

**Francesco Zucchini**  
**Elisa Rebessi**

# **Il consigliere giudicante**

Il Consiglio di Stato nel sistema politico italiano







Il volume è stato pubblicato grazie al contributo del Dipartimento di Scienze Sociali e Politiche -  
Fondi PSR\_LINEA2 e F\_dotazione 2024

*Impaginazione:* Corpo4 Team

Copyright © 2024 EGEA S.p.A.  
Via Salasco, 5 – 20136 Milano  
Tel. 02/5836.5751 – Fax 02/5836.5753  
egea.edizioni@unibocconi.it – www.egeaeditore.it



Quest'opera, e ogni sua parte, è protetta dalla legge sul diritto d'autore ed è pubblicata in questa versione digitale sotto la licenza Creative Commons Attribuzione – Non commerciale – Non opere derivate 4.0 Internazionale (CC BY-NC-ND 4.0).

Scaricando quest'opera, l'Utente accetta tutte le condizioni dell'accordo di licenza per l'opera come indicato e riportato sul sito: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

Date le caratteristiche di Internet, l'Editore non è responsabile per eventuali variazioni di indirizzi e contenuti dei siti Internet menzionati.

Prima edizione: aprile 2024

ISBN 978-88-238-8770-1

# INDICE

<b>RINGRAZIAMENTI</b>	VII
-----------------------	-----

<b>INTRODUZIONE</b>	1
---------------------	---

## **CAPITOLO 1 NASCITA ED EVOLUZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO IN PROSPETTIVA COMPARATA**

1.1	Le origini	5
1.2	Il modello napoleonico e i suoi emuli	6
1.3	Nascita e sviluppo del Consiglio di Stato italiano	9
1.4	L'evoluzione del modello francese e di quello italiano a confronto	15
1.5	Il Consiglio di Stato italiano contemporaneo in prospettiva comparata	20

## **CAPITOLO 2 LE CORTI AMMINISTRATIVE COME ATTORI STRATEGICI E COME EQUILIBRI**

2.1	La rilevanza delle corti amministrative	29
2.2	Corti, attori politici elettivi, politiche	31
2.2.1	Le preferenze dei politici eletti	32
2.2.2	Le preferenze dei giudici	34
2.3	L'interazione strategica fra attori politici elettivi e corti. Esempi in letteratura	36
2.4	Le corti come equilibri	43
2.4.1	Rendere credibili gli impegni presso i gruppi di interesse con corti policy conserving	43

2.4.2	Un giudice indipendente per assicurarsi contro le sconfitte politiche	44
2.4.3	Un giudice guardiano degli equilibri di coalizione nei governi divisi	45
2.5	Le conseguenze del potere delle corti sulle politiche pubbliche	47

### **CAPITOLO 3**

#### **IL CONSIGLIO DI STATO ITALIANO GIUDICE E GUARDIANO DEI MINISTRI**

3.1	Un'istituzione in equilibrio stabile	49
3.2	Origine del Consiglio di Stato come organo politico a sostegno del re	51
3.3	Il Consiglio di Stato nel regime costituzionale	52
3.4	Ministri fuori controllo e ascesa del giudice consigliere	55
3.5	Ulteriori sviluppi della funzione giurisdizionale	63
3.6	Una durevole soluzione istituzionale	65

### **CAPITOLO 4**

#### **QUANDO E PERCHÉ IL GOVERNO CONCEDE AL CONSIGLIO DI STATO IL POTERE DI RITARDARE**

4.1	Il controllo ex ante	67
4.2	L'interazione strategica fra governo e Consiglio di Stato	68
4.3	Una Corte «conservatrice»	71
4.4	Le condizioni politiche alla base dell'attivazione del Consiglio di Stato come consigliere	74
4.4.1	Ipotesi di ricerca	77
4.5	Dati e variabili	78
4.5.1	Misure spaziali	79
4.5.2	Misure partitiche	81
4.5.3	Capacità burocratica	81
4.5.4	Variabili di controllo	82
4.6	Analisi empirica	83
4.7	Conclusioni	85

### **CAPITOLO 5**

#### **EPILOGO. CHE FARE? UNA MODESTA PROPOSTA**

<b>Bibliografia</b>	<b>93</b>
---------------------	-----------

## RINGRAZIAMENTI

Questo libro è il frutto di un lungo percorso di ricerca che si è avvalso via via di osservazioni e commenti di colleghi e colleghe, amici e amiche. Desideriamo pertanto ringraziare Gabriele Bottino, Maurizio Ferrera, Carlo Guarnieri, Alessandro Natalini, Licia Papavero e Gloria Regonini per aver contribuito a migliorare il manoscritto finale.

Ogni incompletezza e imprecisione rimane di nostra esclusiva responsabilità.

Francesco Zucchini ed Elisa Rebessi





## INTRODUZIONE

Negli ultimi dieci anni indagini giornalistiche hanno cercato di rivelare al grande pubblico le vicende di una nomenclatura sapiente e invisibile, che governerebbe l'Italia, per lo più a proprio vantaggio, da dietro lo schermo abbagliante e cangiante di un ceto politico ignavo, spesso incompetente e dedito più a recitare il potere che a esercitarlo concretamente (Anonimo 2020; Rizzo 2022; Mania e Panara 2014; Fittipaldi 2009). Di questa nomenclatura i membri del Consiglio di Stato sono il cuore, i loro nomi sono quelli che ricorrono più frequentemente nelle intricate ricostruzioni dei cronisti. Carriere formidabili, vite da quasi ricchi.

L'altra letteratura, di tutt'altro tenore, che si occupa del Consiglio di Stato, e lo fa dalla sua nascita, è fatta quasi sempre di scritti di giuristi, alcuni dei quali consiglieri di Stato. Sono poderosi contributi di dottrina giuridica e/o erudite narrazioni sulle vicende storiche del Consiglio. Prevalgono in genere argomenti a sostegno delle trasformazioni del Consiglio di Stato e della giustizia e giurisprudenza amministrativa. Le storie e a volte storiacce che riempiono le pagine del primo tipo di contributi non compaiono mai nelle pagine del secondo tipo, così come le dotte disquisizioni sulla natura dualista a trazione monista della giustizia amministrativa italiana (Battini 2013) restano relegate nelle riviste scientifiche di diritto e storia del diritto o in introvabili pubblicazioni a volte nascoste negli archivi elettronici universitari. Pur così diversi, questi resoconti condividono quasi sempre una caratteristica: sono solo descrizioni, spesso avvincenti ed esaurienti. Nessuna autentica ambizione di isolare nessi causali, di spiegare perché quel che viene narrato accada, non importa se pretesto di scandalo o ragione di encomio. Se si tratta di guadagni che i consiglieri di Stato cumulano con incarichi extragiudiziari la spiegazione soccombe di fronte all'esecrazione; se si tratta di trasformazioni nella giurisprudenza che conducono dalla semplice verifica di legalità degli atti amministrativi alla difesa sempre più pervasiva dei diritti soggettivi del cittadino, le cause sono troppe per essere indagate. Al limite, è l'intera società con le sue trasformazioni l'unica indiziata.

Il nostro contributo è eccentrico rispetto a queste letterature. Lo è perché mira anche alla spiegazione, perché è circoscritto nello scopo, appassionato senza indignazione, perché proviene da cultori di un campo disciplinare diverso

da quello giuridico, la scienza politica, per il quale è abbastanza naturale considerare le corti e i giudici come attori «politici» alla stregua di legislatori e ministri. Le pagine che seguono sono dedicate principalmente all'interazione del Consiglio di Stato con il governo e in particolare al ruolo del Consiglio di Stato come consigliere giudicante, ovvero come consigliere che può, una volta emanati, censurare o emendare nel corso di un processo gli atti amministrativi del governo, atti riguardo ai quali può aver provveduto in precedenza a esprimere un parere. Due sono le domande di ricerca, intrecciate fra loro, alle quali cerchiamo di rispondere: perché il Consiglio di Stato, il principale consulente inizialmente non solo giuridico, prima del re e poi del governo parlamentare, divenne corte amministrativa, prima di unica istanza e poi di secondo grado? Perché tale rimase nonostante i cambi di regime e le trasformazioni del sistema politico, rafforzando nel tempo il proprio ruolo di temibile valutatore *ex ante* degli atti del governo? Che cosa spinge maggioranze legislative e governo a richiedere i pareri su atti amministrativi al Consiglio di Stato nonostante questi pareri comportino notevoli ritardi e a volte pregiudichino l'implementazione di leggi dal governo stesso promosse? Come si può notare si tratta di domande specifiche, le risposte alle quali non bastano da sole a spiegare fenomeni ben più ampi e di sicuro interesse per l'opinione pubblica come l'inefficienza della pubblica amministrazione italiana o la scarsa capacità di innovazione nelle politiche pubbliche (Cassese 2023). Sono però tasselli importanti di un quadro conoscitivo che aspiri a spiegare quei fenomeni generali. Sono domande alle quali cercheremo di rispondere attraverso due distinte ma complementari strategie. Da un lato, attraverso una rilettura di eventi storici ben conosciuti dagli esperti, cercheremo di comprendere quali fattori, perdurando nel tempo, hanno consentito la sopravvivenza del Consiglio di Stato nella sua duplice veste di consigliere e di giudice. Dall'altro, cercheremo di testare con tecniche statistiche poco o per nulla usate in questo ambito di studi in Italia le implicazioni empiriche di semplicissimi modelli formali ispirati agli studi sull'interazione strategica fra corti e attori politici elettivi condotti in altri Paesi. Questi sforzi conoscitivi sono accompagnati da una ricorrente comparazione con altri Paesi europei, in particolare, come è abbastanza ovvio, con la Francia, l'esempio più celebrato di Paese a Consiglio di Stato.

La tradizione di ricerca che enfatizza le asimmetrie informative fra il politico e il burocrate esperto, la provvisorietà del primo rispetto alla permanenza del secondo, è di lunga data e ha ascendenze prestigiose. Non meraviglia che riecheggi più o meno consapevolmente nella pubblicistica succitata. I consiglieri di Stato, nella loro duplice veste, sono infatti tecnocrati con un bagaglio di conoscenze cruciali per i politici. Il loro campo, il diritto pubblico, è trasversale agli

ambiti di *policy*. Padroneggiano, anche se non sono i soli, la lingua con la quale devono essere scritti i provvedimenti voluti o suggeriti dai politici in qualsiasi materia, conoscono o si presume conoscano gli effetti giuridici prodotti da quegli stessi provvedimenti una volta aggiunti all'intricata rete di norme e sentenze già esistenti, e soprattutto conoscono gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa anche perché non di rado hanno contribuito a formarli. I resoconti giornalistici, come già detto, descrivono attraverso aneddoti una progressione nell'importanza politica dei tecnocrati nei ministeri, e in particolare dei consiglieri di Stato, che va di pari passo con un indebolimento della politica. La metafora implicita è quella della fisica dei fluidi: un vuoto, quello della politica elettiva, viene riempito prima o poi dalle corti e dall'amministrazione. In che cosa consista tuttavia questo indebolimento o vuoto della politica e come influisca sul comportamento dei consiglieri di Stato non è spiegato. Al più si accenna alla crisi dei partiti come organizzazioni radicate sul territorio. Concentrandosi in genere sugli ultimi dieci-quindici anni, non sono neppure proposte evidenze empiriche a sostegno di una crescita di importanza dei consiglieri di Stato rispetto a un recente o lontano passato.

Come suggerisce un importante filone di letteratura di *political economy*, sviluppatosi negli Stati Uniti fra gli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso (McCubbins *et al.* 1987, 1989), sono le assemblee elettive, nelle democrazie parlamentari per lo più su proposta di ministri e primi ministri, che stabiliscono i limiti all'interno dei quali agiscono le burocrazie (e le corti), che scelgono di dettagliare o meno i provvedimenti legislativi, di gonfiare a dismisura il sistema delle norme accrescendone la complessità e l'incoerenza, a tutto vantaggio poi di chi quelle norme interpreta e attua. In altre parole la politica, intendendo con questo termine la politica elettiva, non è una vittima inconsapevole, è causa essa stessa della sua relativa impotenza.

Nel linguaggio dell'economia dell'organizzazione, la politica elettiva è il principale, mentre la burocrazia, e in qualche misura anche le corti, sono agenti (Zucchini 2005). In realtà, la politica elettiva è una pluralità di principali sia quando consideriamo le arene legislative e gli esecutivi sincronicamente, nello stesso arco temporale, sia quando li consideriamo diacronicamente, in successione temporale. I partiti al governo, se ci limitiamo ai partiti e non consideriamo correnti, fazioni, singole personalità, sono insomma spesso molti e da un governo all'altro, da una legislatura all'altra non sono sempre gli stessi e negli stessi ministeri e agenzie pubbliche. Se ci scordiamo questa banale circostanza e proseguiamo a parlare genericamente di politica come fosse un'entità indifferenziata e omogenea, non comprendiamo granché del rapporto fra politici, burocrazie e giudici perché una parte di queste connessioni ha origine nella re-

lazione dei politici fra loro nel presente e, in prospettiva, fra questi e i politici che verranno.

Il primo capitolo ricostruisce la storia del Consiglio di Stato italiano in prospettiva comparata. Nel secondo il lettore è introdotto ad alcune teorie che aspirano a spiegare l'esistenza di corti autonome e ai modelli «spaziali» dell'istituzionalismo razionale che indagano gli effetti dell'interazione fra corti, governo e Parlamento. Nel terzo capitolo le teorie sulle ragioni dell'autonomia delle corti presentate nel capitolo precedente sono usate per rendere conto dell'attribuzione definitiva al Consiglio di Stato dello status di giudice amministrativo nel 1889 e della conservazione e rafforzamento di questo status fino ai giorni nostri. Nel quarto capitolo le implicazioni di un semplice modello spaziale sono testate al fine di spiegare perché e quando gli esecutivi in Italia si affidano ai pareri del Consiglio di Stato nell'attuazione delle leggi nonostante i considerevoli ritardi che questa scelta comporta. Il libro si chiude con alcune riflessioni dedicate a una possibile riforma del Consiglio di Stato.

# CAPITOLO 1

## NASCITA ED EVOLUZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO IN PROSPETTIVA COMPARATA

### 1.1 Le origini

Le corti medievali (*curia regis*) dei Paesi europei sono gli «antenati» dei Consigli di Stato contemporanei. Le prerogative dei monarchi a quell'epoca erano limitate. Le corti in qualità di tribunali incaricati di assisterli nei loro uffici erano generalmente itineranti, con una composizione varia e cangiante e compiti non ben definiti. Seguivano i sovrani nei loro cambi di residenza e potevano includere cavalieri, rappresentanti del clero, servitori, agenti esecutivi, nonché baroni e vassalli che avevano affari con il re (Tilley 2010).

Quando le monarchie iniziarono a rafforzarsi, espandersi e a consolidare il loro controllo sul territorio l'aumento nel volume e nella complessità degli affari di governo (finanza, amministrazione, giustizia, controllo dei territori periferici) richiese a queste corti un maggiore livello di specializzazione. I loro membri cominciarono a essere permanenti e a vantare conoscenze tecniche specialistiche. Il passaggio dalle monarchie medievali alle monarchie assolute o quasi assolute accrebbe ulteriormente il processo di specializzazione e rafforzò il ruolo di questi organi a fronte di un monarca che riuniva formalmente nella sua persona la funzione legislativa, esecutiva e giudiziaria. Questo processo di centralizzazione e specializzazione comportò in alcuni casi una proliferazione di più «consigli» con competenze diverse (Lesaffer 2009; Espinosa 2008). In un caso, quello francese, che sarebbe diventato paradigmatico per parte dell'Europa continentale, un organo, le *Conseil du Roi*, antenato del *Conseil d'État*, riuscì gradualmente ad acquisire un predominio sugli altri consigli e a mantenere competenze sia nell'amministrazione dello stato sia nella giustizia (Brissaud e Garner 1915). Altrove, in particolare in Inghilterra, dove l'esperienza assolutistica fu maggiormente contrastata e breve, gli organi di ausilio al sovrano declinarono gradualmente di importanza a favore da un lato dei giudici di *common law* e dall'altro del Parlamento e del governo ministeriale, e la giustizia amministrativa non si

affer mò come giustizia distinta e separata da quella ordinaria (Gambaro 2008; Baker 1979).

## 1.2 Il modello napoleonico e i suoi emuli

La Rivoluzione francese non segnò per la Francia la fine irreversibile del *Conseil du Roi*. Cambiò il nome e cambiarono i beneficiari della sua attività. Secondo infatti gli ideali della Rivoluzione francese e della sua rigida concezione della separazione dei poteri, l'attività delle autorità amministrative, perseguendo il «pubblico interesse», doveva essere tutelata dalle ingerenze dei tribunali ordinari<sup>1</sup>. Consentire a questi tribunali di decidere le controversie tra cittadino e pubblica amministrazione e di giudicare l'operato di quest'ultima avrebbe significato violare il principio della separazione tra potere esecutivo e potere giudiziario e attribuire a quest'ultimo un compito sostanzialmente amministrativo, perché «juger l'administration c'est encore administrer» (Henrion de Pansey 1827). Ai cittadini, e ai loro rappresentanti, spettava il potere di fare le leggi, che è un potere distinto da quello di governo e d'amministrazione. Il principio di legalità imponeva che tutti i soggetti, privati e pubblici, fossero sottoposti, nei loro comportamenti e nei loro atti, alla legge ma il controllo sugli atti dell'amministrazione doveva essere esercitato dall'amministrazione stessa. Un *Conseil* resuscitato poteva realizzare alla perfezione questo proposito. Il *Conseil d'État* vero e proprio fu fondato sulle vestigia del precedente *Conseil du Roi* da Napoleone nel 1799<sup>2</sup> con il duplice compito di partecipare alla redazione dei più importanti testi di governo e di dirimere le controversie relative alla pubblica amministrazione, dopo un primo vaglio a livello locale da parte dei *conseils des préfecture*. Sotto il Consolato e il Primo Impero (1799-1814) il Consiglio diede un contributo determinante alla formulazione dei codici napoleonici. Divenne responsabile della redazione delle leggi, dell'interpretazione dei progetti di legge, della formulazione dei regolamenti amministrativi e della risposta alle domande di natura amministrativa dei dipartimenti e dei comuni. Il modello del giudice amministratore prevedeva che il *Conseil d'État* fosse

---

<sup>1</sup> Si veda la legge del 16-24 agosto 1790: «Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administrative; les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions» (tit. II, art. 13).

<sup>2</sup> Alla risoluzione del «contenzioso amministrativo» fra il 1790 e il 1799 fu proposta la stessa autorità amministrativa.

l'arbitro definitivo degli atti dei burocrati (Aimo 1990). Un arbitro non ancora imparziale.

In Francia l'obiettivo di una giustizia amministrativa separata da quella ordinaria fu perseguito nell'ambito di un regime autoritario, unico depositario riconosciuto dell'interesse pubblico, dove le strutture amministrative e le articolazioni territoriali dello Stato erano già presenti e viepiù rafforzate dal programma di centralizzazione di Napoleone (Wright 1994). La giustizia amministrativa restava fortemente dipendente dal potere esecutivo. Nonostante la proclamazione del principio di separazione dei poteri, per molti decenni dell'Ottocento «la funzione amministrativa continuò a confondersi con le funzioni più “enfaticamente” sovrane dello Stato e in particolare con quella legislativa, i cui caratteri tipici sono l'irresponsabilità e l'insindacabilità» (Mannori e Sordi 2001). Sebbene il *Conseil d'État* fosse investito di una propria funzione giudiziaria sin dal 1799, i suoi giudizi divennero formalmente autonomi dall'approvazione del Capo dello Stato solo nel 1872<sup>3</sup>. Poiché l'interesse pubblico si realizzava attraverso la legge, il *Conseil* era chiamato a proteggere tale interesse attraverso il controllo di legalità degli atti amministrativi e solo indirettamente e subordinatamente a garantire anche gli interessi e i diritti del cittadino.

Il modello napoleonico di Consiglio di Stato influenzò altri territori europei, in particolare quelli compresi all'interno del Primo Impero. La diversità dei contesti politici e amministrativi spinse tuttavia i Consigli di Stato di questi altri Paesi a seguire traiettorie di sviluppo non sempre lineari e, come vedremo, diverse dalla traiettoria seguita dall'esempio originario. In Spagna l'organo restò un corpo di consiglieri, del re prima e della repubblica poi, estraneo all'attività giudiziaria. Altri Paesi, nonostante condizioni inizialmente tutt'altro che favorevoli, finirono per attribuire al Consiglio di Stato, oltre al tradizionale ruolo di consigliere dell'esecutivo, prerogative giudiziarie sempre più pregnanti. In Belgio, ai tempi della lotta per l'indipendenza nel 1830, il Consiglio di Stato era un'istituzione che simboleggiava il dominio di autorità straniere. Era stato strumento di potere dapprima dell'impero di Carlo V, che di un organo simile si era avvalso per il controllo dei territori esterni alla Spagna, poi della prima repubblica francese e dell'impero napoleonico e infine del regno unito dei Paesi Bassi (Somerhausen 1971). Nel 1831 gli undici membri dell'assemblea costituente belga si guardarono bene dal reintrodurlo nella Costituzione del nuovo regno

---

<sup>3</sup> Si fa risalire a quella data il passaggio dalla *justice retenue* alla *justice déléguée*. Ciononostante il *Conseil d'État* è ancora oggi, vigente la Costituzione della Quinta Repubblica, un organo amministrativo, tanto da essere formalmente presieduto dal Presidente del Consiglio dei Ministri (o dal ministro Guardasigilli).



del Belgio. Ispirati da ideali liberali e dall'esperienza anglosassone, optarono per un modello quasi monistico di protezione legale nel quale corti ordinarie erano autorizzate a dirimere controversie fra cittadini e pubblica amministrazione con competenza esclusiva nel caso fossero oggetto di disputa diritti civili<sup>4</sup>. Per controversie che avevano come oggetto i diritti politici la Costituzione lasciava aperta la possibilità di istituire corti speciali. Questo varco nel dispositivo costituzionale fu usato molto più tardi, a metà del XX secolo, quando il modello monistico entrò in crisi. L'aumento dell'attività dello Stato accresceva il contenzioso tra cittadini e pubblica amministrazione ma i tribunali civili erano riluttanti a correggere e sanzionare le azioni del governo. Avevano sviluppato nel corso dei decenni un'interpretazione restrittiva della loro giurisdizione e spesso si dichiaravano privi di competenza a giudicare l'amministrazione nell'esercizio della pubblica autorità. Nel 1946 fu creato un Consiglio di Stato, che fungeva sia da massimo tribunale amministrativo che da organo consultivo del governo per la legislazione. La sua organizzazione e il suo funzionamento furono disciplinati da leggi organiche nel 1973 e vent'anni più tardi l'istituzione del Consiglio venne formalmente recepita nella Costituzione.

Anche l'esperienza olandese, dopo un inizio che sembrava preludere a un deciso rafforzamento delle competenze giurisdizionali del *Raad van State* (Consiglio di Stato), fu caratterizzata da un lungo periodo di stasi. Una legge organica del 1861 attribuiva al Consiglio il compito di ausilio al monarca nella soluzione dei casi di conflitto fra organi amministrativi. A tale scopo fu creata una specifica sezione che agiva come una Corte amministrativa, sebbene le decisioni fossero formalmente prese dalla Corona. Questa sezione consultava le parti e proponeva bozze di risoluzione nella forma del decreto regio. La Costituzione del 1887 avrebbe consentito al *Raad van State* di agire come una vera e propria corte amministrativa autonoma, ma tale previsione divenne effettiva solo con la legislazione degli anni Sessanta e Settanta del Novecento. Nel frattempo, furono introdotte corti amministrative con limitata giurisdizione e legate a specifici dispositivi legislativi. Il diritto di appellarsi contro un atto amministrativo del governo fu definitivamente riconosciuto nel 1976<sup>5</sup>. Fu costituita una nuova sezione per ogni caso che non fosse già di competenza di giurisdizioni speciali. Il carico

---

<sup>4</sup> All'art. 92 della Costituzione del 1831 si affermava che «le controversie che hanno per oggetto diritti civili sono esclusivamente di competenza dei tribunali» e all'art. 93 che «le controversie che hanno per oggetto diritti politici sono di competenza dei tribunali, salvo le eccezioni stabilite dalla legge».

<sup>5</sup> AROB Act (*Administratieve Rechtspraak Overheidsbeschikkingen, Administrative Jurisdiction on Public Authorities' Decrees*).

di lavoro del Consiglio crebbe enormemente e con esso aumentò pure il numero di consiglieri e di funzionari del consiglio (Blom e Lamberts 1999).

In Grecia il primo Consiglio di Stato con funzioni solo consultive venne introdotto, a pochi anni dall'indipendenza nel 1833, con l'affermazione della monarchia assoluta del re bavarese Ottone I che si ispirava all'esperienza francese. Sebbene avesse reso importanti servizi alla causa dei rivoluzionari che imposero al re, dieci anni dopo, nel 1843, la promulgazione di una costituzione (Agnew 1843), il Consiglio non sopravvisse alla scomparsa dell'assolutismo.

Nella Costituzione del 1864 il Consiglio fu reintrodotta e ancora confermato nella Costituzione del 1911 e in quella del 1927, ma di fatto non divenne operativo fino al 1929, sommando su di sé tanto la funzione consultiva quanto quella giudiziaria e diventando la Suprema Corte Amministrativa di Grecia (Stassinopoulos 1960; Finlay 2014). Dopo la parentesi autoritaria di fine anni Sessanta del Novecento, anche a causa dell'aumento di ricorsi al Consiglio, con la nuova Costituzione del 1975 e ancora con le revisioni del 1986 e 2001 l'organizzazione complessiva della giustizia amministrativa in Grecia si è modificata accrescendo i compiti attribuiti alle corti amministrative inferiori.

### 1.3 Nascita e sviluppo del Consiglio di Stato italiano

Lo sviluppo di un modello di giustizia amministrativa in Italia fu complicato dalla varietà di tradizioni e pratiche giudiziarie presenti negli stati pre-unitari (Pezzana 2011). Il sistema di giurisdizione francese, basato su due livelli di giudizio – il livello locale dei *conseils des préfecture* e il livello centrale del *Conseil d'Etat* – fu attuato nel Regno d'Italia napoleonico (1805-1814), nel Ducato di Parma e Piacenza e nello Stato Pontificio (1848). In Toscana il diritto amministrativo si fondava sulla giurisdizione unitaria del giudice ordinario per i diritti soggettivi. Nel Regno di Savoia le regie patenti del 25 agosto e del 31 dicembre 1842, modificate da un regio editto del 29 ottobre 1847, avevano istituito un sistema di contenzioso amministrativo fondato sulla distinzione tra controversie dell'«amministrazione economica» (amministrazione discrezionale e tecnica) e le controversie di «amministrazione contenziosa». Le prime erano decise con i soli ricorsi amministrativi rivolti all'Intendente, funzionario incaricato dell'amministrazione civile e finanziaria e dell'alta polizia in ogni provincia. Le seconde erano devolute, in primo grado, al Consiglio di Intendenza e, in secondo grado, alla Camera dei Conti. I conflitti di attribuzione tra amministrazione e tribunali e quelli tra tribunali e Consigli di Intendenza-Camera dei Conti erano decisi dal Sovrano, usufruendo del parere dato a sezioni riunite dal Consiglio di Stato

istituito da Carlo Alberto con il celebre editto di Racconigi del 18 agosto 1831 (Longhi 2017). Lo Statuto Albertino del 1848 non menzionava la funzione giudiziaria del Consiglio di Stato e nel Parlamento sabauda negli anni successivi all'emanazione dello statuto non si raggiunse un accordo sulla proposta di legge del ministro dell'Interno Rattazzi, ispirata dallo stesso Consiglio di Stato, che una funzione giudiziaria avrebbe voluto attribuire (Wright 1994).

L'occasione per approvare una riforma del Consiglio di Stato si ripresentò nel 1859 grazie ai poteri straordinari attribuiti al governo del regno di Savoia durante la Seconda guerra d'indipendenza (Melis 2014). Tale riforma introdusse la figura del Presidente del Consiglio di Stato, che sostituiva il re, fino ad allora formalmente a capo dell'organo, e attribuì al Consiglio una funzione giudiziaria. Il primo grado di giudizio era di competenza dei Consigli di Governo<sup>6</sup>, tribunali amministrativi di primo grado che sostituivano i precedenti Consigli di Intendenza, e che operavano nell'ambito delle prefetture. Con l'istituzione della III sezione giudiziaria, il Consiglio di Stato diventava una corte d'appello avverso le decisioni dei Consigli di Governo. Sebbene la sua attività giudiziaria avesse un certo grado di autonomia, il Consiglio era ancora pienamente incardinato all'interno del potere esecutivo. Sia ai Consigli di Governo sia al Consiglio di Stato era attribuito un elenco di competenze: contenzioso di diritto pubblico in materia di proprietà e fiscalità, contenzioso di diritto civile in materia di appalti, contenzioso di diritto amministrativo sulla classificazione delle strade, acque pubbliche, confini dei comuni (Sandulli 2011). In tutte le altre questioni che implicavano l'autorità della pubblica amministrazione, gli individui non avevano diritti propri, ma solo «interessi». L'orientamento espresso dal governo e dal Parlamento sabauda alla vigilia dell'Unità d'Italia non trovò integrale conferma nei primi parlamenti unitari. Nel 1865 il Parlamento approvò infatti un pacchetto di norme, su iniziativa del governo, in materia di unificazione amministrativa, all'interno del quale una legge affrontava nuovamente anche i rapporti fra cittadini e pubblica amministrazione. Ispirata a principi liberali e influenzata dalla Costituzione belga del 1831, questa legge aboliva il contenzioso ammini-

---

<sup>6</sup> Detti anche «tribunali ordinari del contenzioso», i Consigli di Governo erano competenti in materie di rilievo locale enumerate dalla legge, fra cui le controversie fra amministrazione e cittadini in materia di diritti civili, che includevano soprattutto ricorsi sulla validità dei contratti d'appalto; le controversie in materia di diritto pubblico d'ordine patrimoniale, ovvero: imposte, tasse, prestazioni personali e stato degli impiegati comunali; le controversie in materia di puro diritto amministrativo, riguardanti i confini fra comuni, il regime e la classificazione delle strade, opere che danneggiano il libero corso delle acque pubbliche; le contravvenzioni alle leggi sulle imposte dirette, sulle gabelle e sul regime delle cose demaniali (Nigro 2002).

strativo e assegnava alla competenza dei tribunali ordinari le controversie fra cittadini e pubblica amministrazione che riguardavano diritti civili e politici. Questioni che concernevano meri interessi (i cosiddetti interessi legittimi<sup>7</sup>) era previsto venissero regolate all'interno della stessa amministrazione. Come tuttavia accadde più tardi al modello ispiratore, quello belga, ben presto l'approccio «monistico» mostrò i suoi limiti. I giudici ordinari non potevano annullare o modificare atti amministrativi illegittimi, ma potevano solo disapplicarli (Merusi 2015); la tutela di posizioni giuridiche soggettive, gli interessi, rimaneva di fatto scoperta. In generale i giudici ordinari manifestavano una considerevole ritrosia a sanzionare comportamenti illegittimi della pubblica amministrazione e non avevano competenze e personale sufficienti a gestire un carico di lavoro che si aggiungeva a quello già esistente per le cause civili<sup>8</sup>. Oltre a questi fattori interni all'amministrazione della giustizia, altri, più squisitamente politici e istituzionali, senza i quali non sarebbe facile spiegare il ribaltamento di approccio avvenuto nel 1889, verranno considerati nei prossimi capitoli. Nel 1889 il governo Crispi riuscì infatti a far approvare in Parlamento un nuovo pacchetto di leggi di unificazione amministrativa all'interno del quale fu inserita l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato con funzioni squisitamente giudiziarie, alla quale se ne aggiunse una quinta nel 1907. La distinzione tra diritti e interessi, a cui corrispondeva la competenza dei tribunali ordinari e del Consiglio di Stato come giudice, si rivelò di difficile applicazione, soprattutto nei casi riguardanti il pub-

---

<sup>7</sup> Secondo il diritto italiano, il diritto soggettivo è una situazione giuridica che spetta a una persona sulla base di un titolo che può avere la natura più varia, ma che non dipende, in generale, da una pubblica amministrazione, mentre l'interesse legittimo è correlato necessariamente all'esercizio di un potere amministrativo (Pizzorusso 1992; Corso 2005). Questa distinzione secondo alcuni è ambigua e instabile e spesso difficile da individuare, sconosciuta a quasi tutti i Paesi dove quelle pretese sono tutte denominate semplicemente e indistintamente «diritti». Sarebbe stata creata per dividere le controversie di diritto pubblico tra due ordini di giudici ai quali sono attribuite da una legge monistica, quella del 1865, mai del tutto abrogata, e una legge dualistica (quella del 1889) (Longhi 2017).

<sup>8</sup> Che esista una sorta di *trade off* fra indipendenza strutturale del giudice ed efficacia nella tutela degli interessi dell'amministrato è stato fatto notare più volte nella letteratura specialistica. Si veda fra gli altri Battini (2013). La «vicinanza» all'amministrazione del giudice speciale dei sistemi dualistici con Consiglio di Stato avrebbe con il tempo consentito alla giurisdizione amministrativa una maggiore «interferenza» nel sindacato di legittimità dell'azione amministrativa, con conseguente protezione più efficace dei diritti degli amministrati. Alla «lontananza» dall'amministrazione del giudice ordinario indipendente dei sistemi monistici avrebbe corrisposto, al contrario, una maggiore «deferenza» nei confronti delle manifestazioni del potere amministrativo, privando molto spesso i cittadini di un'adeguata protezione giurisdizionale dei loro diritti. Si veda anche Longhi (2017).

blico impiego. Nel 1923 fu istituita la «giurisdizione esclusiva» del Consiglio di Stato (Rava 1942). Ai tribunali amministrativi spettava anche la competenza sui diritti in una serie di questioni enumerate dalla legge. Il carico di lavoro che ne derivò spinse all'indomani dell'esperienza autoritaria, nel 1948, ad aggiungere nel Consiglio di Stato la VI sezione giudiziaria, al fine di accelerare la soluzione dei ricorsi.

Il regime fascista non alterò formalmente le funzioni del Consiglio di Stato. Il parere del Consiglio di Stato rimase obbligatorio su atti di diritto secondario. La funzione giudiziaria fu parzialmente riorganizzata, ma in continuità con le disposizioni di epoca giolittiana.

Tuttavia, modificando profondamente l'assetto politico-istituzionale, il fascismo finì per svuotare l'esercizio di entrambe le funzioni. Con l'approvazione delle cosiddette leggi fascistissime degli anni 1925-1926 l'attività di approvazione di atti aventi forza di legge fu in massima parte trasferita dal Parlamento all'esecutivo. Legiferando spesso tramite decreti legge e rinunciando a emanare atti di legislazione secondaria, il governo si sottraeva consapevolmente al controllo *ex ante* obbligatorio del Consiglio di Stato (e anche della Corte dei Conti) come per altro stabilito dalla legge n. 100/1926 (Calandra 1978). E si sottraeva anche al controllo *ex post* proprio in sede di giudizio perché su atti di legislazione primaria il Consiglio di Stato non era competente a giudicare. Una qualche funzione di controllo preventivo e obbligatorio delle leggi fu attribuita solo al Gran Consiglio del Fascismo nonostante l'eminente giurista Santi Romano, nominato dallo stesso Mussolini presidente del Consiglio di Stato, avesse suggerito, senza successo, al dittatore di estendere la funzione consultiva del Consiglio al controllo e al coordinamento dell'attività legislativa del governo<sup>9</sup>. La semplice redazione di testi unici finì per essere il contributo più importante del Consiglio alla legislazione del regime. Il Consiglio di Stato non fu neppure coinvolto, né in qualità di consulente giuridico, né in qualità di giudice amministrativo, nel processo di «entificazione» di ampi settori di *policy*, quali pensioni, assistenza sociale, assicurazioni sulla vita, agricoltura, industria e altri, processo che proseguiva la politica delle «amministrazioni parallele»<sup>10</sup> introdotta in epoca giolittiana.

All'indomani della Seconda guerra mondiale la Costituzione italiana del 1948

---

<sup>9</sup> Secondo diversi autori (tra cui Righettini 1998 e Lochak 1994) l'istituto in quest'epoca esercitava una certa limitata autonomia giurisprudenziale. In particolare, poté intervenire nell'interpretazione della normativa antisemita all'interno della pubblica amministrazione, attenuandone in qualche misura gli effetti.

<sup>10</sup> Fra gli altri IRI (Istituto Ricostruzione Industriale), INFAIL (Istituto Nazionale Fascista Assicurazione Infortuni sul Lavoro), INFPS (Istituto Nazionale Fascista della Previdenza Sociale).

riconobbe il Consiglio di Stato come organo di rilevanza costituzionale e ne sancì la funzione giudiziaria e consultiva. La Costituzione garantisce inoltre la sua indipendenza dal governo ed equipara la tutela dei diritti soggettivi e quella degli interessi legittimi, ponendo fine alle disparità dell'ordinamento del 1889. L'articolo 103 ha stabilito infatti che il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione sugli interessi legittimi e, nelle materie previste dalla legge, sui diritti soggettivi. Questa disposizione ha consentito per lungo tempo una crescita delle materie su cui il Consiglio di Stato ha competenza esclusiva, allungando l'elenco dei diritti soggettivi che il legislatore ha devoluto alla tutela del giudice amministrativo (e sottratto a quello ordinario). La legge 400/1988 sull'organizzazione della Presidenza dei Consigli dei Ministri ha inoltre specificato che il controllo *ex ante* è obbligatorio sugli atti di legislazione secondaria di una qualche generalità (i regolamenti), ovvero atti di diritto derivato e, in sostanziale continuità con il regime fascista, sulle bozze di testi unici. Per far fronte all'accresciuto carico di lavoro, un'integrazione del 1997 alla legge n. 400/1988 ha introdotto nel Consiglio un'ulteriore sezione consultiva denominata «sezione per l'analisi degli atti normativi».

La principale innovazione in epoca repubblicana nel campo della giustizia amministrativa non riguarda tuttavia direttamente il Consiglio di Stato. Sul finire degli anni Sessanta del Novecento le giunte amministrative locali, di fatto appendici del potere esecutivo, che avevano regolato a partire dal 1890 alcuni aspetti del contenzioso amministrativo a livello locale, furono dichiarate incostituzionali dalla Consulta<sup>11</sup>. Nel 1971, dando attuazione all'art. 125 della Costituzione, all'indomani dell'istituzione delle regioni a statuto ordinario come enti territoriali, furono introdotti i tribunali amministrativi regionali (T.A.R.). Questi ultimi non si limitavano a sostituire organi locali precedenti ma rappresentavano formalmente il primo grado di giudizio del contenzioso amministrativo. Il Consiglio di Stato (che fino all'istituzione dei tribunali regionali giudicava normalmente in un'unica istanza), divenne pertanto corte di appello della giustizia amministrativa. Qualsiasi caso di contenzioso fra cittadino e pubblica amministrazione doveva essere esaminato in primo grado da un T.A.R. L'introduzione dei T.A.R ebbe con il tempo anche importanti riflessi sia nei percorsi di carriera dei magistrati amministrativi, accrescendo viepiù l'importanza di una formazione ed esperienza «giudiziaria» per accedere alla posizione di consigliere di Stato, sia sulla stessa effettiva realizzazione dell'autonomia e indipendenza del Consiglio di Stato dal governo, prevista in Costituzione ma a lungo in parte negata.

---

<sup>11</sup> Consigli di prefettura e giunte provinciali amministrative (Sentenze n. 30/1967 e n. 33/1968, in Righettini 1998, 97).



La legge istitutiva dei T.A.R., nel creare una nuova categoria di magistrati amministrativi reclutati attraverso concorsi in grado di accertare il possesso dei requisiti di idoneità e di specifica preparazione giuridica e di garantire l'indipendenza dal potere politico al momento dell'investitura nell'ufficio giudiziario, rendeva «plastico» il contrasto con il trattamento riservato ai consiglieri di Stato. I consiglieri di Stato, ai quali era affidata in esclusiva la presidenza dei T.A.R. e il potere di riesame in appello delle decisioni di questi, continuavano a essere in gran parte nominati senza un concorso pubblico e a pressoché assoluta discrezionalità del governo, e a essere sottoposti all'influenza del potere esecutivo durante tutta la loro carriera<sup>12</sup>.

La legislazione vigente inoltre non stabiliva, per la scelta governativa, i titoli professionali e i requisiti di idoneità e competenza che i nominandi avrebbero dovuto possedere; non imponeva un obbligo di motivazione della deliberazione di nomina o di ascolto, nella scelta, del parere di un qualche organo interno al Consiglio di Stato né fissava una proporzione nell'assegnazione dei posti tra i due meccanismi di reclutamento, quello per nomina governativa e quello tramite concorso: i vuoti in organico potevano essere coperti tutti o nella parte decisa dal Governo, a totale discrezione di quest'ultimo, col sistema della libera scelta governativa o con quello del concorso pubblico. La disparità incongrua, a favore di giudici di rango formalmente inferiore, creata dall'introduzione dei T.A.R. venne sanata dalla legge del 7 aprile 1982, n. 186. Si procedette all'unificazione delle carriere dei magistrati amministrativi dei T.A.R., del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana e del Consiglio di Stato, costituenti, da questa legge in poi, l'ordine unitario della magistratura amministrativa. Venne istituito come organo di autogoverno della giustizia amministrativa il Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, in larga parte composto da consiglieri e giudici dei T.A.R.<sup>13</sup>, con il potere di adottare tutti i provvedimenti che riguardano la carriera e lo status dei magistrati amministrativi. I consiglieri no-

---

<sup>12</sup> Secondo la normativa del tempo, il governo aveva influenza decisiva in tutta la carriera del consigliere di Stato, decidendo, senza il concorso di altro organo, la progressione alla qualifica di Presidente di Sezione e l'assegnazione annuale alle sezioni e, col solo concorso del parere non vincolante dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, la rimozione dalle funzioni.

<sup>13</sup> Il Consiglio di Presidenza è costituito dal Presidente del Consiglio di Stato, che lo presiede, dai due presidenti di sezione del Consiglio di Stato più anziani, da quattro consiglieri di Stato eletti dai magistrati in servizio presso il Consiglio di Stato e da sei magistrati dei T.A.R. eletti dai colleghi in servizio presso gli stessi tribunali amministrativi. A questi membri togati la legge 21 luglio 2000, n. 205 ha aggiunto quattro membri eletti, due dalla Camera dei deputati e due dal Senato della Repubblica a maggioranza assoluta, tra i professori ordinari di università in materie giuridiche o gli avvocati con vent'anni di esercizio professionale.

minati dal governo non potevano più superare un quarto del totale e dovevano possedere qualifiche professionali specifiche<sup>14</sup>. Il cammino che portava a percorrere e abitare gli ambiti spazi di Palazzo Spada, sede del Consiglio di Stato, sarebbe iniziato da allora in poi per gran parte dei consiglieri in qualche ufficio di un Tribunale Amministrativo Regionale, dal momento che la legge stabiliva pure che il 50 per cento dei consiglieri fosse selezionato fra chi era magistrato T.A.R con sufficienti requisiti di anzianità e che un altro 25 per cento fosse selezionato attraverso concorso riservato a una serie di categorie, fra le quali ancora gli stessi magistrati T.A.R.

#### 1.4 L'evoluzione del modello francese e di quello italiano a confronto

Mentre, come abbiamo potuto constatare, in quasi tutti i Paesi influenzati dalla dominazione napoleonica si andarono gradualmente rafforzando le prerogative giurisdizionali e la natura giudiziaria dei Consigli di Stato e per questo tramite la natura «anfibia» dell'organo, allo stesso tempo consulente del governo e giudice dei suoi atti, in Francia il Consiglio di Stato seguì nella prassi e poi anche nella forma un percorso in parte diverso. A partire dalla V Repubblica, con l'introduzione del semi-presidenzialismo e dell'elezione diretta del Presidente della Repubblica, il *Conseil d'État* finì per mostrare un orientamento sempre più cooperativo con l'esecutivo e crebbe il suo ruolo di consulente non solo giuridico ma anche (e forse soprattutto) «politico»<sup>15</sup>, a scapito del ruolo di giudice amministrativo. Inoltre, in quest'ultimo ruolo, quello di giudice, il *Conseil d'État* andò con il tempo adottando criteri di valutazione ulteriori rispetto alla semplice verifica di legalità degli atti come, per esempio, il *bilan coût-avantages*, un sindacato dell'esercizio della discrezionalità amministrativa, che giunge sino alle soglie del controllo dell'opportunità (Longhi 2017). Alcuni eventi e riforme testimoniano questa evoluzione. L'attitudine cooperativa con il governo non derivò da un'affinità ideologica o dalla comune appartenenza degli uomini di governo e dei giudici del *Conseil* alla stessa élite intellettuale cresciuta nelle medesime *Grandes*

---

<sup>14</sup> Professori universitari ordinari di materie giuridiche, avvocati che abbiano almeno quindici anni di esercizio professionale e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori; dirigenti generali o equiparati dei Ministeri, degli organi costituzionali e delle altre amministrazioni pubbliche; magistrati con qualifica non inferiore a quella di magistrato di Corte d'appello o equiparata.

<sup>15</sup> Dalle file del Consiglio di Stato provengono alcuni protagonisti della politica francese fra i quali Léon Blum, Georges Pompidou e Michel Debré.



*Écoles* e all'ENA. Fu semmai l'esito di uno scontro che rivelò i nuovi equilibri di potere a favore dell'esecutivo derivanti dalla riforma costituzionale del 1958. Uno scontro fra governo e *Conseil* che vide quest'ultimo soccombere. Il *Conseil* definì illegittima la procedura attraverso la quale il governo di De Gaulle nel 1962 intendeva introdurre l'elezione diretta del presidente. Il parere, solitamente segreto e consegnato al solo governo, questa volta fu fatto avere alla stampa. Il governo minacciò una profonda riforma del *Conseil* e non ottemperò al parere (comunque non vincolante) del *Conseil*. La facilità con la quale il governo francese della V Repubblica poteva far approvare le proprie proposte di legge in Parlamento rendeva credibile la minaccia esercitata dal governo sul *Conseil* e indeboliva la coerenza delle sentenze del giudice amministrativo quando avverse al governo. Come vedremo nei prossimi capitoli, quando il governo può «passare» facilmente in Parlamento, le sentenze delle corti che dichiarassero illegittimi atti amministrativi del governo perché non conformi alla legge, almeno in astratto, possono essere facilmente aggirate da nuove leggi che incorporino il contenuto degli atti amministrativi sanzionati dalle corti o le premesse che rendono quegli stessi atti legali oltre ogni ragionevole dubbio (Huber e Shipan 2002). La forza del governo francese contrastava inoltre con la vulnerabilità formale dei consiglieri. Ancora oggi in Francia i *Conseillers d'État* sono funzionari di Stato dipendenti dal governo e non hanno lo status di magistrati. A differenza dei magistrati ordinari e dei magistrati delle giurisdizioni amministrative inferiori<sup>16</sup>, nessun testo normativo garantisce loro l'inamovibilità. Sono sottoposti al potere di nomina, di promozione e di sanzione disciplinare del governo, sicché le garanzie della loro indipendenza risiedono in un equilibrio fragile e precario, fondato soprattutto sul prestigio del «corpo».

È naturale immaginare che nelle peculiari circostanze politiche e istituzionali della V Repubblica, il Consiglio di Stato francese abbia cercato (con successo) di estendere la propria influenza nella fase ascendente del processo decisionale, nel momento della formulazione delle proposte di legge, in un clima di cooperazione con il governo. D'altronde era il contenuto della stessa Costituzione del '58 ad attribuire maggiore rilevanza all'attività di consulenza del *Conseil* rispetto a quella giudiziaria.

Fino al 1958, non diversamente dal Consiglio di Stato italiano, il *Conseil* esprimeva pareri obbligatori sugli atti amministrativi del governo, la cosiddetta

---

<sup>16</sup> L'indipendenza dal governo dei componenti dei *Tribunaux administratifs* e delle *Cours administratives d'appel* è assicurata dall'espressa previsione legislativa della loro inamovibilità e dal *Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel* che gestisce le loro carriere e i procedimenti disciplinari.

legislazione secondaria. La Costituzione della V Repubblica aggiunse il compito per il *Conseil* di esprimere pareri obbligatori per ogni proposta di legge di origine governativa. Un compito di grande rilevanza politica se si tiene conto che la stragrande maggioranza delle leggi francesi sono di origine governativa. Formalmente presieduto dal Presidente del Consiglio, più che essere un «censore» il *Conseil* tende a essere un *codecision-maker*, attento alla fattibilità politica dei suoi pareri (Meny e Gueraudin 1994). Questi non sono in genere radicali nelle conclusioni e consistono in una sorta di analisi dei costi e benefici delle decisioni di governo.

La nuova Costituzione non solo estendeva le prerogative del *Conseil* come consulente ma riconosceva dignità costituzionale solo alla funzione consultiva. Mentre quest'ultima è citata in più parti della legge fondamentale francese<sup>17</sup>, il ruolo dell'istituzione come giudice amministrativo supremo non è nemmeno menzionato. La predominanza assunta dalla funzione consultiva rispetto a quella giudiziaria fu per altro interiorizzata dagli stessi consiglieri di Stato che promossero negli anni a seguire una riforma che sgravò il *Conseil* di gran parte del carico di lavoro giudiziario. Nel 1987, su proposta degli stessi consiglieri di Stato francesi, furono infatti introdotte le corti d'appello amministrative che si aggiungevano alle corti amministrative costituite nel 1953<sup>18</sup>, trasformando il *Conseil* in una sorta di Corte di Cassazione amministrativa e lasciando pertanto ai consiglieri maggior tempo e risorse per dedicarsi all'attività di consulenza del governo<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> In particolare, secondo l'art. 38, comma 2, Cost., il governo deve preventivamente chiedere il parere al *Conseil d'État* per emanare, previa autorizzazione del Parlamento, ordinanze in materie normalmente riservate alla legge, volte a introdurre misure considerate indispensabili nell'attuare il programma governativo. E l'art. 39, comma 2, Cost., prescrive che il Consiglio dei Ministri, nel predisporre i disegni di legge, debba previamente sentire il *Conseil d'État*. Inoltre, il Consiglio fornisce i suoi pareri sui progetti di modifiche di norme della Costituzione e costituzionali (legge 6 marzo 1958); sui progetti di legge di adeguamento dell'ordinamento al diritto dell'Unione europea; sulla regolarità giuridica, sulla forma e sull'opportunità amministrativa dei testi normativi contenuti in leggi, ordinanze, regolamenti, codici e decreti. Può essere consultato dal Primo Ministro e dai ministri «sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative» (art. L112-2 CJA). Salvo rare eccezioni, i pareri del Consiglio di Stato non sono vincolanti, anche se, di fatto, raramente il governo se ne discosta. Ogni anno, il *Conseil d'État* invia al Presidente della Repubblica un rapporto pubblico col quale propone al governo le riforme di ordine legislativo, regolamentare o amministrativo.

<sup>18</sup> La giurisdizione amministrativa generale, detta anche *de droit commune*, è strutturata in quarantadue *Tribunaux administratifs*, in otto *Cours administratives d'appel* e nel *Conseil d'État*.

<sup>19</sup> Le sezioni consultive del *Conseil d'État* sono cinque, distinte per aree di *policy*: Interno, Finanze, Lavori Pubblici, Politiche sociali e la sezione dell'Amministrazione. A queste si aggiunge

Se accostiamo l'esperienza francese a quella italiana, nonostante alcune notevoli somiglianze formali fra i due organi e nonostante in entrambi i casi consiglieri di Stato occupino spesso posizioni di vertice negli uffici ministeriali, è evidente il maggiore peso assunto nel Consiglio di Stato italiano dalla funzione giudiziaria (Meny 1994). Il carico di lavoro in questo ambito è andato con il tempo crescendo, nonostante (o forse a causa de) la nascita dei tribunali regionali. Come già scritto, una parte dei giudici amministrativi di questi tribunali diventa consigliere di Stato, gli stessi presidenti dei T.A.R. devono essere consiglieri di Stato, a sottolineare l'appartenenza alla medesima comunità epistemica e la stessa estrazione tecnico-giuridica di giudici di diverso rango<sup>20</sup>. Al contrario i consiglieri di Stato francesi, i migliori diplomati all'ENA, spartiscono poco dal punto di vista sociale e culturale con i giudici amministrativi delle giurisdizioni inferiori e poco riguardo ai percorsi di carriera. Il loro sapere oltrepassa i confini delle discipline giuridiche, i loro rapporti più intensi sono con i politici e non è raro che politici diventino consiglieri e consiglieri politici. Lo straordinario prestigio dell'organo al quale appartengono si accompagna a una complementarità e vicinanza al governo politico che nessuno in Francia mette in dubbio (Amirante 1994).

Nel caso italiano non solo la funzione giudiziaria rispetto all'esperienza francese ha un peso maggiore ma contagia le stesse modalità con le quali si svolge l'attività consultiva. Giuristi ed esponenti di spicco del Consiglio di Stato, in coerenza con quanto stabilito dalla Costituzione, hanno più volte sottolineato la configurazione unitaria e la complementarità delle funzioni del Consiglio di Stato italiano. Per esempio, Gabriele Pescatore, Presidente del Consiglio di Stato dal 1980 al 1986 e poi giudice della Corte Costituzionale, sostenne che le funzioni consultive e giudiziarie del Consiglio di Stato sono gestite su base uni-

---

la sezione Rapporti e Studi. I rappresentanti dei ministri, che hanno il titolo di «Commissari del governo», possono fornire chiarimenti al Consiglio di Stato sulla portata generale di un testo di legge e sulle ragioni delle scelte operate. Un relatore è incaricato di istruire un parere, con il suggerimento di eventuali modifiche da apportare, che viene poi sottoposto all'esame della sezione di competenza per la discussione e la deliberazione finale del parere da dare al governo. L'Assemblea generale, presieduta dal vicepresidente e composta da tutti i consiglieri di Stato, è incaricata dell'esame della maggior parte dei progetti di legge e delle ordinanze.

<sup>20</sup> L'osmosi fra giudici dei T.A.R. e consiglieri non è perfetta dal momento che le prospettive di carriera all'interno del Consiglio di Stato sono meno favorevoli per i consiglieri divenuti tali per anzianità presso i T.A.R. rispetto ai consiglieri di estrazione concorsuale. Si veda L. Castoro, «Breve presentazione della carriera del magistrato del TAR e del relativo concorso», *Nuova giustizia amministrativa*, <https://www.nuovagiustiziaamministrativa.it/breve-presentazione-del-concorso-per-referendario-tar/>

taria (Pajno 1999, 65). Pasquale De Lise, già Presidente del Consiglio di Stato, nel suo discorso inaugurale del 2010 affermò che, assicurando la legittimità degli atti dell'esecutivo, la funzione consultiva mirerebbe a prevenire il contenzioso amministrativo (De Lise 2010). Lo stesso Consiglio di Stato, nei documenti ufficiali, descrive il proprio controllo *ex ante* sugli atti di governo come una sorta di anticipazione degli orientamenti dell'ente in caso di contenzioso (Consiglio di Stato, Sez. I, 6 marzo 1997). Secondo queste autorevoli testimonianze il Consiglio di Stato italiano, quando esercita il proprio controllo sugli atti di diritto derivato, si comporta come se fosse (già) un giudice. I suoi pareri tendono a ispirarsi ai principi di una giurisprudenza consolidata, che lo stesso Consiglio di Stato ha stabilito. L'attività di consulenza del Consiglio di Stato si realizza pertanto esclusivamente come controllo *ex ante* di legalità senza concessioni, almeno esplicite, a valutazioni sul merito e sull'efficacia dei provvedimenti.

A sugellare la confusione dell'attività consultiva con quella giurisdizionale è infine una particolare procedura che coinvolge l'attività del Consiglio di Stato italiano fin dal 1859: il ricorso straordinario al capo dello Stato. Questo particolare percorso di protezione degli interessi e dei diritti dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione fu conservato anche dopo l'attribuzione, con la creazione della sezione IV, di compiti giurisdizionali al Consiglio di Stato, soprattutto per rendere accessibile la tutela giuridica ai ceti meno abbienti. Il ricorso era originariamente quasi gratuito e ancora oggi non necessita di patrocinio legale. La decisione finale assume oggi la forma di un decreto del Presidente della Repubblica, ma nella sostanza il reale estensore è ancora il Consiglio di Stato il cui parere è obbligatorio e dal 2009 vincolante. I minori costi, i termini maggiormente dilatati entro i quali i cittadini possono ricorrere, il vantaggio, ormai solo teorico, di un unico grado di giudizio hanno con il tempo favorito la crescita di questi ricorsi. Poiché tuttavia il Consiglio di Stato formalmente esprime un parere, è proprio alle sezioni preposte all'attività consultiva che spetta la decisione finale su tali ricorsi. Le poche recenti statistiche sull'attività complessiva del Consiglio di Stato mostrano come fra tutte le possibili consulenze che il Consiglio di Stato fornisce quella di gran lunga preponderante, superiore al 90 per cento degli affari definiti, è proprio quella sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica, una consulenza che è in realtà a tutti gli effetti un giudizio<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Per dare un'idea della diversa «indole» del *Conseil d'État* francese rispetto al cugino italiano bastano poche cifre. Secondo il sito istituzionale del *Conseil d'État* i 239 consiglieri di Stato francesi nel 2022 hanno «prodotto» 9833 sentenze e reso 1075 pareri, di cui 73 su progetti di legge e il resto su atti amministrativi. Nello stesso anno i circa cento (non è possibile dal sito istituzionale del Consiglio di Stato italiano conoscerne con precisione il numero) consiglieri di Stato italiani

## 1.5 Il Consiglio di Stato italiano contemporaneo in prospettiva comparata

Con l'eccezione della Spagna e del Lussemburgo i Consigli di Stato ispirati al modello francese conservano allo stesso tempo funzioni consultive, di valutazione *ex ante* della legalità degli atti del governo e giudiziari, ossia di valutazione *ex post*. E tuttavia, come dimostra il confronto fra Italia e Francia, da Paese a Paese variano i gradi di prossimità al governo con i quali i consiglieri di Stato esercitano la funzione consultiva, l'intensità con la quale esercitano la funzione giudiziaria e il livello di omogeneità/identità fra consiglieri impegnati nella prima attività e quelli impegnati nella seconda. D'altra parte l'assenza di un organo chiamato Consiglio di Stato non comporta necessariamente né l'assenza di una giustizia amministrativa separata da quella ordinaria, e neppure, cosa più importante, l'assenza di una funzione consultiva, di controllo *ex ante* di legalità degli atti dell'esecutivo, attribuita a organi di giustizia amministrativa.

Per mappare per ciascun Paese il ruolo della giustizia amministrativa nel sistema politico e in particolare il tipo di interazione con il governo, quel che conta non è il nome con il quale sono chiamate le corti supreme di giustizia amministrativa. Conta quanto un medesimo organo e/o medesimi individui afferenti allo stesso organo esercitino sugli atti dell'esecutivo allo stesso tempo un controllo di legalità *ex ante*, proprio della funzione consultiva, e un controllo di legalità *ex post*, proprio della funzione giudiziaria.

Quando le funzioni consultive e giudiziarie sono esercitate da attori differenti, l'attività consultiva può essere esercitata anche da chi non ha una formazione esclusivamente o prevalentemente giuridica e mirare alla realizzazione di obiettivi politici (nel senso di *policy*) dei governi. Alla separazione pertanto corrisponde una maggiore attrazione nell'orbita dell'esecutivo. Quando le funzioni consultive e giudiziarie sono esercitate dagli stessi attori, i compiti consultivi tendono a essere «catturati» da quelli giudiziari. Prevalgono a scapito di considerazioni di *policy* gli strumenti analitici dei giudici.

Pertanto, quanto più i due tipi di controllo sono esercitati dai medesimi attori e quanto maggiore è la loro autonomia dall'esecutivo, tanto maggiore sarà la probabilità che l'esercizio del controllo di legalità *ex ante* possa, almeno a priori, rallentare e imbrigliare l'azione amministrativa del governo. Ignorare il parere dell'organo di giustizia amministrativa potrebbe infatti equivalere per l'esecutivo a investire tempo e risorse in un provvedimento di breve durata reso successivamente nullo da una sentenza di quello stesso organo.

---

processavano 14718 ricorsi in via ordinaria, ai quali si aggiungevano 1423 ricorsi diretti al Presidente della Repubblica. Nel complesso, i veri e propri pareri erano solo 139.

Rispetto alla compresenza nei medesimi attori di entrambi i compiti, quello consultivo e quello giudicante, come si colloca il caso italiano in prospettiva comparata? È un'eccezione? Per rispondere a questa domanda occorre sapere quali attori nelle principali democrazie europee sono deputati al controllo *ex post* in grado di invalidare l'atto e quali al controllo *ex ante*, in grado di influenzare l'adozione dell'atto stesso da parte del governo.

Non esiste vera democrazia liberale senza che sia un giudice a dirimere un contenzioso fra cittadino e pubblica amministrazione nel quale è oggetto di contestata la legalità di un atto amministrativo emanato da agenzie amministrative o dal governo. I tribunali competenti per il controllo *ex post* giudicano come le autorità pubbliche esercitino la discrezionalità amministrativa e se gli atti del governo e delle burocrazie al governo subordinate sono conformi alla legge. I tribunali controllano se i governi hanno scelto i mezzi più appropriati e se le loro decisioni non vanno al di là di quanto necessario per raggiungere gli obiettivi fissati dalla normativa («principio di proporzionalità»). Inoltre, i giudici verificano il rispetto dei diritti individuali nell'esercizio del potere pubblico e, a sanzione del loro controllo, possono dichiarare nullo un provvedimento amministrativo. Nella maggior parte dei Paesi dell'Europa continentale, il controllo giurisdizionale degli atti amministrativi è assicurato da tribunali organizzati in un sistema separato all'interno della magistratura, parallelo a quello dei tribunali civili e penali. È il caso di Paesi come Francia, Italia, Germania, Austria, Belgio, Paesi Bassi, Lussemburgo, Grecia, Portogallo. Nel Nord Europa, anche Finlandia e Svezia (Sarvilinna 2007) hanno un sistema separato dei tribunali amministrativi. Al contrario, la Spagna attribuisce il contenzioso amministrativo a specifiche sezioni dei tribunali ordinari, sul modello di un Paese di diritto comune come il Regno Unito. Lo stesso accade in Danimarca e in Irlanda.

Se quindi il controllo *ex post* è sempre in capo a una corte, amministrativa o ordinaria che sia, non altrettanto accade per il controllo preventivo (*ex ante*) ossia precedente l'emanazione dell'atto. Con riferimento agli atti emanati dagli esecutivi il controllo giuridico non è necessariamente esercitato da corti. In alcuni Paesi è interamente svolto all'interno dei dipartimenti governativi, in altri anche da commissioni legislative. Anche quando il controllo preventivo è esercitato da una corte il grado di omogeneità/identità fra giudici consiglieri e giudici giudicanti varia.

Per disporre i Paesi dell'Europa a quindici lungo una dimensione di minore-maggiore peso delle corti (e maggiore-minore autonomia dei governi) possiamo avvalerci di un albero di domande concatenate fra loro (Figura 1.1) alle cui risposte positive corrispondono un grado crescente di dipendenza dell'esecutivo dal controllo *ex ante* di legalità degli atti amministrativi di altri attori e, in par-



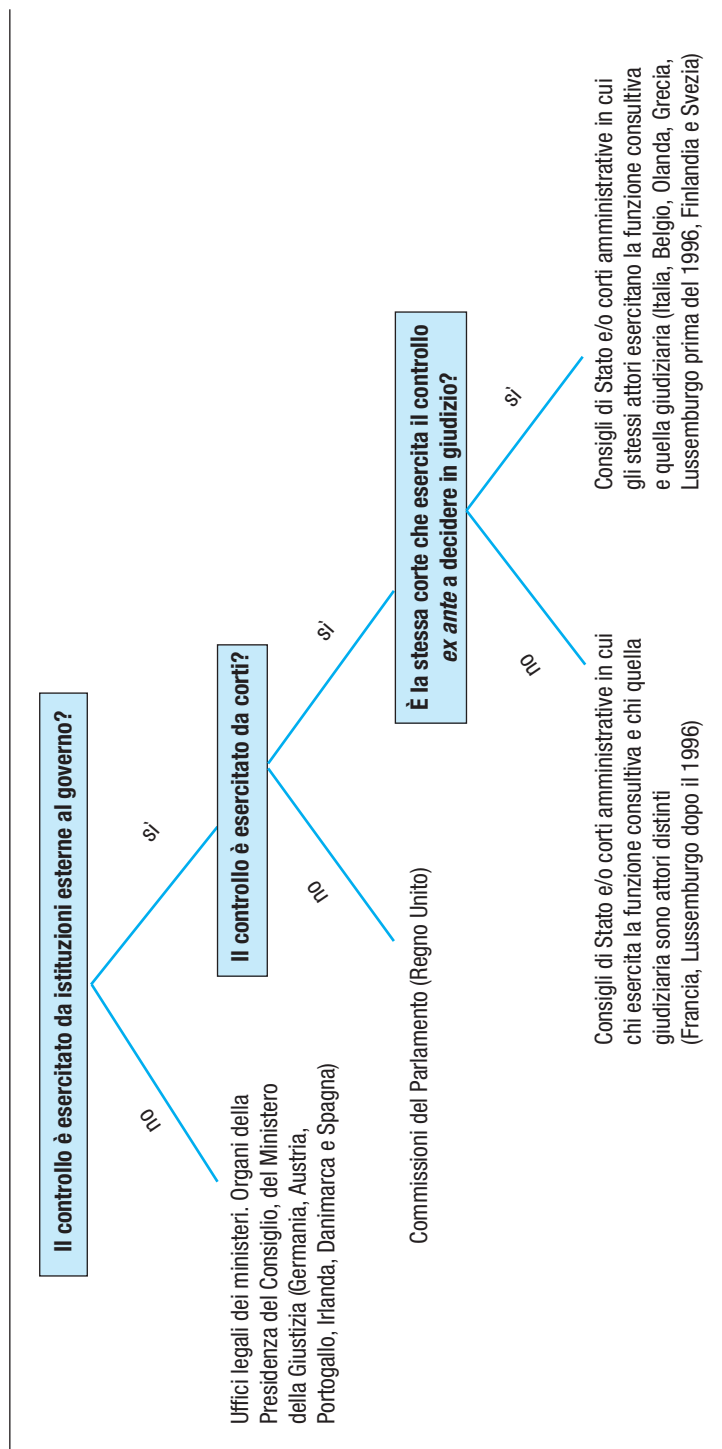
ticolare, dalle corti: il controllo è esercitato da istituzioni esterne al governo? E se sì, il controllo è esercitato da corti? E se sì, è la stessa corte che esercita il controllo *ex ante* a decidere in giudizio?

La mappa dei sistemi politici che scaturisce da questa gerarchia di interrogativi non aspira solo a mettere ordine. Se infatti il posizionamento dell'attività consultiva rispetto a corti e governo non è casuale ma riflette altre caratteristiche del sistema politico, l'appartenenza dell'Italia a un gruppo di Paesi con lo stesso posizionamento suggerisce di iniziare a cercare le ragioni del peculiare ruolo di consigliere giudicante del Consiglio di Stato italiano proprio nelle caratteristiche politiche e istituzionali che l'Italia condivide con gli altri Paesi dello stesso gruppo.

In Germania, Austria, Portogallo, Irlanda e Danimarca, il controllo *ex ante* sulla legittimità dei regolamenti è fornito solo da istituzioni interne all'esecutivo. In Portogallo il Centro giuridico del Ministero della Presidenza (CEJUR) fornisce assistenza legale ai ministeri. In Germania la qualità giuridica della redazione è assicurata dalla vigilanza del Ministero della Giustizia che verifica se gli elaborati sono coerenti con le leggi vigenti e se rispettano le regole formali di redazione. Inoltre, gli alti funzionari tedeschi sono tradizionalmente formati come avvocati (Ziller 2012) e contribuiscono a controllare la coerenza giuridica del diritto primario e secondario. In Irlanda la qualità giuridica del diritto primario (le leggi) e, su richiesta, del diritto derivato (gli atti amministrativi) è assicurata da un team di avvocati specializzati che lavora presso l'Office of the Parliamentary Counsel del governo. Questo Ufficio fa parte dell'Ufficio del Procuratore Generale, il più alto organo consultivo legale del governo. In Danimarca la qualità giuridica dei regolamenti è assicurata dalle unità giuridiche dei ministeri e dalla supervisione del Ministero della Giustizia. Nel Regno Unito non è il governo ma il Parlamento a svolgere un ruolo sempre più importante nel controllo dei nuovi regolamenti. Diverse commissioni parlamentari partecipano alla vigilanza sui regolamenti che derivano dalle leggi primarie. Tra questi, la Commissione paritetica per gli atti statutari valuta la base giuridica e i vizi redazionali dei regolamenti; il Comitato per la riforma della regolamentazione della Camera dei Comuni, i poteri delegati della Camera dei Lord e il Comitato per la riforma della regolamentazione esaminano se i ministri hanno fatto un uso corretto dei poteri conferiti dalla legislazione.

Nel resto dei Paesi dell'Europa occidentale (UE a quindici), oltre che dai servizi competenti per la supervisione della legalità delle istituzioni governative, la legislazione secondaria è visionata da corti. In alcuni casi i pareri sono facoltativi, su richiesta del governo. In Svezia, oltre al controllo del Direttore generale degli affari legali del Primo Ministro, un Consiglio di Legislazione (Lagrådet),

Figura 1.1 Giustizia amministrativa e controllo ex ante di legalità in prospettiva comparata





composto da attuali ed ex giudici della Corte Suprema e della Corte Suprema Amministrativa, fornisce consulenza al governo sulla conformità delle bozze di regolamento con l'ordinamento giuridico e sulla legislazione riguardante la libertà di espressione, l'accesso a documenti pubblici, lo stato civile e la cittadinanza, l'amministrazione della giustizia e i principi dell'amministrazione.

In Finlandia, dove il Ministero della Giustizia, tramite l'Ufficio di Ispezione Legislativa, verifica la base giuridica delle bozze e la loro coerenza con altre normative, il governo può chiedere anche il parere della Corte Suprema Amministrativa. Un parere è spesso richiesto anche in occasione della presentazione di disegni di legge. In entrambi i casi c'è identità all'interno degli organi giudiziari fra chi assolve compiti di consulenza e chi giudica. In Grecia, Italia, Francia, Lussemburgo fino al 1996, Belgio e Olanda, ovvero i Paesi con Consigli di Stato che sono anche organi supremi della giustizia amministrativa, i pareri sono per lo più obbligatori, anche se non vincolanti, almeno per i provvedimenti amministrativi di una qualche generalità<sup>22</sup>. Varia il grado di sovrapponibilità fra la funzione giudiziaria e quella consultiva, a seconda dell'organizzazione del personale interno alle diverse sezioni, della presenza o assenza di regimi di incompatibilità e dei requisiti richiesti per far parte del Consiglio.

Fino al 1996, le funzioni consultive e quelle giudiziarie del Consiglio di Stato del Lussemburgo si sovrapponevano. I membri dell'istituto avevano un duplice ruolo di giudici e consulenti: erano soliti ruotare tra le sezioni e potevano far parte contemporaneamente di diverse sezioni. Dopo una sentenza in cui la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (caso «Procola vs Lussemburgo»<sup>23</sup>) ha giudicato l'organizzazione del Consiglio di Stato incompatibile con il principio di imparzialità e indipendenza, il Consiglio di Stato del Lussemburgo è stato riformato e ha mantenuto solo la funzione consultiva, mentre il contenzioso amministrativo è stato attribuito a un nuovo tribunale amministrativo. Nei Consigli di Stato del Belgio, Paesi Bassi, Grecia e Italia i giudici ruotano tra le sezioni e, in un numero limitato di casi, possono appartenere simultaneamente a entrambe le sezioni. Nel Consiglio di Stato del Belgio<sup>24</sup>, gli 86 consiglieri devono possedere

---

<sup>22</sup> In Italia, come vedremo più avanti, provvedimenti di una qualche generalità sono gli atti amministrativi generali e i regolamenti. Per questi ultimi il parere del Consiglio di Stato prima della loro emanazione è obbligatorio anche se non vincolante.

<sup>23</sup> L'associazione agricola Procola mise in dubbio l'imparzialità dei membri della sezione giudiziaria del Consiglio di Stato davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo. I membri della sezione contenzioso che si sono pronunciati su una vicenda riguardante le quote latte avevano precedentemente espresso i loro pareri sullo stesso caso.

<sup>24</sup> In Belgio, il Consiglio di Stato emette pareri sul diritto primario e sul diritto derivato; verifica la coerenza di leggi, decreti e ordinanze con le norme giuridiche superiori, compresa la Costituzione.

una serie di requisiti per essere nominati, fra i quali una rilevante esperienza professionale di natura giuridica (almeno dieci anni) e il possesso di un master o dottorato in giurisprudenza. È frequente che membri dei tribunali si trasferiscano al Consiglio di Stato e che membri del Consiglio di Stato passino alla Corte Costituzionale. Sebbene i consiglieri possano essere formalmente assegnati esclusivamente alla sezione consultiva o giudiziaria, in pratica, come riportato da un Presidente di Camera al Consiglio di Stato del Belgio<sup>25</sup>, essi possono passare da una funzione all'altra quando il carico di lavoro dell'ente lo rende necessario. In particolare, i consiglieri della sezione giudiziaria possono essere chiamati a sedere nella sezione consultiva per sostituire un membro impedito o per costituire camere supplementari quando richiesto; i membri della sezione consultiva possono essere chiamati a sedere nella sezione giudiziaria per formare una camera bilingue, in sostituzione di un membro di lingua fiamminga o di lingua francese. L'insieme di queste circostanze segnala una sovrapposizione delle funzioni consultive e giudiziarie e una prevalenza della componente giuridico-giudiziaria nell'attività di consulenza. Lo stesso accade nel Consiglio di Stato dei Paesi Bassi. A metà degli anni Duemila il governo olandese, su pressione del Parlamento, ha parzialmente limitato la possibilità di adesione simultanea dei consiglieri alle sezioni consultive e giudiziarie. Ciò anche in conseguenza di una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, nella causa «Kleyn and Others v. the Netherlands» (2003), metteva in dubbio la capacità della struttura interna del Consiglio di Stato olandese di garantire imparzialità e indipendenza in relazione al procedimento giudiziario (De Wet 2008).

Ciononostante, la convinzione fra i consiglieri olandesi che l'expertise maturata come giudici sia fondamentale nell'attività di consulenza resta molto diffusa e testimonia la sovrapposizione fra le due funzioni<sup>26</sup>.

In Grecia i membri del Consiglio di Stato sono laureati alla Scuola Nazionale di Magistratura. La funzione consultiva è esercitata da una sola sezione, alla quale appartengono solo i magistrati preposti ai compiti sia giudiziari sia consultivi.

---

Sebbene le sue opinioni non siano vincolanti, tendono a essere seguite dal governo (Deschouwer, 2012).

<sup>25</sup> L'organizzazione del Consiglio di Stato del Belgio è stata descritta dal Presidente della Camera, Marnix Van Damme, durante l'incontro dei membri dell'Associazione dei Consigli di Stato e delle giurisdizioni amministrative supreme dell'Unione europea incaricati di agire in veste consultiva in materia legislativa, tenutosi a L'Aia il 16 febbraio 2004. Un verbale dell'incontro è stato pubblicato nella newsletter dell'Associazione.

<sup>26</sup> Come riferito da Willem Konijnenbelt, ex Presidente della Camera al Consiglio di Stato olandese alla riunione dell'Associazione dei Consigli di Stato e delle supreme giurisdizioni amministrative dell'Unione europea (2004) tenutasi all'Aia il 16 febbraio 2004 (cit. alla nota 9).

Pertanto, le due funzioni risultano perfettamente sovrapposte e le competenze richieste sembrano essere esclusivamente giuridiche.

Opposto è il caso francese. Circa due terzi dei membri del *Conseil d'État* (*auditeurs*) sono reclutati tramite concorso all'École National d'Administration<sup>27</sup>, che fornisce una specializzazione giuridica limitata a favore di una formazione più generale adatta ai compiti di un alto burocrate. Il restante terzo dei membri del *Conseil d'État* (*maîtres des requêtes et conseillers*) è nominato dal governo per via esterna (*tour extérieur*). Possono essere nominati con questa modalità funzionari con esperienza professionale in altre istituzioni civili o militari (quali diplomatici, prefetti, ufficiali, ingegneri) nonché in affari legali (avvocati, accademici) e un numero limitato di giudici dei tribunali amministrativi e delle corti amministrative d'appello. Fatta eccezione per queste nomine (uno su quattro *maîtres des requêtes*, uno su tre *Conseillers d'État*) i giudici dei tribunali amministrativi e delle corti amministrative d'appello non accedono al *Conseil d'État*. L'attività consultiva e quella giudiziaria interne al *Conseil* sono separate da un rigido regime di incompatibilità stabilito dal codice di giustizia amministrativa. Quando il Consiglio di Stato è informato di un ricorso avverso un atto sul quale aveva precedentemente espresso parere, viene comunicato ai ricorrenti l'elenco dei consiglieri intervenuti nella deliberazione del parere. I membri del Consiglio di Stato che partecipano al processo non possono accedere ai dossier prodotti dalle sezioni consultive sull'atto, né possono conoscere il contenuto di pareri non resi pubblici<sup>28</sup>. Questo regime, la calante rilevanza dell'attività giudiziaria del *Conseil* rispetto a quella consultiva, l'assunzione di personale con competenze manageriali, del tutto assente negli altri Consigli di Stato, e naturalmente incline a consulenze di *policy* non strettamente legali, suggeriscono una scarsa sovrapposizione delle due funzioni. Il controllo *ex ante* del Consiglio di Stato francese sulla legislazione secondaria (e non solo su quella) è solo parzialmente di legalità e quello *ex post* è operato in larga parte da organi non solo distinti dal Consiglio ma che con il Consiglio intrattengono rapporti marginali.

Nonostante alcune somiglianze formali con il *Conseil d'État* francese, il caso italiano oggi è senza dubbio più prossimo a quello belga e olandese. In Italia i membri del Consiglio di Stato sono a larga maggioranza magistrati ed è il sapere giuridico a farla da padrone nel consentire l'ac-

<sup>27</sup> Dal primo gennaio 2022 l'École National d'Administration è stata trasformata in Institut National du Service Public (INSP).

<sup>28</sup> Si veda il *Code de justice administrative*, Articles R122-21-1, Article R122-21-2, Article R122-21-3.

cesso all'organo. Solo il 25 per cento dei giudici è di nomina governativa. I membri del Consiglio di Stato ruotano tra il consultivo e le sezioni giudiziarie e le due funzioni non sono incompatibili. Come abbiamo già affermato, il carattere unitario delle funzioni consultive e giudiziarie del Consiglio di Stato italiano è promosso e difeso dagli stessi membri dell'ente, sin dai tempi dalla presidenza di Santi Romano.

La coincidenza nello stesso organo e fra gli stessi membri dell'organo del controllo *ex ante* e di quello *ex post* degli atti amministrativi vede l'Italia in buona e ristretta compagnia. Una compagnia, con l'eccezione della Grecia, di democrazie consensuali (Lijphart 1968, 2001; Deschouwer 2012) caratterizzate da coalizioni ampie e conflittuali, governi relativamente deboli nell'arena legislativa e con lunghi periodi di scarsa alternanza di governo. È una compresenza di caratteristiche che promettono di rivestire un ruolo nella nostra spiegazione. Tuttavia, per procedere oltre e stabilire davvero nessi causali che leghino queste caratteristiche alla perdurante rilevanza assunta dal Consiglio di Stato nel nostro sistema politico, occorrono teorie. A queste è dedicato il prossimo capitolo.



## CAPITOLO 2

# LE CORTI AMMINISTRATIVE COME ATTORI STRATEGICI E COME EQUILIBRI

Le corti amministrative come altre corti, *in primis* quelle costituzionali, possono essere parti attive del «gioco politico», ovvero attori dotati di un potere decisionale che non si esprime in modo neutro e separato dagli altri attori politici ma che, al contrario, produce, consapevolmente, conseguenze significative sul *decision making* e sulle politiche pubbliche. Alcune corti, come il Consiglio di Stato in Italia, esercitano la loro influenza non solo tramite sentenze ma anche tramite il controllo *ex ante* non vincolante sugli atti amministrativi, pareri che possono anticipare le stesse sentenze e parlano lo stesso linguaggio. In questo capitolo illustreremo l'interazione fra corti e attori politici attraverso le lenti teoriche del neo-istituzionalismo razionale. Ci soffermeremo sugli effetti del comportamento giudiziario e sulle ragioni proposte in letteratura per spiegare la sopravvivenza nei sistemi politici contemporanei di corti autonome, con particolare riguardo per quelle amministrative. Discuteremo infine le conseguenze dell'importanza assunta dalle decisioni giudiziarie sulla natura stessa delle politiche pubbliche.

### 2.1 La rilevanza delle corti amministrative

Diversamente dalle corti costituzionali che, giudicando della legittimità delle leggi svolgono un ruolo cruciale nella formulazione legislativa delle politiche pubbliche, altre corti, come i tribunali amministrativi e le corti civili, nel dirimere le controversie influenzano le politiche soprattutto nella fase della loro attuazione, quando il contesto legislativo è già stato definito. Come sappiamo dal precedente capitolo, i giudici delle supreme corti amministrative di Paesi come la Svezia, il Belgio e l'Olanda, interagiscono inoltre direttamente con gli attori politici degli esecutivi, svolgendo un controllo di legalità *ex ante* sugli atti del governo che precede eventuali decisioni delle stesse corti in sede giurisdizionale.

Anche in Italia le corti amministrative svolgono, come nei succitati Paesi, questo duplice ruolo. Da un lato, i tribunali amministrativi regionali e il Consiglio di Stato valutano la legittimità dell'attività discrezionale degli esecutivi e delle agenzie pubbliche a vario titolo incaricate dallo stesso di attuare disposizioni legislative e amministrative. In particolare, le corti esaminano se i provvedimenti sono emanati dagli organismi competenti rispettando le previsioni della legge e se essi raggiungono gli obiettivi dichiarati<sup>1</sup> con mezzi e modalità appropriati. Oltre a valutare la legittimità di provvedimenti con destinatari specifici, si esprimono anche sulla legittimità di atti che, benché emanati dall'esecutivo e non di rango legislativo, sono generali e astratti come i regolamenti governativi e gli atti amministrativi generali. D'altra parte, proprio sui regolamenti il Consiglio di Stato svolge anche una funzione di controllo preventivo (*ex ante*) obbligatorio sebbene non vincolante, in cui verifica la coerenza delle bozze dei decreti ministeriali (D.M.), decreti del Presidente del Consiglio (D.P.C.M.) e decreti del Presidente della Repubblica (D.P.R.) con le disposizioni legislative. Questa duplice funzione, prima nella fase ascendente dell'implementazione di *policy* e poi nel contenzioso che ne può derivare, finisce per collocare il Consiglio di Stato in una posizione centrale nel *policy making* italiano. Questa centralità non è solo, per così dire, di processo ma anche di contenuto. Il giudice amministrativo si occupa di questioni che riguardano in modo molto diretto la vita delle persone. Si pensi, per esempio, ai ricorsi sull'operato delle commissioni concorsuali (in ogni settore dell'amministrazione: dall'università, alla scuola, alla sanità), o contro l'introduzione del numero chiuso nei corsi di laurea, ai ricorsi sulle procedure di appalto, o sui criteri per la bonifica e il ripristino ambientale dei siti inquinati.

Benché si muova nell'ambito di una regolamentazione, il codice del processo amministrativo, e abbia a riferimento per valutare la correttezza dei procedimenti parametri di tipo «tecnico» (quelli della legge sul procedimento amministrativo e di altre leggi specifiche), è poco plausibile escludere che, nel dare le sue interpretazioni, il giudice amministrativo, come tutti i giudici, sia condizionato anche da valutazioni che non emergono direttamente o automaticamente dalla legge. È difficile immaginare che non consideri le ricadute delle sue azioni. A maggior ragione un giudice come quello del Consiglio di Stato italiano, che interagisce direttamente con il governo fungendo da controllore preventivo della

---

<sup>1</sup> Il giudice verifica che gli atti amministrativi non incorrano nei vizi di violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere. In tutte queste fattispecie il giudice amministrativo non effettua un controllo sul «merito» dei provvedimenti, ma sul «modo» in cui gli obiettivi fissati dai provvedimenti sono stati realizzati, accertando in particolare se i provvedimenti sono conformi alle disposizioni della legge sul procedimento amministrativo (legge n. 241/1990).

legalità su una serie di atti, e che è sovente reclutato egli stesso come consulente individuale, capo di gabinetto o capo ufficio legislativo presso i ministeri.

Esiste inoltre una ragione specifica, legata al sistema politico italiano, che accresce l'autonomia del Consiglio di Stato come giudice, anche rispetto a organi analoghi di altre democrazie europee, come il *Conseil d'État* in Francia, all'apparenza più prestigiosi e centrali. Se è vero infatti che la legge è il naturale limite e criterio per la valutazione di legittimità di un atto amministrativo, questo limite e criterio assume confini più incerti e imprecisi al proliferare inarrestabile del numero di leggi, fenomeno che ha caratterizzato per lungo tempo la democrazia italiana. Come scrive Cassese, «un sistema giuridico con alto numero di norme primarie poste dal legislatore [...] vincola il Consiglio di Stato perché esso è giudice di legittimità e il suo potere arretra in presenza di norme primarie. Le conferisce, però, anche facoltà di scegliere fra norme diverse». In altre parole, ne accresce i margini di discrezionalità.

Tratteremo nei paragrafi successivi il comportamento dei giudici amministrativi facendo tesoro degli approcci strategici al comportamento giudiziario, che inquadrano i giudici come figure inevitabilmente politiche proprio perché consapevoli delle preferenze degli altri attori del sistema politico e delle ricadute su questi ultimi delle loro decisioni.

## 2.2 Corti, attori politici elettivi, politiche

La scienza politica ha indagato diffusamente l'origine e il mutamento nel tempo, le varianti nei diversi Paesi e le conseguenze sul funzionamento dei sistemi politici delle *rule-making institutions* (assemblee legislative, i governi, i partiti, le leggi elettorali) e delle *rule-applying institutions* (le pubbliche amministrazioni, le agenzie amministrative e le autorità indipendenti)<sup>2</sup>.

Al contempo, essa sembra aver devoluto minore attenzione alle *rule-adjudicating institutions*, istituzioni come le corti costituzionali e le corti amministrative, che interpretano l'operato nei sistemi politici delle istituzioni del primo e del secondo tipo (Rothstein 1996).

---

<sup>2</sup> Numerosi contributi nell'ambito del neo-istituzionalismo di matrice *rational choice* si sono sviluppati, infatti, a partire dai lavori sui legislativi e sui governi di Cox e McCubbins (1993), Laver e Shepsle (1995), Krehbiel (1998), Laver e Schofield (1998), Thies (2001), Martin e Vanberg (2004); sulle implicazioni di *policy* delle leggi elettorali (Persson e Tabellini 1999), sui partiti (Aldrich 1995); sulle burocrazie (Ferejohn and Shipan 1990; Fiorina 1977, 1981; McCubbins, Noll e Weingast 1987; McCubbins e Schwartz 1984).



Anche nell'ambito del neo-istituzionalismo razionale, l'approccio teorico da noi privilegiato, sebbene non manchino contributi significativi che hanno come oggetto di analisi le corti (Ferejohn e Weingast 1992; Steunenberg 1997, Vanberg 2001) e in particolare le corti costituzionali (Volcansek 2001, Tsebelis 2002, Santoni e Zucchini 2004, 2006, Zucchini 2013, Brouard e Honnige 2017, Vanberg 2001, 2005, 2015), le corti amministrative sono un oggetto poco esplorato (Rebessi e Zucchini 2019).

Questo approccio si basa su due livelli di analisi distinti e complementari. Nel primo, che costituisce il programma di ricerca più antico e sviluppato, gli analisti si concentrano sugli effetti delle istituzioni sul comportamento politico e sugli esiti del processo politico (le politiche pubbliche), considerando le istituzioni come fisse ed esogene. Nel secondo, gli analisti considerano le istituzioni stesse come endogene, studiano come esse nascono ed evolvono e perché assumono forme durevoli all'interno del sistema politico. In combinazione, i due programmi di ricerca consentono allo stesso tempo, date le preferenze degli attori, di analizzare gli effetti delle istituzioni e di capire le ragioni della loro sopravvivenza ed evoluzione di lungo termine (Shepsle 2006).

Seguendo il primo programma di ricerca, al centro della nostra indagine sta l'interazione strategica fra il Consiglio di Stato e gli attori governativi, all'interno di un contesto di regole e prassi ben definito. Ciascun attore ha a disposizione un insieme di azioni, una sequenza di mosse, e una determinata struttura di informazione. Dalla combinazione delle scelte degli attori derivano gli esiti, ovvero politiche pubbliche, che sono valutati dagli attori in base alle loro preferenze. Questi esiti sono intesi come «equilibri» (*institutional equilibria*), esiti indotti dalla struttura dell'interazione, che né il Consiglio, né il governo hanno incentivo a modificare (Shepsle 1986, 2006). Quindi, una volta accertata la struttura dell'interazione, ovvero l'assetto istituzionale, il ricercatore per determinare gli equilibri deve attribuire agli attori, nel nostro caso politici eletti e giudici, preferenze.

### 2.2.1 *Le preferenze dei politici eletti*

Tradizionalmente, le preferenze degli attori politici eletti sono rappresentate su uno spazio politico (Downs 1957). Quando lo spazio politico è caratterizzato da una sola dimensione, l'infinito novero delle politiche possibili è immaginato variare al variare della «quantità» di una sola caratteristica o bene. Se per esempio consideriamo la classica dimensione sinistra-destra, questa caratteristica potrebbe essere il livello di intervento dello Stato in economia, elevato per le posizioni di sinistra, trascurabile per quelle di destra. In queste rappresentazioni si as-

sume che gli attori abbiano preferenze con un unico massimo (*single-peaked*) corrispondente a una determinata quantità della caratteristica che definisce la dimensione. Questo significa che ogni attore ha un'unica posizione su una dimensione, rappresentabile con un punto su una retta, che coincide con il suo «punto ideale». Più le politiche si allontanano dal punto ideale a destra o a sinistra nello spazio politico, più sono sgradite. In uno spazio multidimensionale il punto ideale di un attore politico è all'incrocio dei punti ideali dello stesso su tutte le dimensioni che definiscono tale spazio<sup>3</sup>.

Le preferenze degli attori politici vengono misurate con modalità diverse. Le preferenze dei partiti possono essere stimate realizzando sondaggi presso esperti. Questi ultimi posizionano i partiti lungo dimensioni di *policy* definite *ex ante* dai ricercatori (per esempio: destra-sinistra, accentramento *versus* decentramento degli organi decisionali, promozione della crescita *versus* tutela dell'ambiente, politiche permissive *versus* politiche restrittive in materia di diritti civili)<sup>4</sup>. In alternativa, le preferenze dei partiti possono essere dedotte analizzando i contenuti dei manifesti elettorali<sup>5</sup>. Altri metodi si concentrano sulle preferenze dei singoli individui, che possono essere desunte osservando il comportamento di voto nelle assemblee legislative (*Roll-Call Analysis*) e la sottoscrizione di proposte di legge<sup>6</sup> (*cosponsorship* legislativa). Il voto e la sottoscrizione di proposte

---

<sup>3</sup> Gli attori politici (compresi i giudici) possono valutare la desiderabilità di una *policy* in base a più dimensioni. Per esempio, in base al livello di spesa pubblica con cui la *policy* dovrebbe essere sostenuta e in base al fatto che sia più o meno socialmente inclusiva o che veicoli una concezione più o meno progressista dei diritti civili. Si pensi, per esempio, all'accesso ai servizi sanitari per la popolazione immigrata irregolare o all'estensione della copertura sanitaria per determinati tipi di interventi (aborto, trapianti, fecondazione assistita).

<sup>4</sup> In questo ambito, i due progetti principali sono le *Chapel Hill Expert Surveys* e i sondaggi condotti da Laver e Hunt (1992) e Benoit e Laver (2006).

<sup>5</sup> Il maggiore progetto europeo in questo ambito è il Comparative Manifesto Project (Budge *et al.* 2001; Klingemann *et al.* 2006), in cui i contenuti dei manifesti elettorali sono codificati manualmente e associati in modo univoco alle categorie di un codice organizzato per aree di *policy*.

<sup>6</sup> La *Roll-Call Analysis*, originariamente impiegata per analizzare il comportamento di voto individuale nel Congresso americano, è stata estesa anche alle democrazie parlamentari, sebbene il comportamento di voto sia in questo caso pesantemente influenzato dalle indicazioni dei partiti, dalle regole legislative e dalla dialettica governo-opposizione parlamentare (Giannetti e Laver 2009). Al contrario, la *cosponsorship* sui disegni di legge, almeno in alcuni contesti politico-istituzionali, risente meno del controllo dei partiti e può segnalare più fedelmente le preferenze di *policy* dei singoli deputati rispetto allo *status quo*. A proposito della *Roll-Call Analysis* si veda Clinton, Jackman e Rivers (2004) e Rosenthal e Voeten (2004). Fra i contributi dove si inferiscono le preferenze ideologiche a partire dalle attività di *cosponsorship* legislativa si veda Krehbiel (1995), Aleman *et al.* (2009) e Kessler e Krehbiel (1996).

di legge sono analizzati con tecniche di analisi fattoriale e di classificazione, che fanno emergere le preferenze di *policy* degli attori politici su dimensioni latenti, come destra-sinistra, liberalismo-conservatorismo, secolarità-religiosità. In anni più recenti le preferenze degli attori politici sono state desunte anche dall'analisi testuale di documenti di vario tipo, come i discorsi parlamentari, le mozioni congressuali, altri documenti prodotti dalle correnti dei partiti (Benoit e Herzog 2017), ma anche i messaggi pubblicati dagli attori politici sui social media<sup>7</sup>.

Più complesso e dibattuto è il tema delle preferenze dei giudici.

### 2.2.2 *Le preferenze dei giudici*

Come abbiamo già sostenuto, quando i giudici, compresi quelli amministrativi, si esprimono sulla legittimità di un procedimento o di un testo regolamentare, nella larga maggioranza dei casi svolgono un'attività interpretativa che include una componente discrezionale. Raramente tale attività può essere svolta in modo perfettamente neutrale ed esecutorio, quasi che fosse la legge direttamente a parlare per il tramite del giudice, come vuole invece la tradizionale concezione di Montesquieu (1965, p. 287) del giudice «bocca della legge».

Stimare empiricamente le preferenze dei giudici attraverso i loro comportamenti, come avviene per i singoli parlamentari, è tuttavia complesso e raramente possibile. Poche corti, fra queste la Corte Suprema americana, rendono pubbliche le posizioni dei giudici sui singoli casi. Non a caso gli studiosi che per primi si sono occupati del comportamento giudiziario lo hanno fatto a partire proprio dallo studio delle decisioni di questa corte (Epstein e Knight 1998). In generale, nella maggior parte dei casi, il tipo di preferenze, e i comportamenti che si presume ne conseguano, dipendono dalle teorie adottate. Nella scienza politica americana si distinguono tre teorie del comportamento giudiziario: le teorie *attitudinali*, quelle *legali* e infine le teorie *strategiche*.

Secondo la teoria attitudinale (Posner 2010), i giudici sono guidati dalle proprie preferenze di *policy* e valori, che esprimono in modo «sincero», senza preoccuparsi delle conseguenze delle proprie decisioni. In genere come *proxy* delle preferenze di *policy* dei giudici viene preso a riferimento il partito del presidente che li ha nominati. Ci si aspetta, cioè, che i giudici nominati da presidenti

---

<sup>7</sup> Per analizzare i documenti, sono impiegate tecniche di analisi testuale quantitativa automatizzate, come Wordfish (Proksch e Slapin 2009; Slapin e Proksch 2008), che consentono di dedurre la posizione ideologica degli attori politici analizzando le parole che compongono i testi. Per contributi recenti sull'analisi dei testi su social media si veda Bond e Messing (2015) e Ceron (2017).

repubblicani abbiano in media idee più conservatrici rispetto ai giudici nominati dai presidenti democratici, che dovrebbero esprimere idee più progressiste. Un'altra fonte dalla quale dedurre le preferenze dei giudici possono essere i testi dei loro discorsi o gli editoriali scritti sui giornali in occasione della loro nomina (Segal e Cover 1989). Alcuni autori hanno proposto alcune specifiche al modello attitudinale. Per esempio, è stato sostenuto che l'influenza partigiana (*partisan*) sulle preferenze dei giudici, dovuta alla nomina politica, abbia una durata limitata. Studi empirici che hanno analizzato il grado di concordanza fra preferenze dei presidenti e decisioni dei giudici in casi aventi a oggetto diritti civili e questioni economiche fra il 1937 e il 1994 suggeriscono infatti che l'influenza *partisan* della nomina sia presente solo nei primi anni e poi tenda a diminuire nel tempo (Segal *et al.* 2000).

A questa visione del comportamento giudiziario, che tende a equiparare i giudici ai politici eletti, si oppongono le teorie *legali* del comportamento giudiziario, che sostengono che i valori e le preferenze partigiane (*partisan*) dei giudici non hanno alcun ruolo nello spiegare le loro decisioni (George e Epstein 1992). I giudici applicherebbero la legge sulla base di regole preesistenti, scritte nella Costituzione o stabilite in precedenti decisioni giudiziarie. Basandosi sulla logica del precedente e usando tecniche di *decision-making* politicamente neutre, i giudici arriverebbero a generare decisioni «oggettive». Secondo queste concezioni, dette anche *formaliste* (Guarnieri e Pederzoli 2017), è possibile arrivare a una «corretta» interpretazione del sistema giuridico e dei suoi testi senza essere influenzati da considerazioni di tipo sociale, economico o politico. Questa visione, che attribuisce al giudice un ruolo sostanzialmente esecutivo, non è sempre distante dalla realtà. Vi sono infatti fattispecie in cui, per esempio, il giudice amministrativo decide su attività dell'amministrazione definite «vincolate», che discendono cioè da leggi particolarmente dettagliate, che non lasciano margini di interpretazione nell'attuazione. In questo caso, tuttavia, il formalismo del giudice sembra essere una scelta obbligata a sua volta dalle scelte non casuali del legislatore.

L'idea stessa che il legislatore possa dettagliare i contenuti di una legge per vincolare l'operato dell'amministrazione, ed evitare con ciò «derive burocratiche» (*bureaucratic drift*) (Epstein e O'Halloran 1994; Huber e Shipan 2002) o potenziali interpretazioni discrezionali del giudice, è alla base del terzo insieme di teorie del comportamento giudiziario, rappresentato dagli approcci cosiddetti *strategici*, ai quali ci rifaremo per interpretare il caso italiano. I modelli strategici assumono, infatti, che attori politici e corti agiscano tenendo conto gli uni delle preferenze degli altri e ciascuno considerando le conseguenze delle proprie azioni. Questo non esclude che i giudici possano realizzare le loro preferenze

di *policy*, quelle che se fossero «sinceri» esprimerebbero come le loro prime preferenze. Si assume però che giudici e attori politici siano consapevoli di agire in modo potenzialmente vincolato dalle preferenze degli attori che muoveranno successivamente e che potrebbero modificare le loro decisioni o rimpiazzarle con altre. Pertanto, entrambi agiranno in modo strategico, cercando di massimizzare la propria utilità dato il sistema di vincoli in cui si muovono, creato dalle regole e dalle preferenze altrui. E quindi cercando di perseguire politiche che, sebbene non in cima alle loro preferenze, sono per loro le migliori possibili.

### **2.3 L'interazione strategica fra attori politici elettivi e corti. Esempi in letteratura**

L'approccio strategico è stato diffusamente impiegato per interpretare le interazioni fra corti costituzionali e attori legislativi (Vanberg 2001; Epstein *et al.* 2001). Le corti costituzionali e le corti supreme (queste ultime non solo e non sempre) sono chiamate a valutare la costituzionalità delle leggi. Questo compito esercita nei confronti degli attori legislativi eletti un considerevole potere di deterrenza. A differenza delle interpretazioni delle corti ordinarie, le decisioni delle corti costituzionali non possono in genere essere modificate da una maggioranza legislativa semplice (Gely e Spiller 1992). Una futura censura per incostituzionalità può pertanto invalidare e/o modificare per sempre (o quanto meno per un lungo periodo) una legge approvata da una maggioranza legislativa se, come è molto probabile accada, a questa non si aggiungono i voti dell'opposizione o di altri attori necessari per cambiare il parametro costituzionale che ha giustificato la pronuncia della Corte. La prospettiva di veder vanificate con una sentenza giornate di lavoro in Parlamento può pertanto prevenire processi legislativi che altrimenti avrebbero avuto luogo<sup>8</sup>. Tuttavia, anche quando una

---

<sup>8</sup> Per esempio, per revisionare le decisioni della Corte Suprema americana è necessario emendare la Costituzione stessa, operazione che richiede il sostegno della maggioranza dei due terzi al Congresso e al Senato, o la convocazione di una Convenzione su richiesta delle assemblee legislative dei due terzi degli Stati, le cui proposte devono essere ratificate dai tre quarti degli Stati. Per modificare una sentenza della Corte Costituzionale italiana, è necessario approvare una legge di revisione costituzionale, che richiede una doppia deliberazione in ciascuna Camera con un intervallo minimo di tre mesi tra la prima e la seconda deliberazione, in cui la seconda deliberazione deve avvenire almeno a maggioranza assoluta. Se nella seconda votazione viene raggiunta la maggioranza assoluta e non quella dei due terzi, entro tre mesi dalla pubblicazione della revisione costituzionale, un quinto dei componenti di ciascuna Camera, cinquecentomila elettorali o cinque Consigli regionali possono chiedere un referendum confermativo con funzione oppositiva.

corte, come per esempio la Corte di Cassazione o il Consiglio di Stato, non decide sulla costituzionalità di una legge può godere di un considerevole raggio di azione a seconda della sua posizione nello spazio politico e di quella degli altri attori politici (Gely e Spiller 1990).

Una semplice rappresentazione dello spazio politico a una dimensione può essere utile a comprendere i margini di manovra delle corti quando decidono su questioni di costituzionalità e quando invece si pronunciano, per esempio, sulla legalità di atti amministrativi.

Nel modello sottostante (Figura 2.1) sono rappresentati lungo la dimensione sinistra-destra i «punti ideali», ovvero sia le opzioni di *policy* che massimizzano l'utilità degli attori. Immaginando che ci sia una coalizione di governo «SD», formata da due partiti con un peso politico pressoché equivalente, il punto ideale del partito S, collocato più a sinistra nello spazio politico, è rappresentato da «s», mentre «d» è il punto ideale del partito D, posizionato più a destra. «j» è una legge approvata dalla coalizione di governo SD, esito della contrattazione fra i due partiti di governo. Qualsiasi decisione del governo deve essere presa con il consenso di entrambi i partiti S e D, ovvero S e D sono *veto players*. C rappresenta invece il punto ideale di una Corte, collocato più a sinistra della coalizione.

**Figura 2.1** Interazione fra il governo di coalizione «S-D» e una Corte «esterna» alla coalizione di governo



Se assumiamo che la Corte sia una Corte Costituzionale e che tramite una o più sentenze abbia pieno potere di interpretazione, ovvero sia che abbia la capacità di intervenire sulla legislazione potendo ottenere qualsiasi punto nello spazio politico senza temere la reazione dei partiti della coalizione, essa reinterpretare la legislazione «j» spostandola in corrispondenza di «C», il suo punto ideale. Se invece assumiamo che i partiti S e D della coalizione siano in grado di mobilitare una maggioranza in Parlamento sufficientemente ampia da poter contrastare un'eventuale sentenza della Corte Costituzionale con una modifica costituzionale, oppure se assumiamo che la Corte sia una Corte di Cassazione o un Consiglio di Stato, il campo delle possibili interpretazioni della Corte si restringerà. Se la Corte intende massimizzare la sua utilità senza vedere la propria interpretazione successivamente modificata, tramite una

legge di revisione costituzionale nel primo caso, o tramite una legge ordinaria nel secondo, la Corte opererà per un'interpretazione che sposta la legislazione da «j» a «s», in corrispondenza del punto ideale del membro più a sinistra della coalizione di governo. Il partito S non darebbe mai, infatti, il suo assenso a una legge di revisione costituzionale o a una legge ordinaria che sconfessi un'interpretazione che coincide con il suo punto ideale. La Corte otterrebbe così un'interpretazione la più vicina possibile alle sue preferenze fra quelle «politicamente sostenibili». Questo semplice modello mostra che cosa può succedere quando gli attori anticipano le conseguenze delle proprie azioni, tenendo conto cioè delle preferenze di chi interverrà in seguito. Fondamentale, oltre alle preferenze e alle azioni effettive e potenziali degli altri attori, è infatti la *sequenza* dell'interazione.

Non sempre una Corte è costretta a venire a patti con le preferenze degli attori politici. L'esito dell'interazione descritta nella Figura 2.1 dipende dalla posizione della Corte. Se la Corte si trovasse ricompresa fra «s» e «d» come nella Figura 2.2, potrebbe ottenere il suo punto ideale, che per uno dei due attori della coalizione, «D», rappresenterebbe un miglioramento rispetto al compromesso «j» negoziato con «S». In questo caso, sia che la Corte sia ordinaria o amministrativa sia, a maggior ragione, che operi come una Corte Costituzionale, la decisione della Corte non potrebbe essere modificata da una maggioranza legislativa.

**Figura 2.2** Interazione fra il governo di coalizione «S-D» e una Corte «interna» alla coalizione di governo



Un buon esempio di studio dell'interazione fra attori politici e corti ordinarie che non giudicano la legge ma a partire dalla legge (*statutory interpretation*) è quello di Steunenbergh (1997) incentrato sul caso olandese. Le corti in Olanda, inclusa la Corte Suprema, non svolgono un controllo di costituzionalità, bensì di legalità. Perciò la loro attività è paragonabile a quella delle corti ordinarie e amministrative. La Corte agisce sapendo che le sue interpretazioni potranno innescare la reazione del legislatore. Nel caso preso in considerazione, la Corte Suprema olandese doveva decidere se dare o meno una nuova interpretazione della legislazione all'epoca esistente in materia di eutanasia, secondo cui praticare l'eutanasia costituisce un reato penale.



*Attori politici coinvolti.* Il potere di avviare ed emendare la legislazione nel sistema politico olandese è condiviso dalla Camera bassa del Parlamento<sup>9</sup> e dal governo. Sia la Camera sia il governo hanno il potere di bloccare le iniziative legislative, tuttavia è inusuale che una proposta di legge iniziata dal governo sia bloccata dalla Camera. Tra la fine degli anni Settanta e la metà degli anni Novanta, arco temporale dello studio, nessun partito alla Camera deteneva la maggioranza dei seggi e i governi erano tutti di coalizione. In tutti i governi, il partito dei Christian Democrats (CD) è il partito maggiore, esprime il Primo Ministro e si allea al governo di volta in volta con: il Liberal Party (fra il 1977 e il 1981, fra il 1982 e il 1986, fra il 1986 e il 1989), il Labour Party e i Democrats (1966, 1981-1982), i Democrats (1966 e nel 1982), il Labour Party (fra il 1989 e il 1994).

I partiti che componevano le coalizioni erano divisi sul tema dell'eutanasia. In particolare, il partito dei Christian Democrats era per mantenere e rafforzare il divieto di praticare l'eutanasia, come voleva la legislazione vigente, mentre gli altri partiti preferivano introdurre una nuova regolamentazione che, a determinate condizioni, consentisse ai medici di praticarla. La divisione fra partiti al governo, ciascuno dei quali poteva esercitare un veto sull'iniziativa dell'alleato, portava a uno stallo legislativo: la Camera non era in grado di approvare una nuova regolamentazione dell'eutanasia, nonostante vi fossero alcuni partiti favorevoli, a causa dei Christian Democrats che nelle coalizioni di governo ponevano il veto su qualsiasi iniziativa legislativa degli alleati intesa a modificare lo *status quo*.

*Struttura dell'interazione.* Alla Corte Suprema giunse la richiesta di esprimersi su casi in cui i medici erano accusati di aver praticato l'eutanasia illegalmente. La Corte, che muoveva per prima, poteva decidere se confermare lo *status quo* legislativo o introdurre una nuova interpretazione della legislazione che andasse verso la legalizzazione dell'eutanasia. La Corte sapeva che il governo poteva rispondere all'interpretazione di una legge approvando una nuova legge, tuttavia sapeva anche che la capacità di risposta del governo era vincolata dalle preferenze dei partiti che componevano la coalizione. Il governo avrebbe risposto con una nuova legge se e solo se fosse esistita almeno una proposta di legge approvata da tutti i partiti al governo preferita all'interpretazione della Corte, una proposta di legge «politicamente realizzabile» (*politically feasible*). Bastava che l'interpretazione della Corte coincidesse con il punto ideale di uno dei partiti della coalizione, o con uno dei punti compresi nell'intervallo fra i partiti più estremi della coalizione, perché l'insieme delle proposte di legge «politicamente

---

<sup>9</sup> Il Senato, in Olanda, non è elettivo ed è espressione dei Consigli Provinciali.



realizzabili» fosse, per definizione, vuoto. In ciascuno di questi punti, la corte poteva ottenere interpretazioni «politicamente sostenibili» (*politically viable*), non modificabili dal governo, poiché almeno uno dei partiti che lo componevano si sarebbe opposto alla loro revisione.

*Preferenze della Corte.* I potenziali equilibri, gli esiti che il governo non è in grado di modificare, che il modello di Steunenberg predice, dipendono dalle preferenze della Corte, che si assume possa comportarsi in due modi, entrambi strategici e fra loro alternativi. La Corte può comportarsi alla stregua di un attore politico con preferenze di *policy* ben definite, che cerca di imporre nell'interazione con gli attori politici (*policy advocate*). Viceversa, la Corte può comportarsi come un agente *policy conserver*, non interessato a realizzare una nuova *policy*, ma a preservare quanto più possibile la legislazione originaria. La Corte sceglierà in entrambi i casi interpretazioni politicamente sostenibili, non modificabili dagli attori politici, nel primo caso massimizzando la vicinanza alla propria preferenza di *policy*, nel secondo, allo *status quo*. Nel caso empirico analizzato da Steunenberg, la Corte Suprema olandese fra metà anni Ottanta e metà anni Novanta è assunta trovarsi in una posizione intermedia fra i partiti più estremi in materia di eutanasia e si comporta da *policy advocate*: modifica l'interpretazione vigente in materia di eutanasia in senso più liberale, spostando lo *status quo* in un punto non modificabile dagli attori governativi. Nella Figura 2.3 sono rappresentate le preferenze degli attori di due coalizioni di governo in successione e le interpretazioni della Corte Suprema in materia di eutanasia lungo il *continuum* «legalizzazione dell'eutanasia» (a sinistra), «mantenimento e rafforzamento del divieto di praticare l'eutanasia» (a destra). Lo *status quo* si può trovare o in coincidenza della posizione del punto ideale dei Christian Democrats (q1) o poco più a destra lungo l'asse, in q2.

L'interpretazione della Corte che a certe condizioni depenalizzava di fatto l'eutanasia non è compatibile con l'ipotesi che avesse agito come un agente *policy conserver*, con l'intento di mantenere lo *status quo*, sia che questo si trovasse in sq1 sia che si trovasse in sq2. Nel primo caso, in corrispondenza del punto ideale dei Chri-

**Figura 2.3 Attori governativi e interpretazione della Corte Suprema in materia di eutanasia in Olanda**



Fonte: Steunenberg (1997).

stian Democrats, non si sarebbero dovute osservare nuove interpretazioni della legislazione; nel secondo, le interpretazioni avrebbero dovuto modificare lo *status quo* molto poco, da sq1 a sq2. L'esito finale prossimo al punto ideale della Corte depone al contrario a favore dell'ipotesi che la Corte si sia comportata come un agente *policy advocate* e che l'eterogeneità governativa abbia svolto un ruolo chiave.

Anche Ferejhon e Weingast (1992) propongono un modello sull'attività interpretativa delle corti *ordinarie* nel contesto presidenziale americano, senza tuttavia avanzare l'interpretazione di uno specifico episodio. La Corte muove per prima, si esprime su casi di attuazione di leggi approvate dalla legislatura precedente a quella in corso, ed è orientata a preservare gli intenti della legislazione originaria, ovvero è supposta essere *policy conserver*. Anche in questo caso la Corte, non esprimendosi sulla costituzionalità, bensì sulla legalità della regolamentazione, svolge un tipo di controllo paragonabile a quello svolto dal Consiglio di Stato in Italia sui regolamenti.

*Attori politici coinvolti.* Il modello di Ferejhon e Weingast presenta una situazione in cui il Congresso delega a una Commissione al suo interno il compito di presidiare una determinata *policy*. La Commissione in tale circostanza ha un potere analogo a quello del governo nelle democrazie parlamentari: è dotata di *gatekeeping power*, è il soggetto titolato a proporre una nuova legislazione sulla materia delegata o a mantenere lo *status quo*. A causa della *seniority rule*<sup>10</sup>, la Commissione presenta una composizione che non rispecchia fedelmente (proporzionalmente) le preferenze del Congresso. Inoltre, se la Commissione propone una nuova legislazione, il Congresso ha il potere di emendarla. Nella Figura 2.4 il Congresso ha il suo punto ideale in H, mentre la Commissione in C, a sinistra del Congresso. Sia C(H) il punto che la Commissione considera indifferente rispetto ad H (la Commissione preferisce una *policy* ad H solo se essa si trova fra C(H) e H). Sia SQ lo *status quo*, che coincide con un regolamento o altra disposizione normativa che esprime la preferenza del legislatore precedente.

**Figura 2.4** Corte Suprema e Congresso con statutory interpretation



Fonte: Ferejhon e Weingast (1992).

<sup>10</sup> La *seniority rule* è una regola che vige nel Congresso americano per cui la scelta della Commissione di appartenenza e l'assegnazione della presidenza si basano sull'anzianità di servizio.

*Struttura dell'interazione.* La Corte muove per prima e, con le sue interpretazioni, può scegliere se modificare SQ in favore di qualche *policy* alternativa K. In secondo luogo, la Commissione può scegliere se iniziare una nuova legislazione. Se non lo fa, rimane in essere l'esito della mossa precedente, determinato dalla Corte. Se invece la Commissione introduce una nuova legislazione, il Congresso è libero di modificarla, avendo come termini di paragone il vecchio *status quo* (se rimasto in essere) o K. Per capire cosa accadrà, dobbiamo ragionare a ritroso alla luce delle preferenze degli attori. Nell'ultima fase dell'interazione, il Congresso legifererà ogniqualvolta gliene sia data l'opportunità, perché preferisce H a qualsiasi altro esito risulti dalle due fasi precedenti, e imporrà perciò H su qualsiasi alternativa. Alla luce della preferenza del Congresso, sapendo cioè che ogni iniziativa legislativa culminerà in H, la Commissione introdurrà una nuova legge se e solo se preferisce H all'esito della fase precedente. Per come è stato definito C(H), la Commissione avvierà una nuova legge solo nel caso in cui nella prima fase dell'interazione la Corte dia un'interpretazione che muove SQ in un punto al di fuori dell'intervallo [C(H), H].

*Preferenze della Corte.* La prima mossa della Corte influenza in modo decisivo il resto dell'interazione. Se la Corte agirà come un'interprete letterale (*naive textualist*) della volontà del precedente Congresso, essa manterrà lo *status quo*, SQ. Ma poiché SQ non è compreso nell'intervallo [C(H), H], la Commissione preferirà H a SQ e inizierà una nuova legge, che sarà emendata dal Congresso, che otterrà H. Se invece la Corte deciderà come un agente onesto, ma «politicamente sofisticato» della legislatura precedente (*politically sophisticated honest agent*), essa interpreterà il caso in modo da ottenere un esito che rifletta il più possibile la volontà della legislatura precedente, ma *dato* le circostanze politiche correnti. Essa renderà cioè la sua interpretazione politicamente sostenibile. La Corte, perciò, scriverà un'interpretazione con cui otterrà la *policy* più vicina possibile a SQ, che sia al contempo accettata dagli attori politici in carica: C(H). In corrispondenza di C(H), infatti, non ci saranno reazioni, perché la Commissione, che preferisce C(H) ad H, non si attiverà e una nuova legislazione non potrà essere approvata dal Congresso. È rilevante notare che la corte *naive textualist*, le cui interpretazioni sono in assoluta continuità con gli interessi della legislatura precedente è, paradossalmente, meno in grado di preservarli rispetto alla Corte «politicamente sofisticata». Inoltre, dal comportamento della Corte, che muove per prima, conseguono esiti di *policy* diversi.

I due esempi di interpretazione «strategica» del comportamento di corti «ordinarie» (*statutory interpretation*) appena illustrati sono fra loro molto diversi. Diverso è il contesto istituzionale – una democrazia parlamentare nel primo caso, presidenziale nel secondo – diverse le assunzioni riguardo alla natura delle

preferenze dei giudici (*policy advocate* versus *policy conserver*), diverso l'effetto sulla stabilità delle politiche: mentre nel caso olandese la Corte promuove un mutamento altrimenti impedito da veti reciproci degli attori di natura elettiva al governo, nel caso statunitense la corte limita un mutamento altrimenti potenzialmente maggiore. Quel che tuttavia accomuna entrambi gli esempi è l'assenza di neutralità «politica» delle decisioni delle corti. Alcuni attori politici di natura elettiva si avvantaggiano infatti dalla presenza della corte. Le forze politiche non confessionali nel caso olandese, la maggioranza della commissione al Congresso in quello statunitense. Ed è, come vedremo, proprio nell'interesse degli attori politici elettivi, di tutti o di alcuni o, più plausibilmente, di tutti ma a turno che vanno ricercate le ragioni della sopravvivenza di corti autonome e indipendenti.

## 2.4 Le corti come equilibri

Se istituzioni come le corti hanno un impatto così importante sul funzionamento dei sistemi politici e sulle politiche, chi o che cosa le rende resistenti al cambiamento? Cosa impedisce agli attori politici di modificarle e di ridurne l'autonomia? Come vedremo, rispondere a questa domanda aiuta a comprendere nel caso italiano (ma non solo) la capacità del Consiglio di Stato nella sua veste giurisdizionale di persistere e rafforzarsi a partire dall'ultimo decennio dell'Ottocento, sopravvivendo a cambi di regime e crolli di sistemi di partito.

Poiché le corti limitano le possibilità di azione dei decisori politici, deve essere nell'interesse degli stessi tollerare i limiti che esse impongono. Di interrogativi come questi si occupa la letteratura che nell'approccio razionale allo studio delle istituzioni indaga sulla stabilità istituzionale (*Equilibrium Institutions*), ovvero il programma di ricerca che considera le stesse istituzioni come endogene. Quando gli attori che possono modificare le istituzioni non hanno incentivi a farlo (Weingast 1997), le istituzioni sono equilibri *self-enforced*, ossia in grado di autosostenersi. Diversi argomenti teorici sono stati proposti per spiegare l'origine e il perdurare nel tempo di corti con determinate preferenze. Nelle prossime pagine ne esporremo alcuni.

### 2.4.1 *Rendere credibili gli impegni presso i gruppi di interesse con corti policy conserving*

Landes e Posner (1975) sostengono che i legislatori hanno interesse a «legarsi le mani» costituendo un potere giudiziario indipendente per diminuire l'influenza di nuove maggioranze legislative sull'implementazione delle leggi già approvate.

I legislatori limiterebbero i propri margini di azione per rafforzare la propria *credibilità* presso i gruppi di interesse, con cui si sono impegnati a realizzare determinate politiche. L'istituzione di corti autonome è dunque giustificata dalla necessità di garantire quanto pattuito attraverso gli accordi legislativi e, in tal modo, assicurarsi il sostegno duraturo dei gruppi di interesse. Questo argomento presuppone pertanto che il giudice agisca come attore interessato anzitutto a preservare gli intenti della legislazione originaria. Un giudice che non cerca pertanto di imporre le *proprie* preferenze di *policy* (Segal e Cover 1989), ma avanza interpretazioni coerenti con gli intenti di chi ha approvato la legislazione: un giudice *policy conserver* (Ferejohn e Weingast 1992; Steunenberg 1997). L'esigenza di rendere credibili gli impegni dei *decision maker* presso i gruppi che possono sostenerne l'operato è il meccanismo alla base anche del celebre lavoro di North e Weingast (1989), che spiega il rafforzamento del potere del Parlamento nei confronti della monarchia inglese. Secondo gli autori, il rafforzamento del potere del Parlamento avvenuto nel XVII secolo fu conseguenza della necessità della monarchia di rendere più credibile il suo impegno a rispettare i propri obblighi verso i finanziatori. Con il cambiamento della struttura economica e il passaggio del potere economico da un numero ristretto di grandi proprietari terrieri alla borghesia finanziaria, in grado di nascondere i propri profitti, il re non poteva più contare sulla confisca di beni e di proprietà in aggiunta all'ordinaria tassazione per finanziare le guerre, ma si trovava a dover chiedere in prestito denaro alla nuova classe di finanziatori, promettendo di restituirlo in futuro con gli interessi. Per superare la reticenza dei finanziatori a prestare denaro e rendere credibile l'impegno a rispettare la promessa di restituirlo, il re autorizzò innanzitutto il rafforzamento di un'istituzione in grado di punirlo qualora fosse venuto meno ai suoi obblighi: il Parlamento. Tuttavia, non solo il rafforzamento del Parlamento ma anche la garanzia di rispettare le sentenze delle corti di *common law* giocò un ruolo fondamentale. L'abolizione della *Star Chamber* come Corte d'appello, ovvero di un'alta corte dipendente dal re e in grado di annullare le sentenze delle corti inferiori, al re avverse, rappresentò infatti un tassello importante nell'accrescere la credibilità finanziaria della monarchia.

#### 2.4.2 *Un giudice indipendente per assicurarsi contro le sconfitte politiche*

La teoria dell'*assicurazione* (Ginsburg 2003) propone una spiegazione dell'origine delle corti costituzionali come agenti voluti dagli attori politici dominanti nelle fasi di transizione alla democrazia, per assicurarsi di sopravvivere anche dopo un'eventuale sconfitta elettorale. L'incertezza circa la futura configurazione politica è il fattore esplicativo chiave della teoria. Se sulla scena politica si

affacciano nuovi attori, cui l'accesso alla competizione elettorale era prima precluso e che ambiscono a governare, gli attori politici in carica non sono più certi di rimanere al potere. Diviene razionale per loro creare uno scenario in cui il governo non ha poteri illimitati ed è vincolato dall'operato di una Corte Costituzionale che minimizzi i costi conseguenti una sconfitta elettorale. Similmente, Ramseyer (1994) e Ramseyer e Rasmusen (2001) si interrogano sul perché anche nei regimi democratici consolidati attori politici razionali istituiscano e mantengano corti più o meno indipendenti dal potere politico. Secondo questi studiosi sarebbe l'aspettativa di alternanza a indurre gli attori governativi a preferire corti e magistrature indipendenti. Mettendo a confronto i casi degli Stati Uniti e del Giappone moderno essi notano come, nel primo caso, gli attori politici tendano a mantenere le corti più indipendenti, perché entrambi i principali partiti politici non hanno l'aspettativa di rimanere al governo senza soluzione di continuità; al contrario, nel caso del Giappone, la presenza di un partito che governa ininterrottamente dal 1955 al 1993, il Partito Liberal-Democratico, e che ha l'aspettativa razionale di continuare a vincere le elezioni, rende gli attori governativi molto meno interessati a garantire una magistratura indipendente.

Se proviamo a calare le implicazioni di questa teoria nel caso italiano, l'indipendenza e l'autonomia delle corti e, in particolare, di quelle amministrative è giustificata solo parzialmente. Nella fase costituente, la grande incertezza sull'esito delle prime elezioni politiche e la rilevanza delle conseguenze per la democrazia che da quell'esito potevano derivare può rendere conto non solo della creazione e delle prerogative della Corte Costituzionale, ma anche della rilevanza costituzionale attribuita al Consiglio di Stato. La fase politica successiva, tuttavia, caratterizzata da una lunga assenza di alternanza di governo, non meno lunga di quella giapponese, avrebbe dovuto anche nel caso italiano indurre gli attori governativi a limitare l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, incluse le corti amministrative. Così non accadde. Perché, come vedremo, i pericoli per gli attori di una compagine governativa, almeno quando questa è frammentata ed eterogenea, non provengono solo dall'esterno della stessa compagine ma anche, e forse soprattutto, dall'interno.

#### *2.4.3 Un giudice guardiano degli equilibri di coalizione nei governi divisi*

Le precedenti teorie giustificano l'esistenza di corti autonome con l'esigenza di garantire attori terzi o garantire gli stessi attori politici temporaneamente al governo per quando al governo dovessero andare gli avversari. A essere garantiti potrebbero tuttavia essere anche alcuni membri del governo in carica nei confronti di altri membri dello stesso governo. Questa ipotesi sembra particolarmente

te pertinente, come vedremo, quando le corti sono amministrative e ancor di più quando si indaga il caso italiano. I governi di coalizione, fattispecie sempre più comune nelle democrazie parlamentari contemporanee, ospitano una scontata divergenza di preferenze fra i propri membri che complica il processo di *policy making* e genera quelli che nella letteratura economica vengono chiamati costi di agenzia. Da un lato, ai singoli ministri, gli agenti, è delegata la promozione e l'attuazione di determinate politiche, in nome del governo nel suo complesso, il principale; dall'altro, questi stessi ministri sono per lo più espressione dei partiti che li hanno proposti a quelle cariche. Possono facilmente sfruttare il vantaggio informativo che deriva dalla loro posizione (che include avere a disposizione apparati amministrativi con un'elevata expertise tecnica, relazionarsi in modo diretto coi gruppi di interesse ed esperti esterni) per adottare provvedimenti che rispecchiano le loro preferenze (e/o quelle dei partiti di appartenenza) e non gli accordi sottoscritti da tutti gli attori politici che del governo fanno parte. La letteratura sulla *coalition governance* (Müller e Strøm, 2000, 2008; Bäck *et al.* 2017; Bergman *et al.* 2021) suggerisce che i componenti del governo ricorrano a «controlli istituzionali» (*institutional checks*) proprio per contrastare il comportamento opportunistico dei ministri, quel che in letteratura viene chiamato *ministerial drift* (deriva ministeriale). Una serie di controlli *ex ante* precedenti la presentazione del disegno di legge alle camere e *ex post*, ovvero successivi alla presentazione (Martin e Vanberg 2004, 2005, 2011, 2020; André *et al.* 2016; Carroll e Cox, 2012), tendono a ridurre il vantaggio informativo del ministro proponente e a bilanciarne l'influenza. Appartengono alla prima classe di rimedi meccanismi di controllo interni al governo, come i comitati interministeriali, in cui i singoli ministri possono conoscere l'operato dei colleghi, e la nomina di sottosegretari politici con il compito di sorvegliare l'operato dei ministri «ostili» (Thies 2001; Lipsmeyer e Pierce, 2011; Andeweg e Timmermans, 2008 Müller e Strøm, 2000). Secondo Martin e Vanberg (2004, 2005, 2011, 2014) i partiti di coalizione «controinteressati», quelli più distanti ideologicamente dal ministro proponente o comunque più interessati al mantenimento del patto di coalizione, attivano anche forme di controllo istituzionale *ex post*, ovvero dopo che la proposta di legge del ministro è già stata presentata in Parlamento, attraverso l'attività delle commissioni parlamentari permanenti e di singoli parlamentari, che possono proporre interrogazioni ed emendamenti atti a ristabilire l'accordo di governo iniziale. Il controllo legislativo (*legislative scrutiny*) non costituisce quindi tanto o solo lo strumento attraverso il quale l'opposizione attenua il potere del governo, ma è soprattutto lo strumento attraverso il quale il governo gestisce i propri equilibri di coalizione. Il semplice fatto che tale controllo possa avere luogo esercita un'importante influenza anche *ex ante* sul contenuto dei



disegni di legge preparati dai ministri, che sono indotti a prevenire (anticipare) potenziali obiezioni in sede parlamentare.

Il pericolo di *ministerial drift* non si esaurisce tuttavia con la sola attività legislativa. Lo scostamento dagli accordi di governo a opera dei singoli ministri può aver luogo negli atti di legislazione secondaria (Rebessi e Zucchini 2019). La necessità degli attori governativi di prevenire mosse sgradite degli alleati in una coalizione con preferenze divergenti è infatti forte anche quando lo strumento di realizzazione delle politiche pubbliche è rappresentato da fonti secondarie, come i regolamenti e gli atti amministrativi generali, alla cui scrittura concorrono in modo fondamentale gli apparati amministrativi dei ministeri (Page 2010, 2012) e che sono pertanto più difficili da conoscere e controllare. Le corti amministrative sia *ex post*, attraverso le sentenze, sia *ex ante* attraverso l'attività più o meno obbligatoria di consulenza svolgerebbero pertanto, non diversamente dallo scrutinio legislativo o dai sottosegretari nel caso delle leggi, un ruolo fondamentale nel garantire a ciascun membro del governo che gli alleati non portino a compimento attraverso l'azione amministrativa politiche lontane da quelle concordate o emanino provvedimenti a favore esclusivo delle proprie *constituencies*.

## 2.5 Le conseguenze del potere delle corti sulle politiche pubbliche

Per gli approcci testé illustrati gli stessi attori politici elettivi al fine di garantire la propria sopravvivenza in elezioni future, rendersi credibili presso i gruppi di interesse, bilanciare gli interessi confliggenti in governi divisi, si auto-impongono corti indipendenti in grado formalmente o *de facto* di avere spesso l'ultima parola nei processi decisionali. Con quali conseguenze sulle politiche pubbliche?

Come insegnano gli approcci strategici, anticipare le decisioni giudiziarie è razionale e desiderabile per attori politici che non vogliono investire inutilmente tempo e risorse in decisioni destinate a restare lettera morta o a essere stravolte grazie a una sentenza. E lo è ancor di più se è estremamente faticoso o impossibile ribaltare con una nuova decisione legislativa la sentenza sfavorevole. Così facendo gli attori politici elettivi adattano i propri comportamenti alle preferenze delle corti, fino talvolta a rinunciare al mutamento legislativo.

La rilevanza delle corti nei processi decisionali democratici, tuttavia, non è circoscritta solo agli effetti sulla stabilità delle politiche e sul loro contenuto «ideologico» (Tsebelis 2002). L'ultima parola che le corti esprimono è un giudizio giustificato dalla maggiore o minore conformità delle decisioni prese dagli attori politici elettivi rispetto alla legge o alla Costituzione e agli stessi principi fondamentali che presidono alla legislazione. Attori politici elettivi, preoccupati



pati di anticipare ed evitare la censura delle corti, dovranno porre particolare attenzione alla formulazione «giuridica» delle loro decisioni. Compito tutt'altro che semplice, in particolare quando il parametro considerato dalle corti non è un testo tutto sommato breve come è in genere una costituzione, ma un intrico di norme spesso non perfettamente coerenti fra loro come nel caso della legislazione ordinaria. Proprio come può capitare quando il giudizio delle corti verte sulla legalità di un atto amministrativo. Quando, in un sistema politico, anticipare le decisioni delle corti diventa una priorità non solo per gli attori politici ma talora anche per gli stessi apparati amministrativi serventi (Spiller e Gely 2008) e le burocrazie professionali, a essere influenzato è il modo di pensare e realizzare le politiche pubbliche. La ricerca di conformità alle norme o, meglio ancora, all'interpretazione che di queste potrebbe dare il giudice fa aggio sulla ricerca della soluzione più efficace ed efficiente a problemi di natura collettiva<sup>11</sup>.

Come proveremo a illustrare nei prossimi capitoli, le dinamiche interne a governi di coalizione italiani particolarmente eterogenei e la necessità di garantire ciascun membro contro l'opportunismo degli alleati sono fra i fattori all'origine del ruolo cruciale giocato dal Consiglio di Stato nel processo di produzione delle politiche pubbliche in Italia. Non è quindi forse un caso se, come sostiene Regonini (2017), l'ontologia prevalente, la disciplina che fornisce la conoscenza utilizzabile per prendere decisioni pubbliche sia, nel caso italiano, il diritto e in particolare il diritto pubblico e amministrativo. Allo stesso tempo, non è un caso se una prospettiva di *policy*, cioè di analisi e valutazione delle politiche pubbliche, abbia sempre stentato a essere istituzionalizzata in Italia (Regonini 2012) e sia ancora poco utilizzata all'interno degli organi legislativi ed esecutivi come strumento di governo per valutare gli esiti delle scelte politiche anche alla luce degli impegni finanziari resisi necessari per realizzarli.

---

<sup>11</sup> La stessa scienza giuridica e gli stessi consiglieri di Stato (o almeno alcuni fra loro) sembrano essere consapevoli dei rischi di comportamenti amministrativi indotti in larga misura dalla paura di censure in sede giudiziale. Ne è testimonianza indiretta l'introduzione in posizione privilegiata del principio del risultato nel recente codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36) L'intento sembra essere quello di accentuare il peso di criteri di efficacia ed efficienza nell'orientare non solo l'azione amministrativa ma anche la stessa giurisprudenza. Per una disamina approfondita del tema, non priva di spunti critici, si veda Montedoro (2023) e Cintoli (2023).

## CAPITOLO 3

# IL CONSIGLIO DI STATO ITALIANO GIUDICE E GUARDIANO DEI MINISTRI

### 3.1 Un'istituzione in equilibrio stabile

Come sappiamo, avere una Corte superiore amministrativa, distinta e separata dalle altre corti non è un destino ineluttabile delle democrazie contemporanee. In alcuni sistemi politici i rapporti fra cittadini e pubblica amministrazione sono regolati tramite corti ordinarie, e così fu pure per il Regno d'Italia durante una breve fase durata poco più di un ventennio. Ancor meno frequente è che una Corte Amministrativa sia pure il principale consigliere giuridico del governo.

Dall'esperienza di altri Paesi sappiamo anche che le scelte istituzionali non sono irrevocabili. Esistono circostanze che spiegano perché nascono corti amministrative supreme, altre o le stesse che spiegano perché nel tempo possono conservare, acquisire o perdere funzioni consultive. Capire perché entrambe le funzioni, quella consultiva e quella giudiziaria, siano state attribuite sul finire dell'Ottocento nell'ordinamento italiano al Consiglio di Stato e perché poi conservate in capo al medesimo organo nel corso dei decenni successivi significa spiegare, nel linguaggio dell'istituzionalismo razionale, perché il Consiglio di Stato in questa duplice veste sia stato e sia ancora oggi un formidabile equilibrio. A riprova di questa resilienza sono le critiche anche molto aspre che il Consiglio di Stato ha ricevuto nel corso della sua storia recente, senza tuttavia che le caratteristiche fondamentali dell'istituzione venissero modificate. Un equilibrio davvero stabile. La conferma della sua esistenza e delle sue funzioni e l'elevazione al rango di organo di rilievo costituzionale non furono scontate nel corso del dibattito in Assemblea Costituente, e non poche furono le voci contrarie. Nota è la contrarietà alla sua stessa esistenza di Calamandrei che avrebbe voluto la creazione di sezioni specializzate in diritto amministrativo all'interno della giustizia ordinaria e la trasformazione del Consiglio di Stato in sezione di diritto amministrativo della Cassazione. Mortati, agnostico sulle prerogative che l'orga-

no avrebbe dovuto avere, si dichiarò contrario a che il Consiglio di Stato e la sua stessa funzione consultiva fossero citati in Costituzione.

Segnali di notevole avversione al ruolo del Consiglio di Stato e al funzionamento della giustizia amministrativa si sono succeduti periodicamente nel corso della cosiddetta Seconda Repubblica. La doppia natura, consultiva e giudiziaria, fu al centro di un progetto di riforma discusso all'interno del comitato per il «Sistema delle Garanzie» della Terza Commissione Bicamerale parlamentare, istituita per riformare la Costituzione italiana nel 1997 (Pasquino 1998). Dopo aver discusso la proposta di accorpate la giustizia amministrativa a quella ordinaria, proposta osteggiata dagli stessi magistrati ordinari, il comitato propose di istituire un tribunale amministrativo separato, con sole funzioni giurisdizionali, mentre al Consiglio di Stato sarebbero rimaste mere funzioni consultive. La proposta seguì il destino della Commissione Bicamerale che, come è noto, si sciolse senza che le sue proposte fossero votate in Parlamento. In quegli stessi anni si pronunciò a favore della soppressione del Consiglio di Stato e dei T.A.R. Eugenio Scalfari, celebre direttore di uno dei più importanti quotidiani a diffusione nazionale. Consiglio di Stato e T.A.R. venivano accusati di pregiudicare con la loro giurisprudenza la certezza dell'azione amministrativa, di barattare in sede consultiva opinioni favorevoli agli atti del governo con la conservazione di privilegi, quali per esempio la possibilità di incarichi extragiudiziari retribuiti e di allungare all'inverosimile i tempi dei processi decisionali ritardando l'espressione dei pareri sugli atti amministrativi del governo. Quest'ultima lamentela è stata ripetuta nel tempo da ministri ed esponenti politici di varia estrazione politica e culturale. Nel 2011, due mesi prima della fine del governo tecnico presieduto dal senatore Mario Monti, il ministro Giarda, responsabile del dicastero per i Rapporti con il Parlamento e l'attuazione del programma di governo, pubblicò un rapporto dal quale si evinceva che molte ragioni per la mancata o tardiva attuazione dei provvedimenti di legge erano estranee alla volontà dei governi e dipendevano dai ritardi in sede di espressione dei pareri del Consiglio di Stato<sup>1</sup> (Presidenza del Consiglio dei Ministri 2013).

Nell'agosto del 2013 in una lettera indirizzata a vari quotidiani l'ex Presidente del Consiglio Romano Prodi riprendeva le critiche espresse nel 1997 da Scalfari collegando le stesse chances di crescita economica del Paese all'abolizione o alla

---

<sup>1</sup> Il ministro, a onor del vero, avrebbe avuto l'occasione di raccogliere informazioni di prima mano sulle ragioni dei ritardi accumulati dal Consiglio di Stato. Nel governo tecnico di cui faceva parte c'erano ben quattro consiglieri o ex consiglieri di Stato, in ruoli cruciali come il ministro della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione e il sottosegretario alla Presidenza del Consiglio.

trasformazione del Consiglio di Stato e dei T.A.R. L'incertezza normativa creata dalle loro stesse decisioni e/o dalle lentezze con le quali queste decisioni venivano prese era insostenibile per chiunque, italiano o straniero, avesse intenzione di investire. Nel novero di coloro che hanno manifestato esplicita ostilità nei confronti del Consiglio di Stato e in particolare del ruolo preponderante dei consiglieri di Stato all'interno dei ministeri va infine annoverato il senatore Matteo Renzi quando era Presidente del Consiglio.

Come vedremo nel prossimo capitolo, alcune critiche al Consiglio di Stato, in particolare quelle riferite all'allungamento dei tempi decisionali del governo, trovano riscontro inoppugnabile nell'evidenza empirica. *Prima facie* si tratta di caratteristiche che dovrebbero preoccupare qualsiasi forza politica che aspiri a governare. E tuttavia sono quasi 140 anni che il Consiglio di Stato esercita il compito di giudice e consulente degli atti del governo. Evidentemente, la sua sopravvivenza con queste caratteristiche ha per gli attori politici che potrebbero abolirlo o trasformarlo un costo inferiore al beneficio che ancora oggi arreca loro. Benefici dei quali i numerosi e accaniti critici non hanno contezza. Per comprendere la natura di questi benefici bisogna risalire a quando il Consiglio di Stato prese nei suoi tratti fondamentali la forma che ha ancora oggi e ricostruire con maggiore dovizia di dettagli rispetto quanto esposto nel primo capitolo le ragioni di chi sostenne e realizzò quella forma e di chi, nel corso dei decenni successivi, mantenendola sostanzialmente invariata, continuò a considerarla preferibile e possibile rispetto ad altre soluzioni istituzionali.

### 3.2 Origine del Consiglio di Stato come organo politico a sostegno del re

Il Consiglio di Stato nacque come organismo consultivo di re Carlo Alberto di Savoia nel 1831. L'istituto raccoglieva l'eredità del *Consilium cum domino residens* del Ducato di Savoia<sup>2</sup> e, come sappiamo, si ispirava al Consiglio di Stato di Francia fondato da Napoleone nel 1799.

---

<sup>2</sup> È possibile individuare nel *Consilium nobiscum residens* o *Consilium cum domino residens* del Ducato di Savoia del XV secolo l'antenato più remoto del Consiglio di Stato fondato nel Regno di Sardegna nel 1831. Il *Consilium* era composto in origine dai nobili più influenti del Ducato e si configurava come un organismo itinerante che aveva lo scopo di assistere il principe negli affari politici e giuridici. Esso costituiva un'evoluzione delle corti medievali e, già nel corso del Quattrocento, svolgeva due grandi categorie di compiti: quello di consulente del principe e quello di tribunale dello Stato. In quest'ultima attività, esso affiancava il sovrano, al quale spettava la piena titolarità della giurisdizione.

Non era un'eventualità rara che nobili e intellettuali italiani partecipassero al Consiglio di Stato francese in qualità di uditori. Fra questi, Cesare Balbo, in una nota indirizzata al re nel 1831, poco prima della fondazione del Consiglio, descrisse il *Conseil* come il principale strumento di governo di Napoleone, sottolineando, tuttavia, come esso fosse ben lontano dal limitare le prerogative regie (Casana 1995, 2011)<sup>3</sup>. I consigli di «un certo numero di persone di palese merito, devote al trono e dedite ad abituali studi sulle scienze politiche», secondo la definizione del preambolo dell'editto di Racconigi del 18 agosto 1831 che istituì il Consiglio di Stato, avrebbero fornito al re una maggiore legittimazione e, insieme, avrebbero reso le sue decisioni meno arbitrarie agli occhi dei sudditi. Di fatto, tuttavia, il neocostituito Consiglio non era in grado di limitare o men che meno «democratizzare» il potere assoluto del re. Come sostenne Santi Romano (1932), già Presidente del Consiglio di Stato fra il 1928 e il 1944, il Consiglio, nei primi anni della sua istituzione, lavorò in parallelo ai ministri, bilanciando il potere di questi ultimi in favore del re. Il raggio d'azione del Consiglio di Stato fu da subito alquanto esteso. I suoi pareri riguardavano tutte le attività dello Stato, a eccezione della guerra e della politica estera. Esso esaminava tutte le proposte di legge e regolazione, il bilancio dello Stato, la tassazione, e coadiuvò il re nell'attuazione delle riforme volte a introdurre organismi di controllo centrale sui territori periferici (i consigli di intendenza) e nel processo di unificazione legislativa che avrebbe portato alla realizzazione dei Codici civile, commerciale, militare e penale.

### 3.3 Il Consiglio di Stato nel regime costituzionale

Il posizionamento dell'organo all'interno del sistema politico cambiò grandemente nel nuovo regime costituzionale sancito dalla concessione dello Statuto Albertino (1848) (Melis 1998, 1999). Alle due camere legislative appena intro-

---

<sup>3</sup> Tale rassicurazione, che giunse al re da parte di uno dei principali esponenti del liberalismo moderato dell'epoca, si comprende alla luce delle spinte contrastanti che il sovrano dovette conciliare quando ereditò il trono, e fa intuire lo spazio politico che la funzione consultiva del Consiglio di Stato avrebbe avuto nei primi quindici anni dalla sua istituzione. Da un lato, il re aveva la necessità di rafforzare la propria credibilità presso i segmenti più tradizionali della monarchia, confermando l'ordine conservatore emerso dal Congresso di Vienna. Dall'altro, doveva fronteggiare le crescenti rivendicazioni per la concessione di istituzioni liberali e per la realizzazione di cambiamenti nell'organizzazione autoritaria del regno, ideali che egli stesso aveva sostenuto prima di ereditare il trono. In tale contesto, la fondazione del Consiglio di Stato rappresentava una sorta di compromesso: la monarchia, lontana dall'essere costituzionale, diventava «consultiva».

dotte furono trasferite una serie di prerogative, fra le quali il controllo del Bilancio statale e la tassazione, in precedenza in capo al Consiglio di Stato. I singoli ministri, la cui controfirma sulle leggi e sugli atti dell'esecutivo avrebbe dovuto separare il potere di governo dal re, diventavano responsabili di tali atti davanti alle Camere. Da un lato, i ministri avevano sempre più il bisogno di migliorare il controllo sulle strutture amministrative a loro subordinate, dall'altro, occorre che l'azione di ciascun ministro fosse coordinata con quella di tutti gli altri.

A questo proposito, lo Statuto non configurava la presenza di un governo di gabinetto, né del Presidente del Consiglio, ma soltanto dei ministri (art. 67). Un atto non avente valore costituzionale, il decreto D'Azeglio (R.D. 21 dicembre 1850, n. 1122), menzionava il Consiglio dei Ministri, a cui attribuiva un elenco di affari «pei quali la responsabilità dei suoi membri vuole essere protetta da mature discussioni e da deliberazioni collettive», mentre ai ministeri attribuiva compiti specifici e trasversali, da svolgersi tuttavia, anche questi ultimi, ciascuno nell'ambito del proprio dipartimento. Lo stesso decreto riconosceva la figura del Presidente del Consiglio, ma non gli assegnava prerogative specifiche (Calandra 1978).

Riguardo al controllo sugli apparati amministrativi, la riforma voluta da Cavour nel 1853 superava il precedente modello di organizzazione ministeriale basato sulla separazione fra indirizzo politico e gestione economico-aziendale<sup>4</sup> e sul modello di gestione trasversale delle aziende speciali, e unificava nella figura del ministro responsabilità politiche e amministrative (Capano 2011). Gli apparati amministrativi furono riorganizzati in strutture gerarchiche in cui i ministri, divenuti responsabili anche dell'esecuzione delle direttive politiche, erano a capo di strutture concepite come «macchine» per realizzare i loro input (Melis 2014).

Il combinato disposto del legame politico fra ministri e Parlamento, segmentazione e concentrazione dell'amministrazione nei ministeri con a capo i ministri stessi e assenza di un forte ruolo formale di controllo e coordinamento del Presidente del Consiglio accrescevano il rischio che l'esecutivo agisse come un «governo frammentato» (Andeweg 1997; Strøm, Müller e Bergman 2008). Ovvero, un governo in cui le decisioni erano prese nei singoli ministeri separatamente, con i ministri in simbiosi con gruppi di parlamentari, portati ad agire per il proprio tornaconto politico elettorale attenendosi alla regola di reciproca non-in-

---

<sup>4</sup> Tale modello organizzativo, in vigore nel Regno di Sardegna dal 1817, era basato su aziende speciali che operavano in modo trasversale, servendo ciascuna anche più ministeri. Per esempio, l'agenzia dell'Interno attuava gli indirizzi del Ministero dell'Interno, della Giustizia, della Istruzione e dei Lavori Pubblici (Aimo 2002, 29).

terferenza, senza forme di cooperazione o integrazione fra apparati nella fase di implementazione. L'esigenza di controllare e coordinare l'azione dei ministeri sarebbe divenuta pressante quando le maggioranze parlamentari diventeranno meri conglomerati di interessi, ma già era ben presente nella visione cavouriana, quando il nuovo regime costituzionale era agli albori e iniziava a consolidarsi. L'eccezionale instabilità governativa (fra il 1848 e il 1906 su 55 governi, 31 si dimisero in modo anticipato e 13 furono sfiduciati) (Merlini 1995) e la necessità di rendere conoscibili al Parlamento gli atti ministeriali, di cui i funzionari ministeriali erano meri esecutori e i ministri i responsabili esclusivi, furono alla base dell'introduzione di organismi terzi all'interno dell'esecutivo con il compito di controllare l'azione amministrativa dei ministeri: la Corte dei Conti (1862) e la Ragioneria Generale dello Stato (1869). E furono alla base della ridefinizione delle funzioni del Consiglio di Stato. Il Consiglio di Stato fu incaricato di supervisionare l'attività amministrativa per «temperare quella grande latitudine che la mutabilità dei governanti e degli amministratori poteva far percorrere in senso diverso e talvolta anche contrario ed assicurare la costanza nei principi, l'uniformità e l'ordine nel reggimento della cosa pubblica» (Calandra 1978, 37)<sup>5</sup>. Il Consiglio assunse cioè il compito di controllare gli atti amministrativi dei ministri per evitare eccessive spinte centrifughe nell'esecutivo, assicurando, da un lato, l'uniformità dell'azione amministrativa e, dall'altro, garantendo la continuità della stessa, fungendo da «deposito» delle tradizioni amministrative (Cassese 2014) in un contesto di grande instabilità governativa. La riforma del Consiglio di Stato a opera di Rattazzi nel 1859 indirizzò il Consiglio verso questi nuovi compiti, sottraendolo all'esclusiva sfera di influenza del sovrano e collocandolo all'interno dell'esecutivo in una posizione di relativa indipendenza. Non più presieduto dal re, il Consiglio venne immaginato come un organo consultivo tecnico dell'intero governo. Un organo che, sebbene interno all'esecutivo, già in questa prima trasformazione assumeva compiti giudiziari.

A seguito di tale riforma, il Consiglio di Stato divenne infatti non solo organo consultivo dell'intero governo ma anche giudice di prima e ultima istanza nelle controversie economico-finanziarie relative al debito pubblico, alla liquidazione

---

<sup>5</sup> La «mutabilità dei governanti» si riflette nella successione di governi di brevissima durata nel nuovo Stato unitario dopo la morte di Cavour (Ricasoli, giugno 1861-marzo 1862; Rattazzi, marzo-dicembre 1862; Farini, dicembre 1862-marzo 1863; Minghetti, marzo 1863-settembre 1864; La Marmora, settembre 1864-giugno 1866) e nei frequenti avvicendamenti alle cariche di ministro nei diversi governi. Al Ministero dell'Istruzione si avvicendarono fra il 1860 e il 1883 ben 23 ministri (Mosca 1884). Il turnover dei ministri esplose con i governi della Sinistra Storica. Il primo governo Crispi in 20 mesi ebbe quattro ministri del Tesoro e tre ministri delle Finanze.



delle pensioni a carico dello Stato, alle concessioni minerarie, nonché giudice di seconda istanza sulle decisioni dei Consigli di governo.

L'esigenza percepita dal centro dell'esecutivo nazionale di rendere il più uniforme e continua possibile l'azione amministrativa e sottrarla alle spinte centrifughe dei ministeri riformati aveva condotto a un rafforzamento del ruolo consultivo del Consiglio di Stato. Come vedremo, quando quell'esigenza si farà ancora più forte, nel corso dei governi della Sinistra Storica, all'organo consulente verrà attribuito stabilmente un potere sempre più esteso di dirimere controversie giudiziarie fra cittadini e amministrazione, facendone non solo un controllore *ex ante* ma anche un temuto sanzionatore *ex post*.

Tuttavia, il percorso che portò alla piena affermazione della funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato nel 1889 fu complesso e contraddittorio e vide alcune battute d'arresto.

Le limitate prerogative giurisdizionali in capo al Consiglio furono di lì a poco messe in discussione (Astone 2011).

### 3.4 Ministri fuori controllo e ascesa del giudice consigliere

La riforma voluta da Rattazzi, approvata in circostanze eccezionali, già criticata al momento della sua approvazione da diversi esponenti della classe dirigente liberale per aver devoluto troppe competenze in materia civilistica a un giudice speciale, venne provvisoriamente superata nel processo di unificazione amministrativa degli anni successivi. Il disegno di Rattazzi, che sostanzialmente andava a riordinare il contenzioso amministrativo già presente nel Regno di Sardegna, più che essere ispirato a modelli ideali, si basava sull'argomento pragmatico che il superamento dei tribunali del contenzioso a livello locale avrebbe comportato una minor tutela per i cittadini.

Il dibattito politico successivo fu invece dominato dalla contrapposizione di due modelli ideali: il contenzioso amministrativo francese, da un lato, e quello della Costituzione belga del 1831, dall'altro<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Come sappiamo, nel modello francese il principio della separazione dei poteri si era tradotto nella necessità di preservare l'attività dell'amministrazione dalle interferenze dei magistrati ordinari. Esso riteneva che l'azione amministrativa potesse essere soggetta solo al controllo di un «giudice-amministratore», ovverosia dei Consigli di prefettura in primo grado e del Consiglio di Stato in secondo grado, che proprio per la loro contiguità con l'amministrazione erano ritenuti adatti a giudicarne l'operato. La Costituzione belga del 1831, scaturita dalla rivoluzione del 1830 e culminata nella secessione delle province belghe dal Regno Olandese e nella fondazione del



Con l'approvazione dell'allegato E alla legge n. 2248/1865 di unificazione amministrativa, ispirato, secondo i suoi fautori, al modello belga, vennero aboliti i tribunali del contenzioso amministrativo degli Stati preunitari e trasferite per competenza al giudice ordinario le dispute fra la pubblica amministrazione e i cittadini ogni qualvolta questi ultimi fossero stati titolari di «diritti soggettivi» (diritti civili e politici), lasciando le restanti fattispecie («interessi») a un sistema di ricorsi gerarchici interni all'amministrazione. L'allegato D della stessa legge attribuì tuttavia al Consiglio di Stato competenza in materia di conflitti di attribuzione fra autorità amministrativa e giudice ordinario.

La scelta abolitiva, nata dall'insoddisfazione per il riordino del contenzioso amministrativo del Regno di Sardegna, magnificata nel dibattito parlamentare dal riferimento a un modello ideale di impronta liberale e poi approvata piuttosto frettolosamente, non produsse gli effetti sperati. I cittadini videro diminuire la loro tutela nei confronti dell'amministrazione. Da un lato, i giudici ordinari non erano preparati a farsi carico anche delle dispute amministrative. Inoltre, le loro prerogative nei confronti degli atti amministrativi illegittimi erano limitate, non potendo essi, in caso di accertata violazione di un diritto soggettivo, annullare gli atti, ma soltanto disapplicarli. Dall'altro, il Consiglio di Stato, reso competente in materia di conflitti di attribuzione dall'allegato D, si dimostrò più propenso a risolvere i casi in favore dell'autorità amministrativa, sottraendo al giudice ordinario controversie che nell'ordinamento precedente spettavano ai tribunali del contenzioso<sup>7</sup>. L'attività dell'amministrazione fu resa così meno conoscibile, e verso di essa il sindacato del giudice ordinario si rivelò debole e inadeguato (Sambataro 1977).

Questo sistema, per quanto deficitario, rimase in piedi finché l'azione amministrativa rimase in qualche modo rendicontabile, se non attraverso l'operato dei giudici, attraverso il principio della responsabilità ministeriale. L'attività dei ministri, verificata da Corte dei Conti, Ragioneria Generale e Consiglio di Stato, riceveva l'appoggio del Parlamento che, fino al 1876, era espressione degli interessi di una ristretta «oligarchia», data la legge elettorale che prevedeva il voto su base censitaria. Quando i mutati equilibri politici resero assai più im-

---

Belgio indipendente, optava, invece, per un sistema monista di tutela dei cittadini nei confronti dell'amministrazione basato sul giudice ordinario e ispirato al modello di *common law* inglese. I giudici ordinari in Belgio vennero incaricati di non applicare gli atti dell'amministrazione contrari alla legge, scelta che recava un'impronta liberale e che era in aperta contrapposizione al sistema del contenzioso amministrativo imposto dal Regno Olandese.

<sup>7</sup> Anche in virtù di questa tendenza, la competenza in materia di conflitti di attribuzione fu in seguito devoluta con legge alla Corte di Cassazione nel 1877.

prevedibili le decisioni che potevano scaturire dal nesso Parlamento-governo, si aprì lo spazio per una diversa organizzazione della giurisdizione, che contribuì a stabilire un nuovo equilibrio del sistema politico. Un cruciale cambiamento delle condizioni politiche, che coinvolse i rapporti fra Parlamento e governo, ebbe luogo nel 1876, quando il Parlamento, con un accordo fra i gruppi di destra contrari alla nazionalizzazione delle ferrovie e la sinistra di Depretis, negò l'appoggio al governo Minghetti, esponente della destra liberale che aveva governato il Regno d'Italia ininterrottamente dalla sua nascita nel 1861 (Sabbatucci 2003). Il governo venne affidato a un esponente della sinistra moderata, Depretis, che si avvalse dell'appoggio anche degli esponenti di destra che avevano contribuito a far cadere il governo. Ebbe così luogo al governo la successione dalla Destra alla Sinistra Storica. La prima alternanza nella storia del regime costituzionale dapprima mise in discussione il debole sistema di controlli interni all'esecutivo. I nuovi governi, in particolare, non si fecero problemi a scavalcare il parere preventivo del Consiglio di Stato come riportato da alcune testimonianze dell'epoca<sup>8</sup>. Si trattava ancora di pareri e non di anticipazioni di future sentenze. In seguito, la tenuta delle compagini governative e l'attività di governo stessa si fecero assai più ardue, proprio a causa della composizione sempre più eterogenea e instabile delle maggioranze parlamentari. Le elezioni del 1882 si svolsero con un nuovo sistema elettorale, che ampliò la base dei votanti dal 2 al 7 per cento della popolazione, essendo il voto concesso non più in base al censo ma all'istruzione. Inoltre, la nuova legge elettorale introdusse lo scrutinio di lista in luogo dei prevalenti collegi uninominali. Le strategie delle forze politiche cambiarono<sup>9</sup> e le maggioranze che andarono a crearsi in Parlamento divennero conglomerati di interessi, privi di progettualità politiche definite e riconoscibili. La Sinistra Storica includeva una pluralità di fazioni, che andavano dagli oppositori di Cavour nel Parlamento piemontese, ai seguaci di Mazzini, ad altri deputati che, benché conciliati con la monarchia, esprimevano un forte attaccamento a valori democratici, ai seguaci di Garibaldi, ad altri gruppi politici contrari alle riforme della Destra Storica che avevano realizzato un sistema amministrativo fortemente

---

<sup>8</sup> «Non è per studio di parte che il ministero si affatica da un pezzo a cercare una via per sconvolgere la Cassa di Risparmio di Milano, passando sopra la legge, che non permette di toccare allo statuto dell'opera pia che l'amministra, senza sentire i Consigli locali e avere l'avviso favorevole del Consiglio di Stato? (...) Non fu dal ministero promosso un decreto del re sulle elezioni comunali di Grottaglie, contrariamente alle deliberazioni e pareri concordi dell'ufficio elettorale, del Consiglio comunale, della Deputazione provinciale e del Consiglio di Stato, facendo così di autorità regia consiglieri di quel comunello chi è piaciuto agli amici del ministero?» (Spaventa 1880).

<sup>9</sup> «Si sa che in moltissime liste, che trionfarono nelle ultime elezioni, vi erano insieme candidati di Destra e di Sinistra, e qualche volta di Destra e di estrema Sinistra» (Mosca 1884, 504).

accentrato, a gruppi regionalisti del Sud Italia ostili agli interessi economici del Nord (Saladino 1966). Ma, più in generale, le etichette di Sinistra e Destra, che avevano distinto le compagini politiche nella fase preunitaria, cessarono di fissare differenze significative tra i due gruppi in termini di idee e proposte politiche. I valori democratici e repubblicani convenzionalmente attribuiti alla sinistra si erano tradotti solo parzialmente in atti concreti e non necessariamente con l'opposizione della destra. Le differenze politiche fra sinistra e destra divennero meno evidenti, al punto che riforme assai significative, fra cui la stessa parziale estensione del suffragio e l'introduzione dell'istruzione elementare obbligatoria, vennero approvate per mezzo di accordi fra i membri moderati dei due blocchi, determinando il fenomeno del *trasformismo*. Coalizioni di maggioranza che si configuravano come conglomerati laschi di gruppi di interesse personali e locali andavano influenzando in modo crescente l'attività dei ministri, minando la stabilità dei governi e dando spazio a fenomeni clientelari e corruttivi nell'amministrazione. Come esito del prevalere di interessi personali e specifici, i ministri elargivano favori a vantaggio dei gruppi più influenti adottando sistematicamente atti amministrativi illegittimi, come emerge dalla descrizione che di questa dinamica fece Gaetano Mosca nella sua *Teorica* (1884):

[...] il Ministero è obbligato a largire dei favori. I quali non sono quasi mai, né furono mai forse, direttamente pecuniari, ma, senza scendere al vile metallo, vi è nell'amministrazione dello Stato, nelle mille cose di cui un Ministro dispone, tanto da contentare ogni più smodata ambizione o brama di lucro. Vi sono mille e mille posti, che si possono togliere all'anzianità ed al merito e dare siccome l'interesse del portafogli detta, vi sono mille contratti ed appalti che lo Stato può concludere a patti più o meno onerosi, che può aggiudicare all'uno anziché all'altro [...], una strada od una ferrovia possono farsi o non farsi, passare di qua o di là. E ciò senza parlare delle onorificenze, dei privilegi, dei sussidi, delle esenzioni più o meno larvate del servizio militare, del pagamento d'imposte, etc., che i deputati non si vergognano a chiedere né i ministri a dare [...].

I ministri erano indotti ad accettare qualsiasi compromesso per ottenere il sostegno parlamentare. In particolare, nel reclutamento del personale nei ministeri e nelle attività di controllo sul territorio del Ministero degli Interni, i ministri sono descritti come alla mercé dei grandi elettori locali. La prassi di «mettere in pianta» impiegati imposti da deputati divenne sempre più frequente<sup>10</sup>, così come le

<sup>10</sup> Mosca (1884, 393) descrive gli uffici dei ministeri come «centri di gesuitismo e di basse machiavellerie», in cui i deputati che vi entrano per «raccomandazioni, intrighi o altro» si comportano

ingerenze dei ministri dell'Interno nelle elezioni provinciali e comunali attraverso i prefetti, in cambio di ottenere l'appoggio dei deputati locali (Mosca 1884).

Le condizioni politiche che stavano minando la tenuta del sistema sono sintetizzate da un commentatore dell'epoca come segue:

Un altro guaio dell'Italia è l'abuso delle ingerenze parlamentari [...] non v'è paese costituzionale che ne vada immune: ma colà è più grave perché ministero e amministrazione non possono resistervi, non avendo un partito bene costituito sul quale fare fondamento. Pertanto il deputato diventa servo dei sollecitatori che asseconda per conservarne i voti favorevoli e il ministro esaudisce i deputati per conservare la maggioranza

(de Laveleye 1880 in Minghetti 1881).

Secondo lo stesso Mosca, «l'autocrazia ministeriale» avrebbe potuto essere sconfitta stabilendo dei tribunali amministrativi indipendenti, presieduti dal Consiglio di Stato. L'operato dei giudici amministrativi avrebbe potuto cioè bilanciare gli effetti perversi del nuovo rapporto fra Parlamento e governo sull'attività amministrativa. A fronte dell'incapacità della classe dirigente di formare partiti che esprimessero visioni politiche alternative e che fossero in grado di guidare il processo politico, non limitandosi a subire le divisioni regionalistiche e l'influenza di gruppi di interessi specifici, il giudice amministrativo avrebbe funto da censore delle degenerazioni dell'attività amministrativa e da elemento di stabilità. Questa idea non fu sostenuta solo da Mosca. La tematica della giustizia amministrativa come rimedio alle patologie del sistema politico emerse con grande importanza nel dibattito politico. Si sviluppò in questa fase il «movimento politico e dottrinale per la giustizia nell'amministrazione», in cui Silvio Spaventa, esponente di spicco della destra all'opposizione, ebbe un ruolo di primo piano. Spaventa, consigliere di Stato dal 1867, era stato ministro per i lavori pubblici nel governo Minghetti nonché fautore del progetto di nazionalizzazione delle ferrovie che fu alla base della caduta del governo. Il movimento denunciava le interferenze *partisan* nell'amministrazione pubblica e spingeva per realizzare integrazioni al sistema giurisdizionale del 1865.

È facile constatare che alla vigilia dell'attribuzione delle prime vere e proprie prerogative giurisdizionali al Consiglio di Stato erano ben presenti nel contesto

---

da «padroni e qualche volta da padroni insolenti e villani». «Nelle nomine degli impiegati, più che della convenienza del pubblico servizio, si tien conto delle raccomandazioni dei membri della Camera, e dinanzi a loro a Roma non meno che nelle provincie, tutti tremano e cedono» (de Laveleye 1880 in Minghetti 1881).

politico e sociale italiano quelle necessità previste dalle teorie presentate nel capitolo precedente, che cercano di spiegare l'esistenza stessa delle corti. Serviva un argine alla mutevolezza dell'azione amministrativa che pregiudicava la credibilità della stessa presso la cittadinanza e i gruppi d'interesse. Una mutevolezza generata allo stesso tempo dall'autonomia dei ministeri e dall'instabilità governativa. Serviva soprattutto una sorta di guardiano dei ministri che garantisse ciascun membro del governo dall'agire opportunistico del collega. Un guardiano che vigilasse anche sul comportamento «amministrativo» dei componenti di un governo che, considerata l'usuale breve aspettativa di vita dei governi, non di rado si sarebbe trovato ad attuare leggi approvate quando era in carica il governo precedente. Un guardiano contro le derive ministeriali correnti e quelle differite nel tempo. Un guardiano armato dei poteri di un giudice.

Le rivendicazioni del movimento per la giustizia nell'amministrazione furono fatte proprie anche dagli esponenti della sinistra e sfociarono nelle riforme di Crispi del 1889 (Rebessi 2020).

Sebbene, come abbiamo appena ricordato, il dibattito sulle misure per contrastare le spinte centrifughe in capo ai ministeri e potenziate dal raccordo fra ministri e cricche parlamentari si concentrassero su una rinnovata giustizia amministrativa non possiamo non chiederci innanzitutto perché il rafforzamento del controllo giurisdizionale dovesse passare necessariamente dall'attribuzione di tale controllo al Consiglio di Stato.

La domanda può apparire retorica. In fondo, al Consiglio di Stato erano state già attribuite in passato competenze quasi giurisdizionali e, come sappiamo, la legge di unificazione amministrativa del 1865 lo aveva elevato al rango di tribunale dei conflitti di attribuzione. Poteva essere considerato un candidato naturale. Eppure la delusione per la propensione del Consiglio a favorire sistematicamente l'amministrazione contro gli interessi dei cittadini aveva indotto il legislatore nel 1877 a devolvere il ruolo di tribunale dei conflitti di attribuzione alla Corte di Cassazione. Se, come sostiene una parte preponderante della storiografia giuridica, la principale preoccupazione dei promotori della legge del 1889 era una protezione dei diritti e interessi del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, il Consiglio di Stato non sembrava allora essere una soluzione ottimale. D'altra parte, nuovi organi giudiziari specializzati avrebbero goduto fin da subito della stessa indipendenza dei giudici ordinari dall'esecutivo, dal Presidente del Consiglio e dal ministro dell'Interno.

Se invece, come qui sosteniamo, l'attribuzione di compiti giurisdizionali al Consiglio di Stato era in parte voluta dal Presidente del Consiglio per contenere i comportamenti opportunistici e clientelari dei «suoi» ministri e a garanzia di ciascun ministro rispetto a ciascun altro, perché dal menu delle soluzioni istitu-

zionali non era stato considerato (anche) il rafforzamento del centro dell'esecutivo, ovvero della stessa Presidenza del Consiglio rispetto ai singoli ministri, come invece avvenne altrove?

La risposta non ha a che fare con preferenze culturali o assenza di modelli da emulare. Crispi, che divenne Presidente del Consiglio nel 1887, era un grande ammiratore del cancelliere tedesco Bismarck e un fautore della centralità del potere esecutivo. Ma mentre Bismarck agiva in un sistema politico che aveva dato centralità al governo sovra-ordinando, la posizione del ministro-presidente (cancelliere) rispetto agli altri ministri, isolando questi ultimi dalle interferenze del re e affidando al cancelliere la responsabilità delle politiche del gabinetto<sup>11</sup>, formalizzare una simile gerarchia nel sistema politico del Regno d'Italia era impossibile. Da un lato, il rafforzamento di una figura di direzione all'interno del Consiglio dei Ministri era osteggiato dalla Corona, che manteneva un ruolo di primo piano nella politica dell'esecutivo attraverso il potere di nomina e revoca dei ministri. Dall'altro, l'assenza di un partito predominante e l'incapacità della Camera di esprimere una maggioranza chiara e omogenea rendevano difficile esprimere un Presidente del Consiglio che si imponesse in maniera tassativa sugli altri ministri e sul re. Benché impossibilitato a realizzare la preminenza del Presidente del Consiglio da un punto di vista formale, Crispi esercitò una preminenza politica sul gabinetto cooperando con il re e appoggiandosi alla sua autorità contro i ministri «sgraditi»<sup>12</sup>, e rafforzando il controllo sugli atti dei ministri attraverso il rafforzamento delle prerogative del Consiglio di Stato. Non deve per altro ingannare l'attribuzione nella legge del 1889 al ministro dell'Interno e non al Presidente del Consiglio del potere di nomina dei consiglieri di Stato e del loro presidente. Nella quasi totalità dei governi del periodo monarchico i Presidenti del Consiglio ricoprivano anche il ruolo di ministro dell'Interno essendo peraltro la Presidenza del Consiglio, diversamente dal Ministero dell'Interno, priva di un suo vero e proprio apparato amministrativo.

La riforma di Crispi del 1889 lasciò inalterata la competenza devoluta al giudice ordinario in materia di controversie fra cittadini titolari di diritti soggettivi e amministrazione. Al giudice ordinario essa affiancò, invece, il nuovo «giudice degli interessi», istituendo le corti amministrative di primo grado, giunte pro-

---

<sup>11</sup> Si veda la Costituzione dell'Impero Germanico del 1871, che prevede la figura del cancelliere e gli affida il ruolo di direzione del Consiglio federale e l'ordine dell'8 settembre 1852 che stabilisce una gerarchia fra la figura del ministro-presidente e gli altri ministri.

<sup>12</sup> Il ministro crispino delle Finanze Seismit-Doda nel 1890 venne revocato dal re su proposta del Presidente Crispi, per aver assistito, senza protestare, a un banchetto irredentista anti-austriaco, compromettente per la politica triplicista di re Umberto e di Crispi (Merlini 1995).

vinciali amministrative e, in appello, la IV sezione del Consiglio di Stato<sup>13</sup>. La riforma del 1889 si pose in continuità con la legge del 1865 dal punto di vista del riparto della giurisdizione e agì realizzando un potenziamento dell'azione svolta dal Consiglio di Stato a scapito delle amministrazioni ministeriali, a cui fu sottratto il potere di decidere sui ricorsi gerarchici. Alla IV sezione del Consiglio fu infatti attribuita la prerogativa di decidere sui ricorsi per incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa che avessero per oggetto *un interesse* di individuo o di enti morali giuridici, quando sugli stessi ricorsi non fosse competente il giudice ordinario. Il cittadino divenne titolare di pretese fondate sulla legge e azionabili davanti al giudice amministrativo, ma tali pretese non potevano chiamarsi «diritti», perché in tal caso avrebbe dovuto attivarsi la competenza del giudice ordinario, secondo la mai abolita legge del 1865. Fu così creata la nuova figura di situazione giuridica soggettiva, azionabile davanti al giudice, di «interesse legittimo».

In questa fase, più che come un organo giurisdizionale vero e proprio (la natura a tutti gli effetti giurisdizionale della IV e V sezione del Consiglio fu definitivamente sancita nel 1907), il Consiglio di Stato agì come una sorta di «organo deliberativo» interno all'amministrazione, con il compito di mantenere l'azione amministrativa nei limiti della legalità e della giustizia. I meccanismi di nomina dei consiglieri e dei presidenti di sezione erano gestiti dal governo, meglio ancora dal ministro dell'Interno-Presidente del Consiglio, che selezionava i consiglieri fra il personale appartenente a categorie specifiche, come i giudici ordinari, i giudici della Corte dei Conti, professori di diritto, funzionari amministrativi di lungo corso e personale dei ministeri, ma senza altre sostanziali limitazioni. Va tuttavia sottolineato che la legge del 1889 introdusse limiti più stringenti alla facoltà del potere esecutivo di rimuovere e collocare a riposo i consiglieri di Stato, che venivano così a beneficiare, per la prima volta, di alcune garanzie di semi-inamovibilità (Battini 2013). Se pertanto Crispi poteva affidarsi a consiglieri da lui stesso in gran parte prescelti, la combinazione fra semi-inamovibilità e frequenza delle crisi di governo avrebbe reso il Consiglio fatalmente più autonomo dai Presidenti del Consiglio successivi. Per quanto riguarda le Giunte Provinciali Amministrative, esse furono concepite con lo specifico intento di controllare l'operato dei governi locali (Aimo 1990). Presiedute dai prefetti, esse si qualificavano come organismi «misti», composti da personale prefettizio con una competenza tecnico-amministrativa e da membri dei Consi-

---

<sup>13</sup> Alla presidenza di quest'ultima, Crispi nominò lo stesso Spaventa.



gli Provinciali, sul modello di analoghe corti amministrative istituite in Prussia (*Bezirksausschuss*).

### 3.5 Ulteriori sviluppi della funzione giurisdizionale

La natura eminentemente giurisdizionale del Consiglio di Stato fu sancita definitivamente dalla legge Giolitti del 1907, che aggiunse con medesime funzioni della IV una V sezione del Consiglio. Tale impostazione non fu sconfessata in epoca fascista, durante la quale il Consiglio di Stato si adattò alle esigenze del regime, affiancandolo con neutralità nel progetto di espansione del potere esecutivo. D'altra parte, come già ricordato, a riprova dell'importanza del contesto politico e istituzionale più generale nel definire il ruolo stesso e la natura del Consiglio di Stato, il ricorso alla legge, attraverso l'uso estensivo della decretazione, consentì al governo fascista di evitare il vaglio tecnico-legale del Consiglio di Stato sui regolamenti (Cassese 1999; Predieri 1963, Calandra 1978), un escamotage destinato a riproporsi sotto altre forme in età repubblicana (Rebessi e Zucchini 2019). Le prerogative formali dell'organo furono addirittura ampliate<sup>14</sup> ma le modifiche fondamentali nelle prerogative del governo neutralizzavano l'azione del Consiglio e ne rendevano tutto sommato marginale il ruolo «politico».

Nel passaggio al regime repubblicano, la Costituzione consacrò la duplice natura di organo consultivo del governo e di Suprema Corte Amministrativa del Consiglio di Stato (artt. 103 e 100).

Come previsto dalla teoria dell'assicurazione (Ginsburg 2003), questa scelta era parte del più ampio tentativo di inserire nel sistema politico nascente un insieme di contrappesi che garantissero le forze di governo correnti da quelle future. Una garanzia contro le sconfitte politiche. E come previsto dalla teoria sui pericoli di una deriva ministeriale (*ministerial drift*) la necessità di garantire le forze di governo le une rispetto alle altre e tutte rispetto a quelle future con-

---

<sup>14</sup> La riforma De Stefani della pubblica amministrazione del 1923 attribuì al Consiglio di Stato giurisdizione esclusiva in materia di pubblico impiego. La competenza in materia di diritti soggettivi in tale ambito venne con ciò sottratta al giudice ordinario e conferita al giudice amministrativo. Tale riforma, invocata dalla stessa magistratura amministrativa (Melis 2018), avvenne solo pochi mesi dopo l'ascesa al governo di Mussolini e fu una scelta sostanzialmente organizzativa, esito delle difficoltà che la distinzione fra interesse legittimo e diritto soggettivo creava nei casi di contenzioso in materia di pubblico impiego (Rava 1942; Romano 1932). Il Consiglio di Stato partecipò inoltre alla legislazione del regime attraverso l'aiuto alla stesura dei testi unici, anche se non ebbe alcun ruolo, nonostante gli auspici in tal senso del suo presidente fra il 1928 e il 1943 Santi Romano, nella produzione delle leggi.



sentì all'organo di conservare e poi rafforzare le proprie prerogative anche in assenza di alternanza. La Costituzione introduceva il principio di indipendenza e autonomia dell'organo rispetto al potere esecutivo, principio, come già scritto, in larga misura realizzato con la legge del 7 aprile 1982, n. 186 che istituiva il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, organo di autogoverno dei giudici amministrativi con un ruolo decisivo nel reclutamento e nelle carriere dei giudici amministrativi<sup>15</sup>. Se insomma all'epoca della monarchia dopo la riforma voluta da Crispi il Presidente del Consiglio poteva ancora sperare di esercitare un qualche controllo sugli atti dei ministri per il tramite di un Consiglio di Stato nominato in parte da lui stesso e in parte dai predecessori, nel regime repubblicano il controllo non ha un mandante definito interno al governo stesso. Ciononostante, è un controllo che, come già affermato, non ha esiti politicamente neutrali e opera (anche) per limitare la discrezionalità ministeriale.

Se l'eterogeneità delle maggioranze parlamentari a sostegno dei governi e l'instabilità di questi ultimi erano stati fattori rilevanti all'origine dell'attribuzione al Consiglio di Stato della funzione giurisdizionale, queste circostanze, sebbene in un contesto politico molto diverso, non erano scomparse in epoca repubblicana. Non è forse un caso che sul finire della cosiddetta prima repubblica, sotto la spinta di un'accresciuta frammentazione e conflittualità interna a esecutivi guidati da Presidenze del Consiglio tendenzialmente accentriche (come quelle di Craxi e De Mita), il ruolo del Consiglio di Stato, sempre più autonomo, come contrappeso alle tendenze centrifughe della compagine ministeriale ma anche come assicurazione contro mutamenti politici impreveduti, finisca per rafforzarsi ulteriormente e che questo accada nel quadro di una legge «organica» dedicata principalmente (e ironicamente) al rafforzamento della Presidenza del Consiglio. La legge 400 del 1988 accanto a una prima timida definizione del ruolo e delle competenze e degli apparati amministrativi della Presidenza del Consiglio stabilisce infatti l'obbligatorietà dei pareri del Consiglio di Stato per tutti i regolamenti. Fino ad allora l'incertezza sul loro status aveva consentito ai regolamenti ministeriali di sfuggire spesso al controllo preventivo del Consiglio di Stato. La nuova dettagliata legislazione cercava, come vedremo con poco successo

---

<sup>15</sup> Nonostante un quarto dei consiglieri sia di nomina governativa e nonostante la nomina del Presidente del Consiglio di Stato sia anch'essa formalmente originata all'interno del Consiglio dei Ministri il principio costituzionale è largamente soddisfatto. I consiglieri di nomina governativa devono comunque soddisfare requisiti molto stringenti. Il Presidente del Consiglio di Stato è nominato fra i magistrati amministrativi che abbiano esercitato per almeno cinque anni funzioni direttive su proposta del Presidente del Consiglio, previa delibera del Consiglio dei Ministri, sulla scorta tuttavia del parere, quasi sempre rispettato, del Consiglio di Presidenza.

(Tarli Barbieri 2011; Albanesi 2011; Caringella 2011; Lupo 2011; Padula 2010; Cintioli 2007; De Siervo 1991) di stabilire analiticamente una distinzione fra atti amministrativi e atti normativi «secondari». All'interno di quest'ultima categoria poneva i regolamenti governativi sovraordinati rispetto a quelli ministeriali e, da ultimo, ribadiva l'obbligatorietà del parere non vincolante del Consiglio di Stato per tutti i tipi di regolamenti, non importa con quale nome fossero chiamati: decreti ministeriali (D.M.), decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (D.P.C.M.), decreti del Presidente della Repubblica (D.P.R.).

### 3.6 Una durevole soluzione istituzionale

Nell'analisi che abbiamo proposto, le prerogative del Consiglio di Stato sono «concesse» dal governo, in seguito e a causa dei mutamenti delle condizioni politiche che negli anni precedenti l'unificazione e nei primi governi del neocostituito Regno d'Italia sono di grande instabilità politica e, negli ultimi due decenni dell'Ottocento, di grande eterogeneità di interessi all'interno del governo. Il potenziamento dell'attività del Consiglio di Stato viene cioè in sostegno al governo come istituzione unitaria e consente il dispiegarsi dell'attività governativa, ora limitando le spinte centrifughe nel governo ministeriale, ora bilanciando gli interessi di coalizioni parlamentari espressione di interessi atomizzati.

È interessante notare tuttavia come l'istituzionalizzazione delle funzioni del Consiglio di Stato in epoca repubblicana, dunque il supporto di un giudice-consigliere nell'attività dell'esecutivo, non sia affatto a costo zero per gli attori governativi. Da un lato, come vedremo nel prossimo capitolo, l'attività di controllo preventivo sugli atti del governo (il parere obbligatorio ma non vincolante del Consiglio sui regolamenti governativi) rallenta l'adozione degli stessi<sup>16</sup>; dall'altro, tale attività espone gli atti del governo a una giurisprudenza «conservatrice» o *policy conserving* (Steunenberg 1997), a favore dello *status quo* costituito dagli atti amministrativi esistenti (Rebessi e Zucchini 2019). Questa attività preventiva non è ovviamente slegata dalle decisioni del Consiglio in sede giurisdizionale ma, al contrario, le preannuncia. L'una e l'altra sono rese particolarmente temibili proprio dalla presenza di maggioranze legislative divise e, quindi, di governi, deboli e instabili, decisamente frequenti nel caso italiano, che conferiscono al Consiglio di Stato la capacità di avere l'ultima parola in caso di dispute. Se in

---

<sup>16</sup> Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ufficio per il programma di Governo, *Il monitoraggio dei provvedimenti di attuazione delle leggi approvate durante il Governo Monti*, febbraio 2013, p. 10: [http://presidenza.governo.it/ufficio\\_statistica/documenti/rapporto\\_amministrativo.pdf](http://presidenza.governo.it/ufficio_statistica/documenti/rapporto_amministrativo.pdf)

astratto infatti è sempre possibile per un attore governativo proporre una legislazione dettagliata che contrasti le interpretazioni sgradite di una corte, è nella pratica difficile che proposte di legge simili siano approvate e lo siano tempestivamente quando i governi sono sostenuti da maggioranze eterogenee. Da questo punto di vista, il parere preventivo di legalità sugli atti amministrativi, e lo stesso reclutamento di consiglieri di Stato, in prevalenza giudici, presso i ministeri in qualità di capi di gabinetto, capi ufficio legislativo e consiglieri giuridici, sembra riflettere la necessità del governo di anticipare le decisioni del Consiglio in sede giurisdizionale, e non solo o prevalentemente quella di rispondere a una domanda di conoscenza e consulenza tecnico-normativa.

L'instabilità governativa, le spinte centrifughe dei singoli ministri che sconfinavano spesso nell'arbitrio spinsero Crispi ad attribuire al Consiglio di Stato una funzione giurisdizionale, armando dei poteri propri di un giudice quella consultiva. Da allora, se si esclude il periodo fascista, il suo peso all'interno del sistema politico si è, se possibile, accresciuto. Non sembra azzardato ipotizzare che i problemi per risolvere i quali tale organo aveva assunto sul finire dell'Ottocento la forma ambigua di giudice e consulente sono sopravvissuti ai mutamenti di regime e non hanno trovato fino ai giorni nostri altra soluzione istituzionale.

L'inserimento in Costituzione dell'organo e delle sue funzioni rendevano e rendono molto difficile e, sostanzialmente, ben oltre le prerogative di una semplice maggioranza governativa modificare le funzioni del Consiglio di Stato o, addirittura, abolirlo. Resta da chiedersi se nel corso degli anni di vita della Repubblica i governi non abbiano cercato talvolta di eludere il controllo di legalità preventivo o di indebolire in qualche modo quello giurisdizionale. Forse la domanda che andrebbe posta è però un'altra. Era ed è nell'interesse degli attori governativi farlo e, se sì, quando? Una prima risposta a questo interrogativo rappresenta il cuore del prossimo capitolo.

## CAPITOLO 4

# QUANDO E PERCHÉ IL GOVERNO CONCEDE AL CONSIGLIO DI STATO IL POTERE DI RITARDARE

### 4.1 Il controllo *ex ante*

Come sappiamo, il Consiglio di Stato in veste di consulente del governo esercita un controllo *ex ante* obbligatorio su importanti categorie di atti: i regolamenti governativi e ministeriali e i testi unici. Attraverso tale controllo, il Consiglio accerta che gli atti del governo siano coerenti con le leggi primarie e con le procedure amministrative. Come corte, il Consiglio di Stato si pronuncia, in appello, sulla legittimità degli stessi atti del governo e dei relativi provvedimenti applicativi oltre ad altre disposizioni di rango inferiore della pubblica amministrazione. La doppia funzione di organo consultivo e di corte<sup>1</sup> distingue profondamente la consulenza legale del Consiglio da altri servizi giuridici interni ai ministeri. Il forte legame fra i due ordini di attività, la consulenza e il giudizio, può essere solo presupposto, sebbene confermato indirettamente da dichiarazioni di eminenti consiglieri, ma non può purtroppo essere verificato empiricamente. Ci aspettiamo che la censura del Consiglio di Stato quando agisce come giudice sia più frequente per quegli atti amministrativi che il governo ha deciso di sottrarre al parere preventivo del Consiglio e/o quando, pur essendo stato espresso, tale parere viene disatteso dal governo. Per dimostrarlo dovremmo tuttavia disporre di un archivio di atti amministrativi del governo sufficientemente ampio ed esteso nel tempo e dal quale sia possibile ricavare non solo l'informazione sul parere fornito dal Consiglio di Stato ma anche, quando fornito, sulla versione definitiva

---

<sup>1</sup> Il Consiglio di Stato è organizzato in tre sezioni consultive e quattro sezioni giurisdizionali. La sezione consultiva per gli atti normativi del governo fornisce pareri obbligatori e non vincolanti sulla legislazione secondaria. I consiglieri (poco più di un centinaio) ruotano fra le sezioni consultive e giurisdizionali nel corso della loro carriera. L'istituto può pertanto essere considerato come un corpo omogeneo.

dell'atto promulgato dal governo per verificarne la congruenza con il suddetto parere. E una volta costruito tale archivio dovremmo poterlo incrociare con quello delle sentenze della giustizia amministrativa, quest'ultimo normalmente organizzato sulla base di criteri diversi dal primo e con finalità che mal si conciliano con le esigenze della ricerca empirica.

Di certo la peculiare configurazione del Consiglio, che appartiene sia all'esecutivo sia al giudiziario, non è estranea alla prassi dei governi italiani di cooptare membri del Consiglio di Stato in posizioni amministrative chiave all'interno dei gabinetti ministeriali, come capi di gabinetto, capi ufficio legislativo e consiglieri giuridici (Righettini 1998; Ponti 2001). Questo ha reso i membri del Consiglio di Stato un'influente, ma anche assai criticata, élite. Alcuni commentatori hanno accusato ripetutamente i membri del Consiglio di essere una «casta», di trarre vantaggio dalla propria posizione, accumulando cariche pubbliche e alti stipendi (Fittipaldi 2009; Rizzo e Stella 2010; Mania e Panara 2014; Rizzo 2022) e, come abbiamo già riportato, il doppio ruolo di controllore *ex ante* e di giudice *ex post* sullo stesso tipo di norme e il potenziale conflitto di interessi che ne deriva non sono certo caratteristiche passate inosservate (Ainis 2009; Bin 2013; Scalfari 2015).

Il report del governo del Presidente del Consiglio Mario Monti (2013) già citato descrive la funzione consultiva del Consiglio di Stato come una delle «cause esterne» al governo del ritardo con cui sono implementate le leggi in Italia<sup>2</sup>. I regolamenti sottoposti allo scrutinio preventivo del Consiglio di Stato possono richiedere sino a tre o anche quattro volte il tempo necessario ad adottare tipologie di atti equivalenti. Eppure, come ci accingiamo a mostrare, i governi italiani fanno spesso affidamento sul parere del Consiglio di Stato nella stesura della legislazione secondaria. La proliferazione di incarichi di consiglieri di Stato presso i ministeri, il ritardo nell'implementazione delle leggi e il ruolo di consulente «armato» del Consiglio di Stato non sono fenomeni indipendenti fra loro e, soprattutto, non sono avulsi dalle dinamiche politiche interne all'esecutivo.

## 4.2 L'interazione strategica fra governo e Consiglio di Stato

Il governo in Italia può realizzare la prima fase dell'implementazione delle leggi e dei decreti legislativi che richiedano atti applicativi emanando regolamenti e

---

<sup>2</sup> L'effetto dilazionatorio del parere del Consiglio di Stato è menzionato in: Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ufficio per il programma di Governo, *Il monitoraggio dei provvedimenti di attuazione delle leggi approvate durante il Governo Monti*, febbraio 2013, p. 10: [http://presidenza.governo.it/ufficio\\_statistica/documenti/rapporto\\_amministrativo.pdf](http://presidenza.governo.it/ufficio_statistica/documenti/rapporto_amministrativo.pdf)

**Tabella 4.1 Timing per l'adozione dei regolamenti e degli AAG, per settore di policy. Mediana del numero dei giorni che separano la data di approvazione della legge e la data di adozione dei decreti amministrativi**

Settori di policy	Regolamenti		AAG		Regolamenti + AAG, per settore di policy Numero totale di atti (N)	Numero medio di consiglieri, per governo, per settore di policy
	Numero di giorni	(N)	Numero di giorni	(N)		
Economia	692	448	268,5	132	580	3.70
Istruzione	701,5	178	259	52	230	1.4
Difesa	979	97	830	5	102	0.48
Interno	857,5	200	312	22	194	0.28
Giustizia	822	125	503	15	140	0.14
Numero Totale di atti (N)	/	1048	/	226	1274	/

*Dati:* imputazione manuale dei dati, tratti da informazioni disponibili nel database giuridico Leggi d'Italia (1988-2019). Tipi di atto: D.M., D.P.R., D.P.C.M., atti derivanti da leggi precedenti al 1988 escluse. Numero totale di osservazioni: 1.274; imputazione manuale dei dati, tratti dalla rivista *Consiglio di Stato: rassegna di giurisprudenza e dottrina*, da Righettini (1998) e dal sito istituzionale del Consiglio di Stato ([www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

Atti Amministrativi Generali (AAG). Entrambi, AAG e regolamenti, si rivolgono a destinatari plurimi, non identificabili a priori, ma, a differenza dei regolamenti, gli AAG non richiedono il controllo obbligatorio *ex ante* del Consiglio di Stato per essere adottati. Cionondimeno, gli AAG hanno effetti generali<sup>3</sup> e i governi possono di fatto usarli in alternativa ai regolamenti.

Il processo di adozione degli AAG è molto più rapido. La Tabella 4.1 mostra il valore mediano del numero di giorni che separano la data di adozione delle leggi e la data di adozione degli atti amministrativi in cinque settori di *policy*<sup>4</sup> dal 1988 al 2019: economia, istruzione (include università e ricerca), interno, giustizia e difesa, in base ai diversi tipi di atto (regolamenti e AAG).

In quasi tutti i settori di *policy*, l'adozione di un atto senza l'intervento del Consiglio di Stato è molto più veloce. Nei settori economia, interno e istruzione, i regolamenti richiedono fra 2,5 e 3 volte il numero di giorni necessari

<sup>3</sup> Questi atti differiscono dai provvedimenti amministrativi, rivolti a soggetti specifici, dalle circolari, che si limitano a interpretare e non implementano la legislazione, e dai decreti direttoriali, atti di carattere esclusivamente amministrativo, adottati dai direttori generali dei ministeri.

<sup>4</sup> Selezionati per rilevanza e per il fatto di non essere stati coinvolti dalla riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, che ha modificato il riparto delle competenze fra Stato e Regioni in materia di potestà regolamentare.

per gli AAG per essere emanati. Tale differenza temporale è meno marcata nel settore della difesa, in cui l'implementazione di entrambi i tipi di atti richiede più tempo. Nei settori di *policy* in cui la promulgazione degli AAG richiede meno tempo, i consiglieri di Stato reclutati in posizioni amministrative chiave all'interno dei gabinetti ministeriali sono più numerosi: in media ci sono quasi quattro consiglieri nel Ministero dell'Economia e quasi uno e mezzo nel Ministero dell'Istruzione.

Questi dati lasciano di primo acchito sconcertati. Perché i governi, in Italia, hanno così spesso fatto ricorso ad atti, i regolamenti, che richiedono il parere obbligatorio del Consiglio di Stato e che impiegano così tanto tempo in più per essere adottati? Il reclutamento individuale dei consiglieri di Stato come consulenti nei ministeri rappresenta uno strumento alternativo allo scrutinio della sezione consultiva per gli atti normativi? Per rispondere a queste domande, in linea con le teorie illustrate nel Capitolo 2, analizzeremo il rapporto fra governo e Consiglio di Stato come un'interazione strategica che coinvolge anche gli attori politici membri del governo.

In Italia, nei testi delle leggi sono solitamente inclusi i rimandi agli specifici tipi di atti amministrativi con cui la legge sarà implementata. Gli attori governativi, come *veto players* (Tsebelis 2002), devono accordarsi per approvare le leggi. Quando decidono quali strumenti normativi usare per implementarle, possono scegliere fra atti che non richiedono il controllo *ex ante* del Consiglio di Stato (AAG) e atti che, al contrario, lo richiedono (regolamenti). Pertanto, la prima mossa spetta agli attori politici governativi, che devono trovare un accordo durante il processo legislativo. Se decidono di non introdurre il termine «regolamento» nel testo finale della legge, allora non incorrono neppure nell'obbligo di richiedere al Consiglio di Stato un parere non vincolante. Il Consiglio di Stato può intervenire solo come Corte d'Appello, qualora abbia avuto luogo un contenzioso sull'atto amministrativo adottato. Nel caso in cui lo strumento normativo prescelto sia un regolamento, o nel caso in cui il governo abbia comunque deciso di sottoporre un atto al Consiglio, allora il Consiglio di Stato deve obbligatoriamente mandare al governo un parere non vincolante, che può essere positivo, negativo o (più spesso) interlocutorio. I pareri positivi implicano che il Consiglio di Stato sostanzialmente concordi sul contenuto della bozza, ritenendola coerente con le disposizioni legislative. Al contrario, i pareri interlocutori includono commenti e richieste di revisione. Il governo, in genere il ministro responsabile per l'adozione del regolamento, può decidere se adeguarsi pienamente al parere del Consiglio, se adeguarsi parzialmente, oppure se ignorarlo. Una volta che l'atto è definitivamente promulgato, allora il Consiglio di Stato può pronunciarsi come Corte d'Appello, qualora vi sia un contenzioso sul regolamento e i suoi



atti applicativi. Il Consiglio come corte può dichiarare i regolamenti, così come gli AAG, pienamente legittimi, parzialmente legittimi, oppure nulli. In teoria è sempre possibile per gli attori governativi replicare a una decisione negativa del Consiglio con una nuova legge che incorpora i dettagli presenti nell'atto amministrativo. In questo senso, il Consiglio di Stato ha l'ultima mossa solo se la sua decisione produce un esito che non può essere a sua volta modificato dagli attori governativi attraverso una nuova legge, più dettagliata<sup>5</sup>.

### 4.3 Una Corte «conservatrice»

Come abbiamo già osservato in precedenza, molti commentatori descrivono il Consiglio di Stato come un'istituzione auto-interessata, che punta a massimizzare il proprio ruolo e le prerogative dei suoi membri. Noi sosteniamo che, nel perseguire tale obiettivo, il Consiglio di Stato agisce come uno speciale caso di corte *policy conserver*.

Come abbiamo illustrato più sopra, le teorie strategiche sul comportamento giudiziario hanno identificato due possibili classi di preferenze dei giudici. Secondo Ferejohn e Weingast (1992), le corti possono non avere preferenze di *policy* specifiche. Esse possono agire cioè come «politically sophisticated honest agents», ovvero come attori strategici «onesti», che mirano a fornire interpretazioni il più possibile coerenti con gli intenti della legislazione originaria. Steunenberg (1997) definisce questo tipo di corte «conserver court», una corte che preferisce implementare la legislazione originaria, contrapponendola alla «constrained policy advocate court» che, al contrario, cerca di imporre le proprie preferenze di *policy*. In entrambi i casi, le corti si comportano in modo strategico e tendono a preferire decisioni che i legislatori non sono in grado di contrastare con una nuova legge. Più facile è per i legislatori rilegiferare al fine di mutare il contenuto della sentenza di una corte, più difficile sarà per la medesima corte ottenere l'opzione di *policy* preferita (il suo punto ideale) come esito. Pertanto, anche nel caso di una corte *policy conserver*, l'obiettivo del mantenimento della normativa originaria (o dell'intento originario del legislatore) viene limitato dalla configurazione della maggioranza legislativa corrente.

Il Consiglio di Stato italiano agisce nella duplice veste di consigliere e di giu-

---

<sup>5</sup> Nei sistemi parlamentari, la configurazione delle maggioranze legislative e, quindi, dei governi influenza la capacità delle corti di avere l'ultima parola. Gli instabili e deboli governi italiani danno spesso al Consiglio di Stato la capacità *de facto* di muovere per ultimo, con ampi margini di manovra.



dice e, come abbiamo già ricordato, la funzione giudicante è considerata dagli stessi consiglieri fonte di ispirazione per quella consultiva. I pareri possono essere interpretati molto spesso come una sorta di segnale che anticipa le possibili sentenze. Ipotesi sulle preferenze del Consiglio come giudice aiutano pertanto a capire il ruolo che il Consiglio gioca anche come consigliere. Le tipologie proposte dalla letteratura prendono in considerazione per lo più casi di corti le cui interpretazioni possono stabilire *de facto* nuove leggi o modificare leggi esistenti (fra i molti contributi si segnalano: Brouard 2009; Brouard and Hönnige 2017; Santoni e Zucchini 2004, 2006; Volcansek 2000; Stone Sweet 2000, 2002). Le sentenze del Consiglio di Stato italiano possono modificare o abolire la legislazione secondaria ovvero atti amministrativi e non leggi. Noi sosteniamo che i consiglieri di Stato, perseguendo le proprie preferenze, tendono a seguire una giurisprudenza fondata sulla logica del precedente e a preservare lo *status quo* prodotto dagli atti amministrativi esistenti. Non è da escludere che preferenze politiche (di *policy*) sostanziali possano talora influenzare fortemente il comportamento del Consiglio. Tuttavia, anche in questo caso, le preferenze dei consiglieri tendono a essere contro il cambiamento. Argomenti a supporto di questa tesi si basano sulle regole di composizione dell'istituzione, sulla scarsa politicizzazione dei giudici, sul basso livello di turnover degli stessi e sul fatto che, in alcune aree di *policy*, il mantenimento dello *status quo* coincide con la difesa di competenze e prerogative del Consiglio di Stato stesso.

*Reclutamento non-partisan e basso livello di politicizzazione.* Come sappiamo, solo il 25 per cento dei membri del Consiglio di Stato è nominato dal governo. L'ampia maggioranza dei consiglieri viene reclutata per anzianità di servizio e attraverso concorsi.

A differenza di quanto avviene nella magistratura ordinaria, l'associazione nazionale dei magistrati amministrativi non è organizzata in fazioni *partisan*<sup>6</sup>. I membri del Consiglio di Stato che hanno svolto incarichi extragiudiziari non presentano affiliazioni politiche di lungo termine. Durante la Seconda Repubblica (1994-2019), l'88 per cento dei giudici che ha svolto incarichi extragiudiziari in più di un governo nello stesso settore di *policy* è stato reclutato sia da governi di centrosinistra sia di centrodestra<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> I giudici della magistratura ordinaria sono organizzati in un'associazione nazionale le cui fazioni riflettono il tradizionale conflitto destra-sinistra nella società (Guarnieri 1992). Tale associazione svolge un ruolo rilevante nel Consiglio superiore della magistratura e nell'attività giudiziaria (Ceron e Mainenti 2015).

<sup>7</sup> Dati sugli incarichi extragiudiziari in quattro settori di *policy*: economia, istruzione, giustizia, in-

*Basso livello di turnover.* Il turnover dei giudici è particolarmente contenuto: il 94 per cento dei presidenti di sezione nel 1998 ha ricoperto lo stesso incarico per almeno dieci anni e il 90 per cento dei presidenti di sezione nel 2015 era già nella stessa posizione nel 2004<sup>8</sup>. È pertanto ragionevole ritenere che i consiglieri preferiscano i regolamenti che loro stessi hanno approvato, così come dovrebbero preferire una giurisprudenza che loro stessi hanno creato.

*Uno status quo auto-interessato.* Il Consiglio di Stato tende a opporsi al *policy change* se quest'ultimo ne riduce le prerogative. Per esempio, il Consiglio di Stato e il T.A.R. del Lazio si sono opposti, con precise sentenze e ordinanze, alla cruciale riforma della pubblica amministrazione che, nel 1993, ha privatizzato il rapporto di lavoro nel pubblico impiego (Consiglio di Stato, Assemblea Generale, parere n. 146, 31 agosto 1992; T.A.R. Lazio, ordinanza n. 1171, sez. III-bis, 5 giugno 1996; T.A.R. Lazio, ordinanza n. 119, sez. I, 5 luglio 1995). La riforma aveva devoluto la competenza sulle dispute in quasi tutti i rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni ai giudici ordinari, sottraendola ai giudici amministrativi. Inoltre, in alcuni settori di *policy*, i membri del Consiglio di Stato hanno specifici interessi che li spingono a opporsi al cambiamento<sup>9</sup>.

L'assunto che il Consiglio di Stato sia una corte *policy conserver* ha ovviamente importanti implicazioni nella spiegazione dei ritardi che si osservano durante il controllo di legalità *ex ante*, quando il Consiglio è tenuto a dare un parere obbligatorio sui regolamenti. È plausibile che quanto maggiore è la disapprovazione del Consiglio riguardo al cambiamento che il governo intende introdurre attraverso un regolamento, tanto maggiore sarà il ritardo con cui licenzierà il proprio parere. Ciononostante, gli attori governativi ricorrono di frequente ad atti che richiedono il parere obbligatorio del Consiglio di Stato, anziché utilizzare procedure alternative che non lo prevedono. Perché mai il governo si assume il rischio di posporre così a lungo l'implementazione della legge?

Due sono a nostro avviso le possibili spiegazioni, non necessariamente in contrasto l'una con l'altra. Una prima ragione risiede nel ruolo che una corte *policy*

---

terno, difesa, tratti dalla rivista *Consiglio di Stato: rassegna di giurisprudenza e dottrina*, da Righettini (1998) e dal sito istituzionale della giustizia amministrativa ([www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

<sup>8</sup> Dati tratti da: *Consiglio di Stato: rassegna di giurisprudenza e dottrina*; sito istituzionale della giustizia amministrativa; documento ufficiale *Ruolo di anzianità del personale del Consiglio di Stato e dei tribunali amministrativi regionali* (2007) dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato.

<sup>9</sup> Un esempio eclatante è quello di un consigliere di Stato che si appellò allo stesso Consiglio, invocando l'annullamento di un decreto ministeriale (decreto 6 giugno 2002) che, introducendo nuovi criteri per la nomina dei componenti delle commissioni tributarie, finiva per penalizzare la sua posizione di commissario tributario regionale.

*conserver* gioca contro il già ripetutamente citato rischio di *ministerial drift*, in particolare quando un governo è eterogeneo e il cambiamento promosso attraverso la legislazione è tutto sommato marginale. Il rischio, in altre parole, che nella fase di implementazione venga tradito l'accordo originario fra le forze politiche che sostengono il governo a favore del partito del ministro o del solo ministro. La seconda ragione ha a che fare con il vantaggio di avere un'informazione esaustiva sulle preferenze del Consiglio di Stato prima che questo le manifesti in una sentenza.

#### **4.4 Le condizioni politiche alla base dell'attivazione del Consiglio di Stato come consigliere**

Quando il Consiglio dà pareri sui regolamenti, verifica l'accuratezza tecnico-giuridica dell'atto, la sua coerenza con la legislazione complessiva, la competenza del ministro o del governo a regolare la *issue*, il fatto se l'atto sia stato effettivamente sottoscritto da tutte le parti coinvolte. L'intero processo richiede tempo e, ritardando l'adozione dei regolamenti, prolunga il perdurare dello *status quo*. Inoltre, le interpretazioni del Consiglio che tendono a essere in favore dello *status quo*, riducono il potere discrezionale degli attori governativi più favorevoli al mutamento. Il controllo *ex ante* del Consiglio di Stato può essere più o meno utile agli attori governativi a seconda delle circostanze politiche che rendono una potenziale deriva ministeriale più o meno sgradita. Il Consiglio di Stato può fungere da meccanismo di controllo esterno al governo contro il comportamento opportunistico dei singoli ministri (e partiti) nel processo di approvazione degli atti amministrativi. Esiste anche una via legislativa, apparentemente alternativa ma di fatto concomitante al controllo del Consiglio di Stato, che può limitare i rischi di deriva ministeriale, contrastare gli effetti dell'instabilità governativa sull'implementazione delle politiche e che si fonda su una sostanziale sfiducia del legislatore nella capacità e volontà dell'amministrazione di implementare il dispositivo legislativo. È quella delle cosiddette leggi auto-applicative, fenomeno frequente nel caso italiano ma che qui non indaghiamo. Leggi, queste ultime, contenitori di provvedimenti minuziosi e «amministrativi», che dovrebbero lasciare all'amministrazione, pochi margini di discrezionalità e poca materia del contendere al giudice amministrativo. In realtà, il proliferare di leggi al posto di atti amministrativi, ovvero il proliferare e sovrapporsi di norme di eguale rango, finisce per creare incertezza nell'azione amministrativa e può ampliare gli spazi di interpretazione e regolazione del giudice amministrativo.

*Eterogeneità governativa.* Le forze politiche e, in generale, gli interessi che non ottengono grandi «miglioramenti» dai cambiamenti introdotti dalla legge (o che sono persino marginalmente danneggiati da essi) possono preferire lunghi ritardi nell'implementazione della legge a un risultato peggiore per loro del precedente *status quo*. Tali forze politiche, quando i governi sono alquanto eterogenei, possono auspicare il coinvolgimento di una corte «conservatrice» nel processo di formulazione della *policy* per impedire consistenti deviazioni nei testi degli atti amministrativi da parte degli altri partner della coalizione. In tali circostanze, infatti, il parere del Consiglio di Stato segnala alle forze politiche più conservatrici potenziali scostamenti nella redazione degli atti di legislazione secondaria, prevenendo cambiamenti di *policy* controversi.

*Alternanza governativa.* Al contrario, l'alternanza politica (Tsebelis 2002; Zucchini 2011) dovrebbe rendere il controllo di legalità *ex ante* del Consiglio sui regolamenti decisamente meno desiderabile. In un sistema politico in cui ha avuto luogo una consistente alternanza, gli attori politici al governo ereditano uno *status quo* sgradito, molto distante dalle preferenze di tutti i componenti del governo. In tali circostanze, non solo il *policy change* è possibile, ma è anche ampio. Quando tutte le forze politiche al governo sono a favore di un ampio *policy change*, non c'è ragione di ritardare l'implementazione attivando una procedura di controllo di legalità ridondante sugli atti amministrativi. Inoltre, potenziali richieste di modifica del Consiglio di Stato in favore del vecchio *status quo* sarebbero al di fuori dell'insieme delle interpretazioni politicamente sostenibili. In tali circostanze, nessun partito al governo incoraggerebbe l'attivazione di un controllo di legalità *ex ante* in grado di esporre gli atti amministrativi all'influenza di una giurisprudenza conservatrice. Va inoltre aggiunto che tutte le forze governative si accorderebbero per modificare potenziali decisioni a favore dello *status quo* assunte dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale. Il giudizio di illegittimità sugli atti amministrativi verrebbe presto sconfessato con una nuova legge capace di dare agli atti amministrativi piena legittimità, annullando di fatto l'azione del Consiglio di Stato<sup>10</sup>.

Il ruolo dell'eterogeneità e quello dell'alternanza di governo possono essere ulteriormente chiariti da una rappresentazione dell'interazione strategica fra

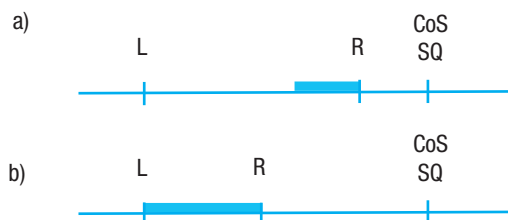
---

<sup>10</sup> L'interazione strategica presuppone la possibilità di risposte legislative alle decisioni delle corti. Se una decisione del Consiglio come corte muove lo *status quo* al di fuori del set delle interpretazioni politicamente sostenibili, il governo può adottare una nuova legge *ad hoc*, allo scopo di rendere i regolamenti considerati illegittimi non più suscettibili di censure da parte della corte. Page (2010, 1026) riferisce della strategia del governo francese di introdurre nuove leggi per non sottostare alle richieste di modifica del Consiglio di Stato alle bozze di regolamento.

attori governativi e Consiglio di Stato in uno spazio politico unidimensionale. Si immagini un governo con ai due estremi, su un *continuum* sinistra-destra, i partiti L e R.

Nella Figura 4.1a, lo *status quo* si trova nel punto SQ. Poiché si presume che il Consiglio di Stato sia *policy conserver*, il suo punto ideale è supposto coincidere con lo *status quo* SQ. Lo *status quo* può essere modificato da una legge, perché per entrambi i partiti L e R ci sono politiche migliori di SQ (vedi segmento in neretto). Tuttavia, dopo l'approvazione della legge, se L è il partito del ministro responsabile della legislazione secondaria che implementa la legge, allora per R il risultato finale potrebbe essere peggiore di SQ. L può promulgare atti che spostano il risultato finale vicino al suo punto ideale e lontano da quello di R. Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale potrebbe alterare gli atti amministrativi di L e spostare l'attuazione della politica fino al punto ideale di R, il miglior risultato che il Consiglio di Stato può ottenere senza scatenare una reazione legislativa da parte dei partiti che sostengono il governo. Tuttavia, perché questo accada occorre che un contenzioso sia incardinato di fronte al Consiglio (o quanto meno di fronte al tribunale amministrativo regionale). Nel frattempo, la legislazione secondaria potrebbe avere prodotto effetti sul mondo reale. Se messo in condizione di farlo dal tipo di atto amministrativo prescelto al momento dell'approvazione della legge o successivamente, il Consiglio può impedire immediatamente, ritardandolo, il mutamento promosso da L e una volta trasmesso il suo parere al governo può segnalare una deriva ministeriale. Il ruolo di consulente e filtro dilatorio del Consiglio ha un'utilità per R che cambia a seconda della distanza che separa R dallo *status quo* iniziale SQ e dall'alleato nel governo L. *Coeteris paribus*, l'utilità è maggiore quando il governo è eterogeneo, ovvero quando R è distante da L, e la legge induce un cambiamento molto marginale, ovvero quando il miglioramento per R provocato da un mutamento dello *status quo* è piccolo; al contrario, questa utilità può dissolversi quando il governo è particolarmente compatto e/o lo *status quo* distante. In questo caso la conservazione temporanea dello *status quo* per R è meno conveniente (o più costosa) di un mutamento che corrisponda al punto ideale di L.

Nella Figura 4.1b lo *status quo* iniziale SQ è molto lontano da R e R e L sono abbastanza vicini. In altre parole, la possibile modifica legislativa è ampia e il governo è omogeneo. In questo scenario, anche se L fosse in grado di far coincidere attraverso la legislazione secondaria la politica con il suo punto ideale, un tale esito sarebbe migliore per R che preservare temporaneamente SQ. Pertanto, in questo scenario R non ha motivo per chiedere di assegnare al Consiglio un controllo *ex ante* obbligatorio che comporterebbe ritardare il cambiamento di SQ.

**Figura 4.1 Attivazione del Consiglio di Stato come «guardiano dilatorio»**

#### 4.4.1 Ipotesi di ricerca

In accordo con gli argomenti appena illustrati, possiamo formulare le seguenti ipotesi:

1. l'eterogeneità governativa ha un effetto positivo sull'attivazione del Consiglio di Stato (misurata in termini di probabilità che sia adottato un regolamento) come controllore *ex ante*;
2. l'alternanza governativa ha un effetto negativo sull'attivazione del Consiglio di Stato come controllore *ex ante*.

In aggiunta alle ipotesi 1 e 2, si possono formulare ulteriori previsioni riguardanti l'effetto del reclutamento dei consiglieri di Stato nei gabinetti ministeriali. Gli attori governativi possono reclutare i consiglieri di Stato negli uffici di diretta collaborazione coi ministri in qualità di capi di gabinetto, capi ufficio legislativo, consiglieri giuridici per il *valore informativo* della loro expertise in qualità di giudici. Infatti, non solo i consiglieri di Stato sono esperti giuristi; la maggior parte di loro ha ricoperto il ruolo di giudice nella propria carriera. I consiglieri reclutati direttamente nei ministeri possono segnalare ai politici l'orientamento del Consiglio di Stato nel ruolo di corte. Gli attori governativi potrebbero usare questa fonte di informazione per sostituire il parere della sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, divenendo meno inclini a richiederne il parere.

3. Il reclutamento di consiglieri di Stato in posizioni chiave nei gabinetti ministeriali ha un effetto negativo sull'attivazione del Consiglio di Stato (misurata in termini di probabilità che sia adottato un regolamento) come controllore *ex ante*.

Gli attori governativi potrebbero tuttavia reclutare i consiglieri al vertice dei gabinetti ministeriali anche per segnalare la loro vicinanza al Consiglio. Avendo uno staff di consiglieri di Stato, i ministri potrebbero essere più fiduciosi che le loro proposte trovino l'approvazione della sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio, divenendo perciò più inclini ad attivare il Consiglio di Stato come controllore *ex ante*. Questo porta a formulare la seguente ipotesi alternativa circa l'effetto del reclutamento dei consiglieri di Stato nei gabinetti ministeriali:

4. il reclutamento dei consiglieri di Stato in posizioni chiave nei gabinetti ministeriali ha un effetto positivo sull'attivazione del Consiglio di Stato (misurata in termini di probabilità che sia adottato un regolamento) come controllore *ex ante*.

Infine, è possibile che il governo durante il quale è stata approvata la legge non abbia promulgato gli atti amministrativi necessari a implementarla. Si può presumere che la maggiore o minore somiglianza ideologica di un governo influenzi sia la scelta di quest'ultimo di dare o meno seguito all'attuazione della normativa voluta dal governo precedente, sia del tipo di atto, quando questa non è già stata predeterminata nel testo della legge. Un governo in carica molto diverso in termini di preferenze di *policy* da quello durante il quale è stata approvata la legge si affiderà con maggiore probabilità al giudizio del Consiglio di Stato *policy conserver*, sia per scarsa conoscenza delle implicazioni di norme che non ha proposto né promosso sia per limitarne gli effetti. Pertanto:

5. maggiore è l'alterità in termini di preferenze di *policy* fra il governo che ha adottato il dispositivo legislativo e quello responsabile dell'implementazione amministrativa, maggiore sarà l'attivazione da parte di quest'ultimo del Consiglio di Stato come controllore *ex ante*.

#### 4.5 Dati e variabili

Per testare le ipotesi enunciate, sono stati raccolti dati originali fra il 1988 e il 2019 sui regolamenti e gli AAG adottati su iniziativa di cinque ministeri: economia, difesa, interno, giustizia e istruzione. Tali ministeri sono stati selezionati poiché si occupano di materie non interessate dal nuovo riparto della potestà regolamentare introdotto dalla riforma del Titolo V della Costituzione nel 2001. I dati sono stati raccolti dal 1988 perché, a partire da quella data, la legge 23 ago-



sto 1988 n. 400 sull'organizzazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri ha reso obbligatorio il controllo di legalità *ex ante* del Consiglio di Stato su tutti i tipi di regolamento. Tutti i tipi di regolamento sono quindi stati inclusi: decreti ministeriali (D.M.), decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (D.P.C.M.), decreti del Presidente della Repubblica (D.P.R.). I dati sono stati raccolti attraverso il database giuridico *Leggi d'Italia*. Gli AAG usati come sostituti dei regolamenti sono stati identificati grazie alla dicitura «decreti non regolamentari», presente nella legge da cui essi discendono. Qualora la legge non specifichi la natura, regolamentare o meno, dell'atto amministrativo, sono state seguite le indicazioni fornite dagli studiosi di diritto pubblico e amministrativo per classificare questi tipi di atti<sup>11</sup>.

La variabile dipendente, *Consiglio di Stato*, è una variabile *dummy*, che assume valore 1 quando il governo (o i ministri) adottano un regolamento e 0 quando il governo (o i ministri) adottano un AAG. Nel primo caso, il decreto dev'essere sottoposto al Consiglio di Stato per il controllo di legittimità *ex ante*.

Le principali variabili indipendenti – eterogeneità governativa, alternanza e alterità (vedi sotto) – sono operazionalizzate in due modi alternativi. Nel primo, si utilizzano informazioni sulla collocazione dei partiti governativi nello spazio politico (misure spaziali), nel secondo si tiene conto solo della presenza di esponenti dei diversi partiti nel Consiglio dei Ministri (misure di *party membership*).

#### 4.5.1 Misure spaziali

Per collocare i partiti nello spazio politico, ci siamo basati sui punteggi ricavati da *expert surveys* condotte da Laver e Hunt (1992), Benoit e Laver (2006), Curiñi e Iacus (2008), Di Virgilio *et al.* (2015).

Con riferimento all'*eterogeneità governativa*, abbiamo considerato due misur alternative:

- la differenza in valore assoluto fra i punteggi dei due partiti al governo più estremi sulla dimensione «aumento dei servizi *versus* riduzione delle tasse». Tale dimensione è la più rilevante fra quelle considerate nelle *expert surveys* in tutto il periodo preso in considerazione (1988-2019);
- la media delle differenze in valore assoluto (Tsebelis e Chang 2004) fra i punteggi dei due partiti al governo più estremi su ciascuna delle seguenti quattro dimensioni di *policy*: «aumento dei servizi *versus* riduzione delle tasse»,

<sup>11</sup> In particolare, Moscarini (2008) fornisce una sorta di *vademecum* per identificare gli AAG utilizzati in luogo dei regolamenti.



«maggiore o minore estensione dei diritti civili», «aumento *versus* diminuzione del decentramento delle decisioni», «politiche che privilegiano la difesa dell'ambiente *versus* politiche che privilegiano la crescita economica». Entrambe le misure sono uguali a zero nei casi dei governi tecnici Dini e Monti, composti interamente da ministri non afferenti a partiti.

L'*alternanza governativa* è stata calcolata come la distanza nello spazio politico fra il governo in carica e il governo precedente. Anche in questo caso abbiamo considerato due misure alternative, entrambe basate sulle stesse *expert surveys* usate per il calcolo dell'eterogeneità governativa:

- abbiamo calcolato la distanza come differenza in valore assoluto fra il *mid-range* di due governi in successione sulla dimensione «aumento dei servizi *versus* riduzione delle tasse» (*alternanza destra-sinistra*);
- abbiamo considerato i *midrange* di due governi in successione su tutte e quattro le dimensioni di *policy* («aumento dei servizi *versus* riduzione delle tasse», «maggiore o minore estensione dei diritti civili», «aumento *versus* diminuzione del decentramento delle decisioni», «politiche che privilegiano la difesa dell'ambiente *versus* politiche che privilegiano la crescita economica»), quindi abbiamo calcolato la distanza multidimensionale complessiva (*alternanza multidimensionale*) fra due governi in successione applicando il teorema di Pitagora<sup>12</sup> (Tsebelis e Chang 2004).

La variabile *alterità* cattura le differenze fra il governo che ha approvato la legge primaria e il governo che ha adottato l'atto amministrativo. È calcolata in modo simile all'*alternanza* ma mentre l'*alternanza* cattura la differenza fra governi in successione, la misura di *alterità* governativa può riguardare governi anche molto distanti nel tempo. La differenza fra la posizione del *midrange* del governo che ha approvato la legge e governo che ha adottato il decreto è stata considerata sia solo per la dimensione «aumento dei servizi *versus* riduzione delle tasse» sia per ciascuna delle quattro dimensioni in modo analogo a quanto già fatto per la variabile *alternanza*. All'opposto di quanto accade per l'*alternanza*, l'aspettativa è in questo caso che l'aumento di *alterità* induca a una maggiore attivazione del Consiglio di Stato.

<sup>12</sup> La distanza fra due governi su quattro dimensioni è calcolata come  $A_{1,2,3,4} = (A_1^2 + A_2^2 + A_3^2 + A_4^2)^{1/2}$ , dove  $A_{1,2,3,4}$  sono le *alternanze* fra due governi in successione su ciascuna dimensione.

#### 4.5.2 *Misure partitiche*

La misura non spaziale di *eterogeneità governativa* è data dal numero di partiti al governo. Nei due governi tecnici Dini e Monti questa variabile è uguale a 1, come se questi governi fossero formati solo dal partito del premier<sup>13</sup>.

La misura non spaziale di *alternanza governativa* è stata calcolata come il rapporto fra nuovi partiti al governo, cioè partiti al governo che non avevano già fatto parte del governo precedente, e numero totale di partiti al governo. Nel caso dei due governi tecnici, tale variabile è stata calcolata considerando i partiti che hanno sostenuto il governo nel corso della sua esistenza.

La versione non spaziale della variabile *alterità* è stata calcolata come il rapporto fra numero di partiti che erano sia nei governi che hanno adottato gli atti amministrativi sia in quelli che hanno approvato la legge, e numero di partiti nei governi che hanno approvato la legge. Essa è uguale a 1 quando i governi che hanno adottato le leggi e i governi che hanno promulgato gli atti amministrativi sono gli stessi o hanno la medesima composizione partitica. È uguale a 0 se nessun partito del governo che ha approvato la legge fa parte anche del governo che ha adottato l'atto amministrativo. Pertanto, ci aspettiamo che la versione non spaziale della variabile alterità influenzi negativamente la propensione ad attivare il Consiglio di Stato.

#### 4.5.3 *Capacità burocratica*

In accordo con le ipotesi 3 e 4, se il governo ha bisogno di anticipare le decisioni del Consiglio di Stato, possiamo supporre che un ministro sia più propenso a evitare il controllo *ex ante* del Consiglio quando può contare sulla diretta collaborazione di consiglieri reclutati nei gabinetti ministeriali (ipotesi 3). Oppure, seguendo l'ipotesi speculare, se il governo vuole segnalare la sua vicinanza al Consiglio di Stato, possiamo pensare che un ministro sia più propenso ad attivare il controllo *ex ante* del Consiglio, proprio quando può vantare la presenza di diversi consiglieri nelle file del suo ministero (ipotesi 4). Tuttavia, l'importanza dell'«investimento» nella diretta collaborazione dei consiglieri dipende dal numero totale di atti che ciascun ministero è solito produrre. Lo stesso numero di consiglieri può avere un impatto differente in ministeri molto diversi dal punto di vista della capacità di produrre atti amministrativi. Pertanto, la variabile *capacità burocratica* è stata creata come il rapporto fra il numero totale di consiglieri

---

<sup>13</sup> I Presidenti Dini e Monti hanno entrambi fondato, dopo l'esperienza di governo, nuovi partiti che hanno partecipato alle elezioni successive.

reclutati in ciascuna struttura ministeriale e il numero di atti adottati nella stessa struttura.

#### 4.5.4 Variabili di controllo

Alcuni fattori inosservati che influenzano la decisione di attivare il Consiglio di Stato possono dipendere dai diversi ministeri in cui sono elaborati gli atti. Gli atti, perciò, sono stati raggruppati in cinque ministeri (Economia, Difesa, Interno, Giustizia, Istruzione).

Abbiamo introdotto nell'analisi un'altra variabile di controllo, *modifica*, che fa riferimento alla relazione degli atti con altri atti precedenti. Un regolamento può generalmente essere modificato solo da un altro regolamento. Quando l'osservazione si riferisce a un regolamento che emenda un altro regolamento la variabile *dummy modifica* è uguale a 1.

**Tabella 4.2 Riepilogo delle variabili**

Variabili		N.	Media	Dev. St.	Min	Max
<i>Variabile dipendente</i>						
Consiglio di Stato		1453	0.83	0.375	0	1
<i>Variabili indipendenti</i>						
Eterogeneità governativa	Sx-dx <sup>14</sup>	1453	5.339	2.561	0	9.37
	Multidim.	1453	5.966	2.43	0	9.41
	Non Spaziale	1453	4.728	2.041	1	8
Alternanza governativa	Sx-dx	1453	3.239	3.055	0	8.13
	Multidim.	1453	6.025	5.569	0	14.66
	Non Spaziale	1453	0.452	0.410	0	1
Capacità burocratica		1453	0.086	0.161	0	4
<i>Variabili di controllo</i>						
Modifica		1453	0.163	0.370	0	1
Alterità	Sx-dx	1453	2.558	2.919	0	10.5
	Multidim.	1453	4.725	5.227	0	17.619
	Non Spaziale	1453	0.597	0.424	0	1
Standing		1453	0.565	0.495	0	1

<sup>14</sup> Con la dicitura Sx-dx (sinistra-destra) si fa riferimento alla variabile spaziale calcolata stimando le posizioni dei partiti sulla sola dimensione «aumento dei servizi *versus* riduzione delle tasse».

Un'ulteriore variabile di controllo, *standing*, rileva l'esperienza politica dei ministri. I ministri con una maggiore esperienza politica potrebbero avere meno bisogno di affidarsi alla consulenza del Consiglio, anche dato il maggiore *standing* che essi hanno nell'arena politica. La variabile *standing* è stata perciò codificata come una variabile *dummy* uguale a zero se il ministro che promulga l'atto non ha precedenti esperienze di governo e uguale a 1 se il ministro ha almeno una precedente esperienza di governo. Ci aspettiamo che la variabile abbia un effetto negativo sulla propensione ad attivare il Consiglio di Stato come controllore *ex ante*.

#### 4.6 Analisi empirica

Le ipotesi sono state testate attraverso tre modelli di regressione logistica (Tabella 4.3). Nel modello 1 (sinistra-destra) abbiamo usato le variabili spaziali che avevamo calcolato usando le posizioni dei partiti stimate solo sulla dimensione «aumento dei servizi *versus* riduzione delle tasse». Nel modello 2 abbiamo considerato le variabili spaziali multidimensionali e nel modello 3 le variabili non spaziali.

Le prime tre ipotesi sembrano essere confermate. In tutti i modelli, l'eterogeneità governativa e l'alternanza hanno un effetto significativo sulla propensione ad attivare il Consiglio di Stato nella direzione ipotizzata.

In particolare, nel modello con le misure non spaziali (3), ogni incremento di un partito nel numero totale di partiti al governo aumenta, *coeteris paribus*, la probabilità di sottoporre un regolamento al controllo *ex ante* del Consiglio di Stato di circa il 27 per cento. Al contrario, quando la misura non spaziale di alternanza passa da 0 a 1, ovvero sia quando la composizione del governo passa da nessun nuovo partito al governo a solo nuovi partiti al governo, la probabilità di attivare il controllo *ex ante* del Consiglio di Stato decresce del 58 per cento.

Similmente, nel modello 1, un aumento di un'unità nella variabile spaziale che cattura l'eterogeneità governativa accresce la probabilità che si attivi il controllo *ex ante* del Consiglio di Stato del 7 per cento. Nel modello 2, in cui le variabili spaziali sono calcolate usando le stime delle posizioni dei partiti su tutte le dimensioni, ciascun incremento di un'unità dell'eterogeneità governativa aumenta la probabilità di attivare il controllo *ex ante* del Consiglio del 9 per cento. Invece, per ciascun aumento di un'unità di alternanza, la probabilità di attivare il controllo *ex ante* del Consiglio di Stato decresce di circa il 6 per cento nel modello 1 e di circa il 3 per cento nel modello 2.

**Tabella 4.3** Determinanti della probabilità di adottare regolamenti. Modello logistico con *robust stand errors*

	Modello (1) Sinistra-destra	Modello (2) Multidimensionale	Modello (3) Non-spaziale
Eterogeneità Governativa	0.065** (0.029)	0.083*** (0.030)	0.239*** (0.040)
Alternanza	-0.0546* (0.029)	-0.032** (0.016)	-0.538** (0.230)
Capacità Burocratica	-1.038** (0.524)	-1.014** (0.507)	-0.853* (0.442)
Alterità	0.176*** (0.035)	0.095*** (0.019)	-1.387*** (0.241)
Modifica	1.267*** (0.408)	1.335*** (0.376)	1.265*** (0.386)
Standing	-0.055 (0.161)	-0.049 (0.161)	-0.117 (0.166)
Ministeri (rif. Economia)			
Giustizia	0.738** (0.361)	0.745** (0.307)	0.863*** (0.322)
Difesa	1.790*** (0.497)	1.792*** (0.498)	1.872*** (0.519)
Interno	0.858*** (0.250)	0.867*** (0.252)	1.002*** (0.251)
Istruzione	0.109 (0.197)	0.092 (0.197)	0.062 (0.208)
Constant	0.742*** (0.265)	0.602** (0.285)	1.372*** (0.352)
N	1274	1274	1274
r <sup>2</sup> <sub>a</sub>			
Log-likelihood	-537.45	-536.86	-513.89
aic	1096	1096	1050
bic	1153	1152	1106

\* p<0.1, \*\* p<0.05, \*\*\* p<0.01 (errori standard in parentesi).

Come previsto dalla terza ipotesi, in tutti i modelli il rafforzamento della expertise legale attraverso il reclutamento di consiglieri di Stato nei gabinetti ministeriali diminuisce molto la probabilità di sottoporre al Consiglio atti di legisla-

zione secondaria, in alcuni modelli di oltre il 60 per cento. Tale risultato spinge a rigettare la quarta ipotesi, che prediceva che il reclutamento di consiglieri di Stato, segnalando la vicinanza del governo al Consiglio, avrebbe prodotto un aumento della probabilità di attivare il Consiglio stesso nella veste di controllore *ex ante*.

Anche la quinta ipotesi appare confermata in ciascun modello. In particolare nel modello 3, quello non spaziale, il passaggio da un governo responsabile dell'attuazione amministrativa completamente diverso dal governo responsabile della legislazione a uno identico diminuisce del 60 per cento la probabilità di attivare il Consiglio di Stato.

Infine, con riferimento alle variabili di controllo, gli atti che modificano regolamenti esistenti (variabile *modifica*) hanno un'elevata probabilità di essere regolamenti, mentre l'esperienza politica dei ministri (*standing*) non sembra avere un effetto significativo.

#### 4.7 Conclusioni

L'analisi empirica mostra l'importanza delle dinamiche interne all'esecutivo per spiegare il ruolo spesso cruciale del Consiglio di Stato nel ritardare (e molte volte di fatto impedire) l'implementazione delle leggi. Gli studi di politica comparata sui governi multipartitici hanno dedicato molta attenzione agli effetti delle preferenze divergenti fra i partner delle coalizioni di governo sul processo legislativo. Tuttavia, aspetti sostanziali del *policy making* sono spesso specificati solo attraverso atti di legislazione secondaria (Rose-Ackerman, Lindseth e Emerson 2017). Tali atti sono meno visibili delle leggi e molto più difficili da studiare sistematicamente. Consentendo ampi margini di manovra ai singoli ministri, questi atti possono generare problemi di *coalition governance*, soprattutto quando sono approvati con scarsa o assente cooperazione interministeriale. Nel caso italiano, nella produzione della legislazione secondaria esiste almeno un fattore che riduce il rischio che i singoli ministri orientino a propria discrezione, verso il loro punto ideale, il contenuto degli atti. È il Consiglio di Stato nel suo agire come consulente obbligatorio e successivamente come giudice.

Il controllo *ex ante* del Consiglio di Stato sui regolamenti sembra pertanto dipendere da specifiche condizioni politiche, quali l'elevata eterogeneità governativa e lo scarso livello di alternanza, che rendono ipotetiche «derive ministeriali» particolarmente costose per i partner della coalizione governativa. Altri fattori collegati a queste condizioni politiche, spesso presenti nelle narrazioni giornalistiche, trovano nel nostro studio conferma della loro importanza. Il distacco di

un gran numero di consiglieri di Stato in ruoli apicali presso i ministeri, fenomeno oggetto di molte critiche, non è estraneo al tentativo da parte dei politici nei ministeri di attenuare, quando preferito, il potere di interdizione (*de facto*) e dilazione che il Consiglio di Stato come istituzione esercita sulla legislazione secondaria e anticiparne gli orientamenti. Con la loro expertise legale e appartenenza istituzionale i consiglieri di Stato consentono ai ministri, almeno in alcuni casi, di emanare provvedimenti amministrativi rinunciando a pareri obbligatori e tardivi del Consiglio di Stato come istituzione, senza correre eccessivi rischi di vederli sanzionati successivamente dalla stessa giustizia amministrativa. L'instabilità governativa lascia spesso il compito di implementare molte leggi a governi diversi da quelli durante la vita dei quali quelle leggi erano state approvate. I governi in carica, se decidono comunque di attuare quelle leggi, lo fanno senza urgenza e con circospezione affidandosi al Consiglio di Stato nel processo di emanazione degli atti amministrativi.

Il perdurare di queste condizioni politiche e l'operare dei succitati fattori per un cospicuo periodo di tempo spiegano in gran parte non solo l'importanza che ha acquisito il Consiglio di Stato nell'implementazione delle leggi in Italia ma la centralità dei singoli consiglieri all'interno degli esecutivi.

## CAPITOLO 5

### EPILOGO. CHE FARE? UNA MODESTA PROPOSTA

Circostanze politiche e istituzionali che ben conosciamo favorirono la nascita e poi il rafforzamento del Consiglio di Stato facendone una sorta di consigliere «armato» dei poteri di un giudice: eterogeneità delle compagini governative, instabilità degli esecutivi e allo stesso tempo scarsa alternanza di governo, debole potere di agenda «formale» del governo in Parlamento e del Presidente del Consiglio nel governo. Circostanze che da sole, e per il tramite del Consiglio di Stato così come lo conosciamo, non solo favoriscono la conservazione dello *status quo*, anche in contrasto con le preferenze prevalenti fra il personale politico elettivo, ma ostacolano la crescita di professionalità all'interno dell'esecutivo e dell'amministrazione diverse da quelle giuridiche. Se la prima preoccupazione è spesso quella di evitare la censura di un giudice a seguito di un contenzioso amministrativo, affidandosi all'arte del consigliere distaccato presso un ministero e/o consegnandosi ai ritardi dell'attività consultiva del Consiglio di Stato, ogni altra considerazione legata all'efficacia dei provvedimenti soccombe e, con essa, il ruolo di esperti di materie non giuridiche. Le conseguenze della scarsità di competenze extragiuridiche interne alla pubblica amministrazione, che ovviamente ha anche altre cause, sono oggetto di continua denuncia da parte di imprese, cittadini, ampi settori dell'opinione pubblica ed esperti (Cassese 2023).

Mutare queste circostanze, ovvero ridurre la frammentazione ed eterogeneità ideologica delle maggioranze parlamentari a sostegno dei governi, favorire un'autentica alternanza, sono gli obiettivi che aveva la riforma della legge elettorale dei primi anni Novanta fino alla svolta «neo proporzionale» della Legge Calderoli. Rafforzare formalmente il potere di agenda del governo in Parlamento e al suo interno quello del Presidente del Consiglio e ridurre l'instabilità degli esecutivi erano alcuni degli obiettivi che direttamente, e più spesso indirettamente, si erano preposti i progetti di riforma costituzionale sconfitti nei referendum. A prescindere da ogni giudizio di merito su tutti questi tentativi, non sembra che la sola riduzione dei parlamentari, unica riforma delle istituzioni approvata negli ultimi vent'anni, per altro perseguita per tutt'altre finalità, possa preludere a

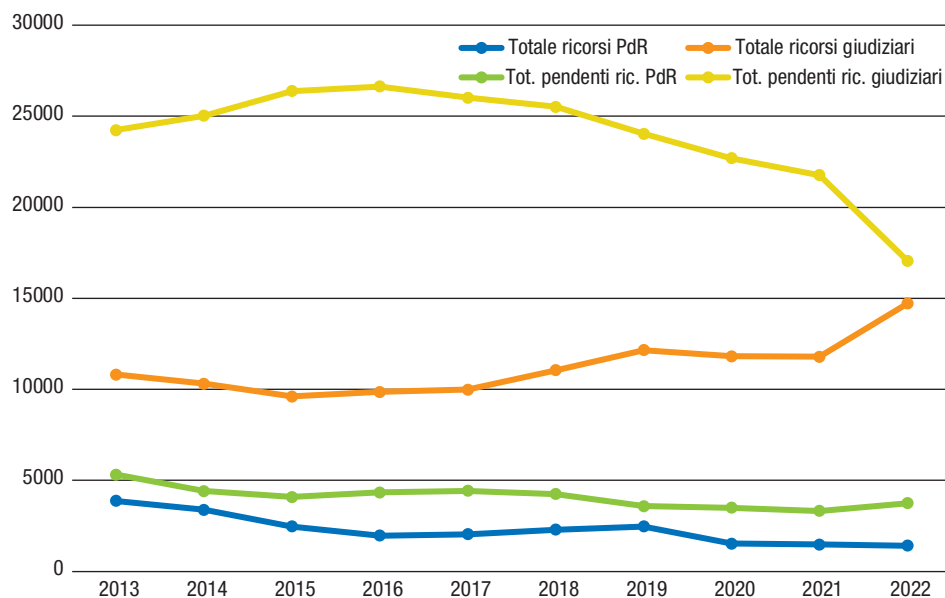


un mutamento anche delle circostanze che imprigionano, a ogni livello, l'azione amministrativa nell'incantesimo giudiziario.

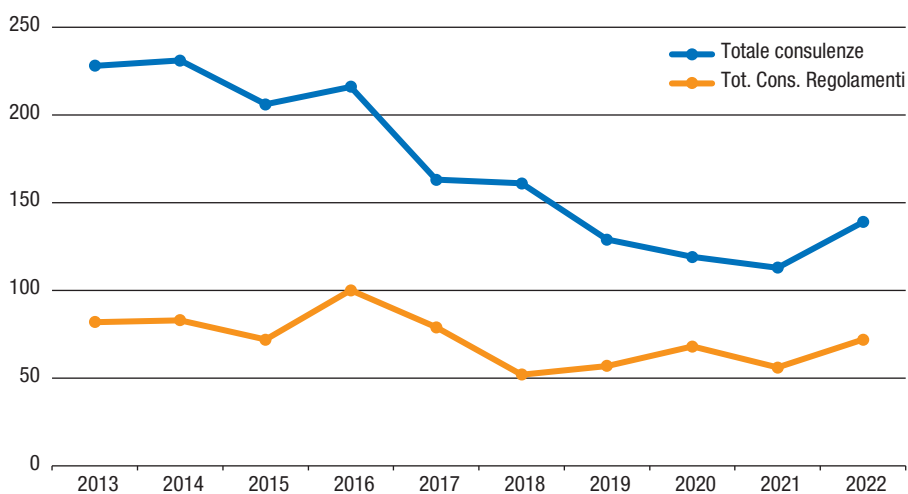
Che fare allora? È saggio nelle condizioni date cercare miglioramenti anche molto parziali che siano tuttavia durevoli, ovvero che rispondano o quanto meno non pregiudichino gli interessi degli attori politici principali nel medio-lungo periodo, garantiscano diritti e interessi dei cittadini di fronte alla pubblica amministrazione e siano considerati almeno da una parte consistente dello stesso Consiglio di Stato come una soluzione a problemi di funzionamento della giustizia amministrativa. Qualsiasi proposta di abolizione della funzione giudiziaria del Consiglio di Stato per attribuirla a sezioni specializzate della giustizia ordinaria, come già a suo tempo contemplato nel progetto di riforma costituzionale della commissione bicamerale D'Alema e auspicato a più riprese da autorevoli politici e commentatori, incontrerebbe l'ostilità del Consiglio e della stessa giustizia ordinaria e non troverebbe un sostegno abbastanza esteso e convinto fra i legislatori. Richiederebbe infatti una modifica della Costituzione che agli artt. 100 e 103 prevede esplicitamente che il Consiglio di Stato abbia giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Inoltre, la procedura di revisione della Costituzione è complessa, ha un esito incerto e per ridurre tale incertezza occorrerebbe una maggioranza molto estesa in Parlamento. La sottrazione dei compiti di giudice al Consiglio molto probabilmente verrebbe osteggiata con successo dalla comunità epistemica dei giuristi di diritto pubblico e amministrativo che paventerebbero, non a torto almeno nel breve periodo, un indebolimento nella protezione degli interessi e dei diritti del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. Modifiche apparentemente al margine, che non necessitano di cambiamenti costituzionali, possono realizzarsi invece in modo più consensuale e generare processi virtuosi.

Il carico di procedimenti giurisdizionali in capo al Consiglio di Stato sia come tribunale amministrativo di appello, sia come decisore effettivo nei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica è davvero ragguardevole e ancora più ragguardevole è il carico di ricorsi pendenti che si trascina da un anno all'altro nonostante un'apprezzabile riduzione negli ultimi anni. Nel 2022, l'anno di maggiore efficienza nell'attività giurisdizionale del Consiglio di Stato, i ricorsi definiti (compresi quelli al Presidente della Repubblica) erano 16.141 a fronte di 20.805 a fine anno ancora pendenti (Figura 5.1). Una stima molto approssimativa del tempo necessario a definire i ricorsi nell'arco dell'ultimo decennio suggerisce che occorrono più di due anni dalla trasmissione del ricorso al Consiglio.

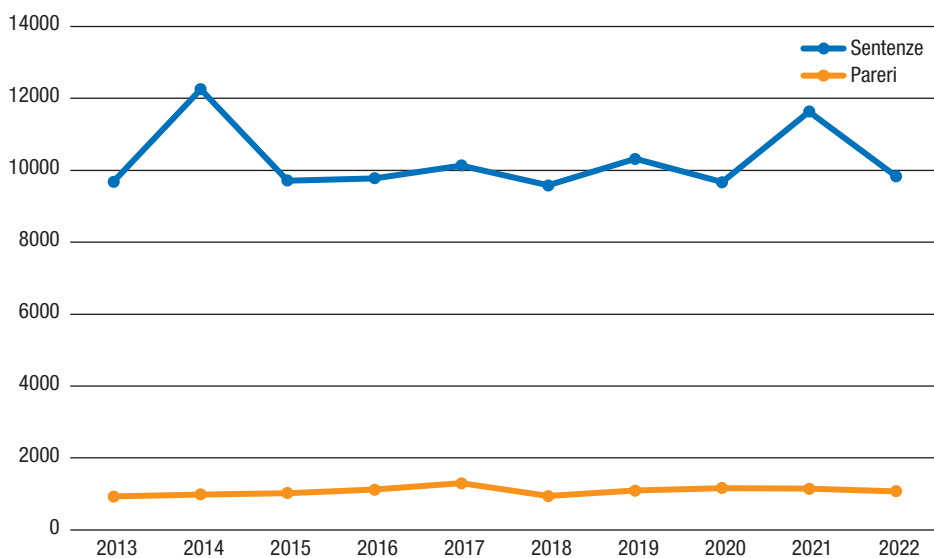
Viceversa, l'attività di consulenza vera e propria è in declino e residuale (Figura 5.2), e in gran parte limitata ai soli regolamenti. Il paragone con il *Conseil*

**Figura 5.1 Ricorsi giudiziari al Consiglio di Stato italiano (2013-2022)\***

\* Elaborazioni da dati tratti da <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/statistiche>

**Figura 5.2 Attività di consulenza del Consiglio di Stato italiano (2013-2022)\***

\* Elaborazioni da dati tratti da <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/statistiche>

**Figura 5.3 Ricorsi definiti e pareri espressi dal Consiglio di Stato francese (2013-2022)\***

\* Elaborazioni da dati tratti da <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/rapports-d-activite>

*d'État*, i cui membri consiglieri sono, a onor del vero, circa il doppio dei consiglieri di Stato italiani, è impietoso.

Il numero di sentenze negli ultimi dieci anni è in media circa 10.260 e quasi 1.100 i pareri resi: ogni decisione giudiziaria impiega circa sette mesi a essere presa e meno di due mesi richiedono quasi tutti i pareri. Oltre agli organici che consentono un'efficienza incomparabilmente maggiore, occorre ricordarsi che il «cugino» francese opera dal 1987 come Corte di Cassazione amministrativa e gran parte del contenzioso viene risolto nei gradi inferiori del giudizio e in particolare da corti di appello amministrative. Che cosa accadrebbe se anche in Italia fossero introdotte corti di appello amministrative e se il Consiglio di Stato nella sua attività giurisdizionale fosse trasformato in una sorta di Corte di Cassazione amministrativa? Nel caso francese i tribunali amministrativi prendono mediamente più di 230.000 decisioni giudiziarie all'anno e le corti di appello 30.000. Come abbiamo già scritto, le decisioni del *Conseil d'État* superano di poco le 10.000 unità. L'insieme dei ricorsi definiti dai tribunali amministrativi regionali italiani è in continua diminuzione e nel 2022 non arrivava alle 70.000 unità. Se fossero garantite le stesse proporzioni fra decisioni dei tribunali inferiori (escluse le corti di appello) e quelle del Consiglio di Stato del caso francese, ci dovremmo aspettare a regime, ovvero una volta esauriti i ricorsi pendenti da

più tempo e considerati anche i ricorsi al Presidente della Repubblica, poco più di 4.000 ricorsi definiti dal Consiglio di Stato ogni anno, un numero più di quattro volte inferiore all'attuale. Inoltre, aspetto più rilevante, la natura eminentemente «cassatoria» del procedimento incardinato presso il Consiglio di Stato e la maggiore distanza temporale fra il giudizio della Corte e quello delle corti inferiori renderebbe meno decisivo per governo e ministri anticipare il comportamento del Consiglio di Stato come giudice, senza per altro ledere le prerogative dell'organo, del quale, se possibile, crescerebbe il prestigio, né i diritti dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione, per i quali al contrario aumenterebbero i gradi di giudizio e diminuirebbero, sperabilmente, i tempi per la pronuncia in giudizio di secondo grado. La riduzione del carico di lavoro giudiziario del Consiglio di Stato dovrebbe, da un lato accelerare la risoluzione dei ricorsi abbattendo il pregresso e consentire il rafforzamento e la trasformazione degli organici preposti all'attività consultiva vera e propria. A questo proposito non è realistico immaginare che gli uffici ministeriali possano facilmente rinunciare alle competenze giuridiche dei consiglieri di Stato nei ruoli apicali. Se costretti, i ministri farebbero ricorso, come già accade, ai giudici dei T.A.R., a magistrati contabili della Corte dei Conti e ai consiglieri parlamentari. Quel che serve è allontanare il più possibile il ruolo del consigliere da quello del giudice, il momento e il linguaggio del parere dal momento e dal linguaggio del giudizio. La collaborazione fra consiglieri di Stato e burocrazie dovrebbe essere regolata, istituzionalizzata, resa quasi esclusiva. Nessun incarico extragiudiziario presso i ministeri e le agenzie della pubblica amministrazione dovrebbe essere consentito a chi non ha cessato l'attività giudiziale da almeno cinque anni. I consiglieri distaccati dovrebbero tutti non superare un numero prefissato e dovrebbero tutti appartenere alla sezione del Consiglio di Stato che si occupa di attività consultiva in senso stretto (quella a tutt'oggi chiamata sezione di analisi normativa). I pareri espressi dai consiglieri distaccati nei ministeri sugli atti normativi e amministrativi dovrebbero essere tutti intesi come pareri espressi in nome dell'istituzione di appartenenza, il Consiglio di Stato, e come tali sostituire quelli espressi dalla sezione consultiva, a meno che la maggioranza di quest'ultima non decida di impugnarli entro termini certi e brevi. I pareri, quando obbligatori, dovrebbero cessare di essere tali se non comunicati entro tre mesi dalla richiesta. Alla suddetta sezione consultiva dovrebbero poter accedere tramite concorso una quota prefissata di dottori di ricerca in discipline extragiuridiche (scienze economiche, sociali, organizzative, statistiche, gestionali ecc.) e con esperienze di lavoro in organizzazioni pubbliche e private, università e centri di ricerca. Ogni parere fornito al governo riguardo agli atti amministrativi o a qualunque altra norma, dovrebbe obbligatoriamente contenere anche valutazioni sulle ipo-

tesi «empiriche» che soggiacciono al dispositivo normativo. Ovvero, dovrebbero contenere un confronto fra come si deve immaginare che il mondo funzioni perché le norme producano l'effetto voluto e come risulta effettivamente funzionare sulla base dell'evidenza empirica. Queste valutazioni potrebbero con il tempo arricchire di rapporti e studi una sezione studi e ricerche appositamente creata sulla falsa riga di quella già esistente nel *Conseil d'État* francese. Questa attenzione al dato empirico nella prospettiva delle scienze sociali riguarderebbe anche e in primo luogo la stessa attività del Consiglio di Stato: un'attenzione a tutt'oggi ancora insufficiente.

## BIBLIOGRAFIA

- Agnew J.H. (1843), *Eclectic magazine: foreign literature*, New York, Philadelphia, E. Littell.
- Aimo P. (1990), *Le origini della giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè.
- Aimo P. (2002), *Stato e poteri locali in Italia*, Roma, Carocci.
- Ainis M. (2009), «Scandalosi controllori controllati», in *La Stampa*, 18 marzo.
- Albanesi E. (2011), «I decreti del governo “di natura non regolamentare”. Un percorso interpretativo», in M. Cartabia *et al.* (a cura di), «Gli atti normativi del Governo tra Corte Costituzionale e giudici», *Quaderni del Gruppo di Pisa*, Torino, Giappichelli.
- Aldrich J.H. (1995), *Why Parties? The Origin and Transformation of Party Politics in America*, Chicago, University of Chicago Press.
- Alemán E., Calvo E., Jones M.P., Kaplan N. (2009), «Comparing Cosponsorship and Roll-Call Ideal Points», Volume 34, Issue 1, *Legislative Studies Quarterly*.
- Amirante D. (1994), «Consiglio di Stato e “Conseil d’État” nell’ordinamento giurisdizionale», in Y. Meny (a cura di), *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, Bologna, Il Mulino.
- Andeweg R.B (1997), «Collegiality and Collectivity: Cabinets, Cabinet Committees, and Cabinet Ministers», in Bakvis H., Rhodes R.A.W. e Weller P. (eds.), *The Hollow Crown: Countervailing Trends in Core Executive*, Basingstoke, Macmillan, pp. 58-83.
- Andeweg R.B., Timmermans A. (2008), «Conflict management and coalition governance», in Strøm K., Müller W.C., Bergman T. (eds.), *Cabinet governance: Bargaining and the cycle of democratic politics*, Oxford University Press, pp. 269-300.
- André A., Depauw S., Martin S. (2016), «“Trust is good, control is better”: Multiparty government and legislative organization», *Political Research Quarterly*, 69(1): 108-120.
- Anonimo, Salvaggiulo G. (2020), *Io sono il potere. Confessioni di un capo di gabinetto*, Milano, Feltrinelli.
- Astone F. (2011), «La giustizia amministrativa prima e dopo l’Unità: il contenzioso amministrativo, la sua abolizione e l’istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato», in Battaglia R., Caminiti L., D’Angelo M. (a cura di), *Messina 1860 e dintorni: uomini, idee e società tra Risorgimento e unità*, Firenze, Le Lettere.
- Bäck H., Müller W.C., Nyblade B. (2017), «Multiparty government and economic policy-making. Coalition agreements, prime ministerial power and spending in Western European cabinets», *Public Choice*, 170(1), 33-62.

- Baker J.H. (1979), *An Introduction to English Legal History*, London, Butterworth.
- Battini S. (2013), «La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista», in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 47-97.
- Benoit K. and Laver M. (2006), *Party Policy in Modern Democracies*, London, Routledge.
- Benoit K. and Herzog A. (2017), «Text analysis: estimating policy preferences from written and spoken words», in Bachner J., Wagner Hill K. and Ginsberg B. (eds.) *Analytix, Policy and Governance*, Yale, Yale University Press.
- Bergman T., Back H., Hellström J. (eds.) (2021), *Coalition Governance in Western Europe*, Oxford, Oxford University Press.
- Bin R. (2013), «Cose serie, non riforme costituzionali!», in *Quaderni Costituzionali*, 2, 317-327.
- Blom J.C.H and Lamberts E. (1999), *History of the Low Countries*, New York, Oxford, Berghahn Books.
- Bond, R. and Messing, S. (2015), «Quantifying Social Media's Political Space: Estimating Ideology from Revealed Preferences on Facebook», *American Political Science Review*, 109, 62-78.
- Brissaud J. and Garner J.W. (1915), *A History of French Public Law*, Boston, Little, Brown and company.
- Brouard S. (2009), «The politics of constitutional veto in France: Constitutional council, legislative majority and electoral competition», in *West European Politics*, 32(2), 384-403.
- Brouard S. and Honnige C. (2017), *Constitutional courts as veto players: Lessons from the United States, France and Germany*, Volume 56, Issue 3, 529-552.
- Budge I., Klingemann H.D., Volkens A., Bara J., Tanenbaum E. (1998), *Mapping Policy Preferences*, Oxford, Oxford University Press.
- Calandra P. (1978), *Storia dell'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, Il Mulino.
- Capano G. (2011), «L'evoluzione storica della pubblica amministrazione», in Capano G. e Gualmini E., *Le pubbliche amministrazioni in Italia*, Bologna, Il Mulino.
- Caringella F. (2011), *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè.
- Carroll R., Cox G. (2012), «Shadowing ministers monitoring partners in coalition governments», *Comparative Political Studies*, 45(2), 220-236.
- Casana P. (1995), «Un'inedita memoria di Cesare Balbo sul Consiglio di Stato napoleonico», in U. Levra, Tranfaglia N. (a cura di), *Dal Piemonte all'Italia*, Studi in onore di Narciso Nada nel suo settantesimo compleanno.
- Casana P. (2011), «I molteplici volti del Consiglio di Stato nei progetti della restaurazione sabauda», in *Il Consiglio di Stato nella Storia d'Italia*, Torino, Utet, pp. 49-93.
- Cassese S. (1999), «L'attività consultiva del Consiglio di Stato in materia di norme», in *La Revue administrative*, 52(8): 50-55.
- Cassese S. (2014), *Governare gli Italiani. Storia dello Stato*, Bologna, Il Mulino.
- Cassese S. (2023), *Amministrare la nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Milano, Mondadori.
- Ceron A., Mainenti M. (2015), «Toga party: the political basis of judicial investigations

- against Mps in Italy (1983-2013)», in *South European Society and Politics*, 20(2): 223-242.
- Ceron A. (2017), «Intra-party politics in 140 characters», *Party Politics*, 23(1), 7-17.
- Cintioli F. (2007), *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, Torino, Giappichelli.
- Cintioli F. (2023), *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/cintioli-il-principio-del-risultato-nel-nuovo-codice-dei-contratti-pubblici>
- Clinton J., Jackman S., Rivers D. (2004), «The Statistical Analysis of Roll Call Data», *American Political Science Review*, 98(2):355-370.
- Corso G. (2005), *La giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino.
- Cox G.W., McCubbins M.D. (1993), *Legislative Leviathan: Party Government in House*, Berkeley, University of California Press.
- Curini L., Iacus S. (2008), *Italian spatial competition between 2006 and 2008: a changing party system?*, Paper presented at the XXII Congress of the Italian Political Science Society (SISP), Pavia, 5-8 settembre.
- De Lise P. (2010), «Discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato», in *Federalismi.it*, n. 18.
- De Siervo U. (1991), «Lo sfuggente potere regolamentare del Governo (riflessioni sul primo anno di applicazione dell'art. 17 della legge n. 400/1988)», in Aa.Vv. (1991), *Scritti per Mario Nigro*, I, Milano, Giuffrè.
- De Wet E. (2008), «The reception process in the Netherlands and Belgium», in Keller H., Stone Sweet A. (a cura di), *A Europe of Rights: the impact of the ECHR on National Legal Systems*, New York, Oxford University Press.
- Deschouwer K. (2012), *The Politics of Belgium: Governing a Divided Society*, Basingstoke, Palgrave Macmillan.
- Di Virgilio A., Giannetti D., Pedrazzani A., Pinto L. (2015) *Party competition in the 2013 Italian elections: evidence from an expert survey. Government and Opposition*, 50, 65-89.
- Downs A. (1957), *An Economic Theory of Democracy*, Harper and Row, New York.
- Epstein D., O'Halloran S. (1994), «Administrative Procedures, Information, and Agency Discretion», *American Journal of Political Science*, Vol. 38, No. 3.
- Epstein L., Knight J. (1998), *The Choices Justices Make*, Washington, CQ Press.
- Epstein L. et al. (2001), «The role of constitutional courts in the establishment and maintenance of democratic systems of government», in *Law and Society Review*, 35, 117-64.
- Espinosa (2008), *The Empire of the Cities: Emperor Charles V, the Comunero Revolt, and the Transformation of the Spanish System*, Brill Academic Publishers.
- Ferejohn J., Shipan C. (1990), «Congressional Influence on Bureaucracy», in *Journal of Law, Economics & Organization*, 6 (Special Issue), 1-20.
- Ferejohn J., Weingast B.R. (1992), «A Positive Theory of Statutory Interpretation», in *International Review of Law and Economics*, 12, 263-279.



- Finlay G. (2014), *A history of Greece, from its conquest by the Romans to the present time*, vol. III, Cambridge, Cambridge University Press.
- Fiorina M. (1977), «The Case of the Vanishing Marginals: The Bureaucracy Did It», in *American Political Science Review*, 1977, vol. 71, issue 1, 177-181.
- Fiorina M. (1981), «Congressional Control of Bureaucracy: A Mismatch of Incentives and Capabilities», in Dodd L., Oppenheimer B. (eds.), *Congress Reconsidered*, Washington, Congressional Quarterly Press.
- Fittipaldi E. (2009), «Consiglio di Stato e di casta», in *L'Espresso*, 8 ottobre.
- Gambaro A. (2008), «Common law ed equity in Inghilterra», in Gambaro A., Sacco R., *Sistemi giuridici comparati*, 49, in Sacco R., *Trattato di diritto comparato*, Torino, Utet.
- Gely R., Spiller P.T. (1990), «A rational choice theory of Supreme Court statutory decisions with applications to the State Farm and Grove City Cases», in *Journal of Law, Economics and Organization*, 6, 263-300.
- Gely R., Spiller P.T. (1992), «The political economy of supreme court constitutional decisions: The case of Roosevelt's court-packing plan», in *International Review of Law and Economics*, 12, 45-67.
- George T.E., Epstein L. (1992), «On the nature of Supreme Court decision-making», in *American Political Science Review*, 86, 323-37.
- Giannetti D., Laver M. (2009), «Party Cohesion, Party Discipline and Party Factions in Italy», in Giannetti D., Benoit K. (eds.), *Intra-party Politics and Coalition Governments*, London, Routledge, pp. 146-168.
- Ginsburg T. (2003), *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Guarnieri C. (1992), *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrappesi*, Bologna, Il Mulino.
- Guarnieri C., Pederzoli P. (2017), *Il sistema giudiziario*, Bologna, Il Mulino.
- Henrion De Pansey P.P.N. (1827), *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k946938/f2.item>
- Huber J.D., Shipan C.R. (2002), *Deliberate Discretion? The Institutional Foundations of Bureaucratic Control*, New York, Cambridge University Press.
- Kessler D., Krehbiel K. (1996), «Dynamics of Cosponsorship», *American Political Science Review*, 90: 555-66.
- Krehbiel K. (1998), *Pivotal Politics: A Theory of U.S. Lawmaking*, Chicago, University of Chicago Press.
- Krehbiel K. (1995), «Cosponsors and Wafflers from A to Z», *American Journal of Political Science*, Vol. 39, No. 4, pp. 906-923.
- Landes W., Posner R. (1975), *Journal of Law and Economics*, vol. 18, issue 3, 875-901.
- Laver M., Hunt B.W. (1992), *Policy and Party Competition*, New York, Routledge.
- Laver M., Shepsle K.A. (1995), *Making and Breaking Governments*, New York, Cambridge University Press.
- Laver M. (1998), *Schofield Multiparty Government: The Politics of Coalition in Europe*, Ann Arbor, University of Michigan Press.

- Lesaffer R. (2009), *European Legal History, a cultural and political perspective*, Cambridge University Press.
- Lijphart A. (1968), *The Politics of Accommodation: Pluralism and Democracy in the Netherlands*, Berkeley, University of California Press.
- Lijphart A. (2001), *Le democrazie contemporanee*, Bologna, Il Mulino.
- Lipsmeyer C., Pierce H. (2011), «The eyes that bind: Junior ministers as oversight mechanisms in coalition governments», *Journal of Politics*, 73(4), 1152-1164.
- Lochak D. (1994), «Il “Conseil d’État” di Vichy e il Consiglio di Stato nel periodo fascista», in Y. Meny (a cura di), *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, Bologna, Il Mulino.
- Longhi N. (2017), *Verso una giurisdizione specializzata. I convergenti percorsi dei sistemi europei di giustizia amministrativa*, Roma, Aracne.
- Lupo N. (2011), «Gli atti normativi del governo tra legalità costituzionale e fuga dai controlli», in Cartabia M., Lamarque E.G., Tanzarella P. (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, Giappichelli, pp. 535-551.
- Mania R., Panara M. (2014), *Nomenklatura*, Bari, Laterza.
- Mannori L., Sordi B. (2001), *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza.
- Martin L.W., Vanberg G. (2004), «Policing the bargain: coalition government and parliamentary scrutiny», *American Journal of Political Science*, 48(1), 13-27.
- Martin L.W., Vanberg G. (2005), «Coalition Policymaking and Legislative Review», in *American Political Science Review*, 1:93-106.
- Martin L.W., Vanberg G. (2011), *Parliaments and coalitions: The role of legislative institutions in multiparty governance*, Oxford University Press.
- Martin L.W., Vanberg G. (2014), «Parties and Policymaking in Multiparty Governments: The Legislative Median, Ministerial Autonomy, and the Coalition Compromise», *American Journal of Political Science* 58(4):979-96.
- Martin L.W., Vanberg G. (2020), «Coalition governance, legislative institutions, and government policy in parliamentary democracies», *American Journal of Political Science*, 64(2), 325-340.
- McCubbins M.D., Noll R.G., Weingast B.R. (1987), «Administrative Procedures as Instruments of Political Control», *Journal of Law, Economics, and Organization*, 3:243-277.
- McCubbins M.D., Noll R.G., Weingast B.R. (1989), «Structure and Process, Politics and Policy: Administrative Arrangements and the Political Control of Agencies», *Virginia Law Review*, 75:431-482.
- McCubbins M.D., Schwartz T. (1984), «Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms», *American Journal of Political Science*, Vol. 28, No. 1 (Feb.), pp. 165-179.
- Melis G. (1998), «Il Consiglio di Stato», in Violante L., Minervini (a cura di), *Storia d'Italia. Annali*, 14. Legge, diritto, giustizia, Torino, Einaudi.
- Melis G. (1999), «Origine e storia del Consiglio di Stato italiano», in *La Revue administrative*, 52(8), 43-49.
- Melis G. (2014), *Fare lo Stato per fare gli italiani*, Bologna, Il Mulino.

- Melis G. (2018), *La macchina imperfetta. Immagine e realtà dello stato fascista*, Bologna, Il Mulino.
- Meny Y. (1994), «“Conseil d'État”, Consiglio di Stato: imitazione o divergenze parallele?», in Meny Y. (a cura di), *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, Bologna, Il Mulino.
- Meny Y., Gueraudin M. (1994), «Consultazione o co-decisione? L'evoluzione del ruolo consultivo del Conseil d'État», in Meny Y. (a cura di), *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, Bologna, Il Mulino.
- Merlini S. (1995), «Il Governo Costituzionale», in Romanelli R. (a cura di), *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, Roma, Donzelli.
- Merusi F. (2015), «Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso (all. E)», in *Amministrare*, 1, 225-286.
- Minghetti M. (1881), *I partiti politici e la pubblica amministrazione*, a cura di Bruno Widmar, Bologna, Cappelli, [1969].
- Montedoro G. (2023), *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/montedoro-la-funzione-nomofilattica-e-ordinante-e-i-principi-ispiratori-del-nuovo-codice-dei-contratti-pubblici>
- Montesquieu C.L. (1965), *Lo Spirito delle Leggi*, trad. it. a cura di S. Cotta, 2 voll., Torino, Utet.
- Mosca G. (1884), *Sulla teorica dei governi e sul governo parlamentare*, Palermo, Tipografia dello «Statuto».
- Moscarini A. (2008), «Sui decreti del governo “di natura non regolamentare” che producono effetti normativi», in *Giurisprudenza costituzionale*, 5075 ss.
- Müller W.C., Strøm K. (eds.) (2000), *Coalition governments in Western Europe*, Oxford University Press.
- Müller W.C., Strøm K. (2008), «Coalition agreements and cabinet governance», in Strøm K., Müller W.C., Bergman T. (eds.), *Cabinet governance: Bargaining and the cycle of democratic politics*, Oxford University Press, pp. 159-199.
- Nigro M. (2002), *Giustizia Amministrativa*, Bologna, Il Mulino.
- North D.C., Weingast B.R. (1989), «Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth-Century England», *The Journal of Economic History*, Vol. 49, No. 4, pp. 803-832.
- Padula C. (2010), «Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche», in *Diritto pubblico*, 1(2): 365-408.
- Page E.C. (2010), «Accountability as a Bureaucratic Minefield: Lessons from a Comparative Study», in *West European Politics*, 33(5): 1010-1029.
- Page E.C. (2012), «Policy without Politicians: Bureaucratic Influence», in *Comparative Perspective* by Edward C. Page, Oxford, Oxford University Press.
- Pajno A. (1999), «Dalla garanzia sugli atti alla garanzia sulle regole: il Consiglio di Stato e la funzione consultiva», in *La Revue administrative*, 52(8): 65-76.
- Pasquino G. (1998), «Reforming the Italian constitution», in *Journal of Modern Italian Studies*, 3(1): 42-45.

- Person T., Tabellini G. (1999), «The size and scope of government: Comparative politics with rational politicians», *European Economic Review*, vol. 43, issue 4-6, 699-735.
- Pezzana A. (2011), «I Consigli di Stato nell'Italia preunitaria», 27-36, in de Lise P. *et al.*, *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, Zanichelli.
- Pizzorusso A. (1992), *Italian Studies in Law, A Review of Legal Problems*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers.
- Ponti B. (2001), «Dati sulla presenza dei magistrati amministrativi negli uffici ministeriali di collaborazione diretta (1948-2001)», in *Diritto pubblico*, 2: 759-781.
- Posner R. (2008), *How Judges Think*, Harvard University Press.
- Predieri A. (1963), «La produzione legislativa» in Somogyi S., Lotti L., Predieri A., Sartori G., *Il Parlamento italiano 1946-1963*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, parte III, 201 ss.
- Presidenza del Consiglio dei Ministri (2013), *Il monitoraggio dei provvedimenti di attuazione delle leggi approvate durante il Governo Monti*, [https://presidenza.governo.it/ufficio\\_statistica/documenti/rapporto\\_amministrativo.pdf](https://presidenza.governo.it/ufficio_statistica/documenti/rapporto_amministrativo.pdf)
- Proksch S.O., Slapin J.B. (2009), «How to Avoid Pitfalls in Statistical Analysis of Political Texts: The Case of Germany», *German Politics*, 18(3), 323-344.
- Ramseyer J.M. (1994), «The Puzzling (In)dependence of Courts: a Comparative Approach», in *Journal of Legal Studies*, vol. 23, n. 3, 721-747.
- Ramseyer J.M., Rasmusen E.B. (2001), «Why Are Japanese Judges so Conservative in Politically Charged cases?», in *American political Science Review*, vol. 95, n. 2, 331-344.
- Rava P.B. (1942), «Italian Administrative Courts under Fascism», in *Michigan Law Review*, 40 (5): 654-678.
- Rebessi E., Zucchini F. (2019), «Courts as extra-cabinet control mechanisms for secondary legislation: evidence from Italy», in *Rivista Italiana di Scienza Politica*, Volume 50, Issue 2, pp. 159-172.
- Rebessi E. (2020), «Quando la logica burocratica conviene: nascita ed evoluzione del Consiglio di Stato nel sistema politico italiano», in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, issue 2, pp. 247-273.
- Regonini G. (2012), «Scienze del pubblico e istituzioni», in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 1, aprile, pp. 5-31.
- Regonini G. (2017), «Governmentalities without policy capacity», *Policy Sciences*, 50, n. 2, pp. 163-178.
- Righettini M.S. (1998), *Il giudice amministratore*, Bologna, Il Mulino.
- Rizzo S. (2022), *Potere assoluto*, Milano, Solferino.
- Rizzo S., Stella G.A. (2010), *La deriva. Perché l'Italia rischia il naufragio*, Milano, Rizzoli.
- Romano S. (1932), «Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato», in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, Roma.
- Rose-Ackerman S., Lindseth P., Emerson B. (2017), *Comparative Administrative Law: Second Edition*, Cheltenham, Edward Elgar.

- Rosenthal H., Voeten E. (2004), «Analyzing Roll Calls with Perfect Spatial Voting: France 1946-1958», *American Journal of Political Science*, Vol. 48, No. 3, pp. 620-632.
- Rothstein B. (1996), «Political Institutions: An Overview», in Goodin R.E., Klingemann H.D. (eds), *A New Handbook of Political Science*, Oxford, Oxford University Press, pp. 133-166.
- Sabbatucci G. (2003), *Il trasformismo come sistema. Saggio sulla storia politica dell'Italia unita*, Bari, Laterza.
- Saladino S. (1966), «Italy», in Rogger H., Weber E. (eds), *The European Right*, Berkley, University of California Press.
- Sambataro S. (1977), *Labolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè.
- Sandulli A. (2011), «Il riordinamento del contenzioso amministrativo. Le leggi 30 ottobre 1859», nn. 3705, 3706, 3707 e 3708, in de Lise P. et al., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, Zanichelli.
- Santoni M., Zucchini F. (2004), «Does policy stability increase the constitutional court's independence? The case of Italy during the first republic (1956-1992)», in *Public Choice*, 120(3-4): 401-439.
- Santoni M., Zucchini F. (2006), «Legislative output and the Constitutional Court in Italy», in *Constitutional Political Economy*, 17: 165-187.
- Scafari E. (2015), «Come battere la corruzione e come costruire la nuova Europa», in *la Repubblica*, [https://www.repubblica.it/politica/2015/03/22/news/come\\_battere\\_la\\_corruzione\\_e\\_come\\_costruire\\_la\\_nuova\\_europa-110173099/](https://www.repubblica.it/politica/2015/03/22/news/come_battere_la_corruzione_e_come_costruire_la_nuova_europa-110173099/)
- Sarvilinna S. (2007), «Court administration in Finland», in *Scandinavian studies in law*, 51: 591-605.
- Segal J.A., Cover A.D. (1989), «Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices», in *American Political Science Review*, 83(2): 557-65.
- Segal J.A. et al. (2000), «Buyer Beware? Presidential Success through Supreme Court Appointments», in *Political Research Quarterly*, 53(3): 557-573.
- Shepsle K.A. (1986), «Institutional Equilibrium and Equilibrium Institutions», in Weisberg H. (eds.), *Political Science: The Science of Politics*, New York, Agathon, pp. 51-82.
- Shepsle K.A. (2006), «Rational Choice Institutionalism», in Binder S.A., Rhodes R.A.W., Rockman B.A. (eds.), *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Oxford, Oxford University Press, pp. 23-39.
- Slapin J.B., Proksch S.O. (2008), «A Scaling Model For Estimating Time-Series Policy Positions from Texts», *American Journal of Political Science* 52(3), 705-722.
- Somerhausen M. (1971), «Belgio», in Piras A. (a cura di), *Il controllo giurisdizionale sulla pubblica amministrazione*, Torino, Utet.
- Spiller P., Gely R. (2008), «Strategic Judicial Decision Making», in Whittington K.E. et al., *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press.
- Stassinopoulos M. (1960), «The Thirteen Anniversary of the Council of State of Greece», in *Journal of Indian Law Institute*, 2: 235-239.

- Steukenberg B. (1997), «Courts, Cabinet and Coalition Parties: The Politics of Euthanasia in a Parliamentary Setting», in *British Journal of Political Science*, 27:551-571.
- Stone Sweet A. (2000), *Governing with Judges*, Oxford, Oxford University Press.
- Stone Sweet A. (2002), «Constitutional Courts and parliamentary democracy», in *West European Politics*, 25(1): 77-100.
- Strøm K., Müller W., Bergman T. (2008), *Cabinets and Coalition Bargaining: The Democratic Life Cycle in Western Europe*, Oxford, Oxford University Press.
- Tarli Barbieri G. (2011), «Il potere regolamentare nel caos senza fine della produzione normativa in Italia (alcune considerazioni a margine delle relazioni di Albanesi ed Arconzo)», in Cartabia M. et al. (eds.), *Gli atti normativi del Governo tra Corte Costituzionale e giudici, Quaderni del Gruppo di Pisa*, Torino, Giappichelli.
- Thies M. (2001), «Keeping tabs on partners: The logic of delegation in coalition governments», in *American Journal of Political Science*, (45)3: 580-598.
- Tilley A. (2010), *Medieval France: A Companion to French Studies*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Tsebelis G. (2002), *Veto Players: How Political Institutions Work*, Princeton, Princeton University Press.
- Tsebelis G., Chang E.C. (2004), «Veto players and the structure of budgets in advanced industrialized countries», in *European Journal of Political Research*, 43: 449-476.
- Vanberg G. (2001), «Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review», in *American Journal of Political Science*, 45:346-361.
- Vanberg G. (2005), *The Politics of Constitutional Review in Germany*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Vanberg G. (2015), «Constitutional Courts in Comparative Perspective: A Theoretical Assessment», in *Annual Review of Political Science*, 18: 167-85.
- Vibert F. (2007), *The Rise of the Unelected, Democracy and the New Separation of Powers*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Volcansek M.L. (2001), «Constitutional courts as veto players: Divorce and decrees in Italy», in *European Journal of Political Research*, 39: 347-372.
- Weingast B. (1997), «The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law», *American Political Science Review*, pp. 245-263.
- Wright V. (1994), «Conseil d'État e Consiglio di Stato: le radici storiche della loro diversità», in Meny Y. (eds.), *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, Bologna, Il Mulino.
- Ziller J. (2012), «The Continental System of Administrative Legality», in Peters B.G., Pierre J., *The Sage Handbook of Public Administration*, New Delhi, Sage.
- Zucchini F. (2005), «Teoria della delega e leggi», in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, n. 3, Roma, Carocci.
- Zucchini F. (2011), «Government alternation and legislative agenda setting», in *European Journal of Political Research*, 50: 749-774.
- Zucchini F. (2013), *La repubblica dei veti: un'analisi spaziale del mutamento legislativo in Italia*, Milano, Egea.











## Il consigliere giudicante

Perché il Consiglio di Stato, il principale consulente in Italia prima del re e poi del governo parlamentare, divenne corte amministrativa, e perché tale rimase nonostante i cambi di regime e le trasformazioni del sistema politico, rafforzando il proprio ruolo di temibile valutatore *ex ante* degli atti del governo? Che cosa spinge maggioranze legislative e governo a richiedere i pareri su atti amministrativi al Consiglio di Stato nonostante questi comportino notevoli ritardi e a volte pregiudichino l'implementazione di leggi dal governo stesso promosse? Queste sono le principali domande di ricerca alle quali questo libro cerca di rispondere con le teorie e il metodo di un campo disciplinare, la Scienza Politica, per il quale è naturale considerare le corti e i giudici come attori «politici» alla stregua di legislatori e ministri.

**Francesco Zucchini** è professore ordinario di Scienza Politica presso il Dipartimento di Scienze Sociali e Politiche dell'Università degli studi di Milano dove insegna *Models of Political Analysis* e *Positive Political Theory*. È autore di vari contributi e articoli su libri e riviste scientifiche internazionali di Scienza Politica, fra cui *European Journal of Political Research*, *European Political Science Review*, *West European Politics*, *European Union Politics*, *Public Choice*, *South European Society and Politics*, *Italian Political Science Review*.

**Elisa Rebessi**, dottore di ricerca in Studi Politici (NASP) all'Università degli Studi di Milano, ha lavorato come assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Scienze Sociali e Politiche della stessa università e insegnato *Analisi delle politiche pubbliche*. Attualmente è responsabile del settore gestione e sviluppo del personale tecnico amministrativo dell'Area Personale e Organizzazione dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca.