SANTI ROMANO PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DI STATO

**Sommario: 1. Santi Romano Presidente del Consiglio di Stato. - 2. La nomina di Santi Romano a Presidente dell’istituto. - 3. La cifra unificante dell’uomo e dell’istituto: la duplicità come funzione della complessità. - 4. Santi Romano e la funzione consultiva del Consiglio di Stato. - 5. Santi Romano e la funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato. - 6. La costruzione della funzione giurisdizionale: il potere di sospensione. 7. Il giudicato e i suoi effetti. - 8. L’ottemperanza. -9. Le leggi razziali. -10. Conclusione.**

**1.** Un discorso intorno a Santi Romano ed al suo ruolo di Presidente del Consiglio di Stato può, come è ovvio, essere affrontato da punti di vista diversi. Può, innanzitutto, voler dire tentare poi di cogliere quale sia stato il contributo dello studioso all’istituzione, e da questo punto di vista, cercare di comprendere se e come le teorie giuridiche di Santi Romano abbiano influenzato l’Istituto e la sua storia.

Può, invece, significare parlare dell’azione del Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano e, sotto questo profilo, prendere come punto di riferimento l’istituzione, per stabilire se il suo ruolo, il suo modo di esprimersi e di operare, si sia, in qualche maniera, modificato a seguito della presidenza dell’illustre giurista; può, infine, voler dire tentare di cogliere lo specifico contributo di Romano a questa o quella soluzione di un problema giuridico, ad un certo indirizzo giurisprudenziale o alle scelte operate nel configurare in un certo modo il potere regolamentare.

In realtà, qualunque sia l’approccio prescelto, occorre riconoscere che il compito è assai difficile, perché esso implica sia la necessità di studiare la figura di Santi Romano da una particolare angolazione -quella di presidente del Consiglio di Stato- sia quella di studiare l’istituzione durante la sua presidenza nel periodo difficilissimo intercorso fra le due guerre. Santi Romano ha, infatti, presieduto l’Istituto per quasi 17 anni, dal dicembre 1928 al gennaio del 1945.

Non è questa, ovviamente, la sede in cui appare possibile scandagliare a fondo queste due profondità, quelle dell’uomo e dell’istituzione. E’ stato, d’altra parte, già autorevolmente affermato che le analisi compiute ed i documenti ritrovati sembrano confermare “che in quegli anni così difficili, il Consiglio di Stato ha mantenuto fermo il principio della *regola* *iuris*[[1]](#footnote-1)”, 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 una interpretazione di tradizione liberale alle norme che applicava[[2]](#footnote-2)”. In una situazione del genere, la prospettiva che forse val la pena di coltivare è quella di cercare di comprendere, sia pure per grandi linee, quale sia stato l’esito del rapporto -in qualche modo sorprendente e certamente inaspettato- fra due realtà appartenenti a due ordini diversi- l’uomo, lo studioso e l’istituzione- e quale sia stato l’esito dell’incontro fra la cultura, la sensibilità, gli insegnamenti che possano essere compendiali nella personalità di Santi Romano e la storia e le funzioni di una istituzione capace di mutare continuamente il proprio ruolo, il Consiglio di Stato.

In questa prospettiva potrà essere utile considerare, innanzi tutto, quali siano state le singolari modalità del primo incontro fra l’uomo e l’istituzione, vale a dire della nomina di Santi Romano a Presidente dell’Istituto. Si tratterà poi di cercare di comprendere chi fossero realmente i due soggetti dell’incontro, l’uomo e l’istituzione e se esistessero elementi capaci di renderli, ciascuno nel proprio ordine, più prossimi, e pur nella strutturale diversità, dotati di qualche tratto in qualche modo unificante. Occorrerà chiedersi, in particolare, se, nel pensiero dello studioso e nei caratteri dell’istituzione, sia possibile identificare qualche profilo comune, che possa contribuire a spiegare la vicenda del loro incontro[[3]](#footnote-3).

Si tratterà, poi, di tentare di comprendere quanto, della cultura e delle impostazioni dogmatiche del giurista Santi Romano si sia trasferito all’attività dell’istituzione. Un esito del genere potrà essere colto in modo significativo attraverso la considerazione dell’attività consultiva del Consiglio di Stato; anche l’attività giurisdizionale, offrirà spunti di grande interesse, anche se, come sarà possibile constatare, a proposito di essa si registrerà una singolare inversione rispetto alle teorizzazioni dello studioso ed al progressivo trasferimento alla giurisdizione di caratteri che Santi Romano riteneva propri (ed esclusivi) di una attività non giurisdizionale. Sarà infine utile qualche riflessione sulla questione delle leggi razziali e sulla relativa giurisprudenza del Consiglio di Stato. Anche la considerazione di tale giurisprudenza potrà fornire utili spunti di riflessione sul rapporto fra l’istituto e la personalità dello studioso.

**2.** L’analisi delle vicende che hanno caratterizzato il rapporto tra il giurista e l’istituzione da lui presieduta non può non iniziare con il ricordo del modo singolare -e secondo lo stesso Romano inaspettato- in cui avviene l’incontro tra l’uomo e l’istituzione.

Il percorso di Santi Romano come Presidente del Consiglio di Stato comincia, infatti, in modo insolito, con una vicenda che è stata ricordata da Guido Melis per sottolinearne[[4]](#footnote-4) la particolarità, trattandosi dell’unico caso di nomina di un presidente del tutto esterno all’Istituto[[5]](#footnote-5).

Santi Romano apprese della sua nomina a Milano, mentre si trovava all’Università; un bidello interruppe la lezione per annunciare la chiamata telefonica dalla Presidenza del Consiglio. Tale evento, tuttavia, sembra essere stato preceduto da un antefatto travagliato; il candidato più in auge per la Presidenza, infatti, era il Consigliere anziano Carlo Schanzer, ex ministro di Giolitti, ed autore di un polemico memoriale intitolato proprio “*Storia della mia nomina e snomina a Presidente del Consiglio di Stato*”.

Nel memoriale egli racconta di essere salito al Viminale per l’incontro con Mussolini, convinto che in tale circostanza sarebbe stata confermata la sua nomina, e di avere, invece, appreso, nel corso del colloquio, che questa non era più possibile, avendo Mussolini in programma il ricambio delle più alte cariche dello Stato, nell’ottica di una maggiore “fascistizzazione” delle stesse[[6]](#footnote-6).

Va detto, comunque, che la nomina di Romano non sembra trovasse giustificazione solo in questo intento, in quanto quest’ultimo, all’epoca professore a Milano, aveva tenuto, dal punto di vista politico, un profilo marginale, essendosi sempre espresso solo nell’ambito strettamente scientifico ed accademico, elaborando la propria dottrina nel solco di una riflessione rigorosamente giuridica.

Egli aveva chiesto ed ottenuto la tessera del Pnf solo il 6 ottobre 1928, non aveva precedenti di militanza fascista attiva, non si era sino ad allora occupato espressamente di politica, se non come tecnico nominato nelle commissioni dei quindici e dei diciotto, formate nel 1924 e nel 1925 dal governo fascista per elaborare la riforma costituzionale, circostanza che attestava le sue simpatie per il nuovo governo, ma era sicuramente meno schierato rispetto ad altre personalità dell’epoca che avrebbero potuto essere candidate per il ruolo di Presidente del Consiglio di Stato.

Probabilmente la scelta del suo nome fu quindi determinata anche dall’idea di Mussolini circa il ruolo che il Consiglio di Stato avrebbe dovuto assumere nel quadro delle riforme costituzionali, costituendo esso il massimo organo di consulenza del governo, funzionale al disegno di rafforzamento del potere esecutivo e di attenuazione dei controlli politici esterni, così legittimato dalla guida di una personalità di altissimo valore scientifico e tecnico[[7]](#footnote-7). La designazione quale Presidente di un eminente studioso del diritto pubblico, totalmente estraneo alla vita dell’Istituto, costituì, in ogni caso, una rottura visibile della prassi fino ad allora seguita.

 **3.** E’ stato esattamente osservato che ogni ricostruzione di una vicenda culturale, di una vicenda storica, di una vicenda istituzionale è, in qualche modo, anche una nuova creazione e rischia di apparire sotto questo profilo, *arbitraria*. Un discorso del genere appare, per dir così, ancor più valido quando si tenta di trovare profili di assonanza e di convergenza fra profili appartenenti ad ordini diversi come l’uomo e l’istituzione e, nel caso in esame, fra Santi Romano ed il Consiglio di Stato.

E tuttavia, se si deve tentare di identificare una caratteristica, un elemento capace, in qualche modo di contrassegnare e tenere insieme l’uomo e l’istituzione, questa deve, probabilmente, essere identificata nella *duplicità*; ma in una duplicità intesa non come ambiguità o doppiezza, ma come percezione della complessità[[8]](#footnote-8), di un tratto essenziale, per usare le parole di Paolo Grossi, della pos-modernità.

Santi Romano è un giurista ed un intellettuale complesso. Come ricorda Norberto Bobbio, Santi Romano è un giurista dogmatico, un giurista formalista[[9]](#footnote-9), studioso del diritto in quanto formalizzazione dei rapporti sociali, che considera l’istituzione in sé e per sé, in quanto risulta da un ordinamento giuridico[[10]](#footnote-10); tuttavia, come ci ricorda P. Grossi, quella di Santi Romano può essere definita la più straordinaria avventura intellettuale che giurista del ‘900 abbia mai vissuto, che si interroga sulle ragioni pure del diritto e delle sue radici, nel tessuto più riposto della società, che riscopre, in tal modo, la complessità dell’ordinamento.[[11]](#footnote-11)

Ma le ragioni della duplicità, nel senso sopra precisato, non si fermano qui.

Bobbio osserva che nel pensiero di Santi Romano sono contenute due teorie[[12]](#footnote-12), quella del diritto come istituzione, che si contrappone alla teoria normativa, e quella della pluralità degli ordinamenti giuridici, che si contrappone a quella monista e statalista. Santi Romano è così teoricamente pluralista, ma ideologicamente monista[[13]](#footnote-13): un pluralista moderato[[14]](#footnote-14) ed un assertore di un monismo “relativo”[[15]](#footnote-15) perché lo Stato, alla fine, non costituisce mai un ordinamento esclusivo.

Questa situazione è, in qualche modo, il segno di un conflitto, di una complessità che lo studioso cercava di spiegare e tenere insieme[[16]](#footnote-16).

Questo modo di essere fa sì che Santi Romano possa essere definito un conservatore che ha esercitato nel suo Paese un ruolo obiettivamente progressista[[17]](#footnote-17). Santi Romano assicura al diritto una funzione stabilizzatrice della società, ma ai giuristi che identificano il diritto con lo Stato, ricorda che nelle formazioni sociali vi è diritto ancor prima che lo Stato lo riconosca.

Anche il Consiglio di Stato sembra, in qualche modo, caratterizzato dal segno della duplicità; si tratta, come afferma Santi Romano, di una istituzione che ha una figura *complessa*,[[18]](#footnote-18) caratterizzata da un “doppio aspetto, l’uno stabile, l’altro contingente[[19]](#footnote-19)”, in cui i caratteri si modificano, permangono e si aggiungono: una istituzione nella quale, “rimanendo immutato il suo ordinamento formale, si è in realtà modificato il suo funzionamento[[20]](#footnote-20)”.

Istituzione a carattere politico, Consiglio del Re che entra in conflitto con la Segreteria di Stato; 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, ancora, organo fondamentale della giustizia amministrativa[[21]](#footnote-21), il Consiglio di Stato costituisce effettivamente una istituzione ad un tempo stabile e contingente,i cui complessi caratteri mutano continuamente.

La duplicità come manifestazione delle complessità è, dunque, la cifra che unisce l’uomo ed il Consiglio, il giurista e l’istituzione che egli è chiamato a presiedere, la cultura dell’uno e la storia dell’altra. La storia del loro rapporto è quindi, in qualche modo, anche la storia dello svolgimento di questa complessità e della sapiente capacità di cogliere aspetti, anche contraddittori, riconducendoli ad unità. Di questa capacità di cucire insieme aspetti fra di loro contrastanti, di realizzare l’unità nella diversità, Santi Romano fornirà più volte testimonianza: come quando, osservando la duplicità dei compiti -consultivi e giurisdizionali- del Consiglio di Stato, affermerà che essi costituiscono, in realtà la manifestazione di una unica funzione complessa[[22]](#footnote-22).

La capacità di cogliere la complessità e, nello stesso tempo, di costruire l’unità sarà quindi il filo conduttore che caratterizzerà il rapporto fra l’uomo e l’istituzione. Questo filo conduttore sarà presente nella attività consultiva del Consiglio di Stato, quando, pur affermando che la rivoluzione fascista aveva creato “un nuovo ordinamento giuridico, un ordinamento schiettamente italiano”[[23]](#footnote-23), il cui punto fermo è “il rafforzamento del potere esecutivo, finalmente restituito a quella posizione precedente che la salvezza dello Stato urgentemente reclamava”[[24]](#footnote-24), si riconoscerà tuttavia l’esistenza di una sfera di inviolabile autonomia degli enti minori e, sulla base di questa, la rilevanza ed il carattere giuridico degli ordinamenti interni [[25]](#footnote-25).

Analogo profilo conduttore potrà essere riscontrato nell’attività giurisdizionale, il cui sviluppo seguirà un percorso complesso, che vedrà, infine, affermarsi una istituzione differente rispetto al modello teorico che per essa lo studioso aveva delineato. Una istituzione che vedrà agglutinarsi e ricongiungersi in un’unica funzione ciò che lo studioso Santi Romano aveva separato.

La storia e la giurisprudenza ci restituiranno, infatti, come si vedrà, 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[[26]](#footnote-26).

**4.** Sotto la presidenza Romano l’attività consultiva del Consiglio di Stato viene, secondo il disegno di rafforzamento del potere esecutivo, potenziata quale esplicazione del massimo livello di consulenza tecnica in favore del governo.

Questa idea emerge dallo stesso discorso di insediamento di Romano, tenuto al cospetto del Duce il 22 dicembre 1928, in cui il Consiglio di Stato viene definito come istituzione fondamentale del potere esecutivo, che “partecipa e deve sempre più partecipare al maggiore prestigio e alla maggiore dignità che ha raggiunto il potere di cui è organo integrante, ma deve altresì essere a questo di continuo, pronto, efficace ausilio nel conseguimento dei suoi antichi e nuovi compiti”[[27]](#footnote-27).

Va ricordato, al riguardo, che secondo l’originaria configurazione, delineata dal regio editto di Carlo Alberto del 1831, il Consiglio di Stato per i Regi Stati di Terraferma svolgeva funzioni esclusivamente consultive, su un ampio ambito di materie, alcune tipiche dell’attività di consulenza del Re (leggi, regolamenti, conflitti di attribuzione), altre di natura più prettamente politica (pareri sul bilancio, sul prestito pubblico, sull’imposizione tributaria)[[28]](#footnote-28).

La connotazione politica di tale attività di consulenza viene meno con la riforma del 1865, che riafferma il carattere autonomo dell’Istituto e la neutralità delle sue funzioni, riportando anche il ruolo consultivo nell’ambito dei pareri di carattere non politico, ma giuridico-amministrativo[[29]](#footnote-29).

Il ruolo dell’Istituto di carattere prevalentemente tecnico emerge, poi, dagli artt. 14 e 16 del r.d. n. 1054/1924, che prevedono una consulenza facoltativa sugli affari di ogni natura, su richiesta dei Ministri del Re.

In questo disegno il parere del Consiglio di Stato, costituendo uno degli snodi dello svolgimento dell’attività amministrativa, quale strumento di gestione funzionale di interessi generali, rimessi alla cura della pubblica autorità, si configura, in qualche modo, come atto di cogestione dell’interesse pubblico; esso, pertanto, può esprimersi tanto sulla legittimità, quanto sul merito dell’azione amministrativa.

Nella sistematica dell’epoca il Consiglio di Stato veniva considerato come organo del potere esecutivo[[30]](#footnote-30), che accentrava al proprio interno il ruolo di consulenza tecnico-giuridica di assistenza nei confronti dell’attività di governo, in un disegno che, sostanzialmente, si è mantenuto fino alle riforme della fine degli anni ‘90.

In proposito, sono illuminanti le parole del discorso di insediamento di Romano, laddove ricorda che “uno dei caratteri essenziali, che, per virtù del Duce, sono propri del Governo fascista, è la rapidità della decisione, la rapidità e l’energia dell’azione. Naturalmente ciò non toglie, anzi maggiormente richiede, che ben ponderate siano sempre l’una e l’altra. A questa ponderazione il Consiglio di Stato, nei limiti che le leggi gli assegnano, è chiamato a dare il suo autorevole e illuminato contributo con i pareri che gli vengono richiesti. Né è da temere che la funzione consultiva rallenti ed impacci l’opera del Governo. Che anzi, ove il Consiglio sia perfettamente consapevole dei fini della sua missione, esso non fa che venire incontro alla amministrazione attiva e validamente ne facilita il compito”[[31]](#footnote-31).

Sotto la Presidenza di Romano l’attività consultiva viene quindi rafforzata; come afferma G. Melis, il Consiglio “filtrò” molta parte della nuova legislazione confluita nei grandi testi unici del periodo e si consolidò in una discreta ma efficace attività di guida dell’amministrazione, riportando uniformità nell’apparato amministrativo[[32]](#footnote-32).

Quest’attività si è esplicata, nel tempo, su tutti i settori dell’attività amministrativa, dall’organizzazione, al pubblico impiego, all’attività contrattuale, all’urbanistica, ai beni culturali, alla finanza pubblica.

La panoramica è molto vasta e non è questa la sede per affrontare nel dettaglio i pareri espressi nel periodo della Presidenza di Santi Romano, che giungono ad un numero superiore a 60.000.

Si può affermare, tuttavia, che Santi Romano resti sostanzialmente attento a mantenere la consulenza del Consiglio di Stato su di un piano strettamente tecnico-giuridico, anche quando affronta tempi di immediata ricaduta politico-istituzionale, come avviene nel caso della consulenza sull’attività normativa[[33]](#footnote-33).

A tale ultimo riguardo, è stata tracciata una linea di continuità tra le teorie di Santi Romano e la giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato sulla normazione[[34]](#footnote-34).

Nei suoi studi, infatti, Romano, muovendo dai canoni della teoria istituzionistica, che postula la pluralità degli ordinamenti giuridici e la loro autonomia anche normativa, la quale convive con la centralità del potere statale, ha riconosciuto una sfera di autonomia inviolabile agli enti “minori”, e la sussistenza di una potestà regolamentare di conseguenza, in qualche misura, diffusa[[35]](#footnote-35).

Su tali premesse Romano attribuisce carattere giuridico ai regolamenti interni, cui possono ascriversi alcuni regolamenti di organizzazione, perché attinenti ad un ordinamento interno, ma pur sempre giuridico; tra i regolamenti esterni, annovera i regolamenti del potere esecutivo, e parte dei regolamenti di organizzazione.

A fondamento della potestà regolamentare egli ritiene necessaria un’espressa autorizzazione legislativa, non essendo sufficiente, a tal fine, che la materia non sia disciplinata da altre norme giuridiche. In difetto di una disposizione di legge legittimante, la potestà regolamentare avrebbe potuto esprimersi “purchè il regolamento non contenga disposizioni avverse da quelle che si potrebbero prendere caso per caso”[[36]](#footnote-36).

Si tratta di temi che ricorrono anche nella giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato sulla normazione, soprattutto in relazione alla ricerca del fondamento positivo della potestà regolamentare (poco prima disciplinata dalla legge n. 100 del 31 gennaio 1926), da attribuire tendenzialmente al Governo nel suo insieme e non al singolo Ministro, all’individuazione dell’ambito oggettivo di esplicazione di tale potestà, e alla salvaguardia dell’autonomia di enti o istituzioni rispetto all’ingerenza del potere statale.

La tesi della spettanza del potere regolamentare al Governo nel suo insieme fè poi ribadita, in particolare, anche con riferimento all’impossibilità di delega di tale potestà al Duce, come Capo del Governo o presidente di un comitato di ministri, ed è rimasta costante anche nella giurisprudenza successiva, formatasi dopo l’approvazione della legge n. 400 del 1988.

Allo stesso modo, la giurisprudenza consultiva dell’epoca, pronunciandosi sulla facoltà dei regolamenti di organizzazione di disciplinare materie regolate dalla legge (espressamente consentita per le materie disciplinate con legge prima dell’entrata in vigore della legge n. 100 del 1926), ha negato che il meccanismo di delegificazione potesse operare nei confronti di leggi intervenute a “rilegificare” la materia successivamente alla legge, sul presupposto dell’eccezionalità di tale regola, come già sostenuto in dottrina da Santi Romano.

Con la legge n. 100 del 1926 si giunge, come è noto, alla completa sistemazione dell’attività normativa del Governo, con la previsione di tre distinte categorie: i regolamenti di esecuzione, i regolamenti indipendenti e i regolamenti di organizzazione[[37]](#footnote-37).

I primi erano già previsti dall’art. 6 dello Statuto Albertino; i secondi erano ammessi dalla dottrina, per effetto di una legge attributiva di competenze all’esecutivo; quelli di organizzazione, affidati dalla prassi alla competenza del potere legislativo, erano stati così ricondotti alla potestà dell’esecutivo.

Dall’esame della consulenza sull’attività normativa è possibile rilevare che il fondamento legislativo della potestà regolamentare è costantemente affermato dal Consiglio di Stato, che assume appunto come legge fondamentale della materia, di natura costituzionale, la legge n. 100/1926, non ammettendo deroghe alla stessa e ribadendo che le norme giuridiche dettate con regolamento devono essere contenute nell’ambito dei poteri attribuiti alla pubblica amministrazione, in coerenza con l’impostazione teorica di Romano.

Il potere regolamentare viene riferito al Governo nel suo complesso, senza possibilità dei delega ai singoli ministri, secondo il modello accentratore del Capo del Governo, recepito dal Consiglio di Stato, che ne afferma anche la non delegabilità al Duce come Capo del Governo o presidente di un comitato di ministri.

Da tali brevi notazioni si desume che il Consiglio di Stato, nella delicata fase storica che ha in larga parte coinciso con la presidenza di Santi Romano, ha, sostanzialmente seguito una linea incentrata sulla valorizzazione dell’aspetto tecnico-giuridico della sua consulenza, attenta ad evitare ogni politicizzazione, in coerenza con l’impostazione dello stesso Romano e dei giuristi formalisti dell’epoca[[38]](#footnote-38).

**5.** L’analisi dell’attività giurisdizionale non implica la necessità di andare, per dir così, alla «ricerca» dello specifico contributo fornito da Santi Romano alla costruzione della tutela giurisdizionale ed in particolare all’affermazione del principio di effettività nella giurisprudenza contenziosa del Consiglio di Stato. Tale contributo 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.

Il problema non è infatti, quello di determinare e delimitare il contenuto e l'ambito del contributo di Santi Romano nella giurisprudenza concreta dell'Istituto. Al riguardo, in uno scritto riguardante il rapporto tra il Consiglio di Stato ed un altro grande protagonista delle vicende istituzionali del Paese, Silvio Spaventa, è stato 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». 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[[39]](#footnote-39).

Il problema, consiste, invece, nello stabilire quale sia stato il risultato -al di là delle dinamiche personali-, il prodotto oggettivo 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 compendiati 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[[40]](#footnote-40).

Come si vedrà, anche l'area della protezione giurisdizionale, dell'esercizio delle 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.

Secondo la 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 Stato[[41]](#footnote-41): il diritto ad ottenere un atto amministrativo, non un atto favorevole conforme al proprio interesse[[42]](#footnote-42). 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 diritti[[43]](#footnote-43).

In questo contesto 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 principi.

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

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'annullamento.[[44]](#footnote-44)

Per converso, considerare la giustizia amministrativa come una vera e propria giurisdizione, ha per necessario risultato una limitazione della sua competenza, incompatibile con la missione di uno stato libero”[[45]](#footnote-45).

Non a caso Romano affermava che le funzioni di giustizia amministrativa sono “qualcosa di più fine, di più elevato e più efficace che non siano le funzioni semplicemente giurisdizionali”[[46]](#footnote-46); esse sono manifestazione di un’attività più fine ed elevata, quasi .... supergiurisdizionali”[[47]](#footnote-47).

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.

Nella propria teorizzazione Santi Romano escludeva che il Consiglio di Stato, in quanto titolare di un potere generale di annullamento per motivi di legittimità, fosse 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”[[48]](#footnote-48).

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 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 dell'attività amministrativa.

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, ricomponendo in una unità la duplicità/complessità delle funzioni svolte, mediante la conquista alla giurisdizione dei caratteri della tutela amministrativa e della stessa attività prima svolta dall'amministrazione in relazione ad essa.

**6.** Se quello sopra indicato è il percorso attraverso il quale è stata progressivamente costruita l’effettività della tutela giurisdizionale, occorre adesso chiedersi se esso risulti confermato da un esame della giurisprudenza del Consiglio di Stato nel periodo della presidenza di Santi Romano. Sarà utile prendere in considerazione il percorso giurisprudenziale riguardante la “costruzione” del potere di sospensione, del giudicato e della sua esecuzione.

Un discorso sul potere di sospensione appare particolarmente interessante.

 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.

Sul piano positivo, la disciplina della sospensione cautelare è contenuta, dapprima, nella legge 31 marzo 1889, n. 5992, che si limita ad accennare ai “gravi motivi” che possono giustificarla, e, più in dettaglio, nel regolamento del 7 ottobre 1889, 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”[[49]](#footnote-49).

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.

L’utilità della sospensione viene 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 eseguito[[50]](#footnote-50). Questo indirizzo giurisprudenziale conosce, peraltro, una evoluzione per non «premiare» comportamenti dell'amministrazione volti a vanificare il potere di sospensione.

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 opportunità[[51]](#footnote-51); ed è nello spazio originario ed indistinto di tale valutazione di merito che vanno 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 considerazione delle eccezioni di inammissibilità o irricevibilità; Queste, infatti, devono in ogni caso, essere valutate, anche se sulla relativa pronuncia non si forma giudicato[[52]](#footnote-52).

Con riferimento poi, all'apprezzamento delle «gravi ragioni» per la sospensione, appare degno di 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.

Prende corpo, innanzitutto, una più adeguata definizione dei caratteri del danno: questo deve essere imminente, e cioè tradursi in un pregiudizio immediato o molto prossimo (con riferimento alla dichiarazione di pubblica utilità), irreparabile, o, più precisamente, riparabile difficilmente o con grave sacrificio[[53]](#footnote-53).

Una particolare evoluzione della tecnica del bilanciamento porta poi ad un apprezzamento delle «gravi ragioni» alla luce di quello che, con il 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.

La necessità di erogare una tutela cautelare 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”.

**7.** 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, 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 il potere amministrativo esercitato sempre 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 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 del potere 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.

Dopo l'intervento della legge del 1907, con l’affermazione della natura giurisdizionale della IV e della V Sezione, il Consiglio di Stato sotto la presidenza di Santi Romano procederà ad una sorta di “conquista” 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 la sua efficacia *inter partes,* saranno, tuttavia, messi a fuoco i casi in cui i suoi effetti saranno chiamati ad operare direttamente *erga omnes*, e le ipotesi di estensione.

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

Le pronunce in materia concernono tutti gli aspetti salienti del giudizio di ottemperanza, dall’individuazione dell’ambito oggettivo del giudicato, con riferimento al quale viene ribadita l’affermazione secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile (specificandola con la notazione che il giudicato non copre tutti gli argomenti esposti nella decisione, ma solo quelli che sorreggono il dispositivo)[[54]](#footnote-54), all’esame dei limiti soggettivi dell’effetto di annullamento. A tale ultimo riguardo 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[[55]](#footnote-55); 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[[56]](#footnote-56).

A partire da tale affermazione di principio, si forma, peraltro, un orientamento giurisprudenziale che valorizza il comportamento dell'amministrazione volto ad applicare in alcune ipotesi i principi del giudicato, per dedurne che, in tali casi, il rifiuto eventualmente opposto ad altri interessati non può dirsi legittimo[[57]](#footnote-57).

Non possono, peraltro, attraverso l'estensione, essere menomati i diritti dei terzi, ed in particolare di coloro che non presero parte al giudizio[[58]](#footnote-58).

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.

Un esito del genere sussiste allorchè vi sia una assoluta impossibilità a che un provvedimento amministrativo esista ed abbia effetto per alcuni soggetti e nello stesso tempo non esista per altri interessati[[59]](#footnote-59).

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[[60]](#footnote-60)*.

**8.** In relazione, poi, all'esecuzione del giudicato 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. Infatti, “il giudizio di esecuzione è per regola sottratto all'autorità giurisdizionale che ha emanato la sentenza da eseguirsi[[61]](#footnote-61)”, mentre sussistono casi con riferimento alle giurisdizioni speciali amministrative in cui “il giudice, nella sua qualità di amministratore provvede alla esecuzione della sentenza[[62]](#footnote-62)”.

Intervenuta la pronuncia del Consiglio di Stato, l’amministrazione deve uniformarsi completamente alla volontà dichiarata dal giudice[[63]](#footnote-63), anche se la coercizione dell'ente amministrativo a siffatta osservanza del giudicato non spetta all'autorità giurisdizionale, ma alle autorità competenti dell'ordine esecutivo[[64]](#footnote-64).

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.

Delineato, comunque, in qualche modo il giudizio di ottemperanza come giudizio di esecuzione di pronunce giurisdizionali, viene affermata la competenza del Consiglio di Stato per l’esecuzione delle pronunce dello stesso Consiglio: con due importanti decisioni (2 marzo 1928 n. 181 e n. 182) la IV Sezione dichiara ammissibile la domanda volta ad ottenere l’obbligo dell’Amministrazione di conformarsi al caso deciso con una precedente pronuncia del Consiglio di Stato.

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 giudicato[[65]](#footnote-65).

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.

Attraverso questo percorso, l’effettività della tutela giurisdizionale amministrativa prende corpo attraverso la concentrazione nella funzione giurisdizionale di strumenti che prima appartenevano solo alle modalità di tutela di natura amministrativa, superando lo schema teorico del pensiero di Santi Romano, fondato sulla distinzione tra giustizia amministrativa e giurisdizione.

**9.** L’esame dell’attività del Consiglio di Stato sotto la presidenza di Santi Romano non può non confrontarsi con le pronunce emesse dall’istituto, alla fine di quel periodo, a seguito dell’emanazione delle leggi razziali[[66]](#footnote-66).

Le discriminazioni nei confronti degli ebrei hanno assunto consistenza normativa con un complesso di provvedimenti che hanno toccato diversi settori della vita sociale, dalla scuola (regio decreto legge 5 settembre 1938, n. 1390; regio decreto legge 15 novembre 1938, n. 1779), all’esercizio delle professioni (legge 29 giugno 1939, n. 1054); dalla materia matrimoniale (regio decreto legge 17 novembre 1938, n. 1728), a quella delle persone, del nome e delle successioni (legge 13 luglio 1939, n. 1055); dall’interdizione all’esercizio di determinati uffici, alle limitazioni in materia patrimoniale e nelle attività economiche (ancora il regio decreto legge n. 1728 del 1938).

La legislazione fascista permeò l’intero sistema ordinamentale determinando un grave vulnus alla tradizione e alla civiltà giuridica sino a quel momento esistenti nel nostro paese.

Dall’art. 1 del codice civile del 1865, ai sensi del quale “ogni cittadino gode dei diritti civili”, si passò all’art. 1, del codice civile del 1942 -entrato però in vigore nel 1939- ai sensi del quale “le limitazioni alla capacità giuridica derivanti dall’appartenenza a determinate razze sono stabilite da leggi speciali”; dall’art. 3 del codice del 1865 secondo il quale “lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini” si passò alla previsione della condizione di reciprocità di cui all’art. 16 delle disposizioni sulla legge in generale del codice civile del 1942.[[67]](#footnote-67)

Le leggi razziali costituirono pertanto una frattura rispetto all’ordinamento dello Stato liberale italiano e allo Statuto albertino il cui art. 24 enunciava il principio di eguaglianza innanzi alla legge.

In questo quadro, non si può affermare che l’interpretazione che i giudici italiani hanno dato alle leggi fasciste e, in particolare, alle leggi razziali, abbia rappresentato una forma di “resistenza” al regime, in quanto l’ordine giudiziario è stato parte dello Stato fascista, e i giudici dell’epoca non godevano delle garanzie di indipendenza che solo la Costituzione ha loro riconosciuto.

È interessante, tuttavia, comprendere se e in quali modi siano stati utilizzati dalla giurisprudenza gli strumenti interpretativi e processuali per temperare la portata normativa delle disposizioni discriminatorie introdotte.

Chi allora esercitava la giurisdizione, infatti, si trovò dinnanzi alla drammatica alternativa tra fungere da mera *bouche de la loi*, dando voce e applicazione pratica alla legislazione fascista, o adottare interpretazioni che, rifacendosi ai principi generali dell’ordinamento liberale, ridimensionassero la portata discriminatoria delle normative fasciste; ricordando che, per i giudici di formazione liberale, anche il non applicare la legge avrebbe costituito una contraddizione rispetto ai principi affermati.

Una parte della giurisprudenza, operando in tale ultimo senso, è riuscita a garantire comunque ai cittadini ebrei il riconoscimento di una tutela giurisdizionale a fronte di provvedimenti lesivi dei loro diritti o interessi, circoscrivendo l’applicazione dell’art. 26 del R.D.L. n. 17289 del 1938, che aveva ripreso le Dichiarazioni sulla razza del Gran Consiglio del Fascismo del 6-7 ottobre 1938, ai sensi del quale “le questioni relative all’applicazione del presente decreto saranno risolte, caso per caso, dal Ministero per l’interno, sentiti i Ministri eventualmente interessati, e previo parere della Commissione da lui nominata. Il provvedimento non è soggetto ad alcun gravame, sia in via amministrativa, sia in via giurisdizionale”.

In particolare la Corte d’Appello di Torino, alla quale si deve l’interpretazione più illuminata di tali disposizioni, con la sentenza del 5 maggio 1939 ha affermato che all’art. 26 citato non poteva essere riconosciuta la forza di derogare alla normativa comune, osservando che, “in mancanza di una manifesta e sicura deroga al diritto comune (art. 5 Preleggi), avuto presente l’art. 2 della legge 20 marzo 1865, occorre ritenere che restino incluse nella considerazione dell’art. 26 le sole questioni di natura amministrativa che possano insorgere nella pratica applicazione del decreto, ove si discuta di interessi protetti senza che siano dedotti diritti soggettivi della parti, ma che vi siano escluse invece quelle che hanno per oggetto siffatti diritti[[68]](#footnote-68)”.

In tal modo è stata sottratta all’autorità amministrativa -per riservarla in questo caso all’autorità giudiziaria ordinaria- la conoscenza di questioni sull’appartenenza dei cittadini ad una determinata razza.

Tale linea interpretativa ha trovato conferma anche in alcune pronunce del Consiglio di Stato[[69]](#footnote-69): in primo luogo deve essere ricordata la decisione n. 438 del 1940[[70]](#footnote-70), con cui la IV Sezione ha negato carattere costituzionale al R.D.L. 1728 del 1938, in assenza dei requisiti prescritti per le leggi costituzionali dall’art. 2 del Regio Decreto 24 settembre 1931, n. 1256, depotenziandone in tal modo la forza rispetto alle altre fonti dell’ordinamento.

Quindi, con la sentenza della V Sezione dell’11 luglio 1941, il Consiglio di Stato ha ribadito che “il ricorso agli organi giurisdizionali costituisce garanzia fondamentale concessa dall’ordinamento ad ogni soggetto di diritto”, affermando che “giudicare sulle conseguenze ulteriori, specialmente di ordine patrimoniale, dell’appartenenza alla razza ebraica non implica valutazioni di ordine politico, ma l’applicazione, solo, di rigorose norme di diritto. Si arriverebbe, altrimenti, alla assurda conseguenza che il Ministro per l’interno potrebbe decidere *ad libitum*, senza alcuna garanzia di procedura e senza possibilità di controllo giurisdizionale, controversie civili, in tema, ad esempio, di nullità del matrimonio, di privazione della patria potestà, di proprietà di beni immobili, e così via e controversie anche di natura penale, relative ai vari reati contemplati dalla legge per la difesa della razza”[[71]](#footnote-71).

Facendo leva sul principio di legalità, si è, così pervenuto ad una interpretazione delle leggi razziali come eccezioni straordinarie ai principi generali dell’ordinamento liberale ancora vigenti, depotenziandone così la portata applicativa.

Le successive pronunce hanno mirato da un lato a delimitare la categoria degli atti politici e dall’altro a circoscrivere l’ammissibilità delle limitazioni agli strumenti di gravame stabiliti dalla legge, garantendo comunque l’esperibilità dei rimedi giustiziali in materia di provvedimenti sulla razza anche se riguardanti lo stesso *status* di ebreo.[[72]](#footnote-72)

Il giudice amministrativo anche in sede di applicazione delle leggi razziali sembra quindi avere scelto la continuità, per quanto possibile, con l’ordinamento liberale, con i suoi principi e con la sua funzione di tutela delle posizioni soggettive nei confronti delle amministrazioni, pur in presenza di uno Stato autoritario e di un impianto legislativo “nuovo” e “alieno” rispetto al previgente sistema di principi e di fronte a gravi sospensioni delle libertà fondamentali.

Ciò, deve ritenersi, probabilmente anche grazie a un presidente come Santi Romano, la cui figura di giurista e studioso ha sicuramente contribuito a mantenere un ambito di indipendenza nell’interpretazione della legge, e ad affermare una certa continuità rispetto ai principi dell’ordinamento preesistente.

Si tratta di una scelta sicuramente non eroica, ma come ha detto Carlo Arturo Jemolo, “dignitosa” perché operata in assenza delle garanzie costituzionali di indipendenza.

Una scelta che ha trovato riconoscimento anche in sede di Assemblea Costituente, quando, nel dibattito sviluppatosi sull’opportunità di trasformare le Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato in sezioni specializzate degli organi ordinari, l’onorevole Bozzi, per sottolineare l’opportunità di mantenere la giurisdizione amministrativa, oltre a evidenziarne la specialità in quanto giurisdizione dominata dal criterio dell’interesse pubblico, ne rammentò le decisioni più importanti e coraggiose, “specie in materia di razza, di stampa e di insegnamento, prese anche nei periodi in cui il fascismo era più in auge”[[73]](#footnote-73).

Il che certo non significa non ammettere che il Consiglio di Stato non si sottrasse alla logica complessiva del sistema, cioè del regime fascista, né che contestò i presupposti illiberali e l’evoluzione autoritaria dell’organizzazione del potere.

Si deve, pertanto, convenire con la tesi secondo cui l’azione della magistratura nel periodo considerato, pur non potendo essere definita di “resistenza”, né giungendo ad attenuare in alcun modo le responsabilità di un popolo e delle sue classi dirigenti per le persecuzioni attuate, ha comunque, in certa misura, dato prova della “persistenza” della giurisdizione, non ridotta ad un mero simulacro, come avvenuto in altri regimi totalitari coevi, non abiurando il suo ruolo tecnico-giuridico, e non politico, di interprete della legge.

Con riferimento alla produzione del Consiglio di Stato dell’epoca e, in particolare, sotto la presidenza di Romano, può concludersi che sia nell’esercizio dell’attività consultiva, che di quella giurisdizionale, il Consiglio mantenne comunque una sostanziale indipendenza di giudizio rispetto al potere esecutivo, ribadendo principi e limiti dell’ordinamento liberale ed impedendo interpretazioni estensive di norme che erano in contrasto con le garanzie previste dall’ordinamento, evitando, pur svolgendo una collaborazione anche efficace con il governo, il rischio di una più penetrante strumentalizzazione. Fu così, in qualche modo, ricercata e realizzata una sofisticata mediazione tra il vecchio e il nuovo che sembra rappresentare il più percepibile risultato della presidenza di Romano, nel segno di quella riconduzione ad unità del complesso e del molteplice cui sopra si è accennato.

**10.** Gli ultimi anni di Romano, dopo le dimissioni, furono caratterizzati dalla tristezza e dalla solitudine. Morì a Roma il 3 novembre 1947. Devono, in proposito, essere ricordate le parole pronunciate da V. E. Orlando in occasione della commemorazione richiesta dall’Università di Roma: “quell’ufficio -la presidenza- non fu da lui né desiderato, né chiesto; gli arrivò assolutamente inaspettato, come del resto a tutti. Tanto meno, fu determinato da alcun interesse materiale. Non fu, ad ogni modo, una violazione della sua originaria fede. Il compito altissimo, per quanto di altra specie, rimaneva nel campo della sua vocazione: le relazioni da lui dettate sono documenti di un mirabile valore storico e giuridico insieme; onde degnamente si contengono nel quadro generale dell’opera da lui dedicata al diritto nella sua complessa, indivisibile unità”.

Il riferimento al diritto ed alla sua “complessa, indivisibile unità”, contenuto nelle parole di V. E. Orlando conferma che quella della percezione della complessità è stata la cifra che ha legato insieme l’uomo e l’istituzione.

 **ALESSANDRO PAJNO**

 **già Presidente del Consiglio di Stato**

 **pubblicato il 29 giugno 2020**

1. A. Romano, *La giustizia amministrativa nel pensiero del Prof. Santi Romano*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano Presidente del Consiglio di Stato*, Torino, 2004, p.10 [↑](#footnote-ref-1)
2. A. Romano, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 10 [↑](#footnote-ref-2)
3. Per una prospettiva del genere sia consentito inviare ad A. Pajno, *L’effettività della tutela*, in *La giustizia amministrativa*, cit., p. 227 ss. [↑](#footnote-ref-3)
4. G. Melis, *Il Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano*, in *La giustizia amministrativa*, cit., p. 39 ss.; Id, *Romano*, *Santi*, in *I presidenti del Consiglio di Stato. Biografia e relazioni di insediamento*, Milano, 2011, p. 114 ss.; Id., *La macchina imperfetta*, Bologna, 2018, p. 323 ss. [↑](#footnote-ref-4)
5. Si veda M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, p. 296; G. Melis, *Il Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano,* cit., p. 39 [↑](#footnote-ref-5)
6. G. Melis, *Il Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano,* cit., p. 40 [↑](#footnote-ref-6)
7. Sulle possibili motivazioni che indussero Mussolini a nominare S. Romano Presidente dell’Istituto si veda G. Melis, *Il Consiglio di Stato ai tempi di Santo Romano*, cit., p. 42 ss.; *Romano*, *Santi*, cit., p. 115; secondo G. Melis, *La macchina imperfetta,* cit., p. 324, la scelta di Romano come Presidente del Consiglio di Stato resta un problema storiograficamente aperto [↑](#footnote-ref-7)
8. Sia consentito rinviare, in proposito, a A. Pajno, *L’effettività della tutela*, cit., p. 224 ss. [↑](#footnote-ref-8)
9. N. Bobbio, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*; P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche* *di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, p. 29 ss. [↑](#footnote-ref-9)
10. Santi Romano, *L’ordinamento giuridico*, Firenze, 1945, p. 79 [↑](#footnote-ref-10)
11. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana: un profilo storico 1860-1950,* Milano, 2000, p. 109 [↑](#footnote-ref-11)
12. N. Bobbio, *Teoria e ideologia*, cit., p. 25 [↑](#footnote-ref-12)
13. N. Bobbio*, Teoria e ideologia*, cit., p. 41 [↑](#footnote-ref-13)
14. N. Bobbio, *Teoria e ideologia*, cit., p. 41-44 [↑](#footnote-ref-14)
15. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 109 [↑](#footnote-ref-15)
16. E’, infatti, con la produzione pisana di Santi Romano (*Lo stato moderno e la sua crisi*) che inizia la riscoperta della complessità del diritto, che scaturisce direttamente dalla complessità della società. Si veda, in proposito, P. Grossi, *L’Europa del diritto*, Roma-Bari, 2016, p. 219 ss. [↑](#footnote-ref-16)
17. U. Scarpelli, *Santi Romano, teorico conservatore, teorico progressista*, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine* *giuridiche di oggi*, cit., p. 45 ss. [↑](#footnote-ref-17)
18. Santi Romano, *Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato* - *Studi in onore del centenario*, I Roma, 1923, p. 3 [↑](#footnote-ref-18)
19. Santi Romano, *Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato,* cit. p. 4 [↑](#footnote-ref-19)
20. Santi Romano, *Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato,* cit. p. 4 [↑](#footnote-ref-20)
21. A. Pajno, *Consiglio di Stato*, in S. Cassese (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 1320 [↑](#footnote-ref-21)
22. S. Romano, *Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato*, cit., p. 26 [↑](#footnote-ref-22)
23. S. Romano, Discorso *di insediamento pronunciato nell’Adunanza Generale del 22 dicembre 1928*, in *I Presidenti del* *Consiglio di Stato*, cit., p. 124 [↑](#footnote-ref-23)
24. S. Romano, *Discorso di insediamento*, cit., p. 124 [↑](#footnote-ref-24)
25. F. Patroni Griffi, *I pareri sull’attività normativa*, in *La giustizia amministrativa*, cit., p. 131 [↑](#footnote-ref-25)
26. A. Pajno, *L’effettività della tutela*, cit., p. 234 [↑](#footnote-ref-26)
27. S. Romano, *Discorso di insediamento pronunciato nell’Adunanza Generale del 22 dicembre 1928*, in I P*residenti del* *Consiglio di Stato*, cit., p. 125 [↑](#footnote-ref-27)
28. A. Pozzi, *I grandi affari consultivi in tema di organizzazione amministrativa e di rapporti sociali e religiosi,* in *La giustizia amministrativa*, cit., p. 72 ss. [↑](#footnote-ref-28)
29. A. Pozzi, *I grandi affari consultivi*, cit., p. 72 ss. ; Secondo un’altra prospettazione, nella visione di S. Romano sarebbe centrale il convincimento che il Consiglio di Stato avesse perso il carattere politico già con la legge 30 ottobre 1859 n. 3707, con la trasformazione da consigliere del Re a consigliere del governo. (Così F. Patroni Griffi, *I pareri sull’attività* *normativa*, cit., p. 128). [↑](#footnote-ref-29)
30. Il punto fermo della rivoluzione fascista è “la riorganizzazione e il rafforzamento del potere esecutivo, finalmente restituito a quella posizione preminente che la salvezza dello Stato urgentemente reclamava”; “del potere esecutivo -superfluo dirlo- il Consiglio di Stato è istituzione fondamentale”. Così lo stesso S. Romano, *Discorso di insediamento*, cit., p. 124-125 [↑](#footnote-ref-30)
31. S. Romano, *Discorso di insediamento*, cit., p. 125

Nella prospettiva di S. Romano, il Consiglio di Stato si inseriva nel quadro della riforma costituzionale voluta dal regime con la creazione del Gran Consiglio del fascismo, mantenendo la sua rilevanza e la sua autonomia: il Gran Consiglio sarebbe stato organo di consulenza in materia politica e legislativa; tuttavia, osservava S. Romano, “non sembra che con ciò la competenza del Consiglio di Stato sia mutata. Esso rimane organo di consulenza tecnico-giuridica specialmente nella sfera amministrativa” (S. Romano, *Discorso di insediamento*, cit., p. 125). Sul progetto di riforma costituzionale del fascismo e sul ruolo prefigurato per il Consiglio di Stato si veda G. Melis, *La macchina imperfetta*, cit., p. 158 [↑](#footnote-ref-31)
32. G. Melis, *Il Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano*, cit., p. 45; Sul ruolo di S. Romano come “garante” presso il duce della fedeltà dell’istituzione e della relativa autonomia politica del Consiglio di Stato, si veda G. Melis, *La* *macchina imperfetta*, cit., p. 327 ss. [↑](#footnote-ref-32)
33. F. Patroni Griffi, *I pareri sull’attività normativa*, cit., p. 128 [↑](#footnote-ref-33)
34. F. Patroni Griffi, *I pareri sull’attività normativa*, cit., p. 129 [↑](#footnote-ref-34)
35. F. Patroni Griffi, I pareri sull’attività normativa, p. 129-130 [↑](#footnote-ref-35)
36. F. Patroni Griffi, *I pareri sull’attività normativa*, cit., p. 131 [↑](#footnote-ref-36)
37. Sulla legge 31 gennaio 1926 n. 100 e la consultazione obbligatoria del Consiglio di Stato si veda F. Patroni Griffi, *I pareri sull’attività normativa*, cit. p. 133 ss. Sull’attività consultiva sui testi unici degli anni trenta si veda G. Melis, *Fare lo Stato, per fare gli italiani*, Bologna, 2014, p. 214 ss. [↑](#footnote-ref-37)
38. Sulla “delicata mediazione” svolta dal Consiglio di Stato durante il periodo fascista, insiste G. Melis, *La macchina* *imperfetta,* cit., p. 320 ss. Secondo l’autore potrebbe ritenersi che “il Consiglio di Stato in un certo modo metabolizzasse l’ordinamento fascista” non contestandolo ma piuttosto inserendo le nuove norme nel corpo delle vecchie ... in definitiva affermando la supremazia dell’interpretazione tradizionale (spesso anche formalistica) del diritto anche in presenza del nuovo diritto in formazione “ (G. Melis, *La macchina imperfetta*, cit., p. 341) [↑](#footnote-ref-38)
39. G. Paleologo, *Silvio Spaventa e la IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *Cons. Stato*, 1990, II, p. 1215 [↑](#footnote-ref-39)
40. A. Pajno, *L’effettività della tutela*, cit., p. 227 [↑](#footnote-ref-40)
41. S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in V. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto* *amministrativo italiano*, Milano 1897, Vol. I, p. 180 ss. [↑](#footnote-ref-41)
42. S. Romano, *La teoria*, cit., p. 183-184 [↑](#footnote-ref-42)
43. S. Romano, *La teoria*, cit., p. 184 [↑](#footnote-ref-43)
44. Secondo S. Romano l’atto 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 deciso (S. Romano, *La teoria*, cit., p. 185) [↑](#footnote-ref-44)
45. S. Romano, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in V. E. Orlando, Primo Trattato, cit., p. 539 [↑](#footnote-ref-45)
46. S. Romano, Le giurisdizioni speciali, cit., p. 538 [↑](#footnote-ref-46)
47. S. Romano, Le giurisdizioni speciali, cit., p. 555 [↑](#footnote-ref-47)
48. S. Romano, *Le giurisdizioni speciali*, cit., p. 542 [↑](#footnote-ref-48)
49. V. E. Orlando*, La giustizia amministrativa*, in V. E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato*, Milano, 1901, III, p. 1090 [↑](#footnote-ref-49)
50. Cons. Stato, IV, 22 ottobre 1932 n. 353 [↑](#footnote-ref-50)
51. V. E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 1013 [↑](#footnote-ref-51)
52. *Cons. Stato, V*, 5 agosto 1941 n. 516 [↑](#footnote-ref-52)
53. *Cons. Stato, IV*, 18 novembre 1932 n. 357 [↑](#footnote-ref-53)
54. Ciò spiega perché sulle decisioni interlocutorie non si formi giudicato. *Cons. Stato, IV*, 27 ottobre 1937 n. 207 [↑](#footnote-ref-54)
55. *Cons. Stato, V,* 12 luglio 1930 n. 473; 17 novembre 1939 n. 762 [↑](#footnote-ref-55)
56. *Cons. Stato, IV,* 6 giugno 1930, n. 193 [↑](#footnote-ref-56)
57. *Cons. Stato, IV*, 6 giugno 1930 n. 193 [↑](#footnote-ref-57)
58. *Cons. Stato, IV,* 9 febbraio 1932 n. 55 [↑](#footnote-ref-58)
59. *Cons. Stato, V*, 30 maggio 1931 n. 342 [↑](#footnote-ref-59)
60. *Cons. Stato, IV,* 9 luglio 1940 n. 386 [↑](#footnote-ref-60)
61. S. Romano, *Le giurisdizioni speciali amministrative* cit., p. 630 [↑](#footnote-ref-61)
62. S. Romano, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, cit., p. 630 [↑](#footnote-ref-62)
63. *Cons. Stato, V,* 15 febbraio 1929 n. 83 [↑](#footnote-ref-63)
64. *Cons. Stato, V*, 21 marzo 1930 n. 164 [↑](#footnote-ref-64)
65. *Cons. Stato, IV,* 11 maggio 1943 n. 143 [↑](#footnote-ref-65)
66. Sulle leggi razziali si vedano, tra gli altri, R. De Felice, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, Torino, 2005; G. Speciale*, Giudici e razza nell’Italia fascista*, Torino, 2007; Id. (a cura di) *Le leggi antiebraiche nell’ordinamento italiano*, Bologna, 2013; G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e il ceto dei giuristi*, Milano, 2011; G. Melis, *La macchina imperfetta*, cit., p. 526 ss. [↑](#footnote-ref-66)
67. Sull’impronta antiegalitaria codificata con il primo libro del Codice civile, approvato il 12 dicembre 1938 ed entrato in vigore il 1 luglio 1939 si veda, da ultimo, G. Alpa, *Diritto civile italiano*, Bologna, 2018, p. 446 ss. [↑](#footnote-ref-67)
68. *Corte di appello di Torino, 5 maggio 1939*, in *Foro It*., 1939, I, c. 215. Sulla sentenza della Corte di appello di Torino e sul particolare ruolo svolto dal suo Presidente Peretti Griva nel determinare l’indirizzo giurisprudenziale espresso con la sentenza, si veda G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 116 ss. [↑](#footnote-ref-68)
69. Sulla giurisprudenza del Consiglio di Stato sulle leggi razziali di veda A. Patroni Griffi, *Il Consiglio di Stato ed il regime* *fascista*. Il commento, in G. Pasquini e A. Sandulli (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001; Id., *Le leggi razziali e i giudici: considerazioni sugli spazi di ermeneutica giudiziaria nel regime fascista*, in *Le carte e la* *storia,* XXII, 2016, c. 1, p. 107 ss. [↑](#footnote-ref-69)
70. *Cons. Stato*, IV, 31 luglio 1940 n. 428, in *Foro It*., 1941, III, c. 18 [↑](#footnote-ref-70)
71. *Cons. Stato, V*, 11 luglio 1941, in *Foro It.,* 1941, III, c. 249 [↑](#footnote-ref-71)
72. Si possono ricordare, a titolo esemplificativo, *Cons. Stato, V*, 19 giugno 1940, n. 401, con cui si riconobbe allo straniero ebreo, privo dello *status civitatis*, la capacità e la legittimazione a ricorrere davanti agli organi di giustizia amministrativa, in quanto anche agli ebrei italiani, “quando risiedono nel regno sono ammessi a godere dei diritti civili”; *Cons. Stato, IV, 2 giugno 1943 n. 181*, con cui fu annullata la revoca dell’iscrizione all’anno accademico di uno studente tedesco di madre ebrea, considerando la revoca un potere eccezionale esercitabile solo in presenza di situazioni altrettanto eccezionali, non ravvisabili nel divieto vigente secondo le leggi tedesche; *Cons. Stato, IV, 24* *settembre 1941 n. 342*, con cui fu elaborata una interpretazione illuminata dei concetti di indipendenza e inammissibilità dei professori universitari, espressione e garanzia della libertà di insegnamento, riconoscendo ai professori ebrei dispensati dal servizio in forza delle leggi razziali un assegno calcolato sulla base dell’intero trattamento economico, al pari dei colleghi “ariani”. [↑](#footnote-ref-72)
73. *Assemblea Costituente, Seconda Sottocommissione (Seconda sezione), Resoconto sommario nella seduta pomeridiana di giovedì 9 gennaio 1947*, p. 99. Le decisioni del Consiglio di Stato cui fa riferimento Aldo Bozzi sono le n. 347, 438, 569 del 1941 e le n. 478 del 1941. [↑](#footnote-ref-73)