**Silvio Spaventa e il diritto pubblico europeo \***

1. Introduzione
2. Cittadini e istituzioni dopo l’unificazione: richiami essenziali
3. Silvio Spaventa e la lotta per la “giustizia nell’amministrazione”
4. Spaventa e la giurisdizione di diritto pubblico
5. Le controversie di diritto pubblico: un’analisi empirica (1890-1910)
6. La giustizia verso l’amministrazione
7. La giustizia nell’amministrazione
8. Un diritto pubblico comune
9. Uno Stato di diritto
10. Un sostrato ideale comune: da Spaventa a Croce
11. Il lascito di Spaventa

\* Relazione all’incontro di studio organizzato dalla Fondazione Spaventa, Pescara, 16 novembre 2018. Questo studio fa parte della ricerca comparata sul “nucleo comune dei diritti amministrativi europei” finanziata dal Consiglio europeo delle scienze (ERC *advanced grant* n. 694697-COCEAL). Ringrazio i partecipanti all’incontro di studio, in particolare Filippo Patroni Griffi, per le osservazioni, nonché Alessandra Bassani e Angela Ferrari Zumbini per i commenti a una prima stesura. Sono, inoltre, in debito con Mauro Bussani e Stefano Mannoni per i consigli forniti sull’impostazione della comparazione diacronica di cui sono qui esposti i primi risultati; tuttavia, sono l’unico responsabile per eventuali errori od omissioni.

1. **Introduzione**

L’evoluzione delle istituzioni giuridiche nell’Italia unita può essere ripercorsa muovendo dal punto di vista di un osservatore d’eccezione, Silvio Spaventa. Come altri grandi italiani della sua epoca, Spaventa fu prevalentemente impegnato nella costruzione d’istituzioni capaci di assicurare l’unità della nazione e il suo progresso civile ed economico. Per lui, l’unità conquistata – parsa impossibile ai più, dopo secoli di divisioni – era irrinunciabile, ma andava irrobustita con istituzioni in grado di assicurare idonee garanzie delle libertà, una preoccupazione condivisa dal nipote, una figura altrettanto d’eccezione, Benedetto Croce.

Per questi obiettivi, Spaventa si batté dentro il suo partito, in Parlamento, nella società. Le risultanze negative della vita politica e amministrativa del suo tempo gli parvero imputabili non solo agli uomini, ma anche alle leggi. Gli parvero particolarmente discutibili, perniciose, le norme che nel 1865 avevano soppresso il contenzioso amministrativo senza dare all’Italia garanzie adeguate nei confronti dell’arbitrio degli amministratori ([[1]](#footnote-1)). Il suo impegno fu determinante per il grande *révirement* avviato dalla legge 2 giugno 1889, che è corretto ritenere di rilievo costituzionale. Più in generale, vi sono buoni motivi per condividere il giudizio d’un studioso del calibro di Mario Nigro, secondo cui Spaventa “ha avuto tanta parte nell’azione della classe politica liberale italiana dell’800” ([[2]](#footnote-2)).

Altri, ben più esperti del periodo storico in cui Spaventa visse e delle sue opere, ne hanno inquadrato il pensiero, a volte in chiave elogiativa, altre volte in chiave dichiaratamente critica ([[3]](#footnote-3)). Un modo utile per contribuire a una migliore comprensione dell’importanza di quelle opere a livello europeo, del significato che esse assumono dopo alcuni decenni d’integrazione più stretta, consiste nell’indagare i fili conduttori della giurisprudenza amministrativa, cui proprio Spaventa diede l’avvio, nella prospettiva comparata. Grazie alle conoscenze di cui oggi disponiamo, è possibile cogliere appieno non soltanto quanto di nuovo e d’innovativo vi era in quella giurisprudenza, ma anche i nessi con le decisioni assunte dalle magistrature delle altre nazioni “civili” d’Europa.

Ciò permetterà di collocare nella giusta luce due temi, distinti ma connessi. Si tratta, da un lato, dell’emergere di motivi comuni nella giurisprudenza delle corti europee in rapporto sia alla giustizia nell’amministrazione, sia alla giustizia nei confronti dell’amministrazione; dall’altro lato, della spiegazione che ne può essere data facendo riferimento all’esistenza di un sostrato comune, segnatamente all’ideale dello Stato di diritto. Può essere di qualche utilità premettere a questa analisi alcuni richiami essenziali alla situazione in cui l’Italia versava all’epoca del discorso di Bergamo e al riordino a tal fine auspicato da Spaventa.

**2. Cittadini e istituzioni dopo l’unificazione: richiami essenziali**

Realizzata, dopo secoli di divisioni, l’unità politica dell’Italia, la sfida che si presentava era immane. Oggi possiamo forse renderci conto, grazie ad alcune stime recenti e accurate, di quanto poco sia cresciuta la ricchezza nell’Italia unita, all’inizio: lo 0,6 per cento all’anno, in media, tra il 1861 e il 1896; l’,1,7 per cento, in media, tra il 1897 e il 1913 ([[4]](#footnote-4)). Ne risulta comprovata la discontinuità positivamente realizzata dall’età giolittiana, pur avversata da alcuni contemporanei, come Gaetano Salvemini.

Possiamo renderci conto, altresì, di quanto lentamente si sia sviluppato il legame tra le istituzioni pubbliche e i loro cittadini per il tramite dei meccanismi rappresentativi. In vista dell’altissimo numero di analfabeti, le azioni volte a estendere e migliorare l’istruzione ebbero un rilievo politico, oltre che sociale. Nel 1877 la legge Coppino disciplinò l’istruzione elementare, prevedendo il conseguimento della licenza dopo il biennio.

Nel 1882, proprio facendo riferimento al requisito culturale, oltre che al censo, la nuova legge elettorale ([[5]](#footnote-5)) determinò l’ampliamento del suffragio, passando dal 2 a poco meno del 7 per cento della popolazione, pari a due milioni di elettori. L’incremento fu “notevolissimo”, secondo alcuni contemporanei ([[6]](#footnote-6)), ma, si è osservato, fu insufficiente ad alterare l’assetto di tipo censitario, donde la qualificazione di quella forma di Stato come “monoclasse” ([[7]](#footnote-7)). Tale qualificazione non è però da tutti condivisa, perché dice ben poco sulla natura del confronto tra i vari gruppi che si contendono il potere e questo difetto è ancor più manifesto in rapporto allo Stato “pluriclasse”, nozione applicata indifferentemente alle democrazie liberali e ai Paesi del socialismo reale. Ma ciò che più conta è che – come lo stesso Salvemini riconobbe diversi anni più tardi - l’esistenza di un sistema di tipo censitario era comune all’Inghilterra, alla Francia e alla Germania ([[8]](#footnote-8)). Ad ogni modo, la riforma elettorale bastò a rendere meno omogenei gli interessi che dal corpo sociale affluivano alla Camera dei deputati, tanto che già dieci anni dopo Vittorio Emanuele Orlando segnalava la modificazione intervenuta nel ruolo del Parlamento, che da custode della finanza tendeva a divenire promotore di nuove spese pubbliche ([[9]](#footnote-9)).

Assumeva crescente importanza, perciò, l’altro asse dei rapporti tra i cittadini e le istituzioni pubbliche, quello amministrativo. Nel 1865, dopo vivaci dibattiti parlamentari, quando furono emanate le leggi di unificazione amministrativa, esse comportarono due principali cambiamenti. Il primo e più noto fu l’abolizione del contenzioso amministrativo, che con varietà di forme esisteva nei vari Stati pre-unitari ([[10]](#footnote-10)), al fine di attribuire al giudice ordinario le controversie concernenti l’amministrazione in cui fosse coinvolto “un diritto civile o politico” (articolo 2) ([[11]](#footnote-11)), pur se furono fatte salve la giurisdizione del Consiglio di Stato in materia di debito pubblico e quella della Corte dei conti in materia di contabilità ([[12]](#footnote-12)). L’altro cambiamento, la cui importanza è stata sottolineata più volte dagli specialisti, fu la previsione, per gli altri “affari”, d’una forma di contraddittorio all’interno delle attività per le quali spettava alle autorità amministrative adottare una decisione (articolo 3).

Vi è dissenso, nei giudizi dei contemporanei e dei posteri sull’intrinseca ragionevolezza di quelle scelte legislative, che da alcuni sono state ritenute ispirate “ai desiderati estremi della scuola liberale”, da altri sono state reputate le uniche coerenti con il principio di eguaglianza ([[13]](#footnote-13)). Vi è, invece, consenso sul mancato conseguimento degli obiettivi che i riformatori si prefiggevano. In un’attività amministrativa in espansione, si moltiplicarono inevitabilmente le occasioni in cui i privati si difendevano da azioni aventi potenzialmente l’effetto di diminuire, al limite di estinguere, le loro situazioni di vantaggio; si moltiplicarono altresì le occasioni in cui era l’amministrazione a conferire situazioni di vantaggio, attribuendole all’uno anziché all’altro. Ma, per vari motivi, la potenzialità del contraddittorio insita nell’articolo 3 della legge abolitiva non si tradusse in atto ([[14]](#footnote-14)) e la tutela fornita dai giudici ordinari a quanti avevano interessi da difendere o proteste da insinuare fu limitatissima, insufficiente ([[15]](#footnote-15)). Infine, gli stessi giudici ordinari, al di là della posizione di formale indipendenza, mostrarono ben poca propensione ad assecondare i ricorsi dei privati contro il potere esecutivo, vuoi per ragioni di tipo sociologico, vuoi per ragioni di tipo ideologico, cioè il convincimento che tra gli interessi dei singoli e quello della collettività fosse quest’ultimo a dover prevalere ([[16]](#footnote-16)).

**3. Silvio Spaventa e la lotta per la “giustizia nell’amministrazione”**

La situazione in cui l’Italia versava quindici anni dopo le leggi di unificazione è descritta da Spaventa con tinte fosche nel celebre discorso pronunciato nell’Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880.

Lo stato in cui l’Italia si trovava era “complesso”, secondo Spaventa, perché aveva più d’una componente. Vi era innanzitutto la difficoltà, comune agli altri Paesi europei che da più tempo si erano dati istituzioni liberali e democratiche, di “rendere possibile l’alternanza dei partiti nella direzione dello Stato, senza che questo corra il rischio di sconfondersi e decadere” ([[17]](#footnote-17)). Il bersaglio polemico di Spaventa non era peraltro il governo parlamentare, di cui anzi era un convinto estimatore (“il solo modo oggi possibile di governo libero”) ([[18]](#footnote-18)), bensì la mancanza di precisi limiti e correttivi agli abusi della Politica, cioè al rischio – per usare la nota espressione di Tocqueville – di una “tirannia della maggioranza”, ben più insidiosa rispetto alla tirannia di un singolo.

Vi era un’ulteriore difficoltà che, se non costituiva una peculiarità dell’Italia, in essa si manifestava diversamente rispetto alle altre nazioni civili: la difficoltà di “mantenere la giustizia nell’amministrazione”, dirigendo cioè l’amministrazione in modo che si esercitassero “i poteri pubblici non già nell’interesse del partito, ma del Paese”, evitando “l’arbitrio contro gli avversari” politici. Quella difficoltà era acuita, esacerbata dal vero problema di fondo, riguardante “tutte le nostre amministrazioni”, ossia l’assenza di “una vera giurisdizione del nostro diritto pubblico”, che minacciava di corrompere la vita civile e sociale ([[19]](#footnote-19)).

Alla radice di questo problema, secondo Spaventa, vi era la scelta politica del 1865, che si era rivelata irrimediabilmente errata. Lungi dal realizzare l’aspirazione dei liberali a una giustizia “civile” nei confronti dello Stato, la legge abolitiva del contenzioso amministrativo aveva comportato una diminuzione delle tutele. Spaventa mosse svariati rilievi riguardo a provvedimenti specifici, emanati dalle autorità centrali e dai prefetti negli anni precedenti. A suo avviso, quei casi attestavano la mancanza del principio fondamentale degli ordinamenti civili: la giustizia nell’amministrazione della *res publica*. La legge, secondo Spaventa, “privò molti interessi di qualsiasi garenzia di giustizia, e lasciò molti diritti senza più giudice in balia dell’amministrazione” ([[20]](#footnote-20)): un giudizio a tinte fosche, dunque, cui seguiva – a guisa di *pars construens* - la proposta d’istituire una giurisdizione amministrativa accanto a quella ordinaria, sicché il profilo della qualità della tutela del cittadino nei confronti dell’amministrazione si intrecciava – finendo per esserne assorbito - con la scelta dell’organo cui attribuire tale tutela ([[21]](#footnote-21)).

**4. Spaventa e la giurisdizione di diritto pubblico**

Diversamente dall’ideologia giuridica imperante nell’Ottocento, che assegnava una posizione di preminenza al diritto privato, per ragioni storiche e per effetto delle codificazioni, Spaventa muoveva dal convincimento che in un’economia di mercato e in una società in rapida evoluzione il diritto pubblico fosse importante più che mai, soprattutto in Italia.

Il convincimento dell’importanza crescente del diritto pubblico, segnatamente del diritto amministrativo, non era isolato. Già alla metà del secolo, nel presentare all’Accademia delle scienze sociali il trattato scritto da Macarel sul diritto amministrativo, Alexis de Tocqueville aveva sottolineato che proprio quella branca della normazione positiva assumeva crescente rilievo per la società. Nel diritto amministrativo si manifestava, cioè, un diverso spirito pubblico, che richiedeva un assai più ampio intervento dello Stato nella società e nell’economia ([[22]](#footnote-22)). Quella visione era in contrasto con l’assunto – allora condiviso dai più, nel ceto intellettuale e in quello politico – che il mercato in *laissez faire* sia in grado di attingere risultati ottimali. Un’economia di mercato, inoltre, richiedeva garanzie contro l’incertezza, segnatamente contro l’incertezza derivante dalle oscillazioni dei pubblici amministratori, se non dal loro arbitrio.

Secondo Spaventa, lo sviluppo del diritto pubblico era particolarmente importante in Italia proprio perché, da un lato, la normazione amministrativa lasciava margini troppo ampi ai politici e ai funzionari pubblici e, dall’altro, non vi erano adeguate garanzie di tipo giurisdizionale. Occorreva far sì che, come il diritto privato, così il diritto pubblico disponesse di un adeguato complesso di garanzie giuridiche), e così assicurare che il governo parlamentare fosse “conciliabile colla giustizia, colla eguale misura, colla imparzialità dell’amministrazione, con quella equità che *in iisdem causis paria iuria desiderat*” ([[23]](#footnote-23)).

Negli altri Paesi dell’Europa, quelle garanzie erano – secondo Spaventa – di due tipi ([[24]](#footnote-24)). Vi era, innanzitutto, il modello cui si erano ispirati i sostenitori dell’abolizione del contenzioso amministrativo, ossia il modello inglese, quale era stato recepito dal Belgio nel 1831, cioè l’attribuzione di tutte (o quasi) le controversie a giudici muniti di precise forme d’indipendenza dal potere esecutivo. Pochi anni prima del discorso di Bergamo, nell’Inghilterra vittoriana il costituzionalista Albert Venn Dicey aveva affermato – con la sicurezza che si mostra quando si afferma un fatto notorio o si ribadisce un dogma ([[25]](#footnote-25)) - che quel modello era l’unico pienamente coerente con la *Rule of Law*, sicché i tribunali amministrativi che si erano affermati in Francia e in altri Paesi europei tendevano, in misura maggiore o minore, al dispotismo ([[26]](#footnote-26)).

L’altro modello, che si era affermato nell’area culturale austro-tedesca a partire dal 1863, era imperniato sul mantenimento del sindacato giurisdizionale del giudice ordinario per le controversie di diritto privato e sulla parallela istituzione di tribunali amministrativi per le controversie di diritto pubblico. Tribunali siffatti vennero istituiti nel Baden (1863), nell’Assia e in Prussia (1875), nel Württemberg (1877) e in Baviera (1878), oltre che in Austria (1875). Era evidentemente a questo modello che Spaventa faceva riferimento, propugnandone l’adozione in Italia ([[27]](#footnote-27)).

L’osservatore esterno non può esimersi dal constatare la singolare assenza di riferimenti all’esperienza giuridica francese, sebbene sia stata la prima ad aver optato per una netta distinzione tra le dispute di diritto pubblico e quelle di diritto privato ([[28]](#footnote-28)) e, quindi, ad aver influito sull’evoluzione degli altri ordinamenti dell’Europa continentale ([[29]](#footnote-29)). Purtuttavia, non soltanto dalla letteratura con ambizioni teoriche attorno alla tutela giurisdizionale, ma anche dai contributi dei pratici emerge una diffusa consapevolezza quantomeno della non irrilevanza del diritto francese ai fini del riordino realizzato con la legge 1° aprile 1899, n. 5992. Come in Francia, così in Italia, anziché istituire un’autonoma corte, la funzione di risoluzione delle controversie tra i cittadini e le pubbliche amministrazioni è stata attribuita a un’istituzione strettamente collegata con il potere esecutivo, pur se in posizione di autonomia, e dotata anche di funzioni di tipo consultivo. Si è impiegata l’espressione “risoluzione delle controversie” perché la legge del 1889 costituì una “sezione del Consiglio di Stato per la giustizia amministrativa” (articolo 1), senza attribuirle natura giurisdizionale, sicché i dubbi avanzati nelle sedi istituzionali e in quelle scientifiche furono rimossi più tardi, dalla legge del 1907 ([[30]](#footnote-30)).

Vi è un’altra analogia, da non trascurare. Nell’ordinamento francese, assieme al rispetto della legge e della competenza, aveva grande importanza il contenzioso riguardante l’*excès de pouvoir*. Non previsto da alcuna disposizione legislativa, questo tipo di ricorso è stato elaborato, sviluppato, sistematizzato dal *Conseil d’État*, che lo ha più tardi elevato a principio generale del diritto ([[31]](#footnote-31)). Vi è probabilmente più di una semplice assonanza tra questo tipo di sindacato e quello previsto dall’articolo 3 della legge del 1889, sull’eccesso di potere, il cui significato non era del tutto chiaro inizialmente ([[32]](#footnote-32)). Tuttavia, è da respingere la tesi dell’imitazione pedissequa del modello francese: quanto all’assetto istituzionale, per via del diverso tipo di riparto della giurisdizione instaurato tra il giudice delle controversie di diritto privato e il giudice delle controversie di diritto pubblico ([[33]](#footnote-33)), e, soprattutto, quanto agli orientamenti della giurisprudenza, perché il sindacato sull’eccesso di potere si è sviluppato lungo percorsi diversi rispetto alla giurisprudenza del *Conseil d’Etat*. Ha ripreso e sviluppato i criteri elaborati dallo stesso Consiglio di Stato in sede di decisione sui ricorsi straordinari al Re ([[34]](#footnote-34)). Quanto appena osservato conferma l’esattezza dell’obiezione mossa tempo addietro da Mario Nigro alla tesi secondo cui la classe dirigente italiana si è limitata a mutuare soluzioni proprie di altri Paesi ([[35]](#footnote-35)). Ma, dicendo ciò, il discorso si sposta dalla cornice legislativa alla giurisprudenza, e ciò richiede alcuni chiarimenti preliminari sulla ricerca comparata intrapresa.

**5. Le controversie di diritto pubblico: un’analisi empirica (1890-1910)**

Alla base delle verifiche da compiere, vi sono due basilari punti di metodo, che è bene precisare. Il primo è che, per quanto l’analisi empirica costituisca il presupposto indispensabile per il lavoro scientifico, affinché esso “sia portato a compimento non è sufficiente procedere alla pura raccolta dei fatti” ([[36]](#footnote-36)): è indispensabile che i materiali riguardanti l’ordine degli eventi reali – nel nostro caso, degli eventi rilevanti per il diritto – siano ordinati e sistematizzati e ciò presuppone non soltanto una serie di generalizzazioni, ma anche l’utilizzo di un insieme di concetti e categorie teoriche. Il secondo punto di metodo concerne questi ultimi. Ai fini di un’adeguata comprensione delle istituzioni giuridiche, occorre guardarsi da una concezione astorica del diritto, che annette soverchio rilievo alle soluzioni ritenute preferibili perché conformi a un ceppo di teoria. Un’implicazione di questo univoco modello teorico è che un determinato assetto delle istituzioni giuridiche (si tratti del giudice unico o del giudice amministrativo) sia da preferire agli altri, indipendentemente dalle condizioni iniziali, dalla cultura giuridica espressa da ciascun Paese, dal suo grado di sviluppo civile. Il permanere d’importanti differenze nel disegno complessivo del sistema delle tutele, all’interno delle due componenti della tradizione giuridica occidentale, mette in dubbio la validità di questo modello teorico. Soltanto il confronto tra le istituzioni di cui vari Paesi si sono dotati consente di cogliere appieno i loro tratti comuni e distintivi, forse anche di comprendere la diversità del loro spirito pubblico, la diversa qualità del loro sviluppo economico. Quella che ci si propone di svolgere, quindi, è una ricerca comparata e insieme storica, secondo l’insegnamento di Gorla ([[37]](#footnote-37)), una ricerca in cui le ipotesi di partenza siano empiricamente testate, sul presupposto che ciò possa fornire una cospicua dose di valore esplicativo rispetto alle trattazioni incentrate sui rapporti tra gli studiosi, spesso limitate soltanto agli studiosi sommi, o ritenuti tali.

Premesse queste precisazioni in punto di metodo, vanno meglio definite l‘ipotesi di lavoro, l’area dell’indagine e la metodologia. L’ipotesi di lavoro è, in estrema sintesi, che sia particolarmente importante studiare il periodo iniziale delle giurisdizioni amministrative in Italia e in altri Paesi dell’Europa continentale (Francia, Austria e Germania) e confrontarle con le giurisdizioni uniche operanti in Inghilterra e in Belgio, in rapporto a un periodo di tempo sufficientemente ampio per poter individuare cambiamenti significativi, cioè il ventennio a cavallo tra Otto e Novecento. Per ciascun ordinamento, si tratta di verificare se sia emersa, gradualmente o per editto del legislatore, una nozione di controversia di diritto pubblico, concernente non semplicemente lo svolgimento di attività da parte d’una pubblica amministrazione, bensì l’esercizio di potestà (*puissance publique*, *Herrschaft*) ([[38]](#footnote-38)). Un’adeguata indagine empirica va, altresì, estesa all’intera produzione giurisprudenziale nel periodo considerato (1890-1910), in modo da acquisire dati di ordine quantitativo, i quali – oltre una certa soglia – assumono un certo rilievo qualitativo, e dati concernenti più propriamente la qualità del sindacato giurisdizionale, in rapporto alla natura degli interessi ritenuti idonei a dar luogo a una controversia, ai parametri di giudizio utilizzati per verificare la validità delle attività poste in essere e degli atti compiuti dalle amministrazioni, ai rimedi utilizzati dai giudici in caso di esito negativo del giudizio.

Rispetto a questa impostazione “generale” dell’indagine empirica, ai fini che qui interessano, appare utile effettuare dei “sondaggi”, in rapporto ad alcuni aspetti che appaiono particolarmente significativi in rapporto ai due temi centrali dell’approccio di Spaventa: il ruolo della giurisdizione come garante del diritto e della giustizia e la sua influenza sull’esercizio del potere da parte del potere esecutivo. Detto in termini diversi e probabilmente più chiari, si tratta di esaminare, da un lato, la giustizia nei confronti dell’amministrazione e, dall’altro, la giustizia nell’amministrazione, con l’avvertenza che tra i due ordini di questioni non vi è separazione, ma al più distinzione.

**6. La giustizia verso l’amministrazione**

Nel discorso di Bergamo, Spaventa aveva preso le mosse dalla difficoltà con cui, nella realtà effettuale, si confrontavano quanti intendevano esperire i rimedi giurisdizionali previsti dall’ordinamento, dinanzi ai giudici ordinari o ad organi tutt’altro che scevri da scriminanti di tipo politico, perché presieduti dai ministri: nel primo caso relativamente alla possibilità di configurare la lesione di un diritto civile o politico, nell’altro alla disponibilità del decisore ad attivare un qualsivoglia procedimento giuridico.

In un altro discorso, preparato per l’inaugurazione della IV sezione del Consiglio di Stato ([[39]](#footnote-39)), Spaventa ripercorse la scelta effettuata nel 1865, consistente nel deferire ai tribunali ordinari le controversie relative agli atti del potere esecutivo, in cui di facesse questione di un diritto civile o politico. Ne sottolineò la conseguenza negativa, ossia l’abbandonare “all’amministrazione pura la decisione di tutti i reclami, nei quali si tratti di offesa a semplici interessi…; lasciando quindi arbitro supremo il potere ministeriale”. S’interrogò sulla ragion d’essere della distinzione tra diritto e interesse “vera in sé, ma forse poco adatta a servire di base alla separazione della giurisdizione dall’amministrazione”. Ribadì il proprio fermo convincimento che la giurisdizione amministrativa serviva ad assicurare, innanzitutto, il rispetto della legge (“non si tratta di definire controversie nascenti dalla collisione di diritti individuali e omogenei, ma di conoscere solamente se il diritto obbiettivo sia stato osservato”). Pure, lo temperò constatando che, storicamente, per porre rimedio agli errori e agli abusi dell’amministrazione, era sempre stato adoperato un mezzo: il “ricorso degli individui offesi nei loro interessi da un atto dell’autorità pubblica alle autorità superiori la cui vigilanza eccitata così dall’interesse individuale, ha potuto riuscire più provvida ed efficace”. Ricondusse, quindi, l’attività della nuova magistratura, creata “nella sfera più alta dell’amministrazione”, all’antico *jus inspectionis*, proprio di ogni governo, ma distinse “l’antico modo d’ispezione, detto puramente amministrativo”, da quello configurato dalla legge del 1889.

La legge istituì la IV Sezione del Consiglio di Stato “per la giustizia amministrativa”, seguendo l’impostazione prospettata da Spaventa e recepita dal Governo Crispi ([[40]](#footnote-40)). Attribuì alla nuova Sezione il compito di giudicare sui “ricorsi contro atti e provvedimenti di un’autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un *interesse* d’individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell’autorità giudiziaria” (articolo 3). La tutela nei confronti degli atti amministrativi fu quindi imperniata sul concetto d’interesse, che era peraltro da precisare.

Sotto la presidenza di Spaventa, la IV Sezione si preoccupò subito di respingere le interpretazioni restrittive prospettate dall’avvocatura erariale. Un esempio illuminante è fornito dalla decisione adottata il 12 agosto 1891 sul ricorso presentato dal Comune di Arpino contro la decisione prefettizia di nominare come custode carcerario una persona diversa da quella scelta dall’amministrazione comunale. La sezione ritenne ammissibile il ricorso del Comune. Scartò la tesi che il decreto prefettizio costituisse un atto di ordine politico, sottratto al proprio sindacato e annullò il decreto. Ciò che presenta maggiore rilievo è l’intavolazione del concetto d’interesse. Questo, secondo la sezione, non poteva “essere arbitrariamente ristretto soltanto agli interessi materiali e patrimoniali degli individui, potendo per quel chiaro testo di legge [l’articolo 24 della legge organica sul Consiglio di Stato] essere obbietto di ricorso a questa Sezione gli atti legittimi dell’autorità amministrativa che ledano interessi non solo d’individui, ma anche di enti morali giuridici, e dovendo nell’ampio concetto dell’interesse comprendersi ogni interesse, quali che siano i vantaggi, le facoltà, i poteri e le funzioni cui esso si riferisce o che spettino a tali enti nella loro qualità di persona civile, o che spettino ad essi essenzialmente nella loro qualità di persona pubblica, cioè di organismi rivestiti di pubblica autorità. E senza dubbio principalissimi tra siffatti enti sono i Comuni”.

L’aver riportato per intero questa parte della motivazione torna utile per due motivi: per sottolineare la disponibilità del Consiglio di Stato a realizzare l’obiettivo principale della legge del 1889, cioè dare tutela a ogni tipo d’interesse, pur nel quadro d’una giurisdizione obiettiva, ben diversa rispetto a quella ordinaria ([[41]](#footnote-41)); per segnalare, con riferimento ai comuni, che questi erano ritenuti “rappresentanti di un ordine importante di diritti pubblici, quali sono quelli derivanti dai rapporti della vita locale” ([[42]](#footnote-42)), in cui s’intravede la consapevolezza della potenziale ampiezza del concetto d’interesse ([[43]](#footnote-43)), malgrado il limite derivante dall’attribuzione al giudice ordinario delle controversie concernenti i diritti civili e politici.

Nel medesimo periodo, il concetto d’interesse era inteso in senso ampliativo nella giurisprudenza delle altre nazioni europee. In quella francese, dopo il fondamentale mutamento costituzionale del 1872, con il passaggio alla *justice déléguée*, l’ampliamento del concetto d’interesse si manifestò soprattutto nel contenzioso relativo al pubblico impiego ([[44]](#footnote-44)). Il *Conseil d'État* giudicò ammissibili le impugnative presentate dai funzionari pubblici contro i provvedimenti dei propri colleghi, segnatamente ai fini della progressione in carriera ([[45]](#footnote-45)). Dal canto suo, il *Tribunal des conflits* mutò orientamento in un contenzioso assai delicato, ossia quello concernente le decisioni di polizia amministrativa sfavorevoli agli oppositori del governo, le quali non furono più considerate atti politici, immuni al sindacato ([[46]](#footnote-46)).

Il sistema delle tutele aveva un impianto ben diverso in Austria, dove la legge del 22 ottobre 1875 (entrata in vigore l’anno successivo) aveva creato il *Verwaltungsgerichtshof*, configurandolo come giudice di ultima istanza e dotato di un potere di tipo cassatorio, nel senso che poteva soltanto annullare gli atti per motivi di legittimità, senza valutare gli elementi di fatto. Un importante tratto distintivo della giurisdizione amministrativa austriaca consisteva nella delimitazione del suo ambito con riferimento ai diritti: la Corte aveva, cioè, il potere di “decidere in tutti i casi in cui qualcuno afferma che i suoi diritti sono stati violati da una decisione illegittima di un’autorità amministrativa” ([[47]](#footnote-47)). Nel novero di quei diritti vennero ricompresi sia quelli messi in primo piano dalle costituzioni e dai codici ottocenteschi, ossia la proprietà privata (segnatamente nei confronti dell’espropriazione) e l’iniziativa economica privata. Ma si ammisero anche le impugnative di quanti avevano un interesse da tutelare in ordine all’assegnazione delle concessioni per l’esercizio di farmacie, rilasciate senza il previo espletamento d’una procedura pubblica ([[48]](#footnote-48)), aspetto su cui si tornerà più oltre.

In Germania, data la struttura federale, vi erano più corti superiori, ciò che, per un verso, rende meno agevole il reperimento e l’analisi della giurisprudenza e, per un altro verso, rende ragione dell’esistenza di orientamenti in parte diversi. Tuttavia, pur nel riconoscimento d’una serie di differenze, dovute alla storia e alla cultura, emergono alcuni tratti ricorrenti, che secondo Otto Mayer davano luogo a una vera e propria tendenza comune ([[49]](#footnote-49)): l’opinione che le corti ordinarie e le norme di procedura civile non fossero appropriate per tutelare una serie d’interessi protetti dall’ordinamento, configurati come diritti soggettivi; l’istituzione di corti amministrative, per le controversie riguardanti l’esercizio delle potestà pubbliche ([[50]](#footnote-50)); l’emergere d’una concezione del pubblico interesse che poteva ostare, soprattutto per i provvedimenti a più alto tasso di discrezionalità, al sindacato giurisdizionale ([[51]](#footnote-51)). Pur nel quadro d’una siffatta concezione, i giudici amministrativi riconobbero l’interesse ad agire dei proprietari dei fondi confinanti con quello per il quale l’amministrazione aveva rilasciato un permesso di ampliare una costruzione esistente, benché all’interesse processuale non corrispondesse un interesse sostanziale alla limitazione dell’incidenza della costruzione sull’aria e sulla visibilità ([[52]](#footnote-52)); riconobbero, altresì, il diritto dei terzi a contestare la violazione delle norme che fissavano le distanze minime tra gli edifici ([[53]](#footnote-53)). I giudici riconobbero l’interesse a ricorrere anche laddove finirono per negare l’esistenza di un vero e proprio diritto, per esempio a tenere conto degli interessi dei residenti ai fini della regolazione dell’uso d’una via cittadina ([[54]](#footnote-54)).

Ben diverso, per le ragioni esposte in precedenza, era l’assetto delle tutele in Inghilterra: perché questo era incentrato sulla giurisdizione ordinaria e perché, sul piano processuale, le tutele erano connesse con una serie di azioni (in particolare, il *certiorari* e il *mandamus*), la cui complessità divenne oggetto delle critiche di Jeremy Bentham e di molti altri nella seconda metà dell’Ottocento, in rapporto all’emergere di nuovi interessi, per via delle mutate condizioni sociali ed economiche. Le corti, inizialmente ferme nel loro rifiuto di concedere il *certiorari* ove gli interessati non fossero in grado di dimostrare l’esistenza d’una situazione giuridica ben differenziata rispetto “al resto del pubblico” ([[55]](#footnote-55)), successivamente mostrarono un orientamento più “liberale” ([[56]](#footnote-56)). Un caso istruttivo riguardò il riconoscimento del *locus standi* e la consequente concessione del *certiorari* a ricorrenti che erano “soltanto rivali in commercio” rispetto alla persona cui era stata rilasciata una concessione per l’esercizio di una birreria ([[57]](#footnote-57)).

Si possono constatare due tendenze almeno in parte comuni. La prima è più specifica, riguardando l’interpretazione estensiva, più liberale, attribuita alle clausole determinative dell’interesse a ricorrere ([[58]](#footnote-58)). La seconda è la ragion d’essere di questo orientamento, cioè lo sforzo compiuto dalla cultura giuridica per prendere atto della mutazione profonda che la società, oltre che l’economia, aveva sperimento nel volgere di pochissimi decenni: dalla tradizionale società di ceti a una società più mobile e frammentata, per la quale i codici lasciano ampio spazio all’autonomia privata; da economia di comando, con regimi protezionistici, a economia di mercato, con un progressivo ampliamento degli scambi tra i mercati nazionali.

**7. La giustizia nell’amministrazione**

Si è fatto riferimento poc’anzi all’esistenza d’una tradizione giuridica comune, al di là della distinzione in “famiglie” utilizzata dai comparatisti soprattutto nell’ambito del diritto privato. Quella chiave di lettura va ora ripresa e sviluppata nell’ambito del diritto pubblico, per quanto concerne le garanzie spettanti alle persone fisiche e giuridiche all’interno delle forme di svolgimento dell’azione amministrativa. Se ci si limitasse all’analisi della legislazione, si potrebbe facilmente redigere un catalogo di differenze: diversamente dalla legge austriaca del 1875, che richiedeva alla Corte imperiale di sanzionare la violazione delle forme essenziali, le norme francesi e italiane non contenevano alcun riferimento di questo tipo. Non lo si trovava neppure nell’ordinamento inglese, modellato dal *common law*. Tuttavia, se dalla legislazione si passa alla giurisprudenza, ci si accorge dell’emergere di significativi tratti comuni.

Nell’ordinamento inglese, l’elaborazione giurisprudenziale della giustizia procedurale risale all’epoca dei Tudor. In quell’epoca vennero definiti due basilari canoni della *natural justice*: la regola contro il *bias*, ossia *nemo judex in causa sua*, e l’obbligo di dare a qualsiasi soggetto portatore d’interessi riconosciuti dall’ordinamento la possibilità di essere ascoltato prima che una decisione sfavorevole sia presa nei suoi confronti, ossia *audi alteram partem*. Non è privo di significato che, quando il *Chief Justice* Cook enunciò quest’obbligo nella controversia riguardante il licenziamento – *inaudita altera parte* - di un funzionario pubblico, ne indicò il fondamento nella *Magna Charta* (1215) e in canoni culturali condivisi nella tradizione occidentale, di cui rinvenne un’eloquente traccia nella *Medea* di Seneca ([[59]](#footnote-59)). Nell’Ottocento, i giudici inglesi serbavano memoria di quei canoni di *natural justice*. All’inizio del periodo considerato, in più di un caso la Corte di appello fece riferimento alla regola *audi alteram partem*, considerata un “*elementary principle of justice*” ([[60]](#footnote-60)). La applicò in un caso concernente l’ordine di demolizione di un edificio per asserite ragioni di sanità pubblica ([[61]](#footnote-61)), in un caso concernente il licenziamento del membro di un organo consultivo, senza che questi fosse informato degli addebiti e gli fosse consentito esporre le proprie ragioni ([[62]](#footnote-62)), in un’altra pronuncia del 1910, particolarmente significativa per l’affermazione di Lord Loreburn che l’obbligo di agire in buona fede e di ascoltare ogni parte costituisce “un obbligo che incombe su chiunque decida qualsiasi cosa” ([[63]](#footnote-63)). Il nitore del principio di diritto applicato dal giudice non è incrinato dall’appannamento della sua rilevanza nella giurisprudenza successiva, nel mezzo secolo trascorso fino alla fondamentale decisione della *House of Lords* in *Ridge v. Baldwin,* cui viene ricollegato il ritorno in auge della *natural justice* ([[64]](#footnote-64)).

L’idea – coltivata dal costituzionalista vittoriano Albert Venn Dicey - d’un profondo divario, anzi d’una vera e propria contrapposizione tra l’ordinamento inglese e quello francese alla fine dell’Ottocento mostra tutti i suoi limiti sul piano della descrizione dell’ordine degli eventi reali, non appena si consideri la giurisprudenza pretoria del *Conseil d’Etat* ([[65]](#footnote-65)). All’interno del sindacato sull’*excès de pouvoir*, esso distinse due tipi di argomenti, a seconda che concernessero la legalità esterna o estrinseca del provvedimento amministrativo impugnato o la sua legalità interna. Sotto il primo profilo, il ricorrente poteva invocare l’incompetenza o il vizio di forma o di procedura, che assume particolare rilievo ai fini che qui interessano. Sotto il profilo della legalità interna, potevano essere eccepiti la violazione di legge o lo sviamento di potere, nel senso che la potestà attribuita dalla legge all’amministrazione non era da essa esercitata in vista del fine od obiettivo canonizzato dalla norma primaria, ma di un altro. Una variante di questo motivo di ricorso consisteva nello sviamento della procedura, nel caso dell’utilizzo d’un procedimento non previsto dall’ordinamento ai fini dell’emanazione del provvedimento impugnato ([[66]](#footnote-66)). Dunque, pur in una cornice giuridica imperniata sull’atto finale ([[67]](#footnote-67)), il procedimento iniziava ad assumere rilievo. Ne aveva soprattutto in rapporto al vizio formale o procedurale. È in questo ambito che la giurisprudenza annetteva rilevanza giuridica alla circostanza che una formalità d’una certa importanza non fosse rispettata o una determinata procedura non fosse seguita, senza con ciò conformare il successivo esercizio del potere ([[68]](#footnote-68)). In questo modo, il *Conseil d’Etat* ha realizzato un equilibrio tra l’esigenza di far prevalere la giustizia sull’arbitrio e la necessità di far prevalere l’interesse di tutti sull’intero di un singolo o di alcuni ([[69]](#footnote-69)).

Altre esperienze giuridiche, altre culture, segnatamente in Austria e in Germania, avevano da meno tempo ma con maggiore consapevolezza preso atto dell’importanza rivestita dal rispetto delle regole procedurali, in vista del perseguimento dell’interesse collettivo e della protezione degli interessi individuali ([[70]](#footnote-70)). Questa maggiore consapevolezza – al di là del contenuto stesso delle soluzioni di volta in volta escogitate – ha dato a quelle culture giuridiche un vantaggio rispetto alla cultura giuridica francese, che resta da colmare, pur se in essa è stata recentemente emanata una legge sui rapporti tra i cittadini e le pubbliche amministrazioni, che può considerarsi ben più avanzata rispetto alla normazione precedente ([[71]](#footnote-71)).

In Austria, già prima del 1890 la Corte imperiale si era impegnata nella costruzione di principi giuridici riconducibili alle “forme essenziali”. Ne fece applicazione in un caso celebre, riguardante la conversione della natura d’una strada, da privata a demaniale, affermando che il diritto (dei proprietari) di essere sentiti apparteneva alla “natura delle cose” (“*die Natur der Sache*“), sicché la sua violazione comportava l’invalidità dell’atto impugnato ([[72]](#footnote-72)). Ribadì tale concezione un decennio più tardi, precisando che l’audizione dell’interessato si configura come doverosa nell’ottica che – con il trasporto di un concetto ben noto nel diritto pubblico italiano – si direbbe del buon andamento, ossia allo scopo di acquisire e soppesare tutti i fatti rilevanti ai fini della decisione ([[73]](#footnote-73)).

In Germania, in una società sempre più orientata verso il capitalismo, sempre più bisognosa di sicurezza e quindi di garanzie nei confronti dell’arbitrio dei pubblici poteri, pur facendosi riferimento a un diverso ordine d’idee, il diritto amministrativo assunse una crescente importanza grazie alle forme, oltre che ai principi generali. L’importanza delle forme si manifestò in un modo assai simile. Nel 1903, in Baviera l’Alta Corte Amministrativa giunse alla conclusione che un atto amministrativo lesivo dei diritti di un cittadino, in assenza d’una possibilità di essere ascoltato, doveva essere annullato. Questa decisione giudiziaria è tanto più interessante in quanto la Corte rinvenne in ciò un errore procedurale essenziale pur se il ricorrente non l’aveva eccepito ([[74]](#footnote-74)). Ciò costituisce una riprova della dialettica tra la concezione oggettiva della giustizia e quella soggettiva, che si è manifestata anche nella sentenza dell’Alta Corte Amministrativa della Sassonia riguardante la modificazione di un atto amministrativo favorevole ([[75]](#footnote-75)). È in questo periodo che si è consolidato, per dirla con Ernst Forsthoff, “il grande significato che spetta a un processo regolare, all’*audiatur et altera pars*” ([[76]](#footnote-76)), pur se Otto Mayer non riteneva che esso assurgesse al rango di principio generale ([[77]](#footnote-77)).

L’ordinamento italiano si è in parte conformato a questi criteri. Per un verso, come è stato puntualmente osservato da un ampio filone di studi sulla scia di Benvenuti e di Nigro, la potenzialità insita nell’articolo 3 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo relativamente alla dialettica tra autorità e libertà all’interno del procedimento non è stata colta, è rimasta tale. Per un altro verso, però, nella giurisprudenza della IV Sezione vi è stata consapevolezza che l’assenza dei requisiti minimi della giustizia procedurale è inaccettabile. Può considerarsi esemplare di questa consapevolezza la motivazione della decisione assunta nel caso *Chiantera* (1895) ([[78]](#footnote-78)). La controversia era originata dal licenziamento d’un dipendente pubblico, più esattamente un segretario comunale, disposto per motivi di demerito (mancanza di adeguati archivi, irregolare compilazione delle tasse, “partigianeria per la caduta amministrazione”), senza comunicazione degli addebiti, né audizione dell’accusato. La parte pubblica eccepì che <<nessun precetto obbligava l’amministrazione all’osservanza delle regole relative ai procedimenti penali>>. Ma il Consiglio di Stato respinse questa linea di difesa. Affermò che <<è principio di eterna giustizia, informato al sacro diritto della difesa di non potersi infliggere una pena senza sentire l’accusato>> ([[79]](#footnote-79)). Ne trasse la conclusione che l’aver trasgredito il diritto dell’interessato <<ad essere inteso e a difendersi>> ne inficiava irrimediabilmente il licenziamento, dando luogo a una <<nullità sostanziale>>.

Dunque, le concrete, storiche manifestazioni della giustizia nell’amministrazione assumono rilevanza e articolazioni diverse in relazione allo stadio di sviluppo di ciascun diritto amministrativo. Purtuttavia, un insieme di criteri comuni – la base di un diritto comune europeo ([[80]](#footnote-80)) - emerge con sufficiente chiarezza. È quindi possibile configurare un legame tra diritto (amministrativo) e giustizia nel solco di teorie precedenti all’instaurazione dei regimi parlamentari: le teorie del diritto naturale; l’equità, cui non esitarono a fare riferimento sia Spaventa, sia gli studiosi di altri Paesi europei ([[81]](#footnote-81)); l’ideale della buona amministrazione, soprattutto nell’ambiente culturale austriaco e tedesco, più direttamente influenzato dalle scienze camerali.

**8. Un diritto pubblico comune**

L’analisi empirica ha mostrato, pur nella diversità dei vari assetti istituzionali, l’impegno profuso dai giudici incaricati di risolvere controversie di diritto pubblico nella ricerca di soluzioni non contingenti, all’interno di una cornice giuridica non limitata alle regole, bensì contraddistinta dalla presenza di principi generali “del” diritto amministrativo, se non “di” diritto *tout court* ([[82]](#footnote-82)). L’indagine analitica delle cause profonde di questi tratti comuni, al di là dei numerosi tratti distintivi, e la stessa consapevolezza del suo rilievo sono state, forse soprattutto dopo il 1919, carenti.

Possono prospettarsi – con riserva di ulteriori verifiche - tre ipotesi, non poste in alternativa. La prima è che vi sia stato un difetto, più che di analisi, di tipo sistematico nelle ricostruzioni dei giuristi nel periodo in cui la filosofia di Hegel ebbe maggiore influenza, un difetto che non si riscontra nel pensiero di Spaventa. La seconda, tanto banale quanto doverosa, riprende e sviluppa l’intuizione di Mario Nigro circa la fecondità dell’idea di Stato di diritto, oltre che nel pensiero di Spaventa, nella riflessione giuridica tra Otto e Novecento. La terza ipotesi si spinge oltre l’ambito propriamente giuridico, lambendo quello filosofico.

Il richiamo all’influenza di Hegel non deve essere inteso come volto a rinfocolare il dibattito sull’hegelismo di Spaventa. Si tratta, piuttosto, di rendere ragione del diverso modo d’impostare l’analisi del diritto pubblico in Europa. La filosofia del diritto hegeliana si fondava su un duplice assunto: che il concetto di Stato (*die Idee der Staats*) dovesse essere determinato in astratto e che ogni Stato avesse la propria Costituzione (*Verfassung*), la cui realtà era determinate dal *Volksgeist* ([[83]](#footnote-83)). Coerentemente con questa impostazione, Hegel asserì che vi è una fondamentale distinzione, un vero e proprio divario, tra il diritto pubblico interno allo Stato (*inneres Staatsrecht*), a ciascuno Stato, e il diritto pubblico esterno (*ausserer Staatsrecht*) ([[84]](#footnote-84)).

Nei due scritti di Spaventa qui considerati, non vi sono richiami al pensiero di Hegel. D’altronde, la differenza non avrebbe potuto essere maggiore, anzitutto sul piano del metodo. Spaventa prese le mosse dalla storia e dalla comparazione giuridica, cercando non la teoria, ma le casi per la soluzione dei problemi del suo tempo. Si rivolse alla storia per scoprire se, al di là dei tratti distintivi indotti dalla tradizione d’ogni Paese, gli istituti giuridici volti alla tutela dei cittadini ubbidissero alla spinta di un principio di fondo. Quel principio, come si dirà meglio tra breve, era lo Stato di diritto. Spaventa si rivolse altresì alla comparazione cercando elementi per disegnare interventi di riordino efficaci. È alla luce del confronto con le altre nazioni civili dell’Europa continentale, con l’eccezione del Belgio che si era ispirato, che trovò sia la conferma sia dei limiti che impedivano l’affermarsi della giustizia nell’amministrazione, sia alcune indicazioni per un’azione rivolta ai reggitori dello Stato affinché rimuovessero quei limiti, colmando il solco che ci separava dalle altre nazioni civili.

**9. Uno Stato di diritto**

Nella riflessione dei giuristi, evitando sia l’appiattimento su una sola teoria, sia gli eclettismi, possono rinvenirsi categorie alle quali si sono ispirati gli assetti istituzionali, oltre alle ideologie dei professori, degli avvocati e dei giudici. Ai fini che qui interessano, presenta importanza soprattutto una categoria, variamente declinata nelle due componenti della tradizione giuridica occidentale ([[85]](#footnote-85)), ossia come Stato di diritto o *Rechtsstaat* e come *Rule of Law*.

A questo riguardo, soprattutto in passato ha riscosso consensi una linea di pensiero che non si limita a distinguere i due concetti, ma li contrappone, a mò di antitesi, sottolineando che il concetto di *Rechtsstaat* implica una autolimitazione del potere da parte di chi ne è titolare, mentre la *Rule of Law* annette al diritto una valenza costitutiva oltre che limitativa del potere. Come sempre, la trattazione per antitesi consente di evidenziare efficacemente ciò che distingue un concetto rispetto all’altro. Tuttavia, l’antitesi ha sovente una componente prescrittiva, più che descrittiva, per esempio nel contrasto tra democrazia e dittatura. Inoltre, spesso non consente di cogliere le varianti all’interno di un concetto, che nel nostro caso assumono una precisa importanza. Come all’interno degli studi riguardanti la *Rule of Law*, la valenza limitativa del diritto rispetto al potere è intesa da alcuni in senso formale e procedurale, da altri in senso sostanziale ([[86]](#footnote-86)), così nella letteratura sul *Rechtsstaat* vi è chi ne sottolinea la connessione con le dottrine tedesche della supremazia regia ([[87]](#footnote-87)) e chi – invece – afferma l’esistenza di un patrimonio costituzionale comune ([[88]](#footnote-88)).

Planando dall’astrattezza dei teorici alla concretezza di Spaventa, le obiezioni che egli mosse alla legge abolitiva del contenzioso amministrativo hanno alimentato i dubbi sulla matrice garantista delle soluzioni prospettate dallo statista abruzzese. Può certamente dirsi che egli sia stato animato dal convincimento che nella teoria avversaria dominasse una componente astratta, dogmatica, non pienamente consapevole delle caratteristiche peculiari che l’Italia presentava rispetto al modello della giurisdizione unica di cui l’Inghilterra costituiva l’archetipo. Per svelare quei limiti, per promuoverne il superamento non esitò – si è visto – a usare toni forti. Nel fuoco della polemica culturale e politica, può aver prestato il fianco al rilievo di aderire a un’impostazione che, mentre si preoccupava di promuovere l’istituzione di una giurisdizione per le controversie di diritto pubblico, lasciava in secondo piano il tema dell’indipendenza di quella giurisdizione rispetto al potere esecutivo e con esso l’eguaglianza giuridica ([[89]](#footnote-89)).

Tuttavia, la valenza liberale dei richiami allo Stato di diritto nel pensiero di Spaventa diviene evidente, non appena si consideri il discorso di Bergamo tanto nella *pars destruens*, quanto nella *pars construens*. Il punto da cui Spaventa moveva non era che senza lo Stato, senza la percezione del ruolo che esso esercita ai fini dell’effettività del diritto, non vi era diritto, bensì che anche lo Stato era – doveva essere - assoggettato al diritto, in un duplice senso. Da una parte, la legge doveva “essere applicata a tutti con giustizia e con equanimità” ([[90]](#footnote-90)), attraverso una delimitazione dei poteri discrezionali delle pubbliche amministrazioni. Era, infatti, solo dal rispetto del diritto e della giustizia che la libertà individuale era difesa nell’amministrazione intesa come attività, ciò che costituiva il nucleo essenziale di “quello che i tedeschi chiamano *Rechtstaat*” ([[91]](#footnote-91)). Dall’altra parte, per completare le garanzie, doveva esservi un giudice pronto a decidere “sulla controversia che nasce quando un cittadino si risente e si oppone all’abuso ed arbitrio che contro di lui si commette o si tenta commettere” ([[92]](#footnote-92)). È in questo senso che può dirsi, sulla scia di Mario Nigro, che la formazione degli istituti di giustizia amministrativa dopo il 1889 “era nella logica dello Stato liberale” dell’Europa continentale, cioè d’uno Stato che mirava a contemperare i diritti individuali con gli interessi della collettività e, proprio per questo motivo, era e appariva come uno Stato preoccupato di bilanciare i vari interessi in gioco ([[93]](#footnote-93)).

Vi era più d’una semplice analogia tra quest’ordine di concetti e l’impostazione seguita dal giudice amministrativo francese, al fine di contemperare le istanze di garanzia con le prerogative dell’amministrazione, indispensabili per permetterle di realizzare gli interessi della collettività ([[94]](#footnote-94)). La logica del bilanciamento, della limitazione era indotta dall’emersione nella società d’una differenziazione degli interessi individuali che reclamavano un più favorevole rapporto tra autorità e libertà, una migliore protezione contro l’arbitrio, la riscoperta del valore della giustizia. Non è quindi ingiustificata la congettura che l’aver beneficiato di una normazione più organica, elaborata alla luce delle principali esperienze europee, abbia rappresentato un prerequisito prezioso per la realizzazione delle istanze di giustizia e con essa del progresso civile e sociale dell’Italia.

**10. Un sostrato ideale comune: da Spaventa a Croce**

L’ultima ipotesi ricostruttiva approfondisce e sviluppa quanto appena osservato, collocandosi su un piano più alto. Essa suggerisce che i costanti richiami alle istanze dello Stato di diritto, per Spaventa e per i maestri del diritto pubblico attivi tra Otto e Novecento, non esprimessero semplicemente l’adesione a un insieme di tecniche più perfezionate di controllo sull’esercizio del potere, ma a istanze di ordine etico.

A sostegno di questa ipotesi militano diversi, eloquenti indizi. Vi è, innanzitutto, il riferimento all’esigenza che sia in ogni caso da evitare l’arbitrio. Così inteso, il concetto di Stato di diritto è molto vicino alla visione della giustizia elaborata da Adam Smith, illuminista scozzese e professore di *jurisprudence* e *belles lettres*, secondo cui "*the end of justice is to secure from injury*" ([[95]](#footnote-95)). È una visione della giustizia collegata con una precisa concezione del diritto, visto come scienza morale ([[96]](#footnote-96)).

Proprio perché lo Stato di diritto presenta una precisa importanza nel quadro d’una concezione del diritto come scienza morale, ne è strumento la persuasione, più che la dimostrazione di tipo logico-formale. Vi sono certamente differenze di stile e di tono tra i sostenitori dello Stato di diritto. Ma vi è una distanza ben maggiore tra quegli apporti, nella loro varietà, e l’idea di Leibnitz di un diritto in cui la prova logico-formale vale a risolvere ogni controversia teorica o gli apporti della scuola dell’esegesi.

Quest’ultima ipotesi ricostruttiva può forse essere meglio spiegata facendo riferimento a un altro concetto, quello di “spirito europeo”, messo a punto dal nipote di Spaventa, Benedetto Croce. Nel corso del tempo, Croce si pronunciò in vario modo sulla cultura tedesca. Ma ne riconobbe il ruolo all’interno dell’identità europea. Su un piano più generale, affermò l’esistenza d’una “delicata e non bene afferrabile, ma potentemente efficace affinità della forma interna dello spirito, come pure del modo di concepire, in certe altezze, rapporti di pensiero e di sentimento, la quale affinità, come la cupola dell’etere, si eleva unitaria sopra le loro differenze nazionali, costituendo così una sfera”, che può dirsi comune ([[97]](#footnote-97)).

All’epoca in cui Spaventa si batté per assicurare una migliore protezione delle libertà nell’amministrazione, mostrò di avere piena consapevolezza della dimensione europea di quella battaglia, affermò che “oggi le nostre leggi non sono tanto il portato dell’attività spontanea di ciascun popolo, quanto il risultato della riflessione scientifica e del lavoro comune dei popoli europei” ([[98]](#footnote-98)). Quel “lavoro comune” o meglio quella “sfera comune” – per usare l’espressione di Croce - non è meno importante oggi di quanto lo fosse ieri: perché lo Stato di diritto fa parte dei valori su cui l’Unione europea si fonda (articolo 2 del Trattato sull’Unione europea), ma i suoi contenuti sono controversi, almeno in alcuni tra gli Stati membri, così come lo sono nella più ampia Europa che si riconosce nel Trattato di Londra del 5 maggio 1949 ([[99]](#footnote-99)); perché – come ha osservato recentemente un alto magistrato inglese – “la *Rule of Law* è sulla bocca di tutti”, ma vi è senz’altro bisogno che i nostri governanti siano meglio consapevoli delle sue implicazioni ([[100]](#footnote-100)).

**11.Il lascito di Spaventa**

Ricordare Spaventa è riconoscere il debito che la cultura non solo giuridica ha contratto con un autentico statista, con un giurista attento alla funzionalità degli istituti e con un cittadino esemplare, animato da un rigore morale riconosciuto anche dagli avversari. Gli scritti e le opere di Spaventa, in particolare l’impegno profuso dapprima nel promuovere l’impianto degli istituti di giustizia amministrativa e successivamente nel far sì – in veste di Presidente della IV Sezione - che conseguissero lo scopo di migliorare tutela dei cittadini che erano alla base della riforma attestano, oltre alla fede liberale, la non comune capacità di tener conto della complessità del reale, senza rinunciare ad obiettivi ambiziosi, in vista del progresso civile e sociale dell’Italia.

**Giacinto della Cananea**

Professore ordinario di diritto amministrativo

Università di Roma Tor Vergata

Pubblicato il 14 dicembre 2018

1. S. Spaventa, *Giustizia nell’amministrazione* (1880), in S. Spaventa, *Giustizia nell’amministrazione e altri scritti*, Napoli, Istituto di studi filosofici, 2007, p. 17. [↑](#footnote-ref-1)
2. M. Nigro, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico* (1970), ora in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1996, II, p. 874. [↑](#footnote-ref-2)
3. Si vedano, rispettivamente, E. Croce, Silvio Spaventa, Milano, Adelphi, 1969 e G.M. Chiodi, *La giustizia amministrativa nel pensiero politico di Silvio Spaventa*, Bari, Laterza, 1969, alla cui ricostruzione ha peraltro mosso obiezioni condivisibili M. Nigro, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, cit., p. 873. Ulteriori contributi sono raccolti nel volume *Silvio Spaventa e il diritto pubblico europeo*, Napoli, Istituto italiano per gli studi filosofici, 1992. [↑](#footnote-ref-3)
4. P. Ciocca, *Il tempo dell’economia. Strutture, fatti, interpreti del Novecento*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, p. 160. [↑](#footnote-ref-4)
5. Per un’analisi dettagliata, V.E. Orlando, *La riforma elettorale: studio col testo della legge 22 gennaio 1882*, Milano, Hoepli, 1883. [↑](#footnote-ref-5)
6. O. Focardi, *I partiti politici alle elezioni generali del 1895*, in *Giornale degli economisti* (11), 1895, p. 10. Si veda il giudizio critico di Gaetano Mosca: *Teorica dei governi e governo parlamentare* (1884), ora in *Scritti politici*, Torino, UTET, 1982, I, p. 476. [↑](#footnote-ref-6)
7. M.S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986. Tra quanti hanno fatto uso di quella nozione di è G. Silvestri, *Politica, amministrazione e divisione dei poteri nel pensiero di Spaventa*, in *Silvio Spaventa e il diritto pubblico europeo*, cit., p. 43. [↑](#footnote-ref-7)
8. G. Salvemini, *Prefazione*, in W. Salomone, *L’età giolittiana*, Torino, Einaudi, 1949, p. X-XI. [↑](#footnote-ref-8)
9. V.E. Orlando, *Sul contenuto giuridico della legge di bilancio* (1911), ora in *Diritto pubblico generale*, Milano, Giuffrè, 1940, IV, p. 528. Per una diversa ricostruzione, G. Silvestri, *Politica, amministrazione e divisione dei poteri nel pensiero di Spaventa*, cit., p. 43, secondo cui non vi era antagonismo tra diversi ceti, ma solo tra le diverse componenti della classe dominante. [↑](#footnote-ref-9)
10. Per un’analisi dei vari tipi di contenzioso amministrativo esistenti negli ordinamenti preunitari, P. Aimo, *La giustizia nell’amministrazione dall’Ottocento ad oggi*, Bari, Laterza, 2000. Un importante contributo recente è F. Merusi, G.C. Spattini, E. Fregoso, *Il contenzioso amministrativo di Maria Luigia: giusto processo nel Ducato di Parma (1814-1865)*, Milano, ISAP, 2013. Per uno studio più generale sulle origini del diritto amministrativo, L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, Laterza, 2001. [↑](#footnote-ref-10)
11. Articolo 2. L’articolo 4 disponeva che, a seguito della contestazione riguardante “un diritto che si pretende leso da un atto dell’autorità amministrativo, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell’atto stesso in relazione all’oggetto dedotto in giudizio” e l’articolo 5 precisava che, in caso di contrasto con la legge, i giudici avrebbero dovuto disapplicare l’atto impugnato. [↑](#footnote-ref-11)
12. L’invarianza di quelle giurisdizioni è stata segnalata, tra gli altri, da S. Romano, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, diretto da V.E. Orlando, Milano, S.E.I., 1901, p. 526. [↑](#footnote-ref-12)
13. Il giudizio riportato è di A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, U.T.E.T, 1904, p. 95. Per una serie di rilievi giuridici alla giustizia amministrativa, quale si è realizzato in Italia, A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2005. Per la tesi opposta, M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008. [↑](#footnote-ref-13)
14. M. Nigro, *Giustizia amministrativa,* cit., p. 84; M.P. Chiti, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, Pacini, 1977. [↑](#footnote-ref-14)
15. A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit, p. 452; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014, 11° ed, p. 29-30 (“i risultati della riforma del 1865 apparvero ben presto insoddisfacenti: la tutela del cittadino nei confronti dell’amministrazione era tutt’altro che realizzata e l’abolizione del sistema del contenzioso amministrativo aveva comportato non un perfezionamento, ma un indebolimento delle garanzie offerte al cittadino”); G. Corso, *La giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2005. [↑](#footnote-ref-15)
16. M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 87. [↑](#footnote-ref-16)
17. S. Spaventa, *Giustizia nell’amministrazione*, cit., p. 53. [↑](#footnote-ref-17)
18. S. Spaventa, *Giustizia nell’amministrazione*, cit., p. 58. Nel senso del testo, M. Nigro, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, cit., p. 879 (“non mi convince la tesi della risposta elusiva ai problemi politici, la tesi della giustizia amministrativa come ‘surrogato’ somministrato agli italiani dalla classe liberale, ostile a quella riorganizzazione dello Stato in senso democratico che era richiesta dalla crescita della società italiana”) e 883 (“la tesi muove da un presupposto sicuramente errato”); F. Benvenuti, *Mito e realtà nell’ordinamento amministrativo italiano*, in *Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, a cura di F. Benvenuti e G. Miglio, Vicenza, Neri Pozza, 1969, p. 68. [↑](#footnote-ref-18)
19. S. Spaventa, *Giustizia nell’amministrazione*, cit., p. 17. [↑](#footnote-ref-19)
20. S. Spaventa, *Giustizia nell’amministrazione*, cit., p. 34. [↑](#footnote-ref-20)
21. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 30. [↑](#footnote-ref-21)
22. A. de Tocqueville, *Rapport sur le livre de M. Macarel intitulé Cours de Droit Administratif* (1855), in *Œuvres. Etudes économiques, politiques et littéraires*, Paris, Lévy, 1866, IX, 60. [↑](#footnote-ref-22)
23. S. Spaventa, *Giustizia nell’amministrazione*, cit., p. 53. Poco tempo più tardi, nel discorso preparato in vista dell’inaugurazione della IV sezione del Consiglio di Stato (1890), Spaventa affermò che “la giurisdizione di diritto amministrativo è parte integrante della giurisdizione di diritto pubblico, comprendendo in questo il complesso delle norme giuridiche attinenti allo stato della cosa pubblica, *ad rei romane statum*”. [↑](#footnote-ref-23)
24. Per una diversa impostazione, E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1896, II ed., vol. I, p. 27, secondo cui vi erano tre modelli, quelli più influenzati dall’esperienza giuridica francese (oltre all’Italia, la Spagna, la Germania e l’Austria); quelli senza tribunali amministrativi, ma con distinzione delle dispute di diritto pubblico dalle altre (il Belgio, la Grecia e i Paesi scandinavi); quelli senza distinzione tra i due tipi di dispute (Inghilterra e Stati Uniti d’America). Sul Belgio, A. Giron, *Le droit administratif de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1881, I. [↑](#footnote-ref-24)
25. Così G. Vacchelli, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l’autorità amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, diretto da V.E. Orlando, Milano, S.E.I., 1901, p. 318. [↑](#footnote-ref-25)
26. A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, MacMillan, 1886. Tra quanti immediatamente criticarono la descrizione delle istituzioni dell’epoca vi fu Gaston Jèze, che pure promosse la traduzione del trattato di Dicey: *Principes généraux du droit administratif*, Paris, Giard, 1925, 3rd ed., 1-2. [↑](#footnote-ref-26)
27. S. Spaventa, *Giustizia nell’amministrazione*, cit., 58-59. [↑](#footnote-ref-27)
28. Nel discorso preparato in vista dell’inaugurazione della IV sezione del Consiglio di Stato (1890), Spaventa affermò che “la Rivoluzione francese volle mantenere per sé, e pei fini della sua amministrazione, il potere acquistato dalla monarchia”. In sede storiografica, è assodato che l’assetto del contenzioso fu profondamente modificato dalla Rivoluzione e poi da Napoleone (Y. Gaudemet, *Droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 2017, ), pur se è stata messa in discussione la consolidata opinione della discontinuità: J.L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, P.U.F., 1985, 14; *Le Conseil d’Etat de France du consulat au début de la IIIe République (1799-1872)*, *La Révue administrative*, 1999, 17. Sulla continuità delle istituzioni dopo la Restaurazione, R. Dareste, *Etudes sur les origines du contentieux administratif en France, IV. Les juridictions administrative depuis 1789*, in *Révue historique de droit français et étanger*, 1857, p. 132. [↑](#footnote-ref-28)
29. Si veda l’opinione di un osservatore esterno, come J.W. Garner, *The Judiciary of the German Empire (I)*, in Political Science Quarterly (17), 1903, 511. [↑](#footnote-ref-29)
30. Si vedano, per esempio, le opinioni di tre studiosi che parteciparono al medesimo volume del *Trattato* dell’Orlando: F. Cammeo, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo. Legge e ordinanza*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, S.E.I., 101p. 219 lasciò la questione impregiudicata; G. Vacchelli, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l’autorità amministrativa*, cit., p. 473 era incline a considerare la IV Sezione un organo giurisdizionale; S. Romano, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, cit., p. 525 mise in discussione il concetto di “giurisdizione ordinaria”. [↑](#footnote-ref-30)
31. C.E., 17 febbraio 1950, *Dame Lamotte*. [↑](#footnote-ref-31)
32. M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 94. [↑](#footnote-ref-32)
33. J.L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, *Le Conseil d’Etat de France du consulat au début de la IIIe République (1799-1872)*,cit., 19, ha correttamente sottolineato che il primo Consiglio di Stato, con sede a Milano, introdusse alcuni istituti prima rispetto all’istituzione francese, segnatamente il consiglio degli uditori. [↑](#footnote-ref-33)
34. Sui nessi tra pareri e decisioni, A. Bassani, *Establishing judicial review of administrative action in Italy: the Council of State 1890-1910*, in corso di pubblicazione. [↑](#footnote-ref-34)
35. G.M. Chiodi, *La giustizia amministrativa nel pensiero politico di Silvio Spaventa*, cit., 134. La critica di Nigro è in *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa*, cit., 874. [↑](#footnote-ref-35)
36. P. Badura, *Die Methoden der neuren Allgemeines Staatslehre* (1959), tr. it. a cura di F. Fardella, *I metodi della nuova dottrina generale dello Stato*, Milano, Vita e Pensiero, 1998, p. 61. [↑](#footnote-ref-36)
37. G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, 39. Sull’importanza di questo approccio, rispetto all’orientamento prevalente in Italia, J.H. Merryman, *The Italian Style II: Law*, Stanford L. Rev. (18), 1966, 396, 398. [↑](#footnote-ref-37)
38. E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, cit., vol. I, p. 5 (“l’administration est dépositaire d’une part d’autorité, de puissance, qui est un des attributs du pouvoir exécutif”); M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1903, II ed., 25. [↑](#footnote-ref-38)
39. Il discorso, non pronunciato perché l’inaugurazione si tenne in forma non solenne, è stato pubblicato assai più tardi da Benedetto Croce. [↑](#footnote-ref-39)
40. In senso conforme, A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 30. [↑](#footnote-ref-40)
41. M. Nigro, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa*, cit., p. 894. [↑](#footnote-ref-41)
42. S. Spaventa, *Giustizia nell’amministrazione*, cit., p. 52 (“i rapporti di diritto pubblico possono essere tanto rapporti diretti tra lo Stato e le altre amministrazioni pubbliche… quanto rapporti di queste amministrazioni … con i cittadini”). [↑](#footnote-ref-42)
43. Consiglio di Stato, Sezione IV, decisione 12 agosto 1891, *Comune di Arpino*, in *Foro italiano*, 1891, III, 17. Per l’esame della giurisprudenza della IV Sezione, A. Bassani, *Establishing judicial review of administrative action in Italy: the Council of State 1890-1910*, cit. [↑](#footnote-ref-43)
44. J. Mércier, *Administrative Justice fin de siècle: France (1890-1910)*, in corso di pubblicazione. [↑](#footnote-ref-44)
45. C.E., 11 dicembre 1903, *Sieur Lot*. Tra i contemporanei, la tendenza era sottolineata da E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, cit., vol. I, p. 258. [↑](#footnote-ref-45)
46. T.C., 15 febbraio 1890, *Vincent*. [↑](#footnote-ref-46)
47. Si è riportato l’articolo 2 della legge del 1875, nella traduzione di A. Ferrari Zumbini, *La creazione giurisprudenziale tra fine Ottocento e primo Novecento dei principi del giusto procedimento nel diritto amministrativo austriaco*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2018, p. 1034 cui si deve anche l’analisi della giurisprudenza. Sulla natura esclusivamente cassatoria della giurisdizione amministrativa austriaca, M. Nigro, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa*, cit., p. 894. [↑](#footnote-ref-47)
48. VwGH, sentenza 13 maggio 1905, n. 3544. [↑](#footnote-ref-48)
49. O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* (traduzione francese dell’A.) *Droit administratif allemand,* Paris, Giard et Brière, 1903, I, p. 78. [↑](#footnote-ref-49)
50. E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, cit., vol. I, p. 38. [↑](#footnote-ref-50)
51. L. Weidemann, *Standards of judicial review of administrative action (1890-1910): the German Empire*, in corso di pubblicazione. [↑](#footnote-ref-51)
52. Alta Corte Amministrativa del Württemberg, decisione del 7 ottobre 1896. [↑](#footnote-ref-52)
53. Alta Corte Amministrativa della Sassonia, decisione del 15 luglio 1903. [↑](#footnote-ref-53)
54. Alta Corte Amministrativa della Prussia, decisione del 10 maggio 1897. [↑](#footnote-ref-54)
55. *R. v Nicholson* (1899). [↑](#footnote-ref-55)
56. C. McCormick, *Judicial Review of Administrative Action in the United Kingdom: The Status of Standards Between 1890 and 1910*, in *Italian Journal of Public Law* (10), 2018, 62. [↑](#footnote-ref-56)
57. *R. v Groom and Others, ex p Cobbold and Others* (1901). [↑](#footnote-ref-57)
58. E. Garcia de Enterria, *Le controle de l’administration: techniques, étendue, effectivité des controles*, in *La Révue administrative*, 2000, p. 151 ha constatato una “reconnaissance généreuse par les tribunaux de la ‘qualité pour agir’”. [↑](#footnote-ref-58)
59. La vicenda di storia delle idee cui si è sinteticamente fatto cenno nel testo è esposta in modo più disteso altrove: G. della Cananea, *Due Process of Law Beyond the State. Requirements of Administrative Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2016. [↑](#footnote-ref-59)
60. C. McCormick, *Judicial Review of Administrative Action in the United Kingdom: The Status of Standards Between 1890 and 1910*, cit., 86. [↑](#footnote-ref-60)
61. *Hopkins and Another v. Smethwick Local Board of Health* (1890). [↑](#footnote-ref-61)
62. *Fisher v. Jackson* (1891). [↑](#footnote-ref-62)
63. *Board of Education v Rice* (1911). [↑](#footnote-ref-63)
64. W. Wade, *Administrative Justice in Great Britain*, in A. Piras (ed.), *Administrative Law. The Problem of Justice*, Milano, Giuffrè, 1993, I, p. 174. [↑](#footnote-ref-64)
65. E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, cit., p. XII (“la jurisprudence est ici une des sources essentielles”). Per un giudizio analogo sul nostro ordinamento, F. Merusi, *Lo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 124. Per la constatazione delle analogie tra gli standard di cui le corti francesi e inglesi hanno assicurato il rispetto, A. Lefas, *A Comparison of the Concept of Natural Justice in English Administrative Law with the Corresponding General Principles of Law and Rules of Procedure in French Administrative Law*, in *Queen’s Law Journal* (4), 1978, p. 197. [↑](#footnote-ref-65)
66. M. Hauriou, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Paris, Sirey, 1929, I, 160, 258 (“formalités de procédure”). [↑](#footnote-ref-66)
67. E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, cit., vol. I, p. 478 (“l’administration peut, sans encourir aucun reproche, refaire, au lendemain d’un arret d’annullation, l’acte qui a été annulé”); E. Garcia de Enterria, *Le controle de l’administration*, cit., p. 126 (il quale giudica ‘curiosa’ l’espressione di “processo all’atto” impiegata da Laferrière e Chapus). [↑](#footnote-ref-67)
68. E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, cit., vol. I, p. 351 (“actes de puissance publique, des actes administratifs dans le sens qu’il faut donner aux lois du 1790 et de l’an III”). [↑](#footnote-ref-68)
69. P. Sandevoir, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*: *l'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative,* Paris, L.G.D.J., 1964, p. 433. [↑](#footnote-ref-69)
70. A questo riguardo, non ha perso importanza il lavoro - da pioniere – di G. Pastori, *La procedura amministrativa*, Vicenza, Neri Pozza, 1964. [↑](#footnote-ref-70)
71. H. Schaffer, *Administrative Procedure in Austria. 80 years of Codified Procedure Law*, in *European Review of Public Law* (17), 2005, p. 871. [↑](#footnote-ref-71)
72. Sentenza 24 ottobre 1884, n. 2263. Il riferimento alla “natura delle cose” è sottolineato da A. Ferrari Zumbini, *La creazione giurisprudenziale tra fine Ottocento e primo Novecento dei principi del giusto procedimento nel diritto amministrativo austriaco*, cit., p. 1052. [↑](#footnote-ref-72)
73. Sentenza 10 novembre 1894 n. 8150. [↑](#footnote-ref-73)
74. Sentenza 30 marzo 1903. Per un’analisi, L. Weidemann, *Standards of judicial review of administrative action (1890-1910): the German Empire*, cit., § 4. [↑](#footnote-ref-74)
75. Sentenza 24 ottobre 1908. Si veda anche la sentenza della Corte del Baden 20 novembre 1901. [↑](#footnote-ref-75)
76. E. Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel* (1965), tr. it. a cura di C. Amirante, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 75. [↑](#footnote-ref-76)
77. O. Mayer, *Droit administratif allemand,* cit., p. 222. [↑](#footnote-ref-77)
78. Sezione IV, decisione 29 dicembre 1895, n. 423, in A. Sandulli e G. Pasquini (a cura di), *Le grandi decisioni del giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 53. [↑](#footnote-ref-78)
79. Allo stesso modo, pochi anni dopo, nella decisione *Carnevale* (1896) il Consiglio di Stato ha dedotto il diritto al contradditorio dalla <<legge di natura>>. [↑](#footnote-ref-79)
80. Per questa prospettiva, J. Rivero, *Vers un droit commun européen: nouvelles perspectives en droit administratif*, in M. Cappelletti (sous la direction de), *Nouvelles perspectives du droit commun de l’Europe*, Firenze-Bruxelles, 1978, p. 389. [↑](#footnote-ref-80)
81. S. Spaventa, *La giustizia nell’amministrazione*, cit., 53; A. Giron, *Le droit administratif de la Belgique*, cit., p. 12. [↑](#footnote-ref-81)
82. Per questa basilare distinzione, N. Bobbio, *Principi generali di diritto*, in *Noviss. Dig. It*., vol. XIII, Torino, 1966. [↑](#footnote-ref-82)
83. G.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1820), tr. it. a cura di F. Messineo, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari, Laterza, 1965, p. 240. Si veda, in particolare, il § 274, dove si considera “lo Stato in quanto spirito di un popolo”. [↑](#footnote-ref-83)
84. G.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, p. 282 ss. Si vedano il § 330 e il § 340 (“i principi degli spiriti nazionali, a causa della loro particolarità, … sono, in generale, limitati”). Sulla distanza tra la visione di Spaventa e quella di Hegel, G.M. Chiodi, *Profilo dello statalismo di Silvio Spaventa: un’introduzione*, in *Silvio Spaventa e il diritto pubblico europeo*, cit., p. 25. [↑](#footnote-ref-84)
85. J.M. Kelly, *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1992. [↑](#footnote-ref-85)
86. P. Craig, *Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework*, in *Public Law*, 1997, p. 467 (il quale indica come esponenti dell’indirizzo formale e di quello sostanziale, rispettivamente, Dicey e Dworkin). Sulla distinzione tra quest’ordine di idee e quello sotteso dalla nozione di Stato di diritto, N. Matteucci, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 153. [↑](#footnote-ref-86)
87. Questa è evidente nella messa a punto da O. Mayer, *Droit administratif allemand,* cit., p. 54. Per la tesi secondo cui, invece, tutti i teorici dello Stato di diritto “sono interessati soprattutto a mettere briglie costituzionali al potere amministrativo del monarca”, J. Habermas, *Tanner Lectures on Human Rights Values* (1988), tr. it *Morale, diritto, politica*, Torino, Einaudi, 1992, p. 43, 69. [↑](#footnote-ref-87)
88. È il caso di Carl Friedrich von Gerber, di cui si veda il noto saggio sui diritti pubblici soggettivi: *Ueber öffentliche Rechte* (1852), tr. it. *Diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1995, 23 (“le recenti costituzioni della Germania hanno la loro origine in Francia; questa a sua volta le ha tratte dall’Inghilterra”). Vi era una differenza anche tra le idee di Gneist e di von Stahl, del quale il primo disse che qualunque suo critico avrebbe potuto accettare una definizione dello Stato di diritto secondo cui esso concerneva soltanto la forma e il metodo dell’azione dell’autorità: R. von Gneist, *Der Rechsstaat* (1872), tr. it. a cura di I. Artom, *Lo Stato secondo il diritto, ossia la giustizia nell’amministrazione politica*, Torino, Zanichelli, 1884. Sulla rilevanza dello Stato di diritto, quale perno dell’assetto costituzionale tedesco dopo il 1949, E. Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione*, cit., p. 43. [↑](#footnote-ref-88)
89. Anche G.M. Chiodi, *Profilo dello statalismo di Silvio Spaventa: un’introduzione*, cit., p. 18 ha preso le distanze dalla tesi dell’imitazione pedissequa delle dottrine tedesche. [↑](#footnote-ref-89)
90. S. Spaventa, *La giustizia nell’amministrazione*, cit., p. 21. [↑](#footnote-ref-90)
91. S. Spaventa, *La giustizia nell’amministrazione*, cit., p. 39. [↑](#footnote-ref-91)
92. S. Spaventa, *La giustizia nell’amministrazione*, cit., p. 29. [↑](#footnote-ref-92)
93. M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 93. [↑](#footnote-ref-93)
94. M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 26 (“il faut que l’action de l’Etat soit soumise à l’empire du droit”); J. Rivero, *Préface*, in A. Mestre, *Le Conseil d’Etat protécteur des prérogatives de l’administration (étude sur le récours pour excès de pouvoir)*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. III. [↑](#footnote-ref-94)
95. A. Smith, *Lectures on Justice, Police, Revenue and Arms* (1763), Part I (“as a member of a state, … a subject [may be injured] by oppression”). [↑](#footnote-ref-95)
96. Per la tesi, attribuita da Jean-Marie Auby a Maurice Hauriou, che soprattutto il controllo sul *détournement de pouvoir* comportasse un controllo sulla “moralità amministrativa, J.M. Auby, *Détournement de pouvoir in French Administrative Law*, in *American Journal of Comparative Law* (18), 1970, p. 552. [↑](#footnote-ref-96)
97. B. Croce, *Scritti politici* (1946), Napoli, Bibliopolis, 1993, I, p. 155. [↑](#footnote-ref-97)
98. S. Spaventa, *Il primo anno di governo della Sinistra* (1879), cit. da G. Silvestri, *Politica, amministrazione e divisione dei poteri nel pensiero di Spaventa*, cit., p.. 54, secondo cui !Spaventa credeca ad una comune civiltà giuridica dell’Europa”. [↑](#footnote-ref-98)
99. L’articolo 3 del Trattato istitutivo del Consiglio d’Europa riconosce “il principio della preminenza del diritto”, che secondo il preambolo è la conseguenza dei “valori spirituali e morali che sono patrimonio comune dei … popoli” i cui governi hanno sottoscritto il Trattato. [↑](#footnote-ref-99)
100. T. Bingham, *The Rule of Law*, London, Penguin, 2011, p. III. [↑](#footnote-ref-100)