

almeno dei primi decenni del nostro secolo, quale appare caratterizzato, essenzialmente, dall'idea dell'«isolamento» del diritto inglese, ovvero della sua «lontananza» (addirittura «misticamente» intesa) dal resto dei paesi europei. Secondo un'immagine (per altri versi suggestiva) del LÉVY-ULLMANN (*Comment un français d'aujourd'hui peut-il aborder l'étude du Droit anglais, in Bulletin de la Société de Legislation Comparée*, 1919, 64, a p. 80): «[...] l'on entre dans le droit anglais un peu comme si l'on abordait une religion»; più oltre resa con quella di un «côté mystique du droit anglais, si rebelle à la compréhension des étrangers» (Ivi, *ibid.*). Ed ugualmente significativa, sia pure da posizione diversa, è un'affermazione dell'ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*², Napoli, 1927, 4, che così suona: «Il diritto dei paesi che non siano partecipi della tradizione romanistica (come l'Inghilterra) rappresenta per noi un segreto impenetrabile [...]».

Beninteso, il progresso degli studi sul diritto anglo-americano (a seguito dello sviluppo dei traffici e delle comunicazioni internazionali) ha reso (per lo meno così si spera) obsoleto un simile atteggiamento, relegandolo fra i ricordi dell'epoca «pionieristica» della comparazione «civil law - common law»; quella appunto degli inizi del secolo, allorché sul Continente europeo cominció a (ri-)destarsi sempre più vivo l'interesse verso il mondo giuridico d'oltre Manica (e quello al di là dell'Atlantico). Ma, con tutto ciò, l'idea della rigida contrapposizione fra i due sistemi è rimasta intatta. L'indirizzo infatti degli studi in materia è stato e continua in prevalenza ad essere (paradossalmente, forse, se si pensa che nel frattempo sono andate attenuandosi, fin quasi a scomparire, le iniziali difficoltà «tecniche» di comprensione reciproca) nel senso di accentuare le differenze e, anzi, la profonda («ontologica», si sarebbe tentati di dire) estraneità del sistema di *common law* (= storicamente, il diritto nazionale inglese) rispetto a quello di *civil law* (= storicamente, il diritto e la cultura giuridica dei paesi dell'Europa continentale).

3. - Oggi, una diversa prospettiva si trova delineata nella più recente produzione del GORLA sul fenomeno, con riguardo in specie agli Stati italiani pre-unitari, del diritto comune continentale fra i secoli XVI-XVIII, e sue propagine ottocentesche. Si tratta di una prospettiva incentrata sull'idea di un «diritto comune europeo» nei rapporti fra *civil law* e *common law* (G. GORLA, *Unificazione «legislativa» e unificazione «giurisprudenziale». L'esperienza del diritto comune, in Foro it.*, 1977, V, 91, § 12; e, da ultimo, *Prolegomeni, ecc.*, cit., § 5). Per essa, l'accento cade non più (solo o tanto) sul problema, di natura ideologica — come si è visto — e comunque riduttivo, della «recezione» in Inghilterra del diritto romano giustiniano e delle dottrine dei suoi interpreti continentali, ma su quello, storicamente assai più ampio ed articolato, della «posizione» (se e quanto «isolata» o, invece, «comunicante») del diritto inglese, in tutte le sue molteplici e diverse componenti assunto, nell'ambito della storia e della cultura giuridica europee. Se, d'accordo con l'ASCARELLI (*La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato, in Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, 41, a p. 42), si ritiene che è «a una classificazione basata sulla storia dei vari sistemi che si fa capo nel contrapporre i sistemi romanistici al sistema anglo-nord-americano (*civil law* e *common law*, secondo la dicotomia usata al riguardo dagli autori anglosassoni)», ne consegue che il punto di vista su indicato rende ancor più avvertita, per gli studiosi continentali non meno che per i loro colleghi inglesi (e d'oltre oceano), l'esigenza di sottoporre a verifica (ossia di storizzare) le classificazioni ricevute e la relativa terminologia. Grande importanza quindi, sul piano della definizione dei tratti distintivi della «famiglia» dei diritti continentali, presenta la riscoperta, per quanto concerne in particolare il nostro paese, dell'esperienza del diritto comune nei secoli XVI-XVIII, siccome caratterizzata storicamente dalla preminenza della fonte giurisprudenziale e dall'esistenza di fenomeni di rilievo sia istituzionale sia culturale (dall'accentramento della giustizia nei «tribunali supremi» degli Stati italiani, al vincolo dei precedenti, all'opinione dissenziente, all'arte o tecnica delle distinzioni, alla letteratura forense costituita dalle raccolte di decisioni, ed altri) analoghi a quelli che si riscontrano nell'esperienza inglese degli stessi secoli. Su ciò v. G. GORLA, *I tribunali supremi degli Stati italiani, fra i secc. XVI e XIX, quali fattori dell'unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati, in La formazione storica del diritto moderno*, Firenze, 1977, I, 447 ss.; *Id.*, *Un centro di studi storico-comparativi sul «Diritto comune europeo» presso l'Istituto di diritto comparato dell'Università di Roma, in Foro it.*, 1978, V, 313, sub I. Sulla «giurisprudenza forense» italiana v., inoltre, M. ASCHERI, *Tribunali e giuristi consulenti italiani d'ancien régime*, Siena, 1973 (anche in

conca), München, 1976, 1113 ss.). Con riguardo, poi, all'antagonismo fra *common law* e *civil law* esso, tenuto conto del punto di vista medesimo, ne esce ridimensionato, riducendosi — per quello che realmente fu — a fenomeno «interno» del diritto inglese, riflesso della presenza lì, fino alla seconda metà del secolo scorso, di due distinti ordini di giurisdizioni e relativi corpi forensi: dei *common lawyers* e dei *civilians* appunto. È stata già ricordata la vicenda che oppose gli uni agli altri nell'ambito della lotta politico-istituzionale fra Parlamento e monarchia inglese. Una vicenda culminata con la vittoria della *common law* e delle sue corti di giustizia, che portò — durante il XVII e XVIII secolo — al progressivo assorbimento in queste ultime (o, meglio, nella più prestigiosa fra esse, la corte del *King's Bench*) di alcune delle maggiori competenze esercitate dalle corti rivali dei *civilians* (specie quelle, in materia commerciale, della corte dell'Ammiragliato). Ma, al di là di tale vicenda e dei suoi noti strascichi polemici a livello storiografico, il diritto inglese nel suo insieme, comprensivo quindi delle giurisdizioni di *common law*, di *equity*, e di *civil law*, mantenne, in allora come per tutto l'arco precedente e successivo della sua evoluzione (fino al definitivo scioglimento, nella seconda metà del XIX secolo, della corporazione dei *civilians*), una posizione comunicante con la cultura giuridica dei paesi dell'Europa continentale. Oltre al legame costituito dall'esistenza sul suolo inglese di corti formate da giuristi educati allo studio dei testi della tradizione — in senso ampio — romanistica e nelle quali si seguivano procedure e si applicavano norme su quest'ultima basate o da essa derivate, ben più significativi appaiono — in proposito — altri fatti ancora. Senza poter qui, nemmeno brevemente, accennarvi, basterà tuttavia menzionarne due solamente, il cui rilievo è tanto esemplare quanto — in genere — trascurato, e cioè: l'esistenza, presso le stesse corti di *common law*, di una diffusa prassi giurisprudenziale (tuttora seguita, all'occorrenza, dai giudici inglesi, come dimostrato ad esempio più di recente da *Rasu Maritima v. Perambangan* [1977] 3 All ER 324, per Lord DENNING) consistente nel ricorso alle «autorità continentali» (*continental authorities*) per la soluzione di casi dubbi o in mancanza di autorità interne sul punto da decidere; l'abbondanza di letteratura giuridica (specie forense) continentale dei secoli XVI-XVIII all'epoca (e, per buona parte, ancora) in dotazione alle Biblioteche delle *Inns of Court* (ossia delle «società» private in cui era, e continua ad essere, articolata la categoria dei *barristers* [= *common lawyers*] inglesi). In argomento v. G. GORLA, *Un centro, ecc.*, cit., sub I (Per una revisione della comparazione fra diritto inglese e diritto continentale: nuove prospettive di un diritto comune europeo), e sub II (L. MOCCIA: *Relazione a proposito delle prime ricerche fatte sui «Reports» delle corti inglesi di «common law» e di «civil law» e sulle Biblioteche degli «Inns of Court» di Londra concernenti i rapporti tra diritto inglese e quello continentale dal secolo XVI al XIX*).

ALBERTO ROMANO

Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale (*)

1. Questo convegno si è occupato in misura assolutamente prevalente, almeno fino a questo momento, delle trasformazioni del nostro sistema di giustizia amministrativa, quelle in atto come quelle possibili, relative a singoli profili, a singoli istituti di essa. L'impostazione così adottata presenta sicuramente aspetti positivi, a cominciare dalla concretezza dei contributi che in tal modo sono stati portati. Ma non sembra inutile soffermarsi a considerare anche le evoluzioni che stanno subendo le stesse linee di fondo di quel sistema, se non altro per questo motivo: perché la ricostruzione di queste linee in nessun caso può risultare automaticamente dalla semplice giustapposizione delle soluzioni, realizzate o possibili, rilevate o proposte, di singole questioni specifiche; semmai, al contrario: è più plausibile che sia questa ricostruzione che potrà offrire lumi per queste soluzioni; questa ricostruzione, che per la prospettiva complessiva della quale deve tenere conto, non può che svilupparsi su basi teoriche generali.

(*) Il presente scritto riproduce, ampliato, un intervento al Convegno nazionale di studi su realtà e prospettive della giustizia amministrativa, tenuto a Napoli nei giorni 24-26 aprile 1980.

Essa costituisce un primo sviluppo delle tesi sostenute nel volume

Il nostro sistema di giustizia amministrativa è marcato da un dato di fondo assolutamente predominante: il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, sulle controversie delle quali almeno una delle parti sia una pubblica amministrazione. Questo dato caratterizza non di per sé il nostro sistema da quello degli altri Stati a noi vicini storicamente e geograficamente, perché in tutti essi, più o meno, un ordine di giudici amministrativi è istituito accanto all'ordine dei giudici ordinari; ma per il criterio in base al quale da noi il riparto di giurisdizione tra questi due ordini è attuato: come tutti sanno, la giurisdizione del giudice ordinario, almeno in linea di principio, non è esclusa non solo per l'elemento soggettivo che una delle parti sia una pubblica amministrazione, ma neppure per l'elemento oggettivo che la controversia verta su un atto o comportamento di essa che sia espressione della sua capacità speciale di diritto pubblico. Quel che fa del nostro sistema di giustizia amministrativa un *unicum*, o quasi, è che da noi, in base alla legge abolitrice del contenzioso amministrativo, che, benché emanata nell'ormai lontano 1865, ancor oggi è il fattore fondamentale di quel sistema stesso, è data al giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione una misura di giurisdizione, determinata dal concetto di diritto soggettivo, anche quando essa si presenti come un soggetto dotato di poteri imperativi, quando essa abbia emanato un atto amministrativo autoritativo.

È proprio questo dato di fondo del nostro sistema che oggi è soprattutto in crisi, sono le linee fondamentali del nostro sistema che conseguentemente appaiono più in evoluzione, e in una evoluzione che delle trasformazioni di esso appare di gran lunga l'elemento più vistoso. La giurisdizione amministrativa appare in continua espansione, a danno di quella ordinaria: quella generale di legittimità, soprattutto in modo graduale, e apparentemente soprattutto ad opera della giurisprudenza, ma in realtà per ragioni che si radicano sul terreno del diritto sostanziale: in prima approssimazione, nelle trasformazioni degli assetti dei rapporti sostanziali tra soggetti pubblici e soggetti privati, per le quali si riducono sempre di più gli interessi di questi che seguitano ad essere tutelati dall'ordinamento generale in modo assoluto, ossia come diritti soggettivi, nei confronti dei poteri di quelli; quella esclusiva, soprattutto ad opera di interventi puntuali del legislatore, dei quali le norme al riguardo contenute nella legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali, e nella legge sulla edificabilità dei suoli, sono i più recenti e i più noti. Così che l'evoluzione del nostro sistema di giustizia amministrativa pare in un certo senso concludersi su linee contrapposte a quelle originarie: esso era nato come monistico, col monopolio del giudice ordinario, in base alla legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865, anche se in realtà era già dualistico almeno potenzialmente, perché tale legge lasciava scoperta l'area che poi sarà occupata dalla competenza della quarta sezione del Consiglio di Stato, quasi invitando la istituzione di un organo decidente in via contenziosa su di essa; diventò dualistico anche effettivamente, nel 1889, appunto con la legge istitutiva di tale quarta sezione; e adesso, pur rimanendo ancora dualistico almeno in apparenza, nella sostanza tende sempre più a ritornare monistico, ma col monopolio del giudice amministrativo: questi tende sempre più ad occupare tutta l'area del sindacato sull'azione che l'amministrazione sviluppa come soggetto di diritto pubblico, lasciando al giudice ordinario solo poco più del sindacato sull'azione che essa sviluppa come soggetto di diritto privato, o quanto meno come soggetto di diritto comune.

Questa, la ormai facile descrizione della trasformazione delle linee di fondo del nostro sistema di giustizia amministrativa, colta nei suoi aspetti più vistosi. Ma questa trasformazione pare avvenire anche in profondità, per ragioni meno evidenti, che anzitutto saranno richiamate col rilievo di una progressiva assimilazione del processo amministrativo al processo civile. A questo sviluppo non sono estranei interventi legislativi: per esempio, la comparsa di mezzi di prova precedentemente non ammessi nel giudizio amministrativo di legittimità, in materia di edilizia e urbanistica. Ma il ruolo maggiore sembra essere quello svolto dalla giurisprudenza: per esempio, molte, troppe decisioni del giudice amministrativo di questi ultimi anni, a cominciare da parecchie pronunce dell'Adunanza plenaria, aventi per oggetto questioni processuali, hanno preso per punto di riferimento, e sia pure forse obbligato soprattutto per l'assenza di una normativa adeguatamente dettagliata del procedimento davanti ai tribunali amministrativi e al Consiglio di Stato, le norme del codice di procedura civile: così, anche quando l'applicabilità di esse è stata scartata, a tali norme è stato attribuito il ruolo di una sorta di normativa processuale di per sé di portata potenzialmente generale, e le specificità del processo amministrativo tendono ad essere considerate quasi come ragioni di una disciplina singolare in deroga ai principi. Rendere il processo amministrativo omogeneo al processo civile, è il modo forse più insidioso per mettere in crisi il concorso della giurisdizione del

giudice ordinario sull'azione dell'amministrazione come soggetto di diritto pubblico, con quella del giudice amministrativo: perché, è evidente, in tanto ha un senso questo concorso, in quanto la tutela giurisdizionale ordinaria, non solo per gli interessi tutelati, ma anche sia per la procedura come per i mezzi di tutela, sia qualcosa di diverso dalla tutela giurisdizionale amministrativa. Da questo punto di vista, appare gravido di conseguenze lo sforzo oggi particolarmente evidente del giudice amministrativo, del resto largamente in accordo con la Cassazione, di dare al ricorrente tutto quello che può ottenere l'attore, specie in materia di pubblico impiego, quasi in concorrenza con le possibilità offerte dal giudice ordinario, e sotto l'apparenza, che si teme possa poi risultare illusoria, di ampliare l'effettività della tutela giurisdizionale amministrativa: si pensi alla concessione dei termini di prescrizione anche per i ricorsi a tutela dei diritti non patrimoniali del pubblico dipendente; o l'affermazione della giurisdizione amministrativa sulla domanda fondata sull'omesso versamento dei contributi previdenziali da parte dell'amministrazione, che se non fosse di risarcimento di danni in senso proprio, certo molto ci somiglierebbe; e di nuovo si deve ricordare qui l'intervento del legislatore, che ha ammesso, sia pure timidamente, e con molti limiti, che il giudice amministrativo possa emettere sentenze di condanna dell'amministrazione al pagamento di somme di denaro. Se il legislatore del 1889 avesse pensato ad una vera e propria giurisdizione su quelli che poi si sarebbero chiamati interessi legittimi, ed una giurisdizione sotto tutti i profili evocati simile a quella del giudice ordinario, probabilmente avrebbe esteso, o tentato di estendere quest'ultima, e la quarta sezione del Consiglio di Stato non avrebbe mai visto la luce. Ma in questo contesto storico, nel quale una giurisdizione amministrativa esiste, ed anzi si basa ormai su una tradizione tanto consolidata, e anzi ha dimostrato tanta vitalità e capacità espansiva, l'assimilazione della tutela giurisdizionale amministrativa alla tutela giurisdizionale ordinaria non può che avere un solo esito: la trasformazione del giudice amministrativo, da giudice avente una giurisdizione solo parziale, anche se statisticamente normale sull'azione dell'amministrazione come soggetto di diritto pubblico, a giudice naturale ed esclusivo di essa.

Ma ancora la prospettiva appare insufficiente, perché è limitata al solo piano processuale: è degli aspetti dei rapporti sostanziali tra amministrazione e individuo che occorre anche e soprattutto tenere conto; quanto meno: perché, come si vedrà, c'è ben di più. Si tocca così il fondo del problema: perché solo se quel che tutela la giurisdizione ordinaria anche nei confronti dell'azione dell'amministrazione come soggetto di diritto pubblico, è sentito come qualcosa di diverso da quel che tutela la giurisdizione amministrativa, allora è opportuno il mantenimento del concorso della prima con la seconda; e ciò, non solo perché altrimenti l'assimilazione degli interessi e delle situazioni tutelate non giustificherebbe una diversificazione della tutela: l'omogeneità così ottenuta di quegli interessi e di quelle situazioni, parrebbe addirittura esigere l'unificazione della tutela.

Ora, la progressiva estensione della giurisdizione amministrativa nei confronti dell'azione dell'amministrazione come soggetto di diritto pubblico, pare essere soprattutto il riflesso di profonde trasformazioni che stanno avvenendo in primo luogo sul terreno del diritto sostanziale; in prima approssimazione, per quel che riguarda l'assetto dei rapporti, appunto sostanziali, tra tale amministrazione e individui; più approfonditamente, come si vedrà, nello stesso assetto costituzionale generale. Perciò, è solo su tale terreno del diritto sostanziale che si possono porre i problemi che veramente appaiono decisivi, cercando di dare ad essi soluzione.

2. Se c'è un problema che nella nostra letteratura ha avuto una trattazione pletrica, questo è quello della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo. Non si contano le risposte che ad esso sono state date; però il panorama che ne risulta, pur così ricco almeno quantitativamente, appare ancora complessivamente inappagante; e la ragione di questa insoddisfazione pare essere costituita dal carattere che è comune a tutte, o quasi, quelle risposte: esse sono soprattutto descrittive e classificatorie. In tanto fiume d'inchiostro, manca la considerazione dei valori sostanziali implicati dalla distinzione: l'interesse legittimo, a differenza del diritto soggettivo, è un interesse individuale tutelato solo di riflesso e non direttamente? Sia; ma un interesse tutelato solo di riflesso, al fondo, che cosa ha di diverso da un interesse tutelato direttamente? O, se si preferisce: la tutela indiretta, al fondo, che cosa ha di diverso dalla tutela diretta? Oppure: l'interesse legittimo è correlato con una norma che regola solo l'esercizio di un potere dell'amministrazione, e non pone i limiti esterni di questo potere stesso? Sia; ma che cosa le norme che disciplinano l'esercizio dei poteri dell'amministrazione hanno al fondo di diverso dalle norme che viceversa determinano i confini esterni di quei poteri stessi? Queste sono le domande che pare essen-

ziale che siano poste: perché è in base alle risposte che si danno ad esse, e solo in base alle risposte che si danno ad esse, che è possibile risolvere il problema della razionalità o della irrazionalità di un sistema di giustizia amministrativa nel quale vi sia duplicazione degli ordini di giudici che hanno giurisdizione nei confronti dell'azione dell'amministrazione come soggetto di diritto pubblico. Conseguentemente, e in relazione al formarsi di quel sistema: perché il giudice del rispetto dei diritti soggettivi, degli interessi individuali tutelati in modo assoluto, delle norme che pongono i limiti esterni dei poteri autoritativi della pubblica amministrazione, non è potuto diventare anche il giudice del rispetto degli interessi legittimi, degli interessi individuali tutelati solo di riflesso, delle norme che regolano solo l'esercizio di quei poteri? E, in relazione all'attuale fase di trasformazione del nostro sistema di giustizia amministrativa: perché il giudice che così si è dovuto istituire per svolgere questa funzione, non può adesso assorbire anche la funzione attribuita al giudice ordinario?

Al legislatore dell'età liberale, si può ammettere che venga rimproverata, almeno secondo la cultura oggi corrente, una certa rozzezza concettuale: per esempio, di sicuro, e, si vorrebbe aggiungere, per sua fortuna, egli ignorava cosa fosse l'interesse legittimo, che gli fu spiegato da una letteratura posteriore alla formulazione delle norme da esso emanate, e che perciò dovevano essere interpretate. Ma davvero sarebbe irragionevole, e irrealistico, negargli una robusta consapevolezza dei valori politici che venivano realizzati con e nella legislazione. Non si può pensare che quel legislatore ponesse come fattore di soluzione di un problema così concreto, e che per di più si presentava agli interessati con così abituale frequenza, come quello della sussistenza o meno in una certa fattispecie, della tutela giurisdizionale ordinaria, l'attuale nozione di diritto soggettivo: non si può non ritenere, o almeno supporre, che per quel legislatore le parole adottate nel testo della norma avessero un significato ben più corposo, un contenuto ben più significativo di quello, esangue, dei concetti e dei concettuzzi sulla base dei quali oggi noi pretendiamo di stabilire se su una certa controversia abbia giurisdizione il giudice ordinario oppure quello amministrativo.

Viceversa, un punto è certo: se oggi, al posto del sistema di giustizia amministrativa che abbiamo ereditato dal legislatore dello Stato liberale, ci fosse una *tabula rasa*; se oggi, perciò, il legislatore dello Stato che per la relativa indeterminazione dei suoi tratti ci sentiamo di definire solo in negativo, come lo Stato, tra l'altro, post-liberale, dovesse costruire *ex novo* un sistema di giustizia amministrativa, mai e poi mai gli verrebbe in mente di delineare un concorso di giurisdizione tra giudici ordinari e giudici amministrativi, in ordine all'azione dell'amministrazione come soggetto di diritto pubblico, per di più adottando come regola di riparto la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo. Dunque: o il legislatore dello Stato liberale aveva del diritto soggettivo un concetto del tutto diverso da quello che noi crediamo che egli avesse, pretendendo che egli utilizzasse le nostre povere schematizzazioni, e tale da giustificare l'estensione nel 1865, e il mantenimento nel 1889, di una giurisdizione del giudice ordinario; o quel concetto di diritto soggettivo, che noi viceversa saremmo in grado di ricostruire correttamente in relazione ad allora, nel frattempo si è trasformato, perdendo rilevanza e significato; o, come sembrerà più esatto, un po' tutti e due.

La ricerca del valore sostanziale della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo deve partire da là dove normalmente si fermano le analisi di tali concetti che vorremmo definire come puramente descrittive e classificatorie. Di tante tesi ed opinioni che sono state espresse al riguardo, vorremmo scegliere, come base di partenza, quella che in altro lavoro ci è parsa preferibile; e se per giustificare le ragioni di questa scelta non resta che rinviare a quanto allora si cercò di argomentare, non è possibile fare a meno di un richiamo, il più sintetico possibile, delle linee ricostruttive allora sostenute.

La regola del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, apparentemente coincidente con la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, malgrado che essa trovi riscontro testuale solo nella legge del 1865, e non anche in quella del 1889, pare che debba essere descrittivamente ricavata sviluppando la distinzione tra norme di relazione e norme di azione, ripresa nella nota rielaborazione del Guicciardi. La giurisdizione del giudice ordinario si connette alle norme di esistenza del potere, alcune delle quali, e solo alcune delle quali, sono classificabili come norme di relazione, che definiscono i confini esterni dei poteri autoritativi della pubblica amministrazione, secondo la soluzione di conflitti intersoggettivi di interessi, tra essa amministrazione e gli altri soggetti, privati o anche pubblici, che dà l'ordinamento generale, in base a quell'interesse pubblico che è tale perché riferibile a quell'ordinamento generale stesso: di qui, il carattere diretto della tutela che questo ordinamento accorda, a quegli interessi, di solito individuali,

che considera meritevoli di protezione, ponendo i correlativi limiti esterni ai contrapposti poteri autoritativi dell'amministrazione. La giurisdizione del giudice amministrativo si connette alle norme di azione, che regolano in un certo senso all'interno l'esercizio dei poteri autoritativi dell'amministrazione, in base a quell'interesse pubblico che è tale, perché è pubblico il soggetto al quale pertiene, ossia quel particolare soggetto dell'ordinamento generale che è l'amministrazione stessa: di qui, il carattere indiretto della tutela accordata a quegli interessi, di solito individuali, la cui protezione risulta coincidente con le regole dell'azione dell'amministrazione, poste a protezione dell'interesse di questa.

Se così sono definibili le premesse dalle quali muovere, pare evidente che norme di esistenza e norme di azione non devono essere considerate, come pure è consueto, solo come entità concettuali tra le quali tentare di tracciare linee di distinzione nel quadro di astratte classificazioni; esse possono essere viste anche come fattori giuridici positivi, componenti il sistema delle fonti che ci regge, tra le quali si instaura un preciso rapporto giuridico.

Rapporto che in prima approssimazione si dirà di continenza. In questo senso: le norme di azione permettono, vietano o impongono all'amministrazione comportamenti che sono già acquisiti alla disponibilità di essa da parte di norme di esistenza. In tanto una norma che può essere definita come di azione attribuisce la competenza ad emanare, per esempio, un decreto di espropriazione, al prefetto, escludendo l'alternativa del ministro dei lavori pubblici, in quanto già una norma di esistenza del potere di espropriazione ha fatto acquisire all'amministrazione la possibilità di esercitarlo, indifferentemente da quel punto di vista, per mezzo del prefetto o per mezzo del ministro. In tanto una norma che può essere definita come di azione subordina l'assentimento di una concessione di costruzione all'audizione del parere della commissione edilizia, in quanto una norma di esistenza ha subordinato l'attività costruttiva del privato all'esercizio positivo del potere di concessione, acquisendo all'amministrazione la possibilità di esercitarlo, indifferentemente da quel punto di vista, sentendo oppure non sentendo quel parere. In tanto una norma che può essere definita come di azione dispone che in presenza oppure in assenza di certi presupposti l'amministrazione debba oppure possa, oppure non possa accordare una autorizzazione di polizia, in quanto una norma di esistenza ha subordinato una data attività privata all'esercizio positivo del potere di autorizzazione, acquisendo all'amministrazione la possibilità di esercitarlo, indifferentemente da quel punto di vista, in modo positivo o negativo, indipendentemente dalla sussistenza o meno di tutti quei presupposti.

Quel rapporto che in prima approssimazione si era definito come di continenza, con le considerazioni che precedono pare che tenda ad acquistare i caratteri di un rapporto di presupposizione: le norme di azione possono permettere, vietare o imporre all'amministrazione certi comportamenti, nell'esercizio di certi suoi poteri, in quanto presuppongono che norme di esistenza abbiano definito i confini esterni di quei poteri, comprendendo in essi la possibilità di tenere quei comportamenti. Ma dalla presupposizione al condizionamento il passo è breve: le norme di azione possono permettere, vietare o imporre all'amministrazione certi comportamenti, nell'esercizio di certi suoi poteri, perché norme di esistenza hanno definito i confini esterni di quei poteri, comprendendo in essi la possibilità di tenere quei comportamenti; una possibilità di comportamento dell'amministrazione, che è al di là dei limiti esterni dei suoi poteri, che le è preclusa dalle norme di esistenza che definiscono questi limiti, non potrà mai essere legittimamente permessa, vietata o imposta da una norma di azione.

Il più noto rapporto di subordinazione tra norme, nel quadro della teoria delle fonti, ha un nome ben preciso: si chiama principio della gerarchia delle fonti. Le considerazioni che precedono, perciò, hanno uno sbocco obbligato, almeno come ipotesi di lavoro: le norme di azione sono norme gerarchicamente subordinate alle norme di relazione.

Per l'amministrativista, il principio generale della gerarchia delle fonti riguarda di solito, in concreto, due fonti ben precise: la legge e il regolamento. Quelle considerazioni, perciò, sembrano avere questo ulteriore esito, almeno sempre come ipotesi di lavoro: che la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, che si risolve in quella tra norme di relazione e norme di azione, e la subordinazione delle seconde alle prime, abbiano qualcosa a che vedere con la distinzione tra legge e regolamento, e con la subordinazione di questo a quella.

Detto questo, un aspetto della ipotizzata correlazione si presenta subito come evidente: una norma regolamentare è una norma posta dall'amministrazione, e dunque è posta nell'interesse pubblico che è tale perché pertiene ad essa in quanto soggetto pubblico; una norma regolamentare, allora, non potrà mai tute-

lare un interesse individuale contro l'interesse soggettivo dell'amministrazione, in base al superiore interesse che è pubblico, perché pertiene all'ordinamento generale; quindi, una norma regolamentare non potrà mai tutelare un interesse individuale in modo assoluto, rispetto al potere dell'amministrazione, ossia come un diritto soggettivo. Il che vale quanto dire che una norma di esistenza di un potere dell'amministrazione, nel significato attribuito a questo concetto dalla giurisprudenza, a cominciare da quella della Cassazione, come fattore di risoluzione del problema del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, non può mai rivestire forma e livello solo regolamentare.

Non si nega che una simile affermazione richiederebbe una dimostrazione ben più argomentata ed analitica di quella che è possibile accennare in questa sede. Ma si crede che un sufficiente supporto ad essa possa venire dal richiamo all'esperienza di chi si occupa di diritto amministrativo: di chi fa il giudice e l'avvocato, anche e di più di chi fa solo lo studioso; dal richiamo dell'esperienza che sostenga l'intuizione, che è pur sempre uno strumento di conoscenza. Si considerino alcune delle questioni di giurisdizione sulle quali giurisprudenza e letteratura si sono mostrate più oscillanti ed incerte, senza badare troppo se esse siano o meno ancora di piena attualità. Per esempio, la questione di giurisdizione relativa al decreto di espropriazione emesso dopo la scadenza dei termini contenuti nella presupposta dichiarazione di pubblica utilità. Per esempio, la questione di giurisdizione relativa al decreto di espropriazione di un comparto edificatorio, in difetto della previa diffida ad edificare o a trasformare, che doveva essere rivolta ai proprietari. Sarebbero state ipotizzabili quelle oscillazioni e quelle incertezze, se la norma che quella prefissione dei termini e la sua rilevanza prevede, se la norma che quella diffida e la sua rilevanza impone, invece che nella legge sull'espropriazione, e nella legge urbanistica, fossero state contenute in del resto mai emanati regolamenti di esecuzione dell'una e dell'altra? La risposta negativa intuitivamente pare imporsi da sé. E questa risposta negativa, anche se solo intuitiva, pare al momento sostegno di consistenza sufficiente perché si cerchi di proseguire il discorso.

Il quale, ormai, pare proseguire quasi spontaneamente verso la conclusione che sta emergendo. Al problema della distinzione della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, tra norme di esistenza dei poteri dell'amministrazione e norme di azione che regolano il loro esercizio, le quali tutelano rispettivamente i primi e i secondi, sembra di potere intravedere una soluzione, che è di una semplicità addirittura ironica, se viene confrontata con la molteplicità, la pesantezza e la complicazione delle costruzioni tentate in proposito: tale distinzione non sarebbe altro che il riflesso della distinzione tra legge e regolamento.

3. Naturalmente, che un dato di fatto apparentemente in insuperabile contrasto con questa tesi ci sia, e quale esso sia, è evidente: è normale, e anzi sempre più frequente, che norme di azione rivestano la forma della legge, la quale, perciò, non è affatto quella esclusiva delle norme di relazione; è normale, e anzi sempre più frequente, che interessi legittimi derivino da norme di vincolo dell'azione amministrativa che rivestono la forma della legge, la quale, perciò, non è affatto quella esclusiva della tutela dei diritti soggettivi. E si tratta di un dato di fatto che non solo è del tutto noto, ma che è anche, di per sé, del tutto incontestabile. Ma non si vorrebbe considerare preclusa irrimediabilmente da esso una prospettiva di ricerca che seguita a parerci promettente, se non altro perché seguita a sembrarci abbastanza certo almeno uno dei termini della correlazione prospettata: quello per il quale una norma in forma di regolamento né può porre limiti esterni di esistenza dei poteri dell'amministrazione, né, conseguentemente, può tutelare addirittura come diritti soggettivi i contrapposti interessi individuali. Perciò, quel dato di fatto che nella sua incontestabilità appare di insuperabile ostacolo alla linea di ragionamento che si viene proponendo, lo si vorrebbe analizzare un po' più criticamente nel suo significato effettivo.

E la considerazione che ci pare importante fare qui, è che esso corrispondeva molto limitatamente alla situazione legislativa esistente alla metà del secolo scorso, negli anni nei quali maturò la scelta fondamentale per la formazione del nostro sistema di giustizia amministrativa, l'estensione della giurisdizione del giudice ordinario operata nel 1865 con la legge abolitrice del contenzioso amministrativo. In quel contesto, le leggi formali aventi per oggetto l'amministrazione, la sua organizzazione, i suoi rapporti con i dipendenti, i suoi poteri e il loro esercizio, erano relativamente poche, e relativamente scarse: questa è una considerazione che ci parrebbe accettabile anche in difetto di indagini analitiche al riguardo, e anche senza che si portino a sostegno di essa troppe citazioni della letteratura dell'epoca; basterà richiamare alcuni passi significativi della « Giustizia nel-

l'amministrazione » di Spaventa, che, del resto, scriveva già vari anni dopo, ossia nel 1880: « Chi ha anche una scarsa notizia delle nostre leggi amministrative sa quanto esse siano imperfette e indeterminate, e quanta latitudine per conseguenza lascino all'arbitrio più che alla prudenza degli amministratori ». « La specificazione delle nostre leggi amministrative conta appena vent'anni, e si può dire non cominciata ancora. Per lo più il Parlamento si rimette al potere esecutivo per provvedere all'esecuzione della legge mediante speciale regolamento ». « È d'uopo, quindi, che il Parlamento impenda mano a mano l'esame dei regolamenti promulgati per ciascuna delle leggi da esso fatte, ed elevi a dignità di legge ciò che in essi l'esperienza ha riconosciuto necessario, così come per lo scopo amministrativo, come per la tutela degli interessi individuali che vi abbiano attinenza ».

È da supporre che la parte più rilevante, qualitativamente non meno che quantitativamente, di questa scarsa legislazione, consistesse nella determinazione dei limiti esterni di poteri dell'amministrazione, consistesse nella normativa di esistenza di questi poteri: non solo perché questo è il tipo di normazione che risolve i problemi del diritto amministrativo che sono politicamente più significativi, ma anche perché appare intrinseca alla formazione dello Stato di diritto la riserva alla legislazione di questa normazione stessa; come si cercherà di dire meglio tra poco, appare intrinseca alla formazione dello Stato di diritto la impossibilità già rilevata che la fonte regolamentare delimiti quei poteri stessi. È da supporre, dunque, che allora fosse relativamente modesto il complesso della normativa di azione in forma di legge. E, si può aggiungere, della normativa di azione consistente in regole funzionali non scritte della discrezionalità amministrativa: non perché questa non coprisse aree vastissime, ben più vaste di quelle che la legislazione di oggi lascia alle scelte dell'amministrazione; ma perché la configurazione dell'eccesso di potere, la moltiplicazione delle sue figure, attraverso le quali quelle regole sono state rilevate, furono opera di una giurisprudenza il cui sviluppo fu solo graduale e faticoso, dovuta per l'essenziale alla quarta sezione (e poi anche alle altre sezioni) del Consiglio di Stato, che sarà istituita nel 1889, per quanto cospicui fossero gli apporti della nostra precedente tradizione giuridica, e di parallele esperienze straniere, specialmente francesi. Perciò, è da supporre che il complesso più ragguardevole delle norme di disciplina dell'esercizio dei poteri dell'amministrazione allora fosse costituito da norme scritte, e da norme scritte di forma regolamentare.

Per queste ragioni, sembra che quel dato di fatto, che ostacola in modo apparentemente insuperabile le linee ricostruttive del nostro sistema di giustizia amministrativa qui proposte, corrisponda più alla situazione della legislazione di oggi che a quella dell'epoca nella quale quel sistema si formò, almeno per l'essenziale. Corrisponde più alla situazione di oggi, lo sviluppo della normativa di azione in forma di legge, come risultato di una evoluzione che può essere così facilmente descritta, anche se solo in seguito si cercherà di darne una spiegazione: il sindacato dell'eccesso di potere è diventato incomparabilmente più penetrante e raffinato, sviluppandosi attraverso una estrema ricchezza di profili, che concernono non solo il provvedimento discrezionale, nei limiti nei quali discrezionale è, ma anche e anzitutto il provvedimento attraverso il quale esso si fa; ciò nonostante, e nonostante che il sindacato dell'eccesso di potere sia senz'altro l'aspetto più tipico, essenziale e significativo del sindacato giurisdizionale amministrativo, esso si trova sempre costretto entro limiti che si vorrebbero dire quantitativi, che sono abbastanza circoscritti, per i limiti degli stessi margini di discrezionalità dell'amministrazione, che fino ad oggi sembrano essere in costante, progressiva riduzione: nel nome dell'ideale, o meglio del mito, della necessità della predeterminazione della azione amministrativa, come insostituibile garanzia della sua imparzialità, e quindi efficacia, si moltiplica in misura inflazionistica e patologica una normativa di azione in forma scritta, sempre più minuziosa e dettagliata, che si sostituisce alle valutazioni di opportunità caso per caso che altrimenti sarebbe l'amministrazione a dover compiere, nell'esercizio dei suoi poteri; correlativamente, il sindacato dell'eccesso di potere copre solo una area che è sempre più residuale, rispetto a quella del sindacato della violazione di legge in senso lato. Però, ed è notorio, la fonte regolamentare è recessiva, rispetto alla fonte legislativa, che la circoscrive sempre più, e spesso si sostituisce addirittura ad essa. Perciò, la moltiplicazione inflazionistica e patologica della normativa di azione in forma scritta consiste soprattutto nella moltiplicazione inflazionistica e patologica della normativa di azione in veste legislativa, che sempre più spesso, si vorrebbe dire ormai normalmente, è la veste della disciplina dell'esercizio dei poteri dell'amministrazione. Ma una volta rilevato che questa situazione è solo il frutto di una evoluzione dalle cause ancora imprecisate, deve essere apprezzato solo come

un grave errore di prospettiva pretendere di ricostruire il significato della legislazione del 1865 e del 1889, nel quadro di un contesto legislativo che è quello di un secolo dopo, e non quello di allora.

4. Fin qui, l'esposizione puramente descrittiva, non dimostra analiticamente, ma non per questo arbitraria, dello stato della legislazione di cento anni fa, e delle sue trasformazioni. Alla luce di essa, le correlazioni qui sostenute, tra normativa di azione e regolamento, e normativa di esistenza e legislazione, non paiono più tanto in contrasto col dato positivo, così come esso è rilevabile almeno a grandi linee. Però, pare possibile accennare ad un passo ulteriore: passare dal piano dell'essere a quello del dover essere, cercando di sostenere che tali correlazioni discendono necessariamente dalle linee fondamentali dello Stato dell'età liberale.

Si comincerà dalla ripresa e dallo sviluppo di uno spunto già accennato. Quando si distingue il regolamento dalla legge, in nessun modo questa distinzione può considerarsi esaurita nei soli caratteri formali del primo nei confronti della seconda, dei soli caratteri che sono alla base del rapporto che è usualmente tracciato tra l'uno e l'altra, nel quadro della più elementare delle teorie delle fonti: in nessun modo cioè, questa distinzione può considerarsi esaurita nella pura e semplice subordinazione della fonte secondaria a quella primaria ad essa sovraordinata. Il regolamento, infatti, per il proprio carattere necessario di normazione proveniente dall'amministrazione, carattere che è tutt'altro che formale, ma che è essenziale, si presenta come una fonte che, anche al di là e indipendentemente dal rapporto di subordinazione alla legge nel quale si trova, ha intrinsecamente degli invalicabili limiti di contenuto, quindi ha intrinsecamente degli invalicabili limiti sostanziali. È per questi suoi invalicabili limiti intrinseci sostanziali e di contenuto, che il regolamento, poiché è una normazione proveniente dall'amministrazione, non solo non può essere la fonte attributiva ad essa dei suoi poteri, ma, conseguentemente, non può neppure determinare i confini esterni di quei poteri stessi. Sopra, questa affermazione è stata basata su considerazioni attinenti al diverso livello degli interessi pubblici coinvolti: l'interesse dell'amministrazione, che è pubblico perché è soggetto pubblico l'amministrazione stessa; e l'interesse generale dell'ordinamento, che è l'unico in forza del quale un interesse individuale può essere protetto contro l'interesse dell'amministrazione, configurandolo come diritto soggettivo, e dunque limitando correlativamente i poteri dell'amministrazione medesima. Qui si può aggiungere questo: l'ordinamento generale è per sua natura intrinseca essenzialmente unitario; perciò, l'autonomia di tutti i suoi soggetti, ivi compreso, e anzi a cominciare da quel particolare soggetto che è l'amministrazione, non può essere né auto-attribuita né auto-determinata, ma solo derivata dall'ordinamento generale stesso. Se la formazione dello Stato di diritto dell'età liberale è consistita anzitutto nella costruzione di un ordinamento generale caratterizzato da tale unitarietà intrinseca, nella riduzione dell'amministrazione da fattore istituzionale autonomo a soggetto di questo ordinamento, la cui capacità, i cui poteri sono da questo ordinamento derivati e determinati, allora si deve concludere che quei limiti essenziali e di contenuto della fonte regolamentare sono coesenziali allo Stato di diritto stesso, e ad ogni teoria delle fonti ad esso coerente.

Nello sviluppo del ragionamento, queste considerazioni non hanno solo il ruolo di porre in evidenza ulteriori elementi in base ai quali suffragare l'affermazione di partenza, secondo la quale le norme di esistenza dei poteri dell'amministrazione, le norme che possono tutelare addirittura come diritti soggettivi i contrapposti interessi individuali non possono mai avere solo forma e livello regolamentare: esse hanno anche lo scopo di ricordare quanto intrinsecamente la distinzione tra regolamento e legge sia connessa con fattori sostanziali, e sia pure, almeno fino a questo punto del discorso, solo nel senso dei limiti sostanziali che necessariamente ineriscono ad una normazione di forma e livello solo regolamentare.

Il problema, però, può e deve essere visto anche in senso opposto: nei confronti di limiti sostanziali inerenti anche alla normazione avente forma e livello legislativo. È possibile che almeno tracce di questi limiti siano ancor oggi rintracciabili nell'attuale assetto costituzionale: come si cercherà di dire, è dalla loro rilevazione, e dalla rilevanza che ad essi potrà essere data, che dipenderà in larga misura la permanenza di una giurisdizione del giudice ordinario, nei confronti dell'azione dell'amministrazione come soggetto di diritto pubblico. Ma, sicuramente, non si può negare che limiti del genere siano esistiti, all'epoca nella quale il nostro sistema di giustizia amministrativa prese forma, o quanto meno siano stati allora affermati. Non bisogna dimenticare che tutta la problematica della legge in senso formale e delle leggi in senso sostanziale è stata trattata dalla pubblicistica tedesca della seconda metà del secolo scorso anche

nelle prospettive dei limiti di competenza del parlamento prussiano nei confronti del monarca e del suo cancelliere.

In una analisi che lasci anche solo un minimo di spazio alla considerazione della evoluzione storica, la distinzione tra legge e regolamento, che di solito, specie da parte degli amministrativisti, si tende ad appiattare circoscrivendola nel quadro di una asettica teoria delle fonti del diritto, appare viceversa indissolubilmente connessa con la divisione dei poteri; e con una divisione dei poteri che è tutt'altra cosa che un semplice modulo organizzativo, o addirittura un mero schema descrittivo più o meno fedele di un dato assetto istituzionale: è un insieme di relazioni tra istituzioni politiche create dalla storia, secondo rapporti che è la storia che definisce. Nella concretezza della evoluzione costituzionale del secolo scorso, soprattutto, anche se non solo, la contrapposizione propria dei sistemi dualistici tra un esecutivo fondato sulla istituzione monarchica, e comunque non basato, almeno direttamente, sulla rappresentanza politica, e un legislativo limitatamente, parzialmente, ma progressivamente sempre più fondato sugli istituti della democrazia rappresentativa; e dunque sì la graduale erosione del fondamento autonomo del primo, rispetto al graduale sopravvento del secondo; ma, anzitutto, l'originaria indipendenza, l'originaria separatezza e relativa impermeabilità dell'uno rispetto all'altro.

Il nostro sistema di giustizia amministrativa non può che affondare le sue radici in questi istituti, in questi assetti, in queste relazioni. I problemi di fondo della giustizia amministrativa non solo non possono essere impostati in termini che siano in essa circoscritti, come del resto è generalmente ammesso; e neppure possono essere impostati solo in termini che derivano dal diritto amministrativo sostanziale, come pure è perciò generalmente riconosciuto: i problemi di fondo della giustizia amministrativa sono problemi essenzialmente di diritto costituzionale. Espressione, questa, che può essere intesa per lo meno in tre significati: anzitutto, nel senso che i problemi di fondo della giustizia amministrativa devono essere impostati sulla base delle norme che la Costituzione dedica alla materia: soprattutto, gli art. 24, 103, 113, ecc.; prospettiva, questa, chiaramente insufficiente, proprio perché generalmente si ammette che le basi della giustizia amministrativa si rinvengono quanto meno nel diritto amministrativo sostanziale, perché generalmente si ammette che il sistema di giustizia amministrativa tenda ad atteggiarsi diversamente, in funzione delle possibili configurazioni del rapporto sostanziale tra singolo e amministrazione; perciò, l'affermazione che i problemi di fondo della giustizia amministrativa sono essenzialmente di diritto costituzionale deve essere intesa almeno nel senso che tali problemi di fondo sono influenzati dalle scelte decisive, che come tali non possono essere che di diritto costituzionale, nella configurazione di quel rapporto, nelle ricorrenti contrapposizioni tra momento della libertà e momento dell'autorità, tra momento individuale e momento collettivo. Ma anche questo significato dell'affermazione avanzata sembra insufficiente: i problemi di fondo della giustizia amministrativa sono essenzialmente problemi di diritto costituzionale, anzitutto perché sono condizionati dall'assetto dell'organizzazione costituzionale dello Stato, e dei rapporti tra i suoi organi costituzionali, e dalla evoluzione dell'uno e degli altri.

5. Le norme di esistenza dei poteri dell'amministrazione sono le norme che delimitano l'autonomia dell'amministrazione stessa, anche in contrapposizione a quella degli altri soggetti dell'ordinamento, a cominciare dai soggetti privati, la quale viene così garantita; e ciò, in funzione dell'interesse che è pubblico perché è pertinente all'ordinamento generale, il quale è anche l'unico che abbia la forza di subordinare, oltre un certo limite, ad interessi individuali, l'interesse che è pubblico solo perché pertinente ad un soggetto dell'ordinamento che è pubblico, come l'amministrazione. Se il codice civile è il complesso delle norme dell'ordinamento generale che circoscrivono le autonomie individuali, regolandone i rapporti reciproci, ebbene svolge un ruolo analogo il complesso delle norme di esistenza dei poteri dell'amministrazione, che circoscrivono le autonomie pubbliche e le autonomie private, regolando i rapporti reciproci tra amministrazioni pubbliche e soggetti privati, e tra amministrazioni pubbliche tra di loro. Norme di diritto civile, e norme di esistenza dei poteri dell'amministrazione, costituiscono tutte, e costituiscono tutte a pari e pieno titolo, l'ordinamento generale, inteso come il sistema globale delle autonomie, il quale consiste ugualmente nell'insieme delle une e delle altre, e che in questa globalità, e solo in questa globalità, può trovare la sua intrinseca essenziale unità.

Le norme di esistenza dei poteri dell'amministrazione, dunque, sono le norme tipiche di una legislazione che abbia per contenuto essenziale la definizione, anche reciproca, delle autonomie dei soggetti dell'ordinamento generale, in vista dell'interesse di questo ordinamento, che di per sé trascende e quindi subordina quello di qualsiasi soggetto di esso, anche quello dell'amministrazione, come soggetto di diritto pubblico. Ora questa legisla-

zione è a sua volta caratterizzata da un ben preciso tipo di legislatore: del Parlamento dello Stato liberale, dello Stato che per definizione affida la società al giuoco delle libere scelte dei suoi componenti, limitandosi a porre solo i confini esterni entro i quali esse possono essere operate, ossia a definire i limiti delle autonomie di quei componenti stessi.

Quel che qui preme soprattutto mettere in risalto, è che è coerente con questa concezione dello Stato liberale, del suo Parlamento e della sua legislazione, che la legislazione avente per oggetto le pubbliche amministrazioni, e i loro rapporti con gli altri soggetti dell'ordinamento, a cominciare da quelli privati, sia una legislazione circoscritta alla normativa di esistenza dei poteri di quelle amministrazioni, e non si estenda anche alla normativa di azione, alla normativa di esercizio di questi poteri stessi.

Il primo ordine di ragioni di questa limitazione, è rintracciabile nell'applicazione all'amministrazione delle considerazioni appena svolte in linea generale, per tutti i soggetti dell'ordinamento: nello Stato dell'età liberale, l'amministrazione è anzitutto, per sua essenza, un soggetto dell'ordinamento generale, con tutto quello che questa notazione implica; in primo luogo, è un soggetto dotato di propria autonomia: se il diritto privato è il diritto delle autonomie dei privati, ebbene il diritto amministrativo è perciò definibile per l'essenziale come il diritto delle autonomie delle pubbliche amministrazioni; quindi, è un soggetto che opera concretamente per il perseguimento dei propri fini, che in questo caso gli sono propri con carattere istituzionale, mediante l'esercizio dei poteri che l'ordinamento generale gli attribuisce. Questo è un dato di estrema importanza, che sembra essere stato insufficientemente apprezzato nella letteratura; altrimenti, non avrebbero potuto avere tanta fortuna, per esempio, certe notissime teorie, che configurano l'attività amministrativa, non solo quella vincolata, ma addirittura anche quella discrezionale, come un'attività di mera esecuzione della legge, e non come un'attività che l'amministrazione pone in essere per il perseguimento dei propri fini, entro i limiti che l'ordinamento generale assegna alla sua autonomia, e con l'utilizzazione degli strumenti giuridici pubblicistici che l'ordinamento generale le attribuisce; una prospettiva come quella criticata, almeno se riferita alla normativa di esistenza dei poteri dell'amministrazione, avrebbe la stessa sensatezza di quella secondo la quale un soggetto privato, poniamo un imprenditore, quando fa contratti, negoziando corrispettivi e clausole, pone in essere una attività che il giurista deve apprezzare come di mera esecuzione degli art. 1321 e ss. del codice civile. Semmai, tale prospettiva sarebbe meno fuorviante, se riferita alla normativa di azione, che si fonda su valutazioni generali e preventive del modo ottimale di esercizio dei poteri dell'amministrazione, che consiste perciò nelle regole che sono state considerate appunto ottimali per il miglior perseguimento dei suoi fini da parte dell'amministrazione, mediante lo esercizio dei suoi poteri; ma è proprio per i limiti che sono parsi connaturati nella legislazione dello Stato liberale, che tale normativa di azione, quando essa non consista in quelle regole funzionali non scritte progressivamente rilevate dalla giurisprudenza amministrativa, via via che è venuta configurando le varie figure dell'eccesso di potere mediante le quali sanziona la loro violazione, si deve tradurre in norme scritte provenienti dall'amministrazione stessa: una legislazione che per l'essenziale sia regolatrice di autonomie dall'esterno, non può che lasciare ai soggetti di tali autonomie la disciplina, quindi la auto-disciplina interna, dell'esercizio dei poteri così attribuiti e delimitati; una legislazione relativa ai poteri dell'amministrazione, che per l'essenziale consista nell'attribuzione e nella delimitazione di essi, non può che lasciare la normativa di azione regolatrice dell'esercizio di questi poteri ad atti che siano essi stessi espressione dell'autonomia dell'amministrazione medesima: tra di questi, soprattutto al regolamento che è l'atto dell'amministrazione che si manifesta con maggiore rilevanza formale, e con maggiore capacità e portata normativa.

Il secondo ordine di ragioni della limitazione alla normativa di esistenza dei poteri dell'amministrazione, della legislazione avente per oggetto questi poteri stessi, che sia tipica dello Stato dell'età liberale, è più specifico, e si riconnette a considerazioni già accennate, sui caratteri dell'esecutivo in tale epoca, e ai suoi rapporti col Parlamento: al fondamento dell'esecutivo nell'istituzione monarchica, e comunque al suo carattere non democraticamente rappresentativo, e ai suoi rapporti con un Parlamento nel quale, viceversa, si pure a partire da basi limitate, ma con sviluppo progressivo, si veniva affermando il principio democratico-rappresentativo. Tali rapporti hanno subito una evoluzione di straordinaria complessità, che ha implicato, tra l'altro, lo sviluppo del condizionamento del primo alla fiducia da parte del secondo, ma che, dal punto di vista che qui più rileva, possono essere colti soprattutto attraverso il progressivo affermarsi del

principio della legittimità dell'azione amministrativa: ossia, per l'essenziale, attraverso la progressiva subordinazione di tale azione, alla legislazione, quindi al principio democratico realizzato attraverso il Parlamento-legislatore. Ora è evidente che la costruzione di un ordinamento generale intrinsecamente unitario, mediante lo sviluppo della legislazione proveniente da un Parlamento sempre più rappresentativo, ha subito implicato la riserva ad esso, la riserva a tale legislazione, dell'attribuzione all'amministrazione dei suoi poteri autoritativi, e della determinazione dei loro limiti esterni; ma si può ragionevolmente supporre che solo in un secondo tempo quel Parlamento, col mutare dei rapporti di forza con l'istituzione monarchica, sia potuto intervenire nella stessa disciplina interna dell'esercizio di quei poteri medesimi: nello Stato liberale, il fondamento istituzionale non parlamentare dell'esecutivo, ha riservato abbastanza a lungo e abbastanza largamente ad esso l'autonomia nella formulazione di quella disciplina, nella quale è entrato il Parlamento solo quando lo Stato liberale non era più tanto tale.

La tesi che si cerca di sostenere, è che la distinzione tra i diritti soggettivi, e quelli che saranno chiamati poi interessi legittimi, tra le norme di esistenza dei poteri dell'amministrazione, tra le quali vi sono quelle norme di relazione che tutelano i primi, e le norme di azione, dalle quali possono derivare i secondi, all'epoca nella quale il nostro sistema di giustizia amministrativa si è formato, tendeva a risolversi senza troppi residui nella distinzione tra legge e regolamento; a questa affermazione, però, si vuole attribuire un significato più ricco: si cerca anche di sostenere che in tale epoca, nell'età dello Stato liberale, tale distinzione tendeva a risolversi, parimenti senza troppi residui, nel riparto di competenze tra esecutivo e Parlamento, delineando non solo nel senso della esistenza di un campo riservato tipicamente alla legislazione, quello della definizione di tutte le autonomie, comprese quelle pubbliche, e dei loro rapporti reciproci, ma anche nel senso dell'esistenza di un campo almeno normalmente precluso a quella legislazione: quello della disciplina interna dell'esercizio dei poteri così attribuiti all'amministrazione, devoluta viceversa alla stessa autonomia dell'amministrazione medesima.

Se ci venisse domandato se siamo in grado di sostenere questo assunto, della mancanza di una normativa di azione in forma di legge nello Stato dell'età liberale, mediante un riscontro analitico della legislazione allora vigente, evidentemente non potremmo rispondere che negativamente. Di più, non abbiamo dubbi che casi di normativa di azione in forma di legge anche allora ce ne fossero; basterebbe pensare agli altri allegati, contrassegnati dalle diverse lettere dell'alfabeto, alla medesima legge 20 marzo 1865 n. 2248, della quale la legge abolitrice del contenzioso amministrativo costituisce l'allegato E: soprattutto alla legge comunale e provinciale, che, oltre alla successiva legge sulle opere pie, sembra essere stati tra i testi legislativi maggiormente applicati dalla quarta sezione del Consiglio di Stato nei primi anni successivi alla sua istituzione. Ma questa mancanza di un riscontro analitico del dato positivo, la stessa supposizione che tale dato non fosse coerente neppure allora con le linee del ragionamento che veniamo proponendo, non ci parrebbero comunque ostacoli insuperabili al suo sviluppo.

Anzitutto, la prospettata limitazione alle norme di esistenza dei poteri del ruolo della legislazione concernente quei poteri stessi, è di sicuro coerente col modello, con l'idea stessa dello Stato liberale; e ciò è sufficiente per basare una ricostruzione di un sistema di giustizia amministrativa, il cui carattere saliente è costituito appunto dalla coerenza con quel modello stesso, di cui è allo stesso tempo completamento ed espressione, indipendentemente dalla misura nella quale questo modello si è poi storicamente inverte nella legislazione amministrativa: è inutile spendere parole per dimostrare quel che è evidente, quel che è già noto, ossia che se vi è una legge ideologicamente impregnata dai valori dello Stato liberale, quella è la legge abolitrice del contenzioso amministrativo; ed è ragionevole supporre, perciò, che il legislatore liberale che, all'indomani del conseguimento dell'unità nazionale, si accingeva alla formulazione di una legislazione nazionale secondo la propria ideologia, delineasse un sistema di giustizia amministrativa funzionale con ciò che quella legislazione doveva essere, più ancora che con quello che quella legislazione in realtà fu.

Inoltre, come si è già rilevato, anche col richiamo di alcuni passi dello Spaventa, all'epoca la legislazione relativa ai poteri dell'amministrazione era comunque scarsa, per lacunosità riguardanti soprattutto la normativa di azione. Solo successivamente, e gradualmente, si è sviluppata quella moltiplicazione della legislazione relativa a quei poteri, che oggi pare addirittura patologica: perciò, solo successivamente si è sviluppata la moltiplicazione della legislazione consistente in normativa di azione regolante l'esercizio di quei poteri, dunque la moltiplicazione di questa normativa in forma legislativa. È quindi ragionevole sup-

porre che se la limitazione della legislazione relativa ai poteri dell'amministrazione alla sola normativa di esistenza di quei poteri, che è parsa tanto coerente col modello dello Stato liberale, non sia stata completamente realizzata neppure quando il legislatore era più ideologicamente marcato in tal senso, la normativa di azione in forma di legge allora fosse fenomeno quantitativamente modesto, e per di più col significato di deroga ai principi che quel legislatore intendeva realizzare nella legislazione.

6. Coerenza ideologica della legge abolitrice del contenzioso amministrativo col modello, se si vuole col mito, dello Stato liberale, presumibile limitatezza quantitativa della normativa di azione in forma di legge, per di più apprezzabile come in deroga ai principi, sono elementi che paiono comunque confortare le linee di ragionamento che siamo venuti svolgendo, al quale ora è possibile dare una rapida conclusione.

Il legislatore dell'età liberale, quando ha esteso e connesso la giurisdizione del giudice ordinario al « diritto civile e politico », ha fatto riferimento ad un concetto allora ben più significativo di quanto possa apparire oggi, alla luce dei nostri giuochi e giuochetti logici: ha fatto riferimento alla tutela di interessi individuali nei confronti dell'amministrazione, che è realizzata dal legislatore; o, se si preferisce, ha fatto riferimento a quegli interessi individuali che sono tutelati nei confronti dell'amministrazione dal legislatore; a tale tutela di interessi individuali, a tali interessi individuali tutelati, si contrapponevano, a parte il problema delle regole funzionali non scritte la cui violazione fosse già possibile configurare come un eccesso di potere, la tutela degli interessi individuali tutelati solo da normazione dell'amministrazione stessa, gli interessi individuali tutelati solo da normazione dell'amministrazione stessa. E la corposità di questa contrapposizione veniva data soprattutto dalla valenza politica dei fattori costituzionali così implicati: di un legislatore, quindi di un Parlamento, sempre più rappresentativo in senso democratico, contrapposto ad un esecutivo ancora robustamente fondato su un diverso fattore istituzionale. Da questo punto di vista, non bisogna sottovalutare neppure il significato della doppia aggettivazione che il legislatore del 1865 ha aggiunto al termine « diritto »: « civile », anzitutto, come richiamo della posizione del singolo nella società civile, costituita da un insieme di diritti, a cominciare da quello di proprietà, la cui rilevanza nella ideologia dell'epoca non ha davvero bisogno di essere sottolineata, e che perciò erano considerati particolarmente meritevoli di protezione nei confronti di un'amministrazione a tale società civile sentita come contrapposta, e comunque autoritaria; e poi « politico », come richiamo a quei poteri col cui esercizio il cittadino può influenzare, direttamente o indirettamente, quella amministrazione, rendendola così meno autoritaria. E anche per queste aggettivazioni, che la locuzione adottata dal legislatore del 1865 è densa di significati ben altrimenti rilevanti di quelli sottintesi dal termine così astratto di « diritto soggettivo », che pare preso pari pari dalle classificazioni concettuali distillate dalla teoria delle situazioni giuridiche soggettive, tradendo i valori sostanziali, tradendo la politicità che impregna lo spirito della legislazione così interpretata. Il che pare confermare la prima delle supposizioni sopra accennate, sul perché il nostro sistema di giustizia amministrativa oggi ci pare fondato su basi così insufficienti, e quindi tanto incomprendibile: oggi, anche nei tentativi di ricostruire in modo storicamente fedele il significato da dare all'espressione adottata dal legislatore del 1865, non si riesce ad attribuire alla tutela di un interesse individuale come diritto soggettivo, all'interesse individuale tutelato come diritto soggettivo, una rilevanza paragonabile a quel significato che quel legislatore dava ad essa.

Il nostro sistema di giustizia amministrativa era allora fondato e giustificato dal particolare assetto costituzionale dello Stato liberale che si è cercato di ricordare: da un particolare assetto di rapporti tra legislazione e regolamento, tra Parlamento ed esecutivo. E non solo dal particolare assetto dei rapporti tra questi fattori costituzionali: anche da quello dei rapporti tra essi e il giudice ordinario. Interpretata l'espressione « diritto civile e politico » nel senso di tutela legislativa di interessi individuali, di interessi individuali tutelati dalla legge, al giudice ordinario, al giudice per eccellenza, non tanto e non solo veniva attribuita la funzione di garantire le situazioni giuridiche individuali che il legislatore liberale veniva via via considerando come meritevoli della massima protezione da parte dell'ordinamento generale, veniva via via configurando come diritti soggettivi: in una prospettiva meno esclusivamente individualistica, bisogna dire che al giudice ordinario, al giudice per eccellenza, veniva attribuita soprattutto la funzione di garantire il rispetto della volontà del Parlamento cristallizzata nella legge, da parte di una amministrazione ancora largamente basata su un diverso e indipendente fattore istituzionale; e, per il descritto riparto di competenze tra legge e regolamento, quindi tra Parlamento ed ese-

cutivo, a tale giudice, tale funzione gli veniva assicurata in modo pressoché completo: gli sfuggiva solo l'area, allora relativamente limitata, della legislazione consistente in normativa di azione. A parte questa area, a tale giudice era preclusa solo la tutela degli interessi individuali attuata dalle regole non scritte della discrezionalità amministrativa, e quella attuata con autodeterminazioni dell'amministrazione, al massimo in forma regolamentare; a tale giudice erano preclusi solo gli interessi individuali tutelati da quelle regole e da quelle autodeterminazioni. E, impostati i problemi della giustizia amministrativa nella prospettiva dei rapporti tra Parlamento ed esecutivo, risulta evidente quanto questa tutela, quanto questi interessi, fossero politicamente meno significativi della tutela da parte della legge, degli interessi individuali tutelati dalla legge.

La legge abolitrice del contenzioso amministrativo, dunque, va considerata non solo dall'angolo visuale della estensione della garanzia giurisdizionale di interessi individuali: con essa, il legislatore liberale risolse quasi completamente il problema di dare effettività ai comandi cristallizzati nella legge che il Parlamento rivolgeva all'esecutivo, che era poi il problema di maggior rilievo nel quadro dei rapporti che si venivano instaurando tra Parlamento sempre più largamente rappresentativo ed esecutivo stesso. E da questo arricchimento delle ragioni della legge del 1865, risultano più chiari i motivi della soccombenza dell'opposizione ad essa del Cordova: la diminuzione di protezione che venivano a subire gli interessi individuali non tutelati come diritti soggettivi, in quanto per la maggior parte interessi individuali non tutelati dalla legge, non era un costo eccessivo da pagare per far garantire dal giudice ordinario, dal giudice per eccellenza, i diritti soggettivi come interessi individuali tutelati dalla legge, e quindi il rispetto di questa legge stessa da parte dell'amministrazione, per un legislatore la cui preoccupazione preminente fosse appunto quella di assicurare questo rispetto. E se dopo il 1865 il problema politico fondamentale diventò quello consequenziale, quello della « Giustizia nell'amministrazione », il primo termine della sua impostazione non consisteva affatto, anzitutto, nella estensione del sindacato giurisdizionale, di un sindacato giurisdizionale eventualmente da istituire *ex novo*, sull'azione amministrativa, sotto i profili la cui valutazione al giudice ordinario era preclusa: tale termine riguardava la premessa sostanziale imprescindibile di questa estensione, ossia l'estensione delle regole sostanziali di vincolo di quella azione; una rilettura in questa chiave del discorso dello Spaventa, fa risaltare quanto rilievo in esso aveva anzitutto l'esigenza dell'estensione di queste regole sostanziali, in particolare, come si è ricordato, attraverso l'estensione della legislazione relativa ai poteri dell'amministrazione, che dunque doveva arrivare ad investire sempre più largamente la disciplina interna dell'esercizio di essi. E allora si può intravedere che il legislatore del 1889 non fu solo un legislatore più accorto di quello del 1865, un legislatore più sensibile alle esigenze della « Giustizia nell'amministrazione »: fu anche un legislatore che, dopo quasi un quarto di secolo, nel quale le trasformazioni del sistema monarchico-costituzionale in sistema parlamentare cominciavano già a realizzarsi ampiamente, si muoveva in un contesto nel quale, secondo l'auspicio dello stesso Spaventa, l'attribuzione alla normativa anche di azione della veste legislativa non era più un fenomeno tanto eccezionale: non solo essa tendeva a moltiplicarsi, ma soprattutto, per la trasformazione del sistema generale, non era più sentita come una deroga ai principi, ai principi di uno Stato liberale che cominciava ad essere molto meno tale.

In questa prospettiva, la scelta della soluzione della istituzione della quarta sezione di un organo amministrativo come il Consiglio di Stato, come strumento per l'estensione di un sindacato sull'azione amministrativa che poi sarebbe diventato giurisdizionale, appare veramente come il frutto di un compromesso: tra le ragioni dell'autonomia dell'amministrazione, che furono soddisfatte subito con l'attribuzione della nuova funzione ad un organo dell'amministrazione stessa, e le ragioni del rispetto della volontà parlamentare cristallizzata nella legge, che furono soddisfatte successivamente e gradualmente, con la giurisdizionalizzazione di quella funzione, che fu progressivamente accettata, e anzi imposta, da componenti sempre più significative di un intero mondo politico e istituzionale, di cui la Cassazione romana costituì un elemento di punta, per una serie di ragioni che sempre più chiaramente si intuiscono essere state di carattere costituzionale generale.

Come si sa, allora furono molte le opinioni contrarie a riconoscere alle funzioni esercitate dalla quarta sezione carattere giurisdizionale, basate soprattutto sulla considerazione che solo dove vi sono diritti soggettivi vi può essere giurisdizione, e che il nuovo organo, per definizione, era stato istituito per assicurare tutela a interessi individuali che come diritti soggettivi non erano protetti, di diritti soggettivi perciò non poteva conoscere;

rileggendo le pagine in questo senso di Vittorio Emanuele Orlando, di Santi Romano, è possibile rilevare quanto fosse presente in questa impostazione, per quanto implicitamente, la valutazione che non è legge « il diritto obiettivo » che tutela gli interessi individuali di chi a tale nuovo organo può presentare ricorso; così, l'affermazione per la quale dove non c'è diritto soggettivo non c'è giurisdizione, tende, sia pure più o meno esplicitamente e consapevolmente, a tramutarsi nell'altra, per la quale dove non c'è legislazione non c'è giurisdizione; perciò, il generalizzarsi dell'accettazione del carattere giurisdizionale delle funzioni esercitate dalla quarta, e poi anche dalla quinta sezione del Consiglio di Stato, in parallelo col moltiplicarsi della normativa di azione in forma di legge: il che vuol dire, in parallelo col moltiplicarsi del sindacato amministrativo ormai giurisdizionale, avente la legge come parametro di valutazione.

Il dualismo del nostro sistema di giustizia amministrativa, così come esso è stato delineato dalla legislazione del 1865 e del 1889, appare fondato sulla contrapposizione tra legge e regolamento, che è il punto di emergenza della contrapposizione tra Parlamento ed esecutivo: esso, perciò, ha per base, ed è anzi solo il riflesso, del dualismo dell'intero sistema costituzionale generale. Pare perciò che le ragioni più profonde e più vere della sua attuale crisi, della sua perdita di giustificazione e di significato, siano il risultato dei mutamenti intervenuti nel sistema costituzionale generale stesso: del superamento del dualismo che lo caratterizzava, con l'affermarsi del monismo che è tendenziale di ogni sistema parlamentare: di ogni sistema che eleva a proprio fondamento e ragione il principio democratico rappresentativo, per utilizzarlo, però, solo nella composizione di un unico organo costituzionale dello Stato, appunto il Parlamento.

Si era notato all'inizio che il superamento del dualismo del nostro sistema di giustizia amministrativa emerge anche e soprattutto con l'attenuarsi delle differenze tra tutela giurisdizionale amministrativa, tra processo amministrativo da una parte, e tutela giurisdizionale civile, processo civile dall'altra. Si può adesso individuare con maggiore precisione il fattore di questa evoluzione che pare essere preminente: l'amministrazione, anche per quel che riguarda la disciplina dell'esercizio dei suoi poteri da parte della normativa di azione, è sempre più soggetta alla legislazione; e dunque il giudice amministrativo sempre più largamente valuta la legittimità della sua attività con lo stesso parametro di valutazione di essa che è stato esclusivo del giudice ordinario: la legge. Di fronte all'estendersi di questo dato tendenzialmente livellatore, l'applicazione giurisdizionale della legge, la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi sembra essere percepibile solo attraverso schemi giuridici puramente classificatori, e quindi sembra ridursi ad una rilevanza assolutamente insufficiente a giustificare il perdurare del dualismo del nostro sistema di giustizia amministrativa: nella concretezza della attuale situazione, il perdurare di una misura di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti dell'azione dell'amministrazione come soggetto di diritto pubblico, che perciò tende tutta ad essere assorbita dalla giurisdizione del giudice amministrativo.

Il discorso, però, non pare concluso qui: certo, la rilevanza della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, che era alla base della duplicità di giurisdizioni sull'attività dell'amministrazione come soggetto di diritto pubblico, nel suo significato originario è ormai perduta. Ma ciò non esclude che un recupero di essa sia ancora possibile, attraverso un'altra via; quale questa sia, è evidente: una più affinata analisi della normazione in forma di legge riguardante i poteri dell'amministrazione, al fine di accertare se è ancor oggi possibile individuare dei perduranti caratteri specifici della normazione di azione, di disciplina dell'esercizio di quei poteri, rispetto alla normazione di esistenza, di determinazione dei limiti esterni di essi. Anche dal punto di vista dei problemi della giustizia amministrativa, dunque, si rivela essere importante e urgente, una indagine che appare imposta dalle esigenze di soluzione pure di altri numerosi e gravi problemi di diritto pubblico: l'analisi e la definizione dei possibili contenuti della legge in senso formale, che richiede proprio la generalizzazione di questa veste, come forma di sempre più numerosi, e perciò sempre più eterogenei provvedimenti legislativi. E quel recupero della rilevanza della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, appare in una certa misura ancor oggi possibile: una volta che alla distinzione tra legge e regolamento si sia dato un contenuto sostanziale, la circostanza che il legislatore dia sempre più spesso forma legislativa a contenuti sostanzialmente regolamentari, deriva in conclusione, solo da un mutamento del soggetto, dell'organo emanante; da un mutamento dell'elemento soggettivo dell'atto, cioè, che come tale non può mutarne il contenuto e la sostanza, che perciò possono essere sempre individuati e rilevati nella peculiarità dei loro caratteri.

Ma il discorso, se non è concluso, deve essere però interrotto: non si può costringere in un intervento, quel che a stento può essere compreso in un volume.

Una annotazione finale è però sempre possibile accennare: la forza del sistema di giustizia amministrativa delineato con la legislazione del 1865 e del 1889, deriva dalla sua coerenza con un ben preciso tipo di Stato, lo Stato di diritto dell'età liberale, che veniva largamente realizzato in una stagione della nostra legislazione, e che più ancora veniva allora teoricamente e ideologicamente definito. Oggi noi sappiamo che quel modello è superato, riusciamo anche ad individuare le linee della evoluzione che ha portato al suo superamento, ma non riusciamo a definire con uguale precisione il nuovo modello di Stato, che comunque, quale esso sia, non viene ugualmente largamente realizzato nella nostra legislazione attuale, ancora troppo nettamente tipica di un'epoca di transizione. Perciò, il nuovo sistema di giustizia amministrativa sta emergendo più per determinismo di conseguenze che per finalizzazione di azione legislativa, e, nei confronti di quello che stiamo abbandonando, si presenta peggiore qualitativamente almeno sotto un aspetto: non ha uno Stato e un'idea di Stato rispetto al quale esso possa essere pensato come consapevolmente funzionale.