti istituzionali di un organismo come il Consiglio di Stato. Più in particolare, questo prodotto oggettivo deve essere, per quel che interessa in modo specifico, definito, identificato e riscontrato nell’ambito dei profili attinenti alla tutela giurisdizionale ed alla sua effettività.

² G. Paleologo, *Silvio Spaventa e la Quarta Sezione del Consiglio di Stato*, in *Cons. Stato*, 1990, II, p. 1215.

In tal modo intesa, la questione del prodotto oggettivo dell'incontro tra Santi Romano ed il Consiglio di Stato si scompone, a sua volta, in una serie di problemi che debbono essere necessariamente tenuti presenti ai fini dell'indagine.

Si tratta, innanzi tutto, di comprendere e considerare chi erano, realmente, i due soggetti - l'uomo e l'istituzione - che, per dir così - si presentavano all'appuntamento; quali erano i tratti che li caratterizzavano e se esistevano elementi - ciascuno nel proprio ordine - in grado, in qualche modo, di renderli più prossimi, di costituire, anche solo per l'osservatore o per l'interprete, un punto di vista comune.

Ci si domanda, in particolare se, attraverso l'analisi del pensiero dell'uno e delle vicende istituzionali dell'altro, sia possibile scorgere un profilo, un *predicato comune*, che in qualche modo possa spiegare, non tanto l'incontro, ma la vicenda dell'uno verso l'altro, e possa costruire uno strumento atto a decifrare gli esiti di tale processo.

Si tratta, poi, di stabilire se i risultati di un incontro del genere possano essere efficacemente determinati non soltanto con riferimento al rapporto con il Governo e con le istituzioni della politica, ma anche in relazione ad una specifica attività, quale è quella giurisdizionale.

Il frutto dell'incontro fra la cultura e le costruzioni dogmatiche del giurista Santi Romano appare, infatti, più facilmente percepibile quando è in gioco la funzione di consulenza, appunto al *Governo*; appare, invece, certamente più difficile quando riguarda una funzione che da quella di Governo è distinta, ed alla cui logica può essere a volte contrapposta, come la funzione giurisdizionale.

Come si vedrà, anche l'area della protezione giurisdizionale, dell'esercizio di funzioni giurisdizionali, costituisce un ambito significativo dell'incontro fra Santi Romano e l'Istituto: l'ambito, anzi, nel quale si produrranno gli effetti che, sostanzialmente, più saranno destinati a durare, a consolidarsi ed a portare frutto.

L'ultima delle questioni generali attiene, infine, proprio alla giurisdizione ed alla sua effettività.

Da una parte, infatti, ogni discorso in proposito appare sostanzialmente impossibile se non si chiarisce qual'era la nozione di giurisdizione che Santi Romano teneva presente, ed i suoi rapporti con la tutela del cittadino e con la sfera della giustizia amministrativa. Dall'altra, quella di effettività costituisce in qualche modo una nozione *storica*, legata cioè ad un certo sviluppo della società e della sua cultura. Occorre, quindi, stabilire quali connotati possono essere ricondotti all'effettività nel pensiero di Santi Romano, per stabilire poi in che modo questi connotati si sono mantenuti, affermati o trasformati dopo l'incontro con il Consiglio di Stato e nel *farsi* concreto dell'attività giurisdizionale.

Come si vedrà, i modi di realizzazione dell'effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza del Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano finiranno con non coincidere con le idee dello stesso Santi Romano sul Consiglio di Stato; tali modi di realizzazione si risolveranno, significativamente, in una serie di principi non riducibili a quelle che, almeno per lungo tempo, erano state le opinioni in proposito espresse da Santi Romano. Non a caso, anzi, l'evoluzione della giurisprudenza del Consiglio di Stato finirà con il registrare la sostanziale riunificazione, nell'area della tutela giurisdizionale, di esperienze che il pensiero di Santi Romano aveva mantenuto non solo distinte, ma sostanzialmente separate in quanto, per dir così, di "natura" diversa.

2. Ogni ricostruzione è, in un certo senso, una nuova creazione ed appare, per ciò solo, in qualche modo *arbitraria*. Questo esito è ancora più vero quando la ricostruzione è frutto di un processo di generalizzazione, dal momento che la considerazione dei profili più generali finisce con il fornire un ritratto del tutto *generico*, e per tale ragione assai lontano dai contenuti che caratterizzano il modello originale.

E tuttavia se si deve tentare, sia pure ai soli fini della presente ricerca, l'indicazione di un carattere che, più di ogni altro sembra contrassegnare l'opera ed il pensiero di Santi Romano, questo carattere deve essere, probabilmente, identificato nella *duplicità* o nell'*ambivalenza*: in una duplicità intesa non nel senso negativo di doppiezza o ambiguità, ma nel senso *della percezione della complessità* e della difficoltà, se non dell'*impossibilità, di ridurre la complessità* ad un meccanismo che in quanto unico, è in realtà, non semplice, ma semplificante.

Santi Romano è un giurista dogmatico, ed è un giurista del suo tempo, un giurista formalista³, uno studioso del *diritto in quanto formalizzazione* dei rapporti sociali, che considera l'istituzione "non sociologicamente, ma in sé e per sé, in quanto risulta da un ordinamento giuridico"⁴. Egli dichiara espressamente che "ci siamo, naturalmente, dovuti spingere sino alle ultime regioni, in cui è dato respirare l'atmosfera giuridica, ma non le abbiamo mai oltrepassate"⁵, e ritiene di essere un "giurista puro, preoccupato più delle astratte strutture, delle forme che non delle concrete forze sociali che vi entrano dentro"⁶.

³ Si veda, in proposito, N. Bobbio, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano 1977, p. 29 e segg..

⁴ Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945, p. 79.

⁵ Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit. p. 79. Sia il presente brano che quello citato nella nota che precede sono ricordati da N. Bobbio, *Teoria e ideologia*, cit., pp. 28-29, *nota* (2), a sostegno dell'affermazione secondo la quale, nella mente di Romano "la contrapposizione tra normativismo e istituzionalismo non corrisponde affatto, come si sarebbe tentati di credere, e come è stato più volte sostenuto, alla contrapposizione tra formalismo e realismo giuridico". Per Bobbio, infatti "Romano è, nel senso proprio della parola, un "formalista", perché considera il diritto come la forma dei rapporti sociali che, in quanto tale, può e deve essere studiato indipendentemente dai suoi rapporti con la società".

⁶ N. Bobbio, *Teoria e ideologia*, cit. p. 36.

Tuttavia, questo modo di essere di Santi Romano non impedisce, ad un importante storico del diritto come Paolo Grossi, di definire quella di Santi Romano come “la più straordinaria avventura intellettuale che giurista italiano del Novecento abbia mai vissuto”⁷, quella del Romano che si interroga sulle ragioni prime del diritto e delle sue radici, oltre lo Stato, nel tessuto più riposto della società e che riscopre, in tal modo, la complessità dell’ordinamento giuridico⁸.

Si deve allora, dire che dietro la figura del giurista, preoccupato più delle astratte strutture che del magma delle forze sociali, c’è in realtà una *cifra duplice* che costituisce, a sua volta, una espressione della *complessità* del reale.

Nella dottrina di Santi Romano sono infatti contenute, come è stato detto, non una, ma due teorie⁹: la teoria del diritto come istituzione, che si contrappone alla teoria normativa, e la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, che si contrappone alla teoria monistica e statualistica.

D’altra parte, come due sono le teorie che stanno dentro la dottrina di Santi Romano, duplice è l’immagine che emerge dalla considerazione dello studioso: quella di uno studioso che è *teoricamente un pluralista, ma ideologicamente un monista*¹⁰.

Questi due aspetti non sono il segno di una radicale contrapposizione ma il segno di un conflitto, di un contrasto, di una complessità che il temperamento prudente dello studioso cercava di contemperare e di riassumere: se il suo pluralismo è un pluralismo “moderato”¹¹, il suo “monismo” è, come è stato osservato, un monismo “relativo”¹², in quanto lo Stato non costituisce mai, alla fine, un ordinamento esclusivo.

Il senso e la giustificazione di questo dualismo sta, poi, nel fatto che esso è una manifestazione della *complessità*; di quella complessità la cui percezione costituisce la chiave per la comprensione del suo itinerario intellettuale.

Questa obiettiva duplicità di Santi Romano – una duplicità intesa come segno della complessità – è stata, d’altra parte, avvertita con chiarezza quando egli è stato definito un teorico *conservatore* che ha esercitato nello sviluppo della cultura giuridica dell’Italia repubblicana un ruolo obiettivamente *progressista*¹³. Santi Romano assegna al diritto una funzione stabilizzatrice, ed in questo senso, conservatrice¹⁴; ma ai giuristi che sono bloccati dall’identificazione del *diritto*

⁷ P. Grossi, *Scienza giuridica italiana: un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, p. 109.

⁸ P. Grossi, *Scienza giuridica italiana* cit., p. 109.

⁹ N. Bobbio, *Teoria e ideologia*, cit. p. 25.

¹⁰ N. Bobbio, *Teoria e ideologia*, cit. p. 41.

¹¹ N. Bobbio, *Teoria e ideologia*, cit. pp. 41-44.

¹² P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 109.

¹³ U. Scarpelli, *Santi Romano, teorico conservatore, teorico progressista*, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, cit., p. 45 segg..

¹⁴ U. Scarpelli, *Santi Romano teorico* cit. p. 59.

col *diritto dello Stato*, Romano ricorda che nelle formazioni sociali vi è diritto ancor prima che il diritto dello Stato lo riconosca ¹⁵.

Sotto questo profilo, la teoria pluralista fonda la teoria istituzionale e non viceversa: giacché sarebbe impossibile affermare che il diritto si risolve nell'organizzazione senza porre un criterio di collegamento necessario tra essa e le formazioni sociali che la esprimono.

3. *La duplicità* come segno della capacità di cogliere la *complessità* sembra essere, così, la cifra che meglio esprime la cultura di Santi Romano.

Ed il Consiglio di Stato? Come ci dirà poi lo stesso Santi Romano, si tratta di una istituzione che ha una *figura complessa* ¹⁶, caratterizzata da un “doppio aspetto, l'uno stabile, l'altro contingente” ¹⁷ in cui alcuni caratteri si modificano, altri permangono e altri ancora si aggiungono; una istituzione di cui non è semplice precisare le diverse fasi “giacché esse non sono esclusivamente quelle indicate dalle varie riforme legislative” ¹⁸; una istituzione di cui vari sono gli atteggiamenti che ha assunto “quando rimanendo immutato il suo ordinamento formale, si è in realtà modificato il suo funzionamento” ¹⁹.

Istituzione a carattere politico, Consiglio del Re che entra in conflitto con la Segreteria di Stato e con i ministri; poi consiglio del Governo, la cui funzione diviene ausiliaria e consultiva, ma che accompagna l'attività legislativa oltre che quella di amministrazione; poi titolare sostanziale del potere di decidere i ricorsi al Re, poi organo della giustizia amministrativa, poi, ancora, dopo la legge abolitiva del contenzioso amministrativo, organo fondamentale della giustizia amministrativa.

Una istituzione, quindi, la cui cifra è anch'essa la *complessità*: o meglio, la capacità di cogliere la complessità della funzione di giustizia e della funzione di governo.

La duplicità come elemento esemplificativo della capacità di cogliere la complessità è quindi la cifra dell'istituzione Consiglio di Stato: ed è quella che, in qualche modo, sembra unire la cultura dell'uomo e la storia dell'istituzione. Di questa capacità di cogliere gli aspetti più contraddittori, l'unità nella diversità, proprio Santi Romano fornisce più volte testimonianze esemplari: il giurista che mirabilmente definisce il contenuto del diritto del cittadino ad ottenere giustizia dallo Stato

¹⁵ “Per merito della teoria pluralista, la stessa esperienza giuridica svolgentesi a livello di un qualsiasi ordinamento statale moderno ha rilevato una nuova dimensione, rimasta per l'innanzi nascosta, e, potrebbe dirsi, *appiattita* dietro gli schemi, spesso inadeguati, foggianti dal diritto statale”. Così V. Crisafulli, *Ricordo di Santi Romano*, in *Giur. Cost.*, 1975 II, p. 3251.

¹⁶ Santi Romano, *Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in onore del centenario*, Roma, 1932, Vol. I, p. 3.

¹⁷ Santi Romano, *Le funzioni e i caratteri*, cit., p. 4.

¹⁸ Santi Romano, *Le funzioni e i caratteri*, cit., p. 4.

¹⁹ Santi Romano, *Le funzioni e i caratteri*, cit., p.4.

come un *obbligo* di quest'ultimo alla emanazione di un *atto sovrano* ²⁰ è lo stesso che molti anni dopo vedrà nella duplicità delle attribuzioni del Consiglio di Stato la manifestazione di una *unica funzione complessa* ²¹.

4. La duplicità come manifestazione della complessità è dunque la cifra che lega insieme l'uomo e l'Istituto, il giurista dogmatico ed il Corpo che egli è chiamato a presiedere, la cultura dell'uno e la storia dell'altro: di tal che la storia del loro rapporto è appunto quella del dipanarsi e dallo svolgersi di tale complessità.

Questo filo conduttore caratterizza anche la vicenda della funzione giurisdizionale e del suo esercizio, ed in particolare di quei profili che, come vedremo, appaiono più capaci di sottolineare quella che oggi chiameremmo l'*effettività* della tutela giurisdizionale. Sotto questo profilo, la vicenda delle funzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato appare caratterizzata da un segno in cui è presente un *percorso complesso*, che vede, alla fine, a testimonianza delle articolazioni della complessità, probabilmente affermarsi una istituzione che è *diversa* dal modello teorico che per essa, Santi Romano aveva delineato; un istituto che vede agglutinarsi e ricongiungersi in una unica funzione ciò che lo studioso Santi Romano aveva separato.

La storia e la giurisprudenza ci restituiscono, infatti, un *organo* - la cui natura giurisdizionale, affermata per legge appare essere ormai il tratto fondamentale - il cui compito è, appunto, quello di esercitare una *giurisdizione di annullamento*: e cioè di esercitare unitariamente due funzioni - la *giurisdizione* e l'*annullamento* - che nel modello teorico che lo studioso Santi Romano aveva elaborato apparivano non solo separate, ma contrapposte.

Questo processo di costruzione di una unità che supera la duplicità caratterizza la questione dell'affermazione dall'effettività della tutela giurisdizionale: più precisamente, l'affermazione della effettività della tutela giurisdizionale si manifesta, anch'essa, nel comune riconoscimento e superamento della duplicità, come *conquista alla giurisdizione* dei caratteri della *tutela amministrativa* e della stessa attività prima svolta dall'amministrazione in relazione ad essa.

²⁰ Santi Romano, *La Teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in V. E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1897 Vol. I, p. 137.

²¹ Santi Romano, *Le funzioni e i caratteri*, cit., p. 26, secondo il quale il Consiglio di Stato "non ha che una sola funzione che dà luogo a diverse competenze, si esplica con atti di diversa efficacia giuridica, ma è rivolta ad un medesimo fine e subordinata ai medesimi principi". Non vi è, infatti, secondo Romano, una sostanziale differenza neppure tra la funzione consultiva e la funzione giurisdizionale, giacché "entrambe implicano un sindacato sugli atti amministrativi, l'uno preventivo, l'altro repressivo; il primo domandato dalla stessa autorità amministrativa, il secondo anche dai cittadini; che si esplica nell'un caso con la forma e l'efficacia del parere, nell'altro con la forma e l'efficacia della decisione".

5. La cifra della complessità caratterizza il pensiero di Santi Romano sulla tutela giuridica.

Non sono molti gli studi che Romano ha dedicato alle questioni del processo e della giustizia amministrativa: le *Giurisdizioni speciali amministrative*,²² *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*²³ nel Trattato di Orlando, *I Contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato* negli Scritti Minori²⁴.

Ma la questione della tutela giurisdizionale e del suo fondamento è posta con chiarezza innanzi tutto nella *Teoria dei diritti pubblici subiettivi*: essa è infatti il diritto alla protezione giuridica all'interno dello Stato, che è un diritto a che lo Stato adotti nei confronti dei cittadini un *atto sovrano*²⁵.

Si coglie, a questo punto, la complessità della concezione di Romano riguardo alla tutela del cittadino nei confronti degli atti dell'autorità: il diritto alla protezione giurisdizionale esiste con riferimento ai *diritti soggettivi*, non con riferimento agli *interessi*. Qui entra in campo un altro diritto pubblico soggettivo, quello che il cittadino vanta verso l'amministrazione propriamente detta dello Stato²⁶: il diritto ad ottenere un atto amministrativo, non un atto favorevole conforme al proprio interesse²⁷. Il cittadino ha, per dir, così, diritto a che i suoi interessi siano esaminati, non che l'esame gli sia favorevole: sussiste peraltro il diritto del cittadino alla tutela dei propri interessi anche quando i suoi interessi consistono in diritti²⁸.

Le decisioni del consiglio di Stato sono atti amministrativi e per questo i loro effetti hanno una portata generale; sono, cioè dotati di autorità nei confronti di tutti i cittadini. Il Consiglio di Stato è appunto, una istituzione che fa applicazione di questi principi²⁹.

C'è, in questo modo di pensare, il segno di una complessità che prende le forme della duplicità.

²² In V. E. Orlando, (a cura di), *Primo Trattato*, cit., Milano, 1901, Vol. III, p. 507 e segg..

²³ in V. E. Orlando (a cura di) *Primo Trattato*, cit., Milano 1901 Vol. III, p. 1169 e segg..

²⁴ in Santi Romano, *Scritti Minori*, Milano 1990, Vol. II, p. 321 e segg..

²⁵ Santi Romano, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi* in V. E. Orlando, *Primo Trattato*, cit., Vol. I, p. 137. Secondo Santi Romano *La teoria*, cit., p. 178-179, quando "si parla del diritto che hanno le parti medesime di rivolgersi al giudice e da lui ottenere la dichiarazione del proprio diritto, quando si parla del dovere che il magistrato ha, come funzionario dello Stato, di emettere un provvedimento che ponga fine alla controversia, allora siamo in presenza di un rapporto da sovrano a suddito, cioè di un rapporto indubbiamente pubblico".

²⁶ Santi Romano, *La teoria*, cit., p. 180 e segg..

²⁷ Santi Romano, *La teoria*, cit. p. 183-184 "In altri termini, il cittadino non ha né potrebbe avere un diritto a che l'atto amministrativo che egli ritiene a lui dannoso sia revocato, ma ha diritto ad un nuovo atto amministrativo emanato con le debite garanzie da una autorità perciò competente che o annulli il primo atto o nel caso contrario, dica le ragioni per cui tale annullamento non è possibile. In sostanza, non si ha diritto a che il contenuto di questo secondo atto sia in un senso o in un altro, ma si ha un vero e proprio diritto a che esso venga emanato" (così A. Romano, *La teoria*, cit., p. 184).

²⁸ "... il diritto del cittadino alla tutela dei suoi interessi sussiste anche quando questi costituiscano dei veri e propri diritti. Nulla, difatti, vieta in questo caso che, invece di sperimentarsi tali diritti mediante l'azione giudiziaria, si tenti la via amministrativa, considerandoli come semplici interessi e cercando di far annullare l'atto amministrativo che si ritiene dannoso non si tratterà cioè di vera e propria giurisdizione, ma saremo sempre nel campo dell'amministrazione" (così A. Romano, *La teoria*, cit., p. 184).

²⁹ Santi Romano, *La teoria*, cit., p. 185.

In realtà, infatti il diritto alla protezione giuridica ha, sostanzialmente lo stesso oggetto, sia quando si manifesta come diritto alla protezione giuridica all'interno dello Stato, sia quando prende le forme del diritto del cittadino verso l'amministrazione propriamente detta dello Stato, ma si sdoppia, nel pensiero di Santi Romano in due momenti diversi e distinti; ciò che colpisce è, però, che è soltanto la *tutela amministrativa* ad essere una tutela di annullamento ed a *divenire generale*: il giudicato, frutto della tutela giurisdizionale, costituisce in questa prospettiva, un limite alla espansione *erga omnes* degli effetti dell'annullamento³⁰.

Questo modo di pensare spiega la direzione che l'effettività della tutela sarà destinata a prendere nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, specie dopo che, nel 1907, la legge affermerà direttamente la natura giurisdizionale dell'organo.

L'effettività della tutela giurisdizionale sarà, progressivamente, costruita come l'appropriazione alla giurisdizione di ciò che è riservato all'amministrazione, come l'iscrizione nell'area della giurisdizione della forza e della qualità che è propria degli atti dell'amministrazione.

Se quello sopra descritto è il percorso per la costruzione dell'effettività nel processo giurisdizionale dinanzi al Consiglio di Stato, appare facile indicare i diversi capitoli di questa costruzione.

Se, infatti si tratta di conquistare alla giurisdizione i caratteri dell'effettività dell'azione amministrativa, gli spazi dell'effettività saranno destinati, in particolare, a manifestarsi:

- a) nell'ampliamento degli effetti della pronuncia giurisdizionale verso i soggetti che non sono parti, (i terzi).
- b) nell'ingresso nel processo giurisdizionale di soggetti che non sono le parti originarie.
- c) nel rapporto fra *tempo* e *tutela*, ed in particolare nella tutela cautelare.
- d) nella costruzione dell'ottemperanza come procedimento e fenomeno della giurisdizione, con il trasferimento alla sentenza e al giudice della forza del provvedimento e dell'amministrazione.

6. È probabilmente, la monografia sulle *Giurisdizioni speciali amministrative* ad offrire le indicazioni più chiare sul modo di Santi Romano di intendere la tutela giurisdizionale e la tutela amministrativa di annullamento.

Si può pertanto, ritenere che essa contenga la descrizione di quegli elementi che, pur separati nella loro origine, sono in concreto destinati a mischiarsi per dar luogo a quella che può essere

³⁰ Secondo Santi Romano, *La teoria*, cit., p. 185, l'atto – la decisione – con cui il Consiglio di Stato pronuncia l'annullamento ha natura amministrativa, “tanto vero che tale procedimento sarà generale e, se annullerà l'atto amministrativo, l'annullerà per tutti, laddove, se si trattasse di giurisdizione ordinaria, la sentenza riguarderebbe (ciò è nei principi più elementari del diritto giudiziario) soltanto il caso decisivo”.

definita la tutela assicurata dal Consiglio di Stato divenuto organo giurisdizionale. E', infatti come se lo scritto di Santi Romano contenesse in sé tutti gli elementi che, in una combinazione diversa rispetto a quella immaginata dall'autore, comporranno il quadro dell'effettività della protezione giudiziaria assicurata dal Consiglio di Stato.

E' così Santi Romano, per un verso fissa la nozione di *giurisdizione speciale*, identificandola in quella "esercitata da autorità che trovansi comprese nella gerarchia amministrativa"³¹, precisando altresì, che nel diritto italiano sono speciali tutte quelle che non fanno parte dell'ordine giudiziario³², e che, di conseguenza, tutte le giurisdizioni amministrative sono speciali; dall'altro esclude che il Consiglio di Stato, in quanto titolare di un potere generale di annullamento per motivi di legittimità, sia un organo giurisdizionale, posto che la sentenza ha normalmente efficacia fra le parti, mentre, "sarebbe giuridicamente assurda e praticamente sconveniente l'ipotesi dell'esistenza di un atto amministrativo valido per tutti quei cittadini per i quali fu emanato, tranne uno o due di questi che abbiano ricorso contro di essi"³³.

Lo stesso autore identifica come rilevante il fenomeno delle funzioni amministrative che accompagnano l'esercizio di funzioni giurisdizionali, ed inserisce, non a caso, in questo ambito l'attività di esecuzione della sentenza. Secondo Santi Romano, infatti, l'atto amministrativo "può avere per scopo l'immediata esecuzione della sentenza, la quale così viene eseguita nello stesso tempo che è emessa"³⁴; in tal caso "si hanno dei provvedimenti che stanno alla sentenza come gli effetti alla loro causa"³⁵.

Santi Romano riferisce tali ipotesi alle giurisdizioni speciali, ribadendo che gli atti che accompagnano o si sostituiscono ad una sentenza, "sia che sostituiscano in un modo o in un altro il procedimento di esecuzione che si svolge dinanzi i tribunali comuni, sia che formino lo scopo dell'intero giudizio, sono atti particolari"³⁶ ed utilizza il loro richiamo per distinguere le giurisdizioni speciali – alle cui sentenze esse accedono – dalla "giustizia amministrativa contenziosa"³⁷. Ciò che rileva è, peraltro, il fatto che l'esecuzione della sentenza costituisce, pur sempre, *esercizio di attività amministrativa*: la soddisfazione – la realizzazione della pretesa sostanziale -, costituisce quindi oggetto di attività amministrativa e non di intervento giurisdizionale.

Da qui, appunto, la linea che caratterizzerà l'affermazione dell'effettività nella giurisprudenza del Consiglio di Stato: *la conquista dell'effettività consiste nell'appropriazione alla*

³¹ Santi Romano, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, cit., p. 532.

³² Santi Romano, *Le giurisdizioni speciali*, cit., p. 529.

³³ Santi Romano, *Le giurisdizioni speciali*, cit., p. 542.

³⁴ Santi Romano, *Le giurisdizioni speciali*, cit., p. 545.

³⁵ Santi Romano, *Le giurisdizioni speciali*, cit., p. 545.

³⁶ Santi Romano, *Le giurisdizioni speciali*, cit., p. 546.

³⁷ Santi Romano, *Le giurisdizioni speciali*, cit., p. 546-614.

giurisdizione di quei caratteri – ampliamento a soggetti che sono terzi rispetto alle parti, immediatezza della protezione accordata, esecuzione delle pronunce del giudice – che sono proprie o dell’attività amministrativa o della giustizia amministrativa contenziosa.

Come afferma Santi Romano, che “annullare per tutti e in via generale un atto amministrativo, sia a sua volta un atto di amministrazione, non può essere dubbio”,³⁸ dal momento che ciascuna funzione “viene caratterizzata e qualificata dal suo scopo”,³⁹ ed all’autorità giudiziaria interessa pronunciare solo sugli effetti dell’atto amministrativo.

In questa prospettiva, si comprende pertanto come, affermata la natura giurisdizionale dell’attività della IV e della V Sezione, essa sia stata intesa come *giurisdizione generale*, non speciale, e perciò stesso, in qualche modo come “ordinaria”.

In tal modo, per paradossale che possa sembrare, la costruzione dell’effettività coinciderà, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, con il trasferimento alla sede giurisdizionale (ed alla fonte giurisdizionale) della *forza* dell’amministrazione e della speciale qualità che Romano attribuiva alla tutela amministrativa.

Per Romano, infatti, il diritto alla tutela non può essere confuso con il diritto alla protezione giudiziaria o ad esso limitato; ed infatti considerare “la giustizia amministrativa come un vera e propria giurisdizione ha per necessario risultato una limitazione della sua competenza, incompatibile con la missione di uno stato libero”⁴⁰ mentre le funzioni di giustizia amministrativa “sono qualche cosa di più fine, di più elevato, di più efficace che non siano funzioni semplicemente giurisdizionali”⁴¹; esse, infatti, debbono considerarsi “come manifestazioni di una attività più fine ed elevata, quasi... supergiurisdizioni”⁴².

7. Se quella sopra indicata è la linea di sviluppo della questione dell’effettività, occorre adesso chiedersi se essa risulta confermata da un esame della giurisprudenza del Consiglio di Stato nel periodo della presidenza di Santi Romano.

Tale esame⁴³ andrà condotto con riferimento a quelli che sono stati indicati come i profili sostanziali della questione dell’effettività e riguardanti: a) l’estensione a terzi del processo

³⁸ Santi Romano, *Le giurisdizioni speciali*, cit., p. 612.

³⁹ Santi Romano, *Le giurisdizioni speciali*, cit., p. 612.

⁴⁰ Santi Romano, *Le giurisdizioni speciali*, cit., p. 538.

⁴¹ Santi Romano, *Le giurisdizioni speciali*, cit., p. 539.

⁴² Santi Romano, *Le giurisdizioni speciali*, cit., p. 555.

⁴³ L’esame della giurisprudenza sarà effettuato facendo largo uso delle Relazioni presentate dal Consiglio di Stato al Capo del Governo.

Queste, infatti, volute proprio da Santi Romano ed istituite con r.d.l. 21 agosto 1931 n. 1030, non soltanto sono state redatte, come è stato osservato, con una organicità degna dei più complessi trattati di diritto amministrativo, ma

amministrativo e dei suoi effetti, nel duplice senso della partecipazione (intervento) di soggetti terzi nel processo e dell'estensione a terzi degli effetti del giudicato di annullamento; b) l'immediatezza della protezione giurisdizionale, che si fa rapida ed efficace come quella della autorità amministrativa (la sospensione del provvedimento impugnato); c) ed in terzo luogo la costruzione dell'esecuzione della sentenza come attività giurisdizionale, come processo amministrativo.

Il primo dei profili attiene alla capacità del *processo di cogliere la complessità sociale* e di adeguarsi ad esso, ed è quindi nel segno della cultura di Santi Romano.

Il secondo attiene al *rapporto fra tempo e tutela giurisdizionale*. Se nel diritto pubblico non ogni protezione giuridica è giurisdizionale, occorre fare in modo che la tutela, quando diviene giurisdizionale, non lo sia a scapito della sua tempestività, in una parola, della sua effettività.

Il terzo, infine, realizza, attraverso l'*unificazione nel momento della giurisdizione*, quella protezione piena che Santi Romano attraverso una serie di interventi complessi, intendeva assicurare al cittadino.

8. Il primo momento di attuazione dei principi dell'effettività riguarda il superamento di quella che può essere indicata come la *natura limitata* dall'esercizio della giurisdizione: limitata rispetto a quella potestà amministrativa che fa dell'annullamento pronunciato in sede di giustizia amministrativa un atto che rileva non solo per le parti, ma anche per i cittadini.

Questo superamento, questo allargamento del processo oltre il processo si realizza in due modi: mentre il processo è in corso, consentendo la presenza di parti diverse da quelle originarie; quando il processo si è definito, regolando l'ambito di operatività del giudicato ed allargandolo.

Nel periodo in considerazione, questa presenza di soggetti diversi dalle parti originarie si realizza soltanto attraverso l'*intervento*.

Si tratta comunque, di un progressivo riconoscimento dell'apertura del processo al *pluralismo degli interessi* presenti nella società: esso si risolve, in qualche modo nel riconoscimento di un *effetto plurale* della sentenza in relazione al pluralismo degli interessi esistenti nella società.

In proposito, almeno formalmente, la regola generale è quella dell'interesse, di cui si precisa che non deve essere generico e indiretto. Viene così dichiarato inammissibile l'interesse di un ente che aveva chiesto di intervenire perché una causa identica si agitava fra l'ente stesso e un privato, che sarebbe venuta in discussione una volta adempiute le formalità di legge. Il Consiglio di Stato giudica inammissibile l'intervento perché l'interesse che muove l'ente è quello di evitare la mera

appaiono idonee ad evidenziare, al massimo grado, l'approccio dell'Istituto alla questione della tutela giurisdizionale ed alla costruzione dell'effettività.

precostituzione di un precedente sfavorevole: non c'è quindi un nuovo interesse che viene fuori dal coacervo dei rapporti istituzionali che sono presenti nell'ordinamento.⁴⁴

La presenza di un interesse del genere sembra, invece, giustificare l'intervento dell'Arcivescovo nel giudizio concernente la trasformazione di confraternite sulle quali egli eserciti la vigilanza, per la parte spirituale e religiosa. La vigilanza viene esercitata in virtù delle disposizioni contenute nel diritto canonico: ma questa relazione, riconosciuta dal diritto canonico, si risolve in un interesse ed in una posizione legittimante all'intervento nel processo giurisdizionale. Il *pluralismo degli ordinamenti* - qui non soltanto sociali, ma giuridici - si traduce in una situazione legittimante nell'ordinamento processuale nazionale⁴⁵.

La giurisprudenza precisa ulteriormente la natura dell'interesse che legittima l'intervento: esso viene definito diretto, personale attuale e soprattutto concretamente valutabile.

Esso, peraltro, non deve coincidere con quello del ricorrente principale: e ciò non soltanto perché in tal modo, potrebbe essere leso il principio della perentorietà del termine per l'impugnazione⁴⁶, ma anche perché è sufficiente ai fini dell'intervento, che alla lesione degli interessi dell'interveniente, corrisponda una lesione *mediata e indiretta*. Viene così, riconosciuta una *rilevanza processuale alla efficacia riflessa dell'attività amministrativa*: frutto, a sua volta dell'*intersecarsi di più ordinamenti sociali*.

Peraltro, se viene riaffermata la rilevanza, ai fini della legittimazione all'intervento *della posizione attribuita ad un soggetto in un diverso ordinamento* (viene ammesso l'intervento del parroco nella causa riguardante l'occupazione di urgenza di una chiesa per la sua successiva ricostruzione, sul rilievo che il canone 1186, par. 2 del Codice di diritto canonico gli attribuiva il compito di provvedere alla ricostruzione della chiesa)⁴⁷, l'intervento stesso viene ammesso a tutela di una *situazione giuridica* - peraltro sottoposta a condizione - che non è incisa dal provvedimento amministrativo, ma rispetto alla quale l'esistenza o l'inesistenza di un atto amministrativo rileva come circostanza di mero fatto, idonea però a produrre una diminuzione patrimoniale. Viene così dichiarato ammissibile⁴⁸ l'intervento di un amministratore di eredità, sotto condizione, per resistere all'impugnazione di un provvedimento di vincolo, imposto dal Soprintendente, di alcuni arazzi che non facevano parte dell'eredità, ma si trovavano in un palazzo facente parte dell'eredità condizionata, mentre il pregiudizio viene identificato nella diminuzione della venustà del palazzo oggetto di eredità e nell'aggravio economico conseguente all'eventuale asporto degli arazzi.

⁴⁴ Cons. Stato, Sez. V, 14 febbraio 1930 n. 83.

⁴⁵ Cons. Stato, Sez. V, 12 aprile 1930 n. 233.

⁴⁶ Cons. Stato, Sez. IV, 20 febbraio 1931 n. 56; 15 aprile 1932 n. 143; 9 febbraio 1935 n. 55.

⁴⁷ Cons. Stato, Sez. IV, 7 dicembre 1934 n. 637.

⁴⁸ Cons. Stato, Sez. IV, 27 luglio 1933 n. 28.

L'intervento fornisce, così, presenza e voce processuale, in una controversia sulla legittimità del potere pubblico, ad un contrasto tra privati.

L'intervento viene, altresì, ammesso a tutela dell'interesse corporativo della categoria ⁴⁹e non, invece a tutela di un interesse negativo e che oggi potrebbe essere definito anticoncorrenziale⁵⁰.

Sul piano processuale viene affermato che l'intervento trova il proprio esclusivo fondamento nel titolo terzo del regolamento 17 agosto 1907 n. 642, sicché esso viene ammesso per la prima volta in sede di ricorso contro le decisioni delle Giunte Provinciali Amministrative, non trovando applicazione le disposizioni sull'appello del codice di rito civile ⁵¹.

Attraverso l'intervento si riconosce, invece, la presenza processuale di soggetti che, non essendo stati parti davanti alla Giunta Provinciale Amministrativa, si sono tuttavia avvantaggiati dall'annullamento dell'atto disposto dalla G.P.A..

Viene così dato ingresso nel processo ad interessi e situazioni giuridiche che sono, in qualche modo, successive alla pronuncia di annullamento o frutto di queste ⁵².

9. Un aspetto importante dell'effettività è costituito dalla questione della *tempestività* della tutela; questione, questa, che acquista un rilievo tanto maggiore quanto più si ha riferimento al requisito dell'esecutorietà del provvedimento impugnato.

Acquista in questa prospettiva, specifica rilevanza la considerazione del potere di sospensione del provvedimento impugnato da parte del giudice amministrativo, e più in generale dell'incidente di sospensione.

Per un verso, infatti, la sospensione costituisce il provvedimento giurisdizionale che più assomiglia al potere (ed alla tutela) amministrativa, donde la necessità di una sua affermazione di carattere generale, e l'opportunità dell'esame del suo rapporto, in termini di effettività, con la questione dell'eventuale avvenuta esecuzione del precedente provvedimento amministrativo; per l'altro, il potere di sospensione va esercitato in forma giurisdizionale, sicché la giurisprudenza va sempre più precisando le condizioni estrinseche del suo esercizio, quelle che legittimano il ricorso ad esso, i caratteri dell'imminenza e della irreparabilità del danno.

⁴⁹ Cons. Stato, Sez. V, 14 luglio 1936 n. 770 ammette l'intervento del Sindacato Nazionale Geometri in una situazione in cui era in discussione l'ampiezza dei poteri che una norma di legge attribuiva ai geometri.

⁵⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 3 marzo 1936 n. 72, che ha escluso l'intervento di alcuni professionisti nel *giudizio* promosso da un altro professionista volto a contestare la tardività della propria domanda di esercizio della professione di odontoiatra.

⁵¹ Cons. Stato, Sez. IV, 14 luglio 1936 n. 770.

⁵² Cons. Stato, Sez. V, 14 ottobre 1941 n. 592.

Il “conflitto” fra questa “anima” più schiettamente amministrativa della sospensione ed il suo “destino” di procedimento giurisdizionale si coglie con assoluta evidenza nel rapporto tra la disciplina della legge 31 marzo 1889 n. 5992 e quella del regolamento del 7 ottobre 1889. Mentre infatti, la prima fa un generico riferimento ai “gravi motivi” che possono giustificare la sospensione, il secondo contiene una minuta disciplina che, come afferma V.E. Orlando, “costruisce tutto un piccolo giudizio sull’incidente di sospensione che precede quello di merito”, e che viene risolto con una vera e propria decisione presa sul contraddittorio delle parti, per “quanto con molta rapidità di termini”⁵³.

Tale strutturale diversità ha fatto dubitare l’Orlando del fatto che il regolamento abbia fedelmente interpretato la legge⁵⁴; certo è che la presenza sin dall’inizio di una disciplina così puntuale ha favorito la progressiva “processualizzazione” dell’esercizio del potere di sospensione, attraverso la precisazione dei presupposti e dei requisiti e l’identificazione degli elementi da tenere presenti ai fini della pronuncia.

E tuttavia, la vicinanza tra il potere amministrativo ed il potere di tutela cautelare è tale da far concepire sin dall’inizio quest’ultimo come potere di natura generale⁵⁵.

Il potere – come la sospensione – inerisce poi al provvedimento, e non agli atti di tutela amministrativa che si pronuncino sul provvedimento: non può pertanto essere sospesa la *decisione gerarchica* che abbia dichiarato inammissibile per tardività un ricorso gerarchico⁵⁶, ovvero la decisione della G.P.A., dovendo essere sospeso solo il provvedimento impugnato⁵⁷.

Come si è detto, con il potere di sospensione del provvedimento impugnato, la partita della effettività, intesa come massima tempestività della tutela, è giocata in modo decisivo.

Si pone, pertanto, il problema del rapporto fra gli *effetti* del provvedimento e l’*effettività* della sospensione, dal momento che l’effettività – e l’utilità della sospensione - viene in qualche modo misurata dalla sua capacità di intervenire prima che gli effetti del provvedimento siano *consumati*.

Si sviluppa, così, quell’indirizzo giurisprudenziale che considera inammissibile la sospensione ove il provvedimento sia stato già totalmente eseguito⁵⁸.

Anche questo indirizzo giurisprudenziale, pur tra alcune vicende, conosce una evoluzione nel senso dell’effettività, per non “premiare” comportamenti dell’amministrazione volti a vanificare il potere di sospensione.

⁵³ V. E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in V. E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato* cit., Milano, 1901, Vol. III, p. 1009.

⁵⁴ V. E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 1009.

⁵⁵ Cons. Stato, Sez. V, 24 aprile 1931 n. 265.

⁵⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 12 gennaio 1934 n. 13.

⁵⁷ Cons. Stato, Sez. V, 10 agosto 1933 n. 499.

⁵⁸ Cons. Stato, Sez. IV, 22 ottobre 1932 n. 353.

Si passa così, da un orientamento più risalente, che considera la sospensione inammissibile ove l'esecuzione dei provvedimenti sia già iniziata, ad un altro, nel quale, ai fini dell'ammissibilità della sospensione, si richiede che il provvedimento non sia stato totalmente eseguito⁵⁹.

In questo quadro, deve essere ricordata la pronuncia n. 357 del 1932 della IV Sezione, che ha ritenuto che la sospensione del provvedimento di occupazione di urgenza di un vigneto per la costruzione di una strada, non potesse essere esclusa a causa dell'avvenuto inizio dei lavori, sul rilievo che un tal modo di pensare avrebbe rimesso sostanzialmente ad una sola delle parti la soluzione della controversia.

La giurisprudenza successiva ammette, peraltro, la sospensione, quando l'esecuzione del provvedimento sia a carattere continuativo⁶⁰.

La particolare vicinanza tra il potere amministrativo ed il potere di sospensione è resa ulteriormente palese dalla circostanza che la sospensione va adottata per "gravi ragioni". Si tratta, come suggerisce V.E. Orlando, di un giudizio di mera opportunità⁶¹; ed è nello spazio originario ed indistinto di tale valutazione di merito che vanno progressivamente prendendo corpo, in un processo di progressiva "giurisdizionalizzazione", quelli che oggi potrebbero essere chiamati i presupposti o i requisiti per la concessione della tutela cautelare.

Si affaccia timidamente il requisito del "*fumus boni iuris*", anche se esso assume, all'inizio, la forma della valutazione delle eccezioni di inammissibilità o irricevibilità.

Queste, infatti debbono essere valutate, anche se sulla relativa pronuncia non si forma giudicato⁶².

Con riferimento poi, all'apprezzamento delle "gravi ragioni" per la sospensione, appare degno di particolare rilievo il fatto che, con il passare del tempo, il relativo giudizio assume la forma di un vero e proprio bilanciamento degli interessi in gioco. Viene così superato il più antico indirizzo giurisprudenziale che riferiva le "gravi ragioni" soltanto al ricorrente: un tale esito viene ritenuto non giustificato né dalla lettera dell'art. 39 del T.U. n. 1054 del 1924 né in ragione del fine proprio della giustizia amministrativa, dal momento che la giurisdizione amministrativa deve valutare pur sempre quelle ragioni di interesse pubblico che l'amministrazione non abbia saputo o voluto ravvisare⁶³.

⁵⁹ Cons. Stato, Sez. IV, 22 ottobre 1932 n. 353; 26 ottobre 1935 n. 434.

⁶⁰ Cons. Stato, Sez. V, 13 aprile 1945 n. 8.

⁶¹ V.E. Orlando, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 1013.

⁶² Cons. Stato, Sez. V, 5 agosto 1941 n. 516; 30 novembre 1945 n. 128.

⁶³ Così la *Relazione del Presidente del Consiglio di Stato al Capo del Governo nel quinquennio 1931-1935*, Roma, 1937, Vol. II, p. 861.

Viene, così, progressivamente apprezzato, nel bilanciamento degli interessi, l'interesse pubblico all'andamento del servizio scolastico ⁶⁴, al mantenimento dei confini fra due comuni ⁶⁵, e l'interesse di un comune viene considerato prevalente su quello dell'Amministrazione finanziaria, allorché esso concerna un immobile del comune adibito a scopi di pubblica utilità ⁶⁶.

E', poi, all'interno della *valutazione delle gravi ragioni* che va prendendo corpo una più adeguata definizione dei caratteri del danno.

Questo deve essere *imminente*, e cioè tradursi in un pregiudizio immediato o molto prossimo⁶⁷ (con riferimento alla dichiarazione di pubblica utilità), *irreparabile*, o, più precisamente, riparabile difficilmente o con grave sacrificio.

Anche ai fini dei provvedimenti di occupazione, si richiede per la sospensione, che i medesimi siano in condizione di provocare l'immutazione dello stato di fatto⁶⁸.

Una particolare evoluzione della tecnica del bilanciamento porta poi, ad un apprezzamento delle "gravi ragioni" alla luce di quello che, con linguaggio del tempo presente; potrebbe essere chiamato *principio di proporzionalità*. La giurisprudenza del Consiglio di Stato intende, infatti, per danno grave quello che per il privato sia talmente notevole da risultare sproporzionato all'utile che può provenire all'autorità dall'immediata esecuzione del provvedimento.

L'effettività della tutela, da questo punto di vista, porta all'apprezzamento ed all'applicazione dei principi - ponderazione degli interessi in gioco, proporzionalità, adeguatezza, - che normalmente riguardano l'attività amministrativa. Sotto questo profilo, si conferma la bontà della formula secondo cui "giudicare l'amministrazione è amministrare".

10. Ma è forse a proposito del giudicato, dei suoi effetti e della sua esecuzione che è possibile cogliere con maggiore chiarezza quel processo di costruzione dell'effettività che è costituito dall'appropriazione alla funzione giurisdizionale di caratteri propri dell'esercizio della funzione amministrativa e della tutela amministrativa.

Il giudicato, infatti, costituisce in linea teorica, l'elemento che maggiormente differenzia le sentenze adottate in via giurisdizionale e le decisioni amministrative, (o gli atti amministrativi), essendo la sentenza (e la giurisdizione) data *sempre nell'interesse* delle parti, ed essendo sempre il potere amministrativo esercitato nell'*interesse generale*. Da qui le differenze: la sentenza – che costituisce l'esatto corrispondente del contratto – opera solo fra le parti, mentre l'annullamento in

⁶⁴ Cons. Stato, Sez. IV, n. 221 del 1935.

⁶⁵ Cons. Stato, Sez. V, n. 187 del 1931.

⁶⁶ Cons. Stato, Sez. V, n. 848 del 1934.

⁶⁷ Cons. Stato, Sez. IV, 18 novembre 1932 n. 357.

⁶⁸ Cons. Stato, Sez. IV, 242 del 1933; n. 746 del 1934.

sede di tutela amministrativa ha portata e valore generale: ed in tal senso Santi Romano considerava le decisioni emesse dalla IV Sezione del Consiglio di Stato nell'esercizio della giurisdizione di annullamento.

Affermata la natura giurisdizionale delle decisioni di annullamento del Consiglio di Stato, e cioè di quelle pronunciate per la tutela di interessi legittimi, si poneva il problema di conciliare l'efficacia *inter partes* del giudicato con la necessità di *estendere* almeno in alcune circostanze gli effetti dell'annullamento oltre le parti, nonché quello di recuperare progressivamente alla giurisdizione il controllo sull'esecuzione della pronuncia del giudice.

Santi Romano – come, del resto il suo maestro Orlando – aveva a lungo difeso la tesi della natura non giurisdizionale del Consiglio di Stato e delle decisioni della IV Sezione, ritenute di carattere puramente amministrativo, e che per tale ragione “non sarebbero potute venire in conflitto con le decisioni giudiziarie”⁶⁹.

Ed infatti, le due competenze, giurisdizionali ed amministrative “movendosi in campi distinti e, comunque, aventi effetti ed efficacia diversi, si sarebbero completate ed integrate, senza possibilità di urtarsi, dando luogo ad un sistema di giustizia amministrativa che avrebbe presentato vantaggi notevolissimi e, certo sarebbe stato profondamente originale e ben diverso da tutti quelli adottati da altri paesi”⁷⁰.

Affermatasi, anche per l'intervento della legge del 1907, la natura giurisdizionale della IV e della V Sezione, il Consiglio di Stato sotto la presidenza di Santi Romano procederà ad una progressiva riconquista alla giurisdizione degli spazi che erano rimasti, in qualche modo, al di fuori di essa e nel dominio dell'amministrazione.

Verranno così precisati i contenuti del giudicato, e se in linea di principio sarà riaffermata l'efficacia *inter partes* del giudicato, verranno, tuttavia, messi a fuoco i casi in cui i suoi effetti saranno chiamati ad operare direttamente *erga omnes*, ed i casi della sua estensione.

Verrà, altresì, costruita l'ottemperanza al giudicato come un vero e proprio processo.

La prima preoccupazione sta così, nel riaffermare la vera e propria natura di giudicato della decisione con cui si conclude il giudizio amministrativo, direttamente collegata con la natura giurisdizionale del potere nel cui esercizio la pronuncia è stata emessa.

L'*exceptio rei iudicatae* appare quindi, opponibile quando una nuova domanda si riferisca al medesimo oggetto, si fondi sulla medesima causa e sia proposta dalle stesse parti nelle rispettive qualità.

Si pone, peraltro, il problema di determinare su che cosa si formi il giudicato. Si incrociano, in questa questione, due temi tradizionali per i processualisti, quello del giudicato implicito e quello

⁶⁹ Santi Romano, *Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato*, cit., p. 24.

⁷⁰ Santi Romano, *Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato*, cit., p. 24.

della rilevanza della motivazione, allo scopo di determinare non solo il contenuto, ma il tipo di effetto della pronuncia giurisdizionale.

In questo quadro, l'affermazione tradizionale secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile viene ribadita, anche se, talvolta, limitata nella sua portata. Viene, così, affermato che se la G.P.A. ha preso in esame il ricorso ai soli fini della questione di giurisdizione, non sorge dalla relativa pronuncia il giudicato virtuale sulle altre questioni di rito, non espressamente dedotte ⁷¹; che il principio secondo il quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile non può trovare applicazione nei confronti della decisione sovrana adottata su ricorso straordinario, non potendo essa formare giudicato sulle questioni pregiudiziali che fossero proponibili ⁷².

Ma su che cosa si forma il giudicato? non su tutti gli argomenti esposti in una decisione, ma soltanto su quelli che necessariamente appartengono al ragionamento che sorregge il dispositivo. Questo spiega perché sulle decisioni interlocutorie normalmente non si formi giudicato, ancorché esse manifestino una propensione a decidere in un certo modo ⁷³.

La motivazione vincola con forza di giudicato in quanto trova rispondenza nel dispositivo ⁷⁴, che, a sua volta va interpretato alla luce delle domande spiegate, sicché non si forma giudicato su questioni che non costituiscono antecedente logico della pronuncia sulla domanda ⁷⁵.

E', poi, sul tema degli effetti del giudicato che si assiste alla progressiva determinazione dei casi in cui l'effetto di annullamento fa, per dir così, premio sul giudicato, favorendone l'estensione anche oltre le parti.

In proposito si vanno progressivamente precisando nella giurisprudenza due importanti filoni: quello dell'estensione del giudicato a tutti coloro che non hanno preso parte al processo ma si trovano in una situazione identica o simile a quella oggetto del processo, e quello dell'effetto *erga omnes* dell'annullamento.

Il punto di partenza è l'affermazione secondo cui il giudicato ha valore esclusivamente fra coloro che presero parte al giudizio, e che i terzi che non hanno a questo partecipato non possono invocare a loro favore i benefici da esso nascenti ⁷⁶.

In questa prospettiva, *l'estensione* del giudicato ai casi uguali è per l'amministrazione una facoltà discrezionale il cui non uso non si risolve in un profilo di illegittimità ⁷⁷.

A partire da tale affermazione di principio, si forma, peraltro, un orientamento giurisprudenziale che valorizza il comportamento dell'amministrazione volto ad applicare in alcune

⁷¹ Cons. Stato, Sez. V, 13 luglio 1934 n. 793.

⁷² Cons. Stato, Sez. V, 4 marzo 1932 n. 198.

⁷³ Cons. Stato, Sez. V, 27 ottobre 1937 n. 2107; 1 luglio 1941 n. 409.

⁷⁴ Cons. Stato, Sez. IV, 24 febbraio 1937 n. 113.

⁷⁵ Cons. Stato, Sez. V, 15 giugno 1937 n. 811.

⁷⁶ Cons. Stato, Sez. V, 12 luglio 1930 n. 473; 17 novembre 1939 n. 762.

⁷⁷ Cons. Stato, Sez. IV, 6 giugno 1930 n. 193.

ipotesi i principi del giudicato, per dedurre che, in tali casi, il rifiuto eventualmente opposto ad altri interessati non può dirsi legittimo ⁷⁸.

L'estensione del giudicato appare tuttavia, un obbligo – con conseguente eccezione al principio generale – allorché si tratti dell'avvenuto annullamento di un atto collettivo, per un vizio che sussista indivisibilmente per tutte le persone cui l'atto si riferisce ⁷⁹.

Non possono, peraltro, attraverso l'estensione, essere menomati i diritti dei terzi, ed in particolare di coloro che presero parte al giudizio ⁸⁰.

Le osservazioni che precedono introducono l'altro orientamento, formatosi in ordine alla *diretta efficacia erga omnes* della statuizione di annullamento contenuta nel giudicato amministrativo: situazione, questa, che si verifica allorché la materia del contendere sia indivisibile.

Una situazione del genere si verifica allorché sussista una assoluta impossibilità a che un provvedimento amministrativo esista ed abbia effetto per alcuni soggetti e nello stesso tempo non esista per altri interessati ⁸¹.

La decisione con la quale si annulla un atto amministrativo che non può sussistere o venir meno se non nei confronti della generalità ha, così, efficacia *erga omnes* ⁸².

Il problema si sposta, allora, sull'identificazione dei casi concreti di indivisibilità del provvedimento annullato. Poiché si tratta di ammettere una estensione *ultra partes* del giudicato, la giurisprudenza del giudice amministrativo è giustamente rigorosa.

Viene così esclusa l'inscindibilità – e la conseguente estensione del giudicato *ultra partes* – con riferimento al provvedimento di scioglimento di un corpo, deliberato non per sopprimerlo ma per riordinarne la struttura, sul rilievo che esso si risolve, di fatto, in una somma di licenziamenti o di liquidazioni individuali, sicché della pronuncia di annullamento possano gravarsi solo coloro che la avevano provocata ⁸³.

L'inscindibilità è stata affermata nel caso di annullamento della pianta organica di una farmacia per una determinata circoscrizione ⁸⁴, nonché nel caso di vizio della composizione di una Commissione di avanzamento, rispetto a tutti gli ufficiali presi in esame ⁸⁵.

⁷⁸ Cons. Stato, Sez. IV, 6 giugno 1930 n. 193.

⁷⁹ Cons. Stato, Sez. IV, 22 luglio 1941 n. 292.

⁸⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 9 febbraio 1932 n. 55.

⁸¹ Cons. Stato, Sez. V, 30 maggio 1931 n. 342; 4 dicembre 1931 n. 600.

⁸² Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 1940 n. 386; 24 febbraio 1937 n. 113.

⁸³ Cons. Stato, Sez. V, 4 dicembre 1931 n. 600; 17 novembre 1939 n. 762.

⁸⁴ Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 1940 n. 386.

⁸⁵ Cons. Stato, Sez. IV, 9 gennaio 1940 n. 1.

11. E', infine, a proposito dell'esecuzione del giudicato che si assiste ad una assai significativa "transizione" all'area della giurisdizione di una vera e propria "fase", che veniva, in precedenza, compiuta con la "forza" dell'amministrazione, al conseguente riconoscimento al Consiglio di Stato in quanto giudice, di una serie di poteri prima eminentemente amministrativi, ed alla costruzione della fase esecutiva come un vero e proprio processo.

In linea di principio, l'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato avviene in via amministrativa.

"Il giudizio di esecuzione è per regola sottratto all'autorità giurisdizionale che ha emanato la sentenza da eseguirsi"⁸⁶, mentre sussistono casi con riferimento alle giurisdizioni speciali amministrative in cui "il giudice, nella sua qualità di amministratore provvede alla esecuzione della sentenza"⁸⁷.

Se si considera, infatti, "il momento giuridico della esecuzione del giudicato, si manifesta qui quella passività che costituisce una delle più essenziali caratteristiche della funzione giurisdizionale. Emessa e pubblicata una sentenza, non per ciò essa ha un'intima forza che ne determini la spontanea ed immediata esecuzione. Una sentenza che risolve a fondo un rapporto giuridico può restare perfettamente inerte ... Tutto ciò non avviene per la decisione amministrativa. Per raggiungere lo scopo essenziale del suo contenuto, essa non abbisogna di alcun aiuto né di alcun presidio"⁸⁸.

Intervenuta la pronuncia del Consiglio di Stato, sussiste l'obbligo dell'Amministrazione di darvi esecuzione, non potendo essere condiviso quell'orientamento che riconosce nell'amministrazione la facoltà alternativa di uniformarsi al giudicato o di subirne le conseguenze patrimoniali.

L'amministrazione deve uniformarsi completamente alla volontà dichiarata dal giudice⁸⁹, anche se la coercizione dell'ente amministrativo a siffatta osservanza del giudicato non spetta all'autorità giurisdizionale, ma alle autorità competenti dell'ordine esecutivo⁹⁰.

All'inizio, l'affermazione del dovere dell'amministrazione di uniformarsi alle statuizioni del giudice, è accompagnata da una serie di considerazioni che, ricostruendo la situazione determinata dal giudicato di annullamento, sembrano lasciare spazio ad alcune diverse valutazioni della stessa amministrazione. E così, con riferimento alla situazione determinata dal giudicato di annullamento di un licenziamento, viene rilevato che la considerazione che si determina è "provvisoria e di fatto", e che l'amministrazione ha un motivo legittimo per non dare integrale esecuzione al giudicato, che

⁸⁶ Santi Romano, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, cit., p. 630.

⁸⁷ Santi Romano, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, cit., p. 630.

⁸⁸ V. E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 1055-1056.

⁸⁹ Cons. Stato, Sez. V, 15 febbraio 1929 n. 83.

⁹⁰ Cons. Stato, Sez. V, 21 marzo 1930 n. 164.

ripristina il rapporto di impiego, e deve intervenire con atto giuridicamente efficace a troncarlo o sospenderlo; ovvero non lo ha, e deve allora obbedienza piena, non essendo possibile la discrezionalità assoluta dell'Amministrazione⁹¹.

In questa ottica, si pone il problema delle conseguenze del giudicato di annullamento, ed in particolare, della possibilità di una attività ulteriore dell'amministrazione che operi una vera *restitutio in integrum*, adottando ora per allora provvedimenti amministrativi, anche se siano venute meno le norme attributive del relativo potere.

Il quesito viene posto alla IV Sezione, alla quale l'Avvocatura dello Stato aveva prospettato la propria valutazione negativa, sia per la natura limitata della giurisdizione di annullamento, che per l'impossibilità di riconoscere che una norma abrogata potesse trovare ancora applicazione in presenza non di diritti, ma di interessi legittimi.

La risposta della IV Sezione è positiva, con il riconoscimento del diritto dell'impiegato alla ricostruzione di carriera, essendo implicito nell'annullamento il riconoscimento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere nel senso opposto a quello censurato, e potendosi configurare non un diritto alla nomina, ma alla presa in considerazione della domanda di immissione in ruolo, ed alla valutazione del servizio prestato nell'esercizio delle proprie funzioni⁹².

Talvolta, peraltro, l'alternativa tra adempimento e risarcimento è prospettata, in giurisprudenza, non come una scelta discrezionale, ma come una conseguenza delle limitazioni che, con riferimento alle sentenze del giudice ordinario ed ai poteri di questi, sono posti dall'art. 4 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo.

Queste limitazioni, infatti, producono l'effetto che l'amministrazione non possa venir costretta all'adempimento specifico delle sue obbligazioni e si trovi quindi, nella possibilità di sostituire all'adempimento specifico il risarcimento del danno, e cioè una sanzione ad una altra sanzione. Limitazioni del genere, che si pongono per l'AGO, non sussistono per il Consiglio di Stato, di fronte al quale cessa il principio il privilegio dell'amministrazione, avendo egli il potere di annullare i provvedimenti impugnati, e nella propria giurisdizione di merito, di riformarli.

12. Le osservazioni sopra esposte conducono il discorso sull'ottemperanza, intesa come giudizio di esecuzione.

Proprio nello stesso anno – il 1928 – di insediamento del nuovo presidente, la IV Sezione, con due storiche decisioni, la n. 181 e la n. 182 del 2 marzo 1928, aveva affermato l'ammissibilità di una domanda volta ad ottenere l'obbligo dell'Amministrazione di conformarsi al caso deciso con

⁹¹ Cons. Stato, Sez. V, 21 marzo 1930 n. 164.

⁹² Cons. Stato, Sez. IV, 28 giugno 1930 n. 233.

una precedente pronuncia del Consiglio di Stato, osservando che il logico inscindibile contenuto della pronuncia di annullamento era anche una “pronuncia dichiarativa della lesione da parte dell’amministrazione di un interesse giuridicamente protetto e pertanto dell’obbligo dell’amministrazione alla restaurazione del medesimo”.

Tale indirizzo – accanto a quella concernente l’adempimento dei giudicati ordinari – viene ribadito ed ulteriormente specificato dalla giurisprudenza, nel segno dell’effettività.

Viene, così ribadita la Competenza del Consiglio di Stato per l’esecuzione delle decisioni del giudice amministrativo ai sensi dell’art. 27, 44, del T.U. 26 giugno 1924 n. 1058 ⁹³, con l’ulteriore specificazione che, attraverso di essa il Consiglio di Stato esercita una competenza di merito che le consente di emettere un provvedimento che sostituisca quello che l’Amministrazione avrebbe dovuto prendere e che metta l’interessato nella posizione giuridica riconosciutale dalla decisione ⁹⁴.

L’indirizzo che così si va formando appare sin dall’inizio contrassegnato da un *orizzonte ampio e da una limitazione potenziale*. Il primo riguarda l’oggetto della reazione giurisdizionale in sede di ottemperanza, che non concerne solo l’omissione di iniziative, ma anche il caso che l’Amministrazione “abbia emesso un *positivo* provvedimento difforme dalla dichiarazione del diritto contenuta nel giudicato”⁹⁵.

La potenziale limitazione riguarda la definizione del perimetro delle decisioni la cui mancata esecuzione si può far valere dinanzi al giudice dell’ottemperanza: anche se, infatti, le decisioni n. 181 e 182 del 1928 hanno portata generale, i relativi principi vengono successivamente limitati alla materia della giurisdizione esclusiva ⁹⁶.

Con tutto questo, la giurisprudenza tende a costruire l’ottemperanza come un giudizio ampio, nel quale è possibile trovare rimedio alle diverse forme di inadempimento. Viene così precisato che l’equivocità della decisione da eseguire non costituisce ragione giustificatrice dell’inerzia dell’amministrazione, ed anzi giustifica l’intervento chiarificatore del Consiglio di Stato⁹⁷; viene altresì sottolineato che i maggiori poteri attribuiti al giudice amministrativo rispetto al giudice civile consentono ad un tempo di completare l’opera di giustizia, e di superare l’obiezione secondo cui il giudice amministrativo non sarebbe stato fornito del modo di assicurare l’esecuzione della pronuncia e l’ordine richiestogli ⁹⁸.

⁹³ Cons. Stato, Sez. V, 29 novembre 1930 n. 708.

⁹⁴ Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 1931 n. 176; Sez. IV, 6 ottobre 1936 n. 461.

⁹⁵ Così, espressamente, Cons. Stato, Sez. IV, n. 181 e n. 182 del 1928.

⁹⁶ Cons. Stato, Sez. V, n. 176 e n. 605 del 1931; n. 314 del 1936; n. 616 del 1937.

⁹⁷ Cons. Stato, Sez. V, 31 marzo 1936 n. 314.

⁹⁸ Cons. Stato, Sez. IV, 6 ottobre 1936 n. 461.

Via via che si afferma la costruzione dell'ottemperanza come processo esecutivo, si delinea la sfera di applicazione dell'art. 27 n. 4 del T.U. n. 1054 del 1924: per un verso essa trova applicazione per l'esecuzione dei giudicati amministrativi che abbiano un carattere analogo a quello delle sentenze giudiziarie, e che abbiano riconosciuto o costituito diritti di un cittadino verso la p. a., la quale di conseguenza abbia un obbligo *determinato* nella sua esistenza e nel suo contenuto; per l'altro il rimedio risulta esperibile a fronte di un comportamento negativo dell'amministrazione o a questo equiparabile, non quando il ricorrente si dolga che l'amministrazione sia venuta meno all'obbligo di conformarsi al giudicato amministrativo emettendo un provvedimento positivo incompatibile con il giudicato⁹⁹.

Vengono, poste così le basi per l'enucleazione di categorie concettuali che daranno luogo a importanti distinzioni (esecuzione e ottemperanza, inadempimento e violazione del giudicato) che suppongono, tuttavia, costruita l'esecuzione del giudicato amministrativo come processo.

13. L'analisi della giurisprudenza del Consiglio di Stato nel periodo della presidenza di Santi Romano mostra così come, dall'incontro fra la complessità dello studioso e la complessità del ruolo istituzionale dell'Istituto, sia in qualche modo derivato un percorso volto soprattutto alla costruzione di una *tutela effettiva*, nella quale la forza dell'effettività scaturisce soprattutto dal progressivo trasferimento alla sede giurisdizionale di alcuni caratteri – l'estensione ad un numero più ampio di soggetti, l'immediatezza, la forza e la capacità di sostituirsi all'inerzia – tradizionalmente propri dell'amministrazione e della sua tutela.

Il processo di costruzione dell'effettività della tutela giurisdizionale amministrativa si configura come una progressiva *concentrazione* nella funzione giurisdizionale di moduli e di opportunità di protezione che erano, prima, articolati in modalità di tutela, di diversa natura (amministrativa).

Si tratta di un processo non semplice e non privo di contraddizioni, e che anzi sembra supporre l'esistenza di profili di contraddizione.

Queste contraddizioni riguardano, in qualche modo, sia la vita pubblica dei protagonisti sia il rapporto tra la formulazione originaria del pensiero e le realizzazioni concrete dell'attività istituzionale.

Sotto il primo profilo, non può non sorprendere il fatto che l'intellettuale che aveva teorizzato la crisi irreversibile dello Stato¹⁰⁰, anche nelle relazioni intrastatali, il protagonista di

⁹⁹ Cons. Stato, Sez. IV, 11 maggio 1943 n. 143; 14 ottobre 1941 n. 327.

¹⁰⁰ Santi Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, ora in Santi Romano, *Scritti Minori*, Milano, 1990, Vol. I, p. 379 e segg., si veda anche Santi Romano, *Oltre lo Stato*, in *Scritti Minori*, Milano 1990, Vol. I, p. 419 e segg., nel quale

quella che, a ragione, Paolo Grossi definisce la più straordinaria avventura intellettuale che giurista italiano del Novecento abbia mai vissuto ¹⁰¹, abbia prontamente dichiarata conclusa tale crisi con l'adesione al totalitarismo fascista ¹⁰²; sotto il secondo profilo non può non colpire il fatto che il modello di giustizia amministrativa che si realizza durante il periodo di presidenza di Santi Romano sia assai diverso dal raffinato schema che lo stesso Santi Romano – e prima di lui, Vittorio Emanuele Orlando – aveva teorizzato.

Lo schema teorico era fondato sulla distinzione tra giustizia amministrativa e giurisdizione: il processo di costruzione della tutela effettiva registra la *concentrazione*, il *confluire* della forza e dei caratteri della protezione non giudiziaria nella tutela giurisdizionale.

Un processo del genere è però possibile perché entrambi – l'uomo e l'istituzione – hanno il senso della complessità ¹⁰³, e perché, al fondo, la protezione effettiva del cittadino si colloca in un ruolo anch'esso complesso, nel quale l'affermazione del diritto del caso concreto non può andare disgiunta dalla speciale considerazione del valore decisivo delle “regole” che riguardano i rapporti fra cittadino e amministrazione.

L'ambivalenza cui talvolta si allude con riferimento al Consiglio di Stato non riguarda più, anche per il processo che ha caratterizzato l'Istituto durante il periodo di presidenza di Santi Romano, una autorità amministrativa che esercita anche funzioni giurisdizionali – una giurisdizione speciale, secondo la nozione di Santi Romano – ma un organo giurisdizionale che esercita anche funzioni legate alla formazione delle regole.

L'esperienza del Consiglio di Stato italiano, partita dal modello francese sembra, così avvicinarsi a modelli ordinamentali diversi, ed a quello della stessa Corte di giustizia dell'Unione Europea ¹⁰⁴; ma questo è il frutto di un processo in cui la complessità e le ambivalenze sono presenti e si ricompongono in un ordine diverso.

E', forse anche per tali ragioni che qualche anno fa, Sabino Cassese nel concludere un convegno sul Consiglio di Stato e la riforma costituzionale, ha ricordato che “il Consiglio di Stato è

l'autore considera la crisi dello Stato moderno non soltanto l'effetto di forze disgregatrici, ma anche “un fenomeno concernente relazioni interstatuali” (p. 421).

¹⁰¹ Paolo Grossi *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 109.

¹⁰² Si veda il discorso di insediamento di Santi Romano come Presidente del Consiglio di Stato, in *Annuario del Consiglio di Stato*, Roma p. 33 e segg..

¹⁰³ Osserva Paolo Grossi, in *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 110, che “si ripete per Romano quello *sdoppiamento salutare* che si era già verificato per il suo maestro Orlando, tra l'analista della struttura d'una entità giuridica data, questo o quello Stato e il cultore del diritto pubblico generale (come ama chiamarlo Orlando) nel cui osservatorio la singola figura statale viene a complicarsi e a rarefarsi in un paesaggio straordinariamente aperto e vario”.

¹⁰⁴ F. Patroni Griffi, *Funzione consultiva e funzione giurisdizionale nell'esperienza comparata*, in S. Cassese (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997, p. 105 e segg..

un patrimonio pieno di ambivalenze che fanno, però, la sua ricchezza; un patrimonio che va preservato, migliorato e perfezionato, non abbandonato ¹⁰⁵.

¹⁰⁵ S. Cassese, Consiglio di Stato e pubblica amministrazione da una *Costituzione all'altra*, in S. Cassese (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit., p. 61.