

Aldo Sandulli

# L'oracolo del diritto amministrativo: il Consiglio di Stato nell'esercizio della funzione giurisdizionale

(doi: 10.1411/10360)

Le Carte e la Storia (ISSN 1123-5624)

Fascicolo 2, dicembre 1999

**Ente di afferenza:**

*Università di Trieste (units)*

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

**Licenza d'uso**

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

## Discussioni

### L'oracolo del diritto amministrativo: il Consiglio di Stato nell'esercizio della funzione giurisdizionale\*

di Aldo Sandulli

#### 1. Premessa

Mentre nell'Europa continentale era in pieno svolgimento il processo di codificazione, che doveva condurre, pochi decenni più tardi, all'elaborazione del *Code civil* napoleonico<sup>1</sup>, negli Stati Uniti, nel 1789, venivano alla luce, a opera di un avvocato del nord-est, Ephraim Kirby, i *Connecticut Reports*, cioè la prima raccolta di *cases* d'oltreoceano. A essa seguirono, di lì a poco, raccolte simili, relative alle decisioni di tutte le corti di giustizia statunitensi, dalla Corte Suprema alle corti federali periferiche<sup>2</sup>. Si formò, in tal modo, un diritto fondato sul *case law*<sup>3</sup>, in cui, "si procede per gradi e per tentativi, per contraddizioni e prese a prestito, per 'trend' nell'esplorazione dei quali alcuni soggetti o gruppi d'interesse si assumono di volta in volta la responsabilità di andare a vedere per primi cosa c'è un po' più avanti"<sup>4</sup>. Si costituì un diritto "non paternalistico", nel quale "la giurisprudenza diventa il linguaggio della discussione politica e la base di ulteriori richieste di trasformazione" e in cui "alla fine si raggiunge un equilibrio che è sempre provvisorio"<sup>5</sup>.

Se, dunque, nei paesi anglosassoni, è tradizionale consuetudine quella di assemblare in raccolte le più rilevanti decisioni della giurisprudenza, negli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale il medesimo fenomeno si è verificato molto più tardi e con minore incidenza sul sistema delle fonti di diritto<sup>6</sup>.

Il positivismo giuridico, che ha dominato la cultura giuridica nei sistemi di *civil law*, ha ritardato notevolmente il processo di riconoscimento della rilevanza della funzione pretoria della giurisprudenza<sup>7</sup>. In Italia, questa fase evolutiva ha avuto inizio molto più tardi rispetto agli altri paesi europei, forse perché molto più a lungo il positivismo ha continuato a manifestare i propri effetti<sup>8</sup>.

Un sintomo della scarsa attenzione per la funzione pretoria svolta dalla giurisprudenza è fornita dalla circostanza che, per quanto attiene al diritto amministrativo, in Francia e in Germania, raccolte relative alle principali decisioni del *Conseil d'Etat* e del *Bundesverwaltungsgericht* sono da molti anni assai diffuse (in particolare, la raccolta dei *Grands arrêts du Conseil d'Etat* rappresenta un punto di riferimento fondamentale per la scienza giuridica d'oltralpe), mentre, in Italia, un'analogha raccolta non è mai intervenuta.

\* Versione rielaborata dell'intervento alla tavola rotonda per il corso di Storia dell'amministrazione, sul tema "Una ricerca sulle grandi decisioni del Consiglio di Stato", svolta nell'ambito del secondo Corso di formazione per l'accesso alla dirigenza pubblica, Scuola superiore della pubblica amministrazione, Roma 30 aprile 1999.

Peraltro, come è stato rilevato, in relazione ai sistemi giuridici dell'Europa continentale, "in modern, developed societies the case-law component will inevitably move into the foreground of attention and that codification can at most delay this"<sup>9</sup>.

## 2. La genesi giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano e il distacco tra scienza giuridica e giurisprudenza

Non è semplice spiegare le ragioni della sottovalutazione del ruolo creativo del giudice amministrativo italiano. È certamente da escludere che l'attività giurisdizionale del Consiglio di Stato sia risultata meno rilevante, rispetto a quella del *Conseil d'Etat*, per l'evoluzione del nostro diritto amministrativo. Come è noto, infatti, il diritto amministrativo italiano è, al pari di quello transalpino, un diritto amministrativo a genesi giurisprudenziale<sup>10</sup>.

Un po' come è accaduto per il *Conseil d'Etat*<sup>11</sup>, a seguito della mancata codificazione delle norme sull'amministrazione pubblica, è stato il Consiglio di Stato a riempire le lacune legislative, a risolvere le antinomie, a introdurre regole e principi al di là della legge ovvero insiti nello spirito della legge. È stato il giudice amministrativo, in definitiva, a creare un sistema di regole speciali relative ai rapporti tra amministrazione e cittadino. E di vera e propria attività pretoria si è trattato, dal momento che, come è stato rilevato, affermare "che un diritto speciale, non codificato, è conosciuto solo da un giudice speciale, significa attribuire a quest'ultimo un ruolo sostanzialmente creativo"<sup>12</sup>. Né tale funzione di creazione dei principi del diritto amministrativo si è interrotta nel corso del Novecento, in un contesto in cui la legge ha assunto un ruolo onniregolatore, investendo anche gli aspetti più minuti e insignificanti della vita sociale ed economica. Di fronte all'ipertrofia legislativa, il Consiglio di Stato ha operato, infatti, come "creatore o correttore della legislazione esistente"<sup>13</sup>.

Uno dei motivi per i quali il ruolo del Consiglio di Stato è stato a lungo misconosciuto può essere rinvenuto, forse, nei percorsi paralleli seguiti da giurisprudenza e dottrina. Tranne alcune rilevanti eccezioni, la scienza giuridica nostrana è stata meno partecipe di quella francese dell'opera della giurisprudenza. Ciò sembra addebitabile, per lo più, alla propensione della nostra cultura giuridica al dogmatismo, dovuta all'influenza della scienza giuridica tedesca, di cui la giuspubblicistica italiana ha seguito le feconde tracce, tra la fine dell'Ottocento e i primi decenni del Novecento<sup>14</sup>.

Questo distacco è andato riducendosi nel tempo, soprattutto nel corso degli ultimi decenni, per l'effetto concomitante di svariate ragioni, tra cui, non ultime, la trasformazione del principio di legalità (da principio inteso come primato della legge a principio considerato quale *règle de droit*, comprendente, oltre alla normazione primaria, la Costituzione, la disciplina comunitaria, i principi generali del diritto derivanti dall'elaborazione giurisprudenziale); l'influenza sempre più evidente del diritto comunitario (che è anch'esso un diritto i cui principi fondamentali sono stati elaborati dall'attività creativa della Corte di giustizia europea); il sensibile avvicinamento tra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law* (che comporta vicendevoli condizionamenti). La cultura giuridica, peraltro, sembra ormai consapevole del ruolo creativo che il Consiglio di Stato ha svolto in sede di formazione del nostro diritto amministrativo.

## 3. I periodi di attività giurisdizionale del Consiglio di Stato

Tracciare cesure temporali in relazione all'attività giurisdizionale del Consiglio di Stato, esercitata senza soluzione di continuità, è operazione complessa e, per certi versi, arbitraria.

Peraltro, nella consapevolezza di tali limiti, sembra di poter ripartire l'esperienza del Consiglio di Stato, quale giudice speciale per le controversie tra amministrazione e cittadini e tra amministrazioni, in sei distinti periodi. A tal proposito, è interessante notare come la scansione temporale sia dettata da fattori esterni all'attività del Consiglio e, precisamente, da interventi legislativi.

Il primo periodo, dal 1889, anno della istituzione della Quarta sezione, al 1906, ha rappresentato un'età di intensa attività creativa per il "giudice" amministrativo (in realtà, come è noto, l'incertezza relativa alla natura giurisdizionale dell'attività svolta dalla sezione per il contenzioso è stata fugata soltanto con la legge 7 marzo 1907, successivamente incorporata nel testo unico 17 agosto 1907, n. 638; il carattere giurisdizionale, peraltro, era sostenuto da tempo da un indirizzo giurisprudenziale consolidato della Corte di Cassazione<sup>15</sup>). È stata una fase di sperimentazione creativa, dovuta all'esigenza di elaborare principi, caratterizzanti la specialità del diritto amministrativo, idonei a presiedere alla regolazione di un territorio pressoché vergine, sotto il profilo del diritto positivo. Compito primario della sezione per il contenzioso, pertanto, è stato quello di porre le fondamenta portanti del nostro diritto amministrativo. Nel far ciò, il giudice amministrativo, pur in un'ottica marcatamente pubblicistica, ha mostrato, sin dai primordi, una particolare sensibilità per la tutela dei diritti e delle libertà individuali, soprattutto in relazione alla previsione di strumenti di garanzia, procedurali e processuali, del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. In questo periodo, sono stati elaborati fondamentali criteri relativi, ad esempio, agli elementi e ai vizi dell'atto, ai principi dell'azione, al rito processuale amministrativo di cognizione.

Il secondo, dal 1907, anno di emanazione del testo unico n. 638 e di istituzione della Quinta sezione, al 1923, è stato un periodo, per così dire, interlocutorio. Il passaggio dalla "decisione" alla "sentenza", infatti, ha indotto il Consiglio a un atteggiamento di maggiore prudenza e di tendenziale *self restraint*. Il giudice amministrativo ha badato, cioè, da un lato, a consolidare e integrare gli orientamenti (in particolare, per quanto riguarda l'eccesso di potere e l'impugnabilità degli atti) e, dall'altro, a perfezionare e arricchire i meccanismi del processo amministrativo.

Nel terzo periodo, dal 1924, anno di emanazione della legge di riforma delle competenze giurisdizionali del Consiglio di Stato, al 1947, la cesura non è soltanto giuridica, ma riveste anche valore storico. Gli anni venti, infatti, segnano l'ascesa del regime fascista e del rafforzamento della funzione consultiva del Consiglio di Stato. In tale contesto, il giudice amministrativo, nonostante i tentativi di condizionamento posti in essere dal regime<sup>16</sup>, ha svolto il ruolo di garante dei diritti individuali e dei valori generali dell'ordinamento, dimostrando piena neutralità e indipendenza, rifuggendo dalla tentazione, assai forte in quell'epoca, di compiere letture politiche del diritto<sup>17</sup>. Lo strumento attraverso cui il Consiglio ha adempiuto a questa funzione garantistica è stato l'eccesso di potere amministrativo, che in tale periodo, è tornato al pieno fulgore e si è ampliato sino a investire l'ingiustizia manifesta. Un esempio emblematico della posizione di assoluta indipendenza del giudice amministrativo nei confronti del regime è fornita dal caso *Ruggiero*, del 1931<sup>18</sup>, con il quale è stato ritenuto illegittimo il licenziamento, per scarso rendimento, di un impiegato dall'eccellente profitto, il cui solo addebito consisteva nella detenzione di opuscoli sovversivi. Altra vicenda significativa è data dalla palese divergenza tra l'atteggiamento sostanzialmente critico, assunto dal Consiglio di Stato, nei confronti delle leggi razziali del 1938, e quello tendenzialmente remissivo e ossequiente della Corte di cassazione e della

Corte dei conti<sup>19</sup>. Questo periodo è stato anche segnato da rilevanti, innovativi orientamenti, quali, ad esempio, quelli relativi al giudizio di ottemperanza, all'atto politico, alla potestà discrezionale della pubblica amministrazione, e così via.

Il quarto, dal 1948, anno di entrata in vigore della Costituzione repubblicana, al 1969, ha costituito un periodo condizionato, in senso positivo, dalla ampiezza della visione democratica ed egualitaria derivante dalle disposizioni costituzionali (in particolare, da quelle contenute nella prima parte della Costituzione) e, in senso negativo, dall'intensificato processo di capillare legificazione di tutti aspetti della vita sociale ed economica del paese (anche a seguito della rinnovata centralità parlamentare, come reazione all'autoritarismo del potere esecutivo). Un intenso processo di trasformazione ha investito, in questo periodo, il nostro ordinamento, con il passaggio allo Stato pluriclasse, con la moltiplicazione delle funzioni amministrative, dei soggetti pubblici, dell'articolazione dei poteri, degli interventi pubblici, con la crescita esponenziale dell'amministrazione di prestazione. In tale complesso contesto, il Consiglio di Stato ha svolto, principalmente, un'attività di riconduzione a sistema, in via di interpretazione, della frammentata e ipertrofica normazione e di identificazione dei principi generali dell'azione costituenti le necessarie chiavi di lettura della normazione primaria. Non è casuale che il legislatore, nelle rare occasioni in cui ha tentato di elaborare, in funzione di riordino, provvedimenti organici, lo abbia fatto guardando, principalmente, agli orientamenti "ricostruttivi" della giurisprudenza: si pensi, ad esempio, alla genesi del testo unico n. 3/1957, sugli impiegati civili dello Stato<sup>20</sup>, fondato soprattutto sull'indirizzo giurisprudenziale che, dalle posizioni privatistiche o contrattualistiche di inizio secolo, ha ricondotto, nella prima metà del Novecento, il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni nel campo del diritto pubblico<sup>21</sup>.

Nel quinto periodo, dal 1970, anno di istituzione dei Tribunali amministrativi regionali, al 1989, si è assistito a un rinnovato vigore dell'attività pretoria, a causa sia della tendenziale presa di coscienza della necessità di modificare il modo di intendere il rapporto tra l'amministrazione e il cittadino, sia dei primi influssi del diritto comunitario sul diritto nazionale. Risalgono a questo periodo orientamenti incentrati nell'ampliamento della legittimazione procedimentale e processuale, nell'effettuazione di un sindacato sostanziale di legittimità dell'azione, nel perfezionamento dei meccanismi di tutela cautelare e del processo di esecuzione.

Il sesto periodo, ancora in corso, va dal 1990, anno di emanazione delle prime importanti leggi di riforma amministrativa, ai giorni nostri. L'avanzato processo di integrazione comunitaria, il modificato atteggiamento del legislatore, che emana più leggi di principi che di dettaglio, il programma di modernizzazione del paese, che passa necessariamente attraverso la riforma amministrativa, hanno completamente mutato il quadro in cui si esplica l'attività del giudice amministrativo. In questo contesto, il Consiglio di Stato è chiamato a una fondamentale opera di integrazione delle fonti normative sulla base dei principi generali dell'ordinamento. Si pensi, ad esempio, alla legge n. 241/1990: buona parte dei principi in essa contenuti devono essere letti alla luce degli orientamenti giurisprudenziali<sup>22</sup>. È proseguita, inoltre, l'opera di elaborazione di strumenti processuali idonei ad adeguare il processo amministrativo alle rinnovate esigenze (si pensi, ad esempio, all'opposizione di terzo). Infine, anche a seguito del definitivo superamento della concezione dell'eccesso di potere fondato sulle cd. figure sintomatiche, "la nuova, decisiva, frontiera del giudice amministrativo sembra, adesso, consistere nella fissazione degli ambiti dei principi di econo-

micità, di ragionevolezza, di adeguatezza, di imparzialità, stabiliti dalla legge, e nella determinazione delle condizioni alla stregua delle quali essi possono ritenersi attuati nei singoli ordinamenti di settore”<sup>23</sup>.

In definitiva, può rilevarsi, in via di estrema sintesi, come a periodi di grande spinta creativa, come il primo, il terzo e il quinto, siano seguite fasi in cui tale impulso ha avuto minore intensità, come la seconda, la quarta e la sesta. A tal proposito, peraltro, sembra di poter notare che, nell’attuale fase, più che di un ridimensionamento dell’attività pretoria del giudice amministrativo, si possa parlare di una presa di coscienza del ruolo centrale del Consiglio di Stato nella costruzione del diritto amministrativo, e, al contempo, del mutamento di tale ruolo a seguito della evidenziata trasformazione del quadro di riferimento, conducente all’elaborazione di una serie di “codici” (più propriamente, di leggi di principi), ripartiti per materia.

Disegnato il quadro panoramico, volto a fornire una visione d’insieme dell’attività giurisdizionale del Consiglio di Stato, a delineare le dinamiche temporali e a consentire un giudizio complessivo circa tale attività, può pervenirsi a un’analisi di dettaglio, altrettanto significativa, relativa all’individuazione delle grandi decisioni del Consiglio di Stato, che hanno rappresentato fondamentali punti di svolta e di progresso nella storia del nostro diritto amministrativo.

#### 4. *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*

La genesi giurisprudenziale del diritto amministrativo ha fatto sì che il Consiglio di Stato abbia elaborato, nel corso dei sei periodi descritti, una notevole mole di “grandi decisioni”, cioè di quelle pronunce che possiedono il pregio di indicare una nuova direzione o di aprire orizzonti inesplorati alla scienza giuridica.

Oltre al menzionato caso *Ruggiero*, numerose altre sentenze rivestono un alto valore, storico e giuridico.

Può tentarsi di descriverne, a mo’ di esempio, talune, a dimostrazione della costante presenza del giudice amministrativo lungo i tortuosi percorsi evolutivi del diritto amministrativo. Le decisioni richiamate sono estrapolate dai risultati parziali di una ricerca, attualmente in corso, su “Le grandi decisioni del Consiglio di Stato”<sup>24</sup>.

Un primo ambito in cui fondamentale è stato l’apporto del Consiglio di Stato è quello della elaborazione dei principi generali dell’azione amministrativa e dell’individuazione dei limiti del sindacato di legittimità sul corretto uso del potere discrezionale.

Un fugace riferimento al vizio di eccesso di potere amministrativo, contenuto nel celebre caso *Vastarini-Cresi*<sup>25</sup>, ha dato il via a più di un secolo di attività “creativa” del Consiglio di Stato in sede di verifica in ordine al rispetto dei parametri di legittimità circa il corretto uso del potere amministrativo.

L’elaborazione delle cd. figure sintomatiche dell’eccesso di potere è stata operata, infatti, dalla successiva giurisprudenza e, in particolare, da quella prodotta nei primi quattro decenni di attività del Consiglio di Stato. Dal riferimento alla “non contrarietà allo spirito della legge” è stata plasmata e perfezionata la figura dello sviamento di potere (che, in realtà, non rientra propriamente tra i sintomi di vizio, implicando una diretta verifica del medesimo), grazie ai casi *Ruffoni*<sup>26</sup>, *Zoppoli-Rulli*<sup>27</sup>, *Società scolastica “Cesare Anci”*<sup>28</sup>, *Delle Piane*<sup>29</sup>, *Romano*<sup>30</sup>. A essa sono seguite, tra il 1894 e il 1896, l’enunciazione dei principi del rispetto delle legittime aspettative, con il caso *Conti*<sup>31</sup>, e l’elaborazione delle figure sintomatiche del

travisamento dei fatti, con il caso *Gaeta*<sup>32</sup>, della “contraddizione con precedenti atti amministrativi”, con il caso *Berti*<sup>33</sup>, del difetto di istruttoria, con il caso *Paradisi*<sup>34</sup>. Soltanto al 1925, invece, risale il definitivo riconoscimento della sindacabilità giurisdizionale dell’azione amministrativa viziata da ingiustizia manifesta, con il caso *De Michelis*<sup>35</sup>, che ha completato il quadro delle cd. figure sintomatiche. Il sindacato sull’eccesso di potere fondato sulle cd. figure sintomatiche ha consentito di controllare l’azione amministrativa arbitraria, innescando un processo che ha condotto, in tempi recenti, a un sindacato di legittimità di tipo sostanziale, fondato sul rispetto dei principi generali di azione.

Sono state diseginate, inoltre, regole di azione amministrativa, quali quelle del rispetto del principio del contraddittorio (in relazione a determinate procedure e, in particolare, al procedimento disciplinare), con il caso *Chiantera*<sup>36</sup>, dell’impugnabilità del silenzio inadempimento (in casi specifici), con il caso *Longo*<sup>37</sup>, dell’obbligo di motivazione (anch’esso in relazione a specifiche procedure), con il caso *Società di navigazione generale italiana*<sup>38</sup>, del principio di consequenzialità, con il caso *Sacchetto*<sup>39</sup>. Queste decisioni hanno aperto la strada a un ampliamento e a una successiva generalizzazione dell’ambito di applicazione di tali criteri.

Riguardo alla fase costitutiva del procedimento va ricordata la giurisprudenza relativa all’individuazione degli elementi del provvedimento amministrativo e all’elaborazione delle regole attinenti all’esercizio della potestà di autotutela: ad esempio, con il caso *Sogno*<sup>40</sup>, il Consiglio di Stato ha iniziato a definire i limiti del potere di annullamento d’ufficio da parte della pubblica amministrazione, laddove si siano consolidati interessi individuali.

Sono stati fissati, in sostanza, *praeter legem*, i fondamentali principi dell’azione amministrativa e i confini relativi al controllo giurisdizionale sulla legittimità della medesima. Allo stesso modo, è stato costruito, per stratificazione, il diritto processuale amministrativo.

Questa edificazione è stata operata seguendo due direzioni. Da un lato, il Consiglio di Stato ha svolto una funzione di creazione: esempi emblematici, al proposito, sono quelli dell’introduzione del giudizio di ottemperanza e dell’appello avverso l’ordinanza cautelare di sospensione dell’efficacia del provvedimento. Dall’altro, il giudice amministrativo ha esercitato una funzione di sistemazione: si pensi alla costruzione del giudizio di appello o dell’istruzione processuale.

In particolare, in relazione al giudizio di ottemperanza, fondamentale è stato il caso *Intini*<sup>41</sup>, con il quale si è stabilito l’obbligo di conformazione della pubblica amministrazione al giudicato formatosi sulle decisioni del giudice amministrativo. Il meccanismo processuale dell’ottemperanza al giudicato è stato perfezionato con successive pronunce<sup>42</sup>: occorre per lo meno ricordare il caso *Società S.A.S.T.*<sup>43</sup>, con cui sono state definite le funzioni e la natura degli atti del commissario *ad acta*, e il caso *Società Istituto case per lavoratori*<sup>44</sup>, con cui è stata stabilita l’appellabilità della sentenza resa sul ricorso per l’ottemperanza.

Altro esempio è dato dalle decisioni pronunciate dal Consiglio di Stato circa la nozione oggettiva di servizio pubblico. In particolare, va segnalata la sentenza con cui, accanto a una nozione di servizio pubblico in senso stretto ne è stata elaborata una di servizio pubblico in senso lato (caso *Testino*)<sup>45</sup>; e una successiva, con la quale si è definita tale nozione come attività di prestazione “rispondente principalmente ad interessi generali” (caso *ENAT*)<sup>46</sup>. Quello dei servizi pubblici rappresenta il settore in cui, negli anni recenti, il giudice amministrativo va elaborando, anche a causa della copiosa normazione comunitaria, che influenza (e spesso confligge con) quella nazionale, le decisioni di maggiore rilievo (ad esempio, quelle relative all’organismo di diritto pubblico)<sup>47</sup>.

Le decisioni indicate costituiscono soltanto indicativi esempi dell'immenso patrimonio giuridico derivante dall'esercizio della funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato. Si tratta di un patrimonio che merita di essere riordinato, coltivato e valorizzato, non soltanto per il rilievo storico, ma anche per quello giuridico tuttora rivestito, dal momento che ciascuna tra le "grandi decisioni" sembra suscettibile di riprendere "a ribollire e pulsare", cioè a fornire utili indicazioni sulle nuove direzioni da imboccare<sup>48</sup>.

In tal senso, il Consiglio di Stato – sia che s'intenda l'attività creativa come elaborazione di regole *praeter legem*, sia che la s'intenda come interpretazione integrativa, ovvero, in modo kelseniano<sup>49</sup>, come applicazione del diritto – può essere considerato tuttora "l'oracolo del diritto" amministrativo, vale a dire l'organismo chiamato a individuare, sulla base dei mutamenti giuridici e sociali, il punto di equilibrio nei rapporti tra amministrazione e cittadino.

## NOTE

1) Sul processo di codificazione operato, a partire dalla metà del XVIII secolo, nell'Europa continentale, cfr., per tutti G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976.

2) L.M. Friedman, *Storia del diritto americano*, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 324 ss. (trad. it. di *History of American Law*, New York, Simon & Schuster, 1973).

3) K. Llewellyn, *Case Law*, Encyclopedia of the social science, New York, 1930, vol. III, p. 249, "Case law is law found in decided cases and created by judges in the process of solving particular disputes. Case law in some form is found wherever there is law. A mere series of decisions of individual cases does not of course in itself constitute a system of law. But in any judicial system rules of law arise sooner or later out of such decisions of cases, as rules of action arise out of the solution of practical problems, whether or not such formulations are desired, intended or consciously recognized. These generalisations contained in, or built upon, past decisions, when taken as normative for future disputes, create a legal system of precedent. Precedent is operative, however, before it is recognized. Toward its operation drive all those phases of human makeup which build habit in the individual and institutions in the group".

4) M. Marchesiello, *Presentazione*, in L.M. Friedman, *Storia del diritto americano* cit., pp. X-XI.

5) G. Rebuffa, *Presentazione*, in L.M. Friedman, *Storia del diritto americano* cit., p. XXXII.

6) Le origini del fenomeno vanno rinvenute nel modo in cui è stato inteso, nel secolo dei lumi, il ruolo del giudice. Simbolicamente, alla celebre frase di Montesquieu (*L'esprit des loix*, lib. XI, cap. 6), secondo cui "Les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent moderer ni la force, ni la rigueur", fa da contraltare, negli ordinamenti di *common law*, l'altrettanto nota osservazione di William Blackstone (*Commentaries on the Laws of England*, lib. I, p. 69), per cui "the judges in the several courts of justice (...) are the depositaries of the laws; the living oracles, who must decide in all cases of doubt, and who are bound by an oath to decide according to the laws". Nei sistemi di *common law*, come è noto, "la più alta fonte del diritto non era un decreto o una legge ma la "consuetudine generale" che si rifletteva nelle decisioni dei giudici" (L.M. Friedman, *Storia del diritto americano* cit., p. 15). In questi paesi, il potere giudiziario svolge, da tempo immemorabile, un ruolo di bilanciamento tra volontà legislativa, potere esecutivo, salvaguardia di libertà e diritti individuali, principi di giustizia. Sintomatica, a tal proposito, è la vicenda shakespeariana del principe Hal e del giudice Gascoyne: il principe, futuro sovrano, arrestato in una taverna per aver fatto baldoria, si assoggetta placidamente alla punizione inflittagli dal giudice, indipendente e neutrale; il re Enrico IV, venuto a conoscenza del fatto, plaude al coraggio e alla fermezza del giudice (W. Shakespeare, *Enrico IV*, parte II, atto V, scena II: "Happy am I, that have a man so bold / That dares do justice on my proper son; / And not less happy, having such a son / That would deliver up his greatness so/Into the hands of justice").

7) V., tra gli altri, R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997 (trad. it. di *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg, Karl Alber GmbH, 1992).

8) Cfr., in particolare, S. Cassese, *Introduzione allo studio della normazione*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 1992, n. 2, pp. 307 ss. Come è stato rilevato da F. Vassalli, *Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra*, pubblicata in opuscolo, Roma, Tipografia del Senato, 1946, anche in *Studi giuridici*, vol. III, tomo II, *Studi vari (1942-1955)*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 571, nota 2, "i principati assoluti e i cosiddetti regimi di polizia conoscevano i freni che derivavano dal rispetto de *jura quaesita* e la "ragion di Stato" aveva sempre i limiti posti dalla coscienza dei governanti e dai motivi di opportunità e di utilità". Al contrario, "la cosiddetta fase dello Stato di diritto (*Rechtsstaat*), rappresentata come il trionfo del diritto nei confronti dello Stato e l'assoggettamento della pubblica amministrazione alla legge, ha distrutto tutto ciò: a dei limiti effettivi, con la proclamazione della "sovranità della legge", ha sostituito



dei limiti meramente formali e fittizi, aprendo l'adito ai più incontenibili arbitri: tanto più quando la legge, collocata nell'empireo dai teorici di quel diritto pubblico, è poi degradata a docile strumento di qualsiasi sedicente governo".

9) J.P. Dawson, *The Oracles of the Law*, Westport, Conn., Greenwood Press, 1968, p. 503.

10) Cfr. S. Cassese, *Problemi delle ideologie dei giudici*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 1969, in particolare pp. 424 ss.

11) Cfr., tra gli altri, i rilievi di M. Hauriou, *La formation du droit administratif français depuis l'An VIII*, in "Revue Generale d'Administration", 1892, II, pp. 7 e 32, secondo cui "le Conseil d'Etat s'est trouvé dans une situation exceptionnelle: juge définitif de tout le contentieux administratif (...) il était en même temps juge prétorien, grâce à l'absence de codification"; di G. Vedel, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, in *Études et documents du Conseil d'Etat* 1954, p. 21, per il quale "dire le droit, c'est pour le juge administratif, surtout en grande partie le créer"; di J. Cruet, *Étude juridique de l'arbitraire administratif*, Paris, Rousseau, 1906, p. 437, ad avviso del quale "il a dû créer, sur la base fragile de textes épars, le plus souvent obscurs et parfois contradictoires, un droit nouveau".

12) M. D'Alberti, A. Pajno, *Il giudice amministrativo tra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, in M. Bessone (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 301.

13) F. Merusi, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in AA.VV., *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 124.

14) Sull'influenza del dogmatismo tedesco nel diritto amministrativo italiano, cfr., tra gli altri, S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo. La scienza del diritto amministrativo tra l'impegno riformatore e la chiusura nella dogmatica: un bilancio della cultura giuridica italiana da Romagnosi ad oggi*, Bologna, Il Mulino, 1971, pp. 37 ss.

15) Sul tema cfr. V. Scialoja, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in "Rivista di diritto pubblico", 1931, pp. 413 ss.

16) Su cui v., principalmente, G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana. 1861-1993*, Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 342 ss.

17) Sul tema, cfr., tra gli altri, V. Caianiello, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, in AA. VV., *Cento anni di giurisdizione amministrativa*, Atti del convegno celebrativo per il centenario dell'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, Napoli, Jovene, 1996, in particolare pp. 249 ss.

18) Consiglio di Stato, sez. IV, 10 luglio 1931, in "Foro italiano", 1931, III, col. 325.

19) Si confrontino, ad esempio, le antitetiche posizioni del Consiglio di Stato, sez. IV, 24 settembre 1941, in "Foro italiano", 1942, III, col. 97, con nota di V.E. Orlando, e della Corte di cassazione, 17 dicembre 1940, *ivi*, 1940, II, col. 74, e 17 luglio 1942, *ivi*, 1943, II, col. 25. V. anche la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 11 luglio 1941, *ivi*, 1941, III, col. 249, con la quale, sconfessando la Corte dei conti, ha riconosciuto la giustiziabilità delle controversie patrimoniali derivanti dal licenziamento per motivi di razza. Il giudice amministrativo ha considerato le leggi razziali come derogatorie dell'ordinamento giuridico e, pertanto, suscettibili di interpretazione restrittiva, in conformità con la posizione assunta, ad esempio, dalla Corte di appello di Torino, 5 maggio 1939, in "Foro italiano", 1939, I, col. 915; 21 gennaio 1941, *ivi*, 1941, II, col. 149; 28 luglio 1943, in "Giurisprudenza italiana", 1944, I, 2, p. 16. In proposito, cfr. il commento di Patroni Griffi, *Il Consiglio di Stato ed il regime fascista*, al caso *Ruggiero*, nell'ambito della ricerca su *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, di prossima pubblicazione (su cui si veda la successiva nota 24).

20) Cfr. G. Melis, *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, in S. Cassese (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 17.

21) Cfr. Consiglio di Stato, *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1931-1935*, Relazione del presidente a S.E. il Capo del Governo, vol. I, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1937, pp. 76 ss.

22) Cfr. S. Cassese, *Grandezza e insuccessi del giudice amministrativo*, in "Giornale di diritto amministrativo", 1998, pp. 777-778, secondo cui la legge sul procedimento "è difficilmente comprensibile, se non la si guarda attraverso il prisma dell'interpretazione giurisprudenziale, perché, limando e dosando l'applicazione di ciascuna norma, il giudice amministrativo ha reso concrete le disposizioni della legge, ne ha limitato o ampliato la portata, ne ha definito l'ambito di applicazione".

23) M. D'Alberti, A. Pajno, *Il giudice amministrativo tra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale cit.*, p. 324.

24) Si tratta di una ricerca dell'Istituto di diritto pubblico della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma "La Sapienza", diretta dal professor Sabino Cassese e coordinata dai dottori Gabriele Pasquini e dall'autore del presente scritto. Collaborano alla ricerca i dottori Francesco Caso, Marina Chiappetta, Linda Cicalini, Marco De Giorgi, Tommaso Di Nitto, Ruggiero Dipace, Andrea Patroni Griffi. Hanno collaborato a una prima fase, di raccolta di dati e documentazioni, i dottori Massimiliano Arsi e Pia Funari.

25) Consiglio di Stato, sez. IV, 7 gennaio 1892, n. 3, in "Giustizia amministrativa", 1892, I, p. 1. La fattispecie riguardava la legittimità di un provvedimento del Ministero dell'interno, che, a seguito dell'accertamento del comportamento non corretto tenuto dagli amministratori, aveva disposto lo scioglimento dell'organo amministrativo della Pia Casa degli Incurabili di Napoli, una istituzione pubblica di assistenza e beneficenza. Il ricorrente, amministratore dell'opera pia, aveva impugnato il provvedimento innanzi al giudice amministrativo, rilevando, tra l'altro, l'eccessività della soluzione adottata dall'amministrazione centrale.

- 26) Consiglio di Stato, sez. IV, 28 gennaio 1892, n. 32, in “Giustizia amministrativa”, 1892, I, p. 59.
- 27) Consiglio di Stato, sez. IV, 27 settembre 1892, n. 260, in “Giustizia amministrativa”, 1892, I, p. 25.
- 28) Consiglio di Stato, sez. IV, 9 dicembre 1892, n. 340, in “Giustizia amministrativa”, 1892, I, p. 552.
- 29) Consiglio di Stato, sez. IV, 1 dicembre 1892, n. 332, in “Giustizia amministrativa”, 1892, I, p. 514.
- 30) Consiglio di Stato, sez. IV, 19 maggio 1893, n. 185, in “Giustizia amministrativa”, 1893, I, p. 301, secondo cui “può ammettersi in massima che quel controllo di legittimità degli atti amministrativi che l’art. 24 affida alla sezione IV non si arresta alla linea del potere discrezionale, ma penetra nella sfera di questo per indagare se l’esercizio di potere siasi mantenuto in conformità dello scopo pel quale fu conferito, e che, fuorviando e sorpassando le intenzioni della legge, si eccede necessariamente nei limiti discrezionali della facoltà attribuita, donde la conseguenza di nullità dell’atto, pel motivo specifico di eccesso di potere”.
- 31) Consiglio di Stato, sez. IV, 2 marzo 1894, n. 70, in “Giustizia amministrativa”, 1894, I, p. 122, per cui l’amministrazione, in applicazione di “un principio di equità e di giustizia pacificamente ormai riconosciuto”, ha l’obbligo “di rispettare, fin dove è possibile, le posizioni già legittimamente acquistate”.
- 32) Consiglio di Stato, sez. IV, 3 maggio 1895, n. 187, in “Giustizia amministrativa”, 1895, I, p. 186.
- 33) Consiglio di Stato, sez. IV, 2 agosto 1895, n. 307, in “Giustizia amministrativa”, 1895, I, p. 389.
- 34) Consiglio di Stato, sez. IV, 25 aprile 1896, n. 179, in “Giustizia amministrativa”, 1896, I, p. 153.
- 35) Consiglio di Stato, sez. IV, 5 giugno 1925, n. 565, in “Giustizia amministrativa”, 1925, III, p. 237.
- 36) Consiglio di Stato, sez. IV, 29 novembre 1895, n. 423, in “Giustizia amministrativa”, 1895, I, p. 493.
- 37) Consiglio di Stato, sez. IV, 22 agosto 1902, in “Giurisprudenza italiana”, 1902, III, p. 343.
- 38) Consiglio di Stato, sez. IV, 17 maggio 1907, in “Giurisprudenza italiana”, 1907, III, p. 259.
- 39) Consiglio di Stato, sez. IV, 26 settembre 1911, in “Giurisprudenza italiana”, 1912, III, p. 108, con nota di F. Cammeo, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*.
- 40) Consiglio di Stato, sez. IV, 10 luglio 1903, n. 348, in “Giustizia amministrativa”, 1903, I, p. 379.
- 41) Consiglio di Stato, sez. IV, 9 marzo 1928, in “Giurisprudenza italiana”, 1928, III, p. 123.
- 42) Consiglio di Stato, sez. V, 13 marzo 1931, n. 176, in “Foro amministrativo”, 1931, I, 2, col. 91; 31 marzo 1936, n. 314, *ivi*, 1936, I, 2, col. 204; 12 maggio 1937, n. 616, *ivi*, 1937, I, 2, col. 230; 17 febbraio 1950, n. 175, *ivi*, 1950, I, 2, col. 224.
- 43) Consiglio di Stato, ad. plen., 14 luglio 1978, n. 23, in “Il Consiglio di Stato”, 1978, I, p. 948.
- 44) Consiglio di Stato, ad. plen., 29 gennaio 1980, n. 2, in “Il Consiglio di Stato”, 1980, I, p. 1.
- 45) Consiglio di Stato, sez. V, 11 marzo 1966, n. 430, in “Il Consiglio di Stato”, 1966, I, p. 514.
- 46) Consiglio di Stato, sez. VI, 29 novembre 1988, n. 1291, in “Il Consiglio di Stato”, 1988, I, p. 1503.
- 47) Cfr., tra le altre, Consiglio di Stato, sez. IV, 5 giugno 1998, n. 918, in “Giornale di diritto amministrativo”, 1998, p. 713, con commento di C. Guccione, *Concessionario, organo indiretto, amministrazione aggiudicatrice: un dibattito mai sopito*; Consiglio di Stato, sez. VI, 18 settembre 1998, n. 1267, *ivi*, 1999, p. 17, con commento di G. Pasquini, *Un revirement sull’organismo di diritto pubblico: il caso Ente Fiera di Milano*; Consiglio di Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, *ibidem*, p. 209, con commento di C. Guccione, *Gli organismi di diritto pubblico nuovamente al vaglio del Consiglio di Stato*; Consiglio di Stato, sez. V, 7 giugno 1999, n. 295, *ibidem*, p. 1057, con commento di V. Cerulli Irelli, *“Atti amministrativi” di soggetti privati e tutela giurisdizionale: a proposito della legge Merloni ter*.
- 48) “Ognuna di quelle sentenze, fosse anche di cent’anni fa, (...) è come l’ampollina del sangue di San Gennaro: coagulato, ma pronto a ribollire e pulsare se appena lo scaldi la fede” (S. Satta, *Prefazione*, in *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano, Vallardi, 1966, p. XII). La riflessione dell’esimo giurista era rivolta al valore delle raccolte giurisprudenziali, le quali rappresentano “un immenso privilegio (...) rispetto alle altre scienze”. A suo avviso, “solo un giurista costruttore può pensare che siano musei, o poveri mezzi manuali per navigare tra gli scogli della pratica”.
- 49) H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, p. 265 (trad. it. di *Reine Rechtslehre*, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1960), secondo cui “l’applicazione del diritto è (...) produzione di una norma inferiore sulla base di una norma superiore”.