

NUOVA SERIE ON LINE  
2017, N. 1



Quaderni di Biblioteca della libertà

**ELISA REBESSI, FRANCESCO ZUCCHINI**

**QUANDO IL GIUDICE DIVENTA  
IL CONSULENTE GIURIDICO DEL GOVERNO.  
IL RUOLO DEL CONSIGLIO DI STATO  
NELLA POLITICA DELL'ESECUTIVO  
IN PROSPETTIVA COMPARATA**



Quaderni di Biblioteca della libertà  
Nuova serie online diretta da Maurizio Ferrera e Beatrice Magni  
Direttore responsabile: Salvatore Carrubba

Centro di Ricerca e Documentazione  
Luigi Einaudi  
Via Ponza 4 • 10121 Torino • [segreteria@centroeinaudi.it](mailto:segreteria@centroeinaudi.it)  
[www.centroeinaudi.it](http://www.centroeinaudi.it)

*Copyright © 2017 by Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi, Torino. Tutti i diritti sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere fotocopiata, riprodotta, archiviata, memorizzata o trasmessa in qualsiasi forma o mezzo – elettronico, meccanico, reprografico, digitale – se non nei termini previsti dalla legge che tutela il diritto d'autore.*

Prima edizione: febbraio 2017

Elisa Rebessi  
Francesco Zucchini

**Quando il giudice diventa il consulente giuridico del governo.  
Il ruolo del Consiglio di Stato nella politica dell'esecutivo in prospettiva comparata**

1. INTRODUZIONE

L'interazione strategica fra corti e attori legislativi è da tempo al centro delle ricerche sull'attività giurisdizionale e sul processo legislativo. L'assunto centrale degli approcci strategici è che sia i giudici sia gli attori legislativi sono consapevoli che le loro azioni e il loro potere sono interdipendenti (Knight e Epstein 1998). Entrambi gli attori sanno cioè che la loro capacità di perseguire i propri obiettivi dipende, inevitabilmente, anche dalle azioni degli altri attori.

Non è sorprendente che la maggior parte delle ricerche che si richiamano a questo framework teorico si focalizzi sul ruolo delle corti costituzionali. In presenza di costituzioni rigide, che richiedono maggioranze qualificate per essere modificate, maggioranze legislative semplici non sono in grado di sconfessare eventuali decisioni sgradite assunte dalla corte costituzionale. Pertanto, non solo la corte costituzionale può esercitare un veto nel processo legislativo. Essa può anche diventare un legislatore incontrastato di fatto: un attore politico temibile, le cui mosse devono essere anticipate dalle maggioranze legislative. Lo stesso non sembra si possa dire a proposito delle corti ordinarie e della loro attività interpretativa. In questo caso, infatti, maggioranze legislative semplici avrebbero sempre la possibilità di superare, con una nuova legge, una decisione della corte. L'argomento sembra ancora più convincente nel caso in cui il bersaglio della corte sia un atto amministrativo adottato dal governo nel suo insieme, o da un ministro, o da un'agenzia amministrativa. Poiché gli atti amministrativi sono in fondo alla gerarchia delle fonti normative, il governo e gli attori legislativi dovrebbero sempre poter restringere quasi del tutto il margine di manovra dei giudici.

In realtà, tale presupposto è ingannevole e ha precluso lo sviluppo di studi volti ad analizzare le interazioni strategiche che si svolgono nella fase di implementazione delle politiche. Innanzitutto, le leggi hanno un impatto sulla realtà sociale proprio attraverso i decreti e gli atti amministrativi che vincolano i comportamenti di burocrazie e cittadini. In altri termini, ciò che è formalmente subordinato alla legge, gli atti amministrativi, è spesso in realtà proprio ciò che conferisce alla legge larga parte del suo contenuto di policy. Inoltre, i governi di coalizione, largamente diffusi nei regimi democratici, difficilmente sono in grado di arginare le azioni delle corti ordinarie volte ad abolire, emendare o a rallentare l'emanazione dei regolamenti ministeriali e governativi. Nell'interazione strategica con una corte non-costituzionale, i legislatori e gli attori governativi hanno l'ultima parola solo se concordano sul "significato" da attribuire alla stessa. Una corte che agisca in modo strate-

gico può approfittare dell'eterogeneità nelle preferenze di policy dei membri della coalizione di governo per impedire che si formi una maggioranza legislativa in grado di rovesciare una sua decisione. Infine, in alcuni paesi, le corti amministrative svolgono anche un ruolo fondamentale come consulenti giuridici del governo, prima che gli atti amministrativi siano promulgati. Proprio quest'ultimo aspetto è l'oggetto di indagine approfondita del presente contributo.

Nella prima sezione illustriamo come il controllo di legalità *ex ante* ed *ex post* sugli atti del governo ha luogo in 15 paesi europei. A diversi tipi di controllo corrispondono differenti livelli di coinvolgimento delle corti amministrative nella sfera del potere esecutivo. Nelle due sezioni seguenti, analizziamo il caso italiano in profondità considerando l'interazione fra governi e Consiglio di Stato, suprema corte amministrativa e, allo stesso tempo, maggiore organo consultivo del governo. Tale analisi fa luce sulle condizioni politiche in cui gli attori governativi decidono di avvalersi della consulenza giuridica del Consiglio di Stato e sugli strumenti formali ed informali con cui essi cercano di anticipare le decisioni del Consiglio di Stato come corti. La grande varietà di condizioni politiche che ha caratterizzato l'Italia negli ultimi trent'anni e il doppio ruolo di cui il Consiglio è investito (di giudice e di consulente) ci permettono, nella sezione conclusiva, di usare il caso italiano per formulare delle ipotesi sulle differenze osservate nei diversi paesi nei livelli di coinvolgimento delle corti amministrative nella sfera dell'esecutivo.

## 2. CORTI AMMINISTRATIVE E CONTROLLO EX ANTE SUGLI ATTI AMMINISTRATIVI IN 15 PAESI EUROPEI

Con l'eccezione di rari e rilevanti contributi (Mény 1994, Righettini 1998, Rose Ackerman and Lindseth 2010), lo studio della relazione fra corti amministrative ed esecutivi è poco indagato dalla scienza politica. Le corti amministrative valutano la legittimità degli atti del governo e, nel contenzioso, possono annullare gli atti amministrativi che ritengono illegittimi. Nella maggior parte dei paesi dell'Europa continentale, il controllo giurisdizionale degli atti amministrativi è esercitato da corti organizzate in un sistema separato all'interno del potere giudiziario, parallelo a quello dei tribunali civili e penali. E' questo il caso di Francia, Italia, Germania, Austria, Belgio, Olanda, Lussemburgo, Grecia e Portogallo. Fra i paesi del nord Europa, Finlandia e Svezia seguono lo stesso modello. Al contrario, in Spagna il contenzioso amministrativo è attribuito a specifiche sezioni delle corti ordinarie, come in Inghilterra.

Un aspetto senz'altro meno noto è che le corti amministrative possono essere coinvolte anche nel drafting degli atti amministrativi. Prima di essere definitivamente promulgati dai governi (o dai singoli ministri) e prima di divenire potenziale oggetto del controllo giurisdizionale delle corti, gli atti amministrativi sono valutati da diversi organismi in base alle regole di ciascun paese. Ci sono paesi in cui il controllo *ex ante* è esercitato interamente all'interno del governo (Germania e Portogallo). In alcuni casi una supervisione *ex ante* è condotta anche da commissioni appartenenti al legislativo (Inghilterra). In altri paesi, oltre al controllo dei servizi giuridici e di altre unità interne all'esecutivo, anche le corti amministrative esercitano un'attività di monitoraggio *ex ante* sugli atti.

Nella Tabella 1, le corti amministrative di 15 paesi Europei sono classificate in base alla loro relazione con le altre corti e al livello di sovrapposizione fra organismi deputati a giudicare e organismi deputati a fornire consulenza *ex ante* sugli atti del governo. Più le corti

sono coinvolte nella sfera dell'esecutivo, più tendono ad essere separate dalla giustizia ordinaria, e più gli organismi di consulenza giuridica ex ante e gli organismi giurisdizionali tendono a sovrapporsi.

TABELLA 1. CLASSIFICAZIONE DELLE CORTI AMMINISTRATIVE, BASATA SULLA LORO ORGANIZZAZIONE ALL'INTERNO DEL POTERE GIUDIZIARIO E SULLA SOVRAPPOSIZIONE FRA ORGANISMI CONSULTIVI E GIURISDIZIONALI

Organizzazione delle corti amministrative nel giudiziario	Sovrapposizione tra organismi consultivi e giurisdizionali (--)		(++)
Consigli di Stato	Francia	Lussemburgo (dopo il 1996)	Italia Belgio Olanda Grecia
Corti Amministrative	Austria Germania Portugal	Finlandia Svezia	
Sezioni specializzate di tribunali civili	Inghilterra Irlanda Spagna Danimarca		

Fonte: documenti ufficiali della Associazione dei Consigli di Stato e delle Supreme Giurisdizioni Amministrative dell'Unione Europea (ACA-Europe), <http://www.aca-europe.eu/index.php/en/tour-d-europe-en> e informazioni tratte dal sito istituzionale del Consiglio di Stato

Ovviamente più i “consulenti” giuridici sono vicini ai giudici amministrativi (sino ad una piena sovrapposizione), più la loro opinione rifletterà l'orientamento dei giudici, e più il governo (e i ministri) saranno in grado di anticipare gli effetti di una eventuale attività giurisdizionale sui regolamenti o sugli atti amministrativi da loro emanati. Inoltre, l'opinione di un attore terzo, estraneo alle dinamiche di *party politics* interne al governo, può fornire garanzie aggiuntive ai partiti che compongono la coalizione di governo contro il rischio di *ministerial drift*<sup>1</sup>. Tuttavia, conoscere l'orientamento di una corte amministrativa e coinvolgerla

<sup>1</sup> L'espressione *ministerial drift* delinea un problema di agenzia che ha luogo nei governi multipartitici quando l'attuazione di una legge si discosta dall'accordo originario pattuito fra i membri della coalizione. Thies (2001) e Martin & Vanberg (2005) ritengono che istituzioni governative e legislative possono mitigare il rischio di comportamento opportunistico da parte dei membri del governo che, in qualità di ministri, propongono la legge. Noi sosteniamo che il *ministerial drift* possa riguardare anche l'adozione degli atti amministrativi: in assenza di meccanismi di controllo, il ministro responsabile per la promulgazione dell'atto può usare la sua discrezionalità per muovere la policy finale nella sua direzione, a scapito delle preferenze degli altri ministri.

direttamente o indirettamente nel processo di elaborazione degli atti amministrativi non è privo di costi. L'emanazione degli atti può essere posposta (a volte può persino arenarsi) e le valutazioni di tipo giuridico-formale finiscono per prevalere su qualsiasi altra considerazione legata agli obiettivi della politica e ai suoi risultati. Per i membri del governo che auspicano un cambiamento di policy non è certamente una prospettiva incoraggiante. I diversi paesi europei sembrano pesare in modo diverso vantaggi e svantaggi della contiguità fra corti amministrative e governi. Un'analisi in profondità del caso italiano negli ultimi trent'anni può aiutare a spiegare perché.

### 3. IL CONSIGLIO DI STATO IN ITALIA

Il Consiglio di Stato è una delle istituzioni più antiche del sistema politico italiano. Nato come organo consultivo del sovrano sabaudo (1831), il Consiglio ha saputo modificare e adattare le sue funzioni ai diversi regimi politici che si sono susseguiti (Meny 1994, Righettini 1998). Oggi è la suprema corte amministrativa (il secondo e ultimo livello di decisione dopo i tribunali amministrativi regionali) e uno dei più rilevanti organi consultivi del governo. Come consulente del governo, il Consiglio esercita un controllo ex ante obbligatorio su importanti categorie di atti: i regolamenti e i testi unici. Esso accerta che gli atti del governo siano coerenti con le leggi primarie e con le procedure amministrative. Come corte, il Consiglio di Stato può pronunciarsi, in appello, sulla legittimità degli stessi atti del governo e dei relativi provvedimenti applicativi. 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 nell'arco della loro carriera, rendendo l'istituzione alquanto omogenea.

La peculiare configurazione dell'istituzione, che appartiene sia all'esecutivo che al giudiziario, ha tradizionalmente indotto i governi a cooptare membri del Consiglio di Stato in posizioni amministrative chiave all'interno dei gabinetti ministeriali (capi di gabinetto, capi ufficio legislativo, consulenti giuridici) facendo dei 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). Anche il doppio ruolo, di controllore ex ante e di giudice ex post sullo stesso tipo di norme e l'evidente conflitto di interessi non sono passati inosservati (Ainis 2009, Bin 2013, Scalfari 2015).

Il potere di dilazione del Consiglio come controllore ex ante dei regolamenti<sup>2</sup> e la presenza pervasiva dei consiglieri in ogni ganglio del potere esecutivo sono un fenomeno ben documentato (Rebessi 2016). Il governo in Italia può realizzare la prima fase dell'implementazione delle leggi e dei decreti legislativi che richiedano atti applicativi emanando regolamenti e atti amministrativi generali (AAG). Entrambi, AAG e regolamenti, si

<sup>2</sup> Questo fenomeno è evidenziato in modo ricorrente dai commentatori (Scalfari 1997). La funzione consultiva del Consiglio di Stato è riportata fra le cause "esterne", non imputabili all'amministrazione ministeriale, per il ritardo accumulato sull'emanazione dei decreti attuativi di numerose leggi anche da un recente report a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri del governo Monti ([http://presidenza.governo.it/ufficio\\_statistica/documenti/rapporto\\_amministrativo.pdf](http://presidenza.governo.it/ufficio_statistica/documenti/rapporto_amministrativo.pdf))

rivolgono a destinatari plurimi, non identificabili a priori, ma, a differenza dei regolamenti, gli AAG non richiedono il controllo ex ante del consiglio di Stato per essere adottati. Cionondimeno, gli AAG hanno effetti generali<sup>3</sup> e i governi possono usarli in alternativa ai regolamenti. Pertanto, comparando il tempo necessario a promulgare, rispettivamente, i regolamenti e gli AAG, è possibile stimare il ritardo che comporta l'intervento ex ante del Consiglio di Stato. La Tabella 2 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 2014: economia, istruzione (include università e ricerca), interno, giustizia e difesa, in base ai diversi tipi di atto (regolamenti e AAG).

TABELLA 2 TIMING PER L'ADOZIONE DEI REGOLAMENTI E DEGLI AAG, PER SETTORE DI POLICY. MEDIANA DEL NUMERO DEI GIORNI CHE SEPARANO LA DATA DELLA LEGGE E LA DATA DEI DECRETI AMMINISTRATIVI

<i>Settori di policy</i>	Regolamenti		AGG		Regolamenti + AAG, per settore di policy	Numero medio di consiglieri, per go- verno, per settore di policy
	Numero di Giorni	(N)	Numero di Giorni	(N)	Numero Totale di Atti (N)	
Economia	678	430	252	111	541	3.70
Istruzione	664	159	176	37	196	1.70
Difesa	979,5	92	830	5	97	0.47
Interno	845	176	305	18	194	0.35
Giustizia	728	101	503	13	114	0.17
Numero Totale di atti (N)	/	958	/	184	1142	/

*Dati:* imputazione manuale dei dati, tratti da informazioni disponibili nel database giuridico Leggi d'Italia (1988–2014). Tipi di atto: D.M., D.P.R., D.P.C.M., atti derivanti da leggi precedenti al 1988 escluse. Numero totale di osservazioni: 1.142; 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))

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” e “interno”, i regolamenti richiedono

<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.

almeno il triplo dei giorni rispetto agli AAG per essere emanati. Nel settore “istruzione”, i regolamenti richiedono almeno il quadruplo dei giorni, rispetto agli AAG, per essere adottati. 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 almeno quattro consiglieri nel ministero dell’Economia e almeno due 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, richiedendo il parere obbligatorio del Consiglio di Stato, impiegano così tanto tempo in più per essere adottati? E perché il Consiglio di Stato impiega così tanto tempo per valutare la legittimità dei regolamenti? E’ il reclutamento individuale dei consiglieri di Stato come consulenti nei ministeri uno strumento, alternativo allo scrutinio della sezione consultiva per gli atti normativi, per anticipare l’orientamento del Consiglio di Stato stesso come corte ? Per rispondere a queste domande, nelle prossime due sezioni sono introdotte alcune ipotesi sulle preferenze degli attori governativi e del Consiglio di Stato e sulla natura dell’interazione strategica che li contraddistingue.

#### 4. L’INTERAZIONE STRATEGICA FRA GOVERNO E CONSIGLIO DI STATO

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 (AGG) e atti che, al contrario, lo richiedono (regolamenti). Pertanto la prima mossa spetta agli attori governativi, che devono trovare un accordo durante il processo legislativo. Se essi decidono di non introdurre il termine “regolamento” nel testo finale della legge, allora il Consiglio di Stato può intervenire solo come corte di appello, qualora abbia avuto luogo un contenzioso sull’atto amministrativo adottato. Nel caso in cui lo strumento normativo prescelto sia invece un regolamento, allora il Consiglio di Stato deve obbligatoriamente mandare al governo un parere sulla bozza del regolamento. Il parere può essere positivo o (più spesso) interlocutorio, e non è vincolante. Quando i pareri sono positivi il Consiglio di Stato sostanzialmente concorda sul contenuto della bozza. 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. E’ importante notare che è in teoria sempre possibile per gli attori governativi replicare ad una decisione negativa del Consiglio con una nuova legge. 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.

#### 4.1. 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 agisca come uno speciale caso di corte *policy conserver*.

Le teorie strategiche sul comportamento delle corti hanno identificato due possibili classi di preferenze dei giudici. Secondo Ferejohn and Weingast (1992, 268), 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 agiscono strategicamente, cioè 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 che lo status quo finale corrisponda all’opzione preferita. Pertanto, anche nel caso di una *conserver court*, l’obiettivo del mantenimento della legislazione originaria (o dell’intento originario del legislatore) viene limitato dalla configurazione della maggioranza legislativa vigente.

Le tipologie proposte dalla letteratura prendono in considerazione solo casi di corti le cui interpretazioni possono stabilire de facto nuove leggi o modificare leggi esistenti. Le decisioni del Consiglio di Stato italiano possono modificare o abolire la legislazione secondaria. 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 di policy sostanziali possano talora svolgere un ruolo importante nel determinare il comportamento della corte. Tuttavia, anche in questo caso, le preferenze dei consiglieri tendono ad 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.

#### *Reclutamento non-partisan e basso livello di politicizzazione*

I membri del Consiglio di Stato nominati dal governo sono una minoranza: il 50% dei consiglieri è reclutato fra giudici dei tribunali amministrativi regionali (T.A.R.) con almeno quattro anni di esperienza; il 25% è selezionato attraverso concorso pubblico fra i giudici dei T.A.R. con almeno un anno di esperienza, magistrati ordinari e militari con almeno quattro anni di esperienza, magistrati della Corte dei Conti, avvocati dello Stato con almeno un anno di anzianità, funzionari della carriera direttiva del Parlamento con almeno quattro anni di anzianità, funzionari delle amministrazioni pubbliche con qualifica dirigenziale laureati in giurisprudenza con almeno cinque anni di anzianità; il restante 25% è nominato dal governo tra professori universitari ordinari di materie giuridiche, avvocati con almeno quindici anni di esercizio professionale iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni

superiori, dirigenti generali delle amministrazioni pubbliche, magistrati con qualifica non inferiore a quella di magistrati di Corte d'appello (legge 186/1982).

A differenza di quanto avviene nella magistratura ordinaria, l'associazione nazionale dei magistrati amministrativi non è organizzata in fazioni *partisan*<sup>5</sup>. I membri del Consiglio di Stato che hanno svolto incarichi extragiudiziari non presentano affiliazioni politiche di lungo termine. Durante la Seconda Repubblica (1994-oggi), l'88% dei giudici che ha svolto incarichi extra-giudiziari in più di un governo nello stesso settore di policy è stato reclutato sia da governi di centrosinistra che di centrodestra<sup>6</sup>.

#### *Basso livello di turnover*

Il turnover dei giudici è particolarmente basso: il 94% dei presidenti di sezione nel 1998 ha ricoperto lo stesso incarico per almeno dieci anni; e il 90% dei presidenti di sezione nel 2015 era già nella stessa posizione nel 2004<sup>7</sup>. E' 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 ad opporsi al *policy change* se quest'ultimo ne riduce le prerogative. Per esempio, il Consiglio di Stato e il T.A.R. 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 infatti 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 ad opporsi al cambiamento<sup>8</sup>.

L'assunto che il Consiglio di Stato sia una corte *policy conserver* ha ovviamente importanti implicazioni per spiegare i ritardi che si osservano durante il controllo ex ante, quando il Consiglio è tenuto a dare un parere obbligatorio sui regolamenti. Sembra plausibile ipotizzare che maggiore è la disapprovazione del Consiglio riguardo al cambiamento che il governo intende introdurre attraverso un regolamento, maggiore sarà il ritardo con cui ema-

<sup>5</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>6</sup> Dati sugli incarichi extragiudiziari in quattro settori di policy: economia, istruzione, giustizia, interno, 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>7</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>8</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.

nerà il proprio parere. Ciononostante gli attori governativi ricorrono di frequente a un atto regolativo che richiede il parere obbligatorio del Consiglio di Stato, anziché utilizzare procedure alternative che non lo prevedono. Perché mai il governo si assume il rischio di esporre così a lungo l'implementazione della legge?

Due sono a nostro avviso le possibili spiegazioni, non necessariamente in contrasto l'una con l'altra. La prima si basa sul ruolo che una corte *policy conserver* può svolgere contro il rischio di *ministerial drift* in un governo eterogeneo, quando il cambiamento è marginale. La seconda si riferisce all'utilità di avere un'informazione esaustiva sulle preferenze del Consiglio di Stato.

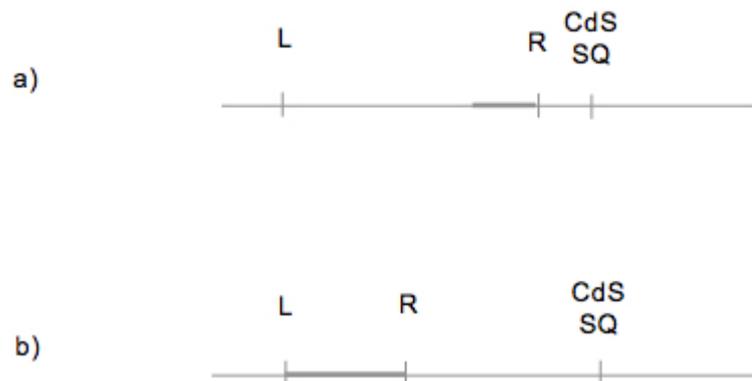
#### 4.2 Un "guardiano della legge" che limita il potere discrezionale dei ministri

Poiché il Consiglio di Stato agisce come una corte *policy conserver*, le forze politiche più vicine allo status quo vigente potrebbero trovare conveniente coinvolgere il Consiglio nel processo di implementazione delle leggi. Quando il Consiglio dà pareri sui regolamenti, esso 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. Tale processo richiede tempo e, come mostrato, spesso ritarda l'adozione dei regolamenti. Tuttavia, fornendo tale controllo, il Consiglio di Stato è in grado di limitare il potere discrezionale dei ministri. Mentre nell'adozione di un disegno di legge governativo, per prevenire il fenomeno del *ministerial drift*, i partiti che fanno parte della coalizione possono contare sull'attento scrutinio del Parlamento e in particolare delle commissioni parlamentari (Thies 2001, Martin e Vanberg 2005), gli atti amministrativi sono al contrario spesso redatti all'interno di ciascun ministero e con scarsa cooperazione interministeriale e controllo reciproco. 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 del precedente status quo. Pertanto, in tali circostanze, il disegno di legge del governo includerà come atti amministrativi da adottare successivamente solo quelli che richiedono il controllo ex ante del Consiglio.

Si immagini che due partiti, L ed R, formino un governo in uno spazio di policy unidimensionale, lungo un continuum sinistra-destra. Nella Figura 1a, i punti ideali dei partiti sono collocati in L ed R e lo status quo si trova in SQ. Se si assume che il Consiglio di Stato sia una corte *policy conserver*, il suo punto ideale coincide con SQ. Lo status quo può essere modificato con una legge, perché, per entrambi i partiti sulla linea L-R, ci sono politiche migliori di SQ (si veda il segmento in grassetto). Tuttavia, dopo che la legge è stata approvata, se L è il partito del ministro incaricato di adottare gli atti amministrativi che realizzano il cambiamento legislativo, allora per R il risultato finale può essere anche peggiore di SQ. L può promulgare atti che muovono il risultato finale vicino al suo punto ideale e lontano da quello di R. Il Consiglio di Stato, in presenza di un contenzioso, potrebbe senza dubbio modificare gli atti amministrativi, spostando l'implementazione della policy fino al punto ideale di R, il miglior esito che la corte può ottenere senza indurre reazioni legislative. Tutto questo richiederebbe però tempo e intanto la legislazione secondaria produrrebbe effetti sulla realtà sociale. In alternativa, il Consiglio può immediatamente e temporaneamente prevenire il cambiamento di policy e, una volta trasmesso il parere al governo,

segnalare la presenza di un *ministerial drift*. Il ruolo del Consiglio di Stato come consulente ha un'utilità per R che cambia in base alla distanza che separa R dallo status quo iniziale SQ e dal partner di governo L. Ceteris paribus, essa è maggiore quando il governo è eterogeneo e la legge introduce un cambiamento molto marginale.

FIGURA 1. ATTIVAZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO COME "GUARDIANO"



Nella Figura 1b lo status quo iniziale SQ è molto lontano da R e R ed L sono abbastanza vicini. In altre parole, il possibile cambiamento legislativo è ampio e il governo è eterogeneo. In questo scenario, anche se L fosse in grado di ottenere il suo punto ideale con la legislazione secondaria, tale esito sarebbe migliore per R rispetto a preservare temporaneamente SQ. Pertanto, in tale scenario, R non ha ragioni convincenti per coinvolgere il Consiglio con il controllo obbligatorio ex ante.

#### 4.3 La funzione informativa dei pareri e i consiglieri consulenti del governo.

Le precedenti rappresentazioni spaziali assumono che la posizione del punto ideale del Consiglio sia perfettamente nota agli attori governativi. Tuttavia un modello più realistico dovrebbe includere un certo livello di incertezza.

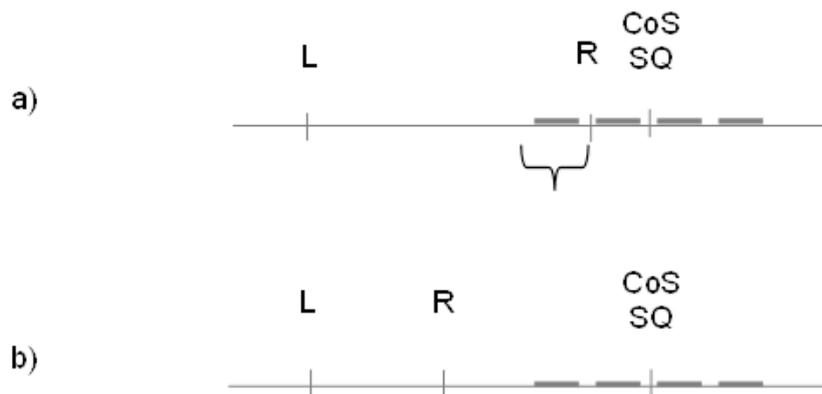
In accordo con l'ipotesi della corte *policy conserver*, possiamo assumere che gli attori governativi sappiano che il punto ideale del Consiglio si colloca nelle vicinanze dello status quo iniziale SQ. Essi tuttavia non conoscono precisamente la sua posizione, a meno che non decidano di richiedere il parere del Consiglio di Stato, o di investire in un'ulteriore raccolta di informazioni, reclutando consiglieri di Stato all'interno dei ministeri. Entrambe le scelte implicano un costo. Il parere del Consiglio implica ritardi nell'implementazione della legge. Il (probabilmente meno efficace) reclutamento di consiglieri all'interno dei ministeri dirotta energie e risorse da valutazioni sui possibili effetti dei provvedimenti ad uno scrutinio improntato ad una logica esclusivamente giuridico-formale.

Un investimento in informazione che riduca l'incertezza sulla posizione del Consiglio di Stato deve beneficiare gli attori governativi. Se assumiamo che, nella fase finale del gioco, il Consiglio di Stato agendo come corte sceglierà l'outcome che gli attori legislativi non sono in grado di cambiare, allora conoscere precisamente la posizione del Consiglio non

avrà sempre lo stesso valore informativo. Il valore informativo sulle decisioni del Consiglio dipende dalla distanza che separa SQ dai membri della coalizione di governo.

Nella Figura 2, sono stati replicati gli stessi scenari della Figura 1, ma ora la posizione del Consiglio di Stato non è conosciuta con certezza. Possiamo assumere che per gli attori politici vi sia una distribuzione uniforme di probabilità che il Consiglio sia collocato sulla linea punteggiata. Quando il cambiamento è marginale, come è in a), se il punto ideale del Consiglio è alla destra di R, allora la sua decisione finale sarà R. Se esso si trova alla sinistra di R, allora il Consiglio otterrà il suo punto ideale. Al contrario, quando si verifica un ampio cambiamento, come in b), e il Consiglio è con ogni probabilità posizionato lontano dagli attori governativi, non importa la posizione esatta del Consiglio sulla linea tratteggiata, la sua decisione finale sarà sempre R, a meno che il Consiglio non preferisca essere sconfessato dagli attori governativi con una nuova, più dettagliata legge<sup>9</sup>.

FIGURA 2 IL RUOLO DELL'INFORMAZIONE RELATIVA AL PUNTO IDEALE DEL CONSIGLIO DI STATO



Pertanto, mentre nel primo scenario, conoscendo più precisamente la posizione della corte, il governo può impedire che un atto amministrativo diverso dal punto ideale della corte sia modificato da quest'ultima, nel secondo scenario, un'informazione dettagliata sulla posizione della corte non è altrettanto importante.

## 5. IPOTESI, DATI E VARIABILI

In base ai modelli spaziali di attivazione del Consiglio di Stato illustrati nelle ultime due sezioni, i governi dovrebbero ricorrere di più alla consulenza del Consiglio di Stato quando sono più eterogenei. Questo avviene quando il *range* ideologico dei governi è ampio e lo spazio per il *policy change* è limitato, vale a dire quando lo status quo è al di fuori dello spa-

<sup>9</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.

zio politico definito dalla coalizione di governo, ma comunque prossimo ad uno degli attori nel governo. L'alternanza governativa è, al contrario, il candidato più promettente fra i fenomeni politici che possono rendere possibile e desiderabile per tutti i membri del governo un ampio *policy change* contro la preferenza del Consiglio di Stato per lo status quo. In un sistema politico in cui l'alternanza di governo è un fenomeno frequente e importante, gli attori governativi spesso ereditano uno status quo collocato nel lato opposto dello spettro ideologico. Pertanto, non solo il *policy change* è possibile, ma è anche ampio. Due ipotesi possono essere formulate come segue:

*Ipotesi 1. L'eterogeneità governativa ha un impatto positivo sull'attivazione del Consiglio di Stato (misurata in termini di numero di regolamenti approvati)*

*Ipotesi 2. L'alternanza governativa ha un impatto negativo sull'attivazione del Consiglio di Stato.*

In aggiunta alle ipotesi 1 e 2, il ruolo dell'informazione precedentemente discusso permette di fare un'ulteriore previsione sul reclutamento dei consiglieri di Stato nei dipartimenti ministeriali e sui suoi effetti. Noi sosteniamo che la propensione a reclutare i consiglieri come consulenti individuali dipenda dalla necessità di anticipare le decisioni del Consiglio come corte<sup>10</sup>. Pertanto, quando il *policy change* è marginale, vale a dire quando l'alternanza governativa è scarsa, gli attori governativi potrebbero essere meno inclini ad attivare la funzione consultiva del Consiglio di Stato, se possono contare su una fonte alternativa di informazione, vale a dire gli stessi consiglieri distaccati presso i ministeri.

*Ipotesi 3. Il numero di consiglieri di Stato reclutati in posizioni chiave nei ministeri ha un impatto negativo sull'attivazione del Consiglio (misurata come numero di regolamenti) al ridursi dell'alternanza governativa.*

Per testare le ipotesi, sono stati raccolti dati fra il 1988 e il 2014 sui regolamenti e gli AAG adottati su iniziativa di cinque ministeri, economia, difesa, interno, giustizia e istruzione. I dati sono stati raccolti dal 1988 perché, a partire da quella data, la legge 23 agosto 1988 n. 400 sull'organizzazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri ha reso obbligatorio il controllo di legalità ex ante esercitato dal 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 utilizzate dagli studiosi di diritto pubblico e amministrativo per classificare questi tipi di atti<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Questo fatto è stato confermato da un consigliere giuridico della Presidenza del Consiglio dei Ministri (Rebessi 2015).

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

La variabile dipendente, *Consiglio di Stato*, è una variabile *dummy*, che assume valore uno quando il governo (o i ministri) adottano un regolamento e zero 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 e alternanza, sono operazionalizzate in due modi alternativi. Nel primo, si utilizzano informazioni sulla collocazione dei partiti governativi sullo spazio politico, nel secondo si tiene solo conto della presenza di esponenti dei diversi partiti nel Consiglio dei ministri.

### 5.1 Misure spaziali

Per collocare i partiti nello spazio politico, ci siamo basati sui punteggi ricavati da una serie di expert surveys da Laver e Hunt (1992), Benoit e Laver (2006), Curini e Iacus (2008), Di Virgilio *et al.* (2015). Data la natura multidimensionale del *policymaking* del governo, per misurare l'eterogeneità abbiamo calcolato le differenze in valore assoluto fra i due partiti di governo più estremi su ciascuna delle quattro dimensioni: “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”.

L'eterogeneità governativa, chiamata *Range*, è la media di queste differenze (Tsebelis e Chang 2004). Il *Range* assume valore zero nei casi dei governi tecnici Dini e Monti, composti interamente da ministri non affiliati a partiti.

L'alternanza di governo, chiamata *Alternanza Spaziale*, è la distanza nello spazio politico fra il governo in carica e il precedente. Seguendo Tsebelis e Chang (2004), è stato calcolato il *mid-range* (punto intermedio) di ciascun governo su ciascuna delle precedenti quattro dimensioni ed è stata calcolata la differenza in valore assoluto fra i *mid-range* di due governi successivi in ciascuna dimensione. Quindi è stata calcolata la distanza multidimensionale fra due governi in successione applicando il Teorema di Pitagora<sup>12</sup>

### 5.2 Misure di Party Membership

La misura non spaziale di eterogeneità governativa, chiamata *Pgov*, è il numero di partiti al governo. Nei due governi tecnici Dini e Monti questa variabile è uguale a uno, essendo conteggiato come unico partito il premier.

La misura non-spaziale di alternanza governativa è stata calcolata come il rapporto fra nuovi partiti al governo, vale a dire partiti al governo che non erano già parte del governo precedente e numero totale di partiti al governo. Questa variabile è chiamata *NewParties*. Nei due governi tecnici, tale variabile è calcolata considerando i partiti che hanno sostenuto il governo nel corso della sua esistenza.

<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.

### 5.3 Capacità burocratica

La capacità di anticipare le decisioni del Consiglio di Stato dipende dall' "investimento" in consiglieri reclutati individualmente presso ciascun ministero, in particolare quando vi sia una maggiore disponibilità a non passare dal controllo ex ante del Consiglio, adottando un AAG. Naturalmente, l'importanza di questo investimento è da rapportare al numero totale di atti che ciascun ministero è solito produrre. Lo stesso numero di consiglieri può avere un impatto diverso 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 reclutati in ciascuna struttura ministeriale e il numero di atti adottati nella stessa struttura.

La terza ipotesi implica che la variabile *Capacità Burocratica* abbia un impatto negativo sull'attivazione del Consiglio di Stato (vale a dire sul numero di regolamenti) più il livello di alternanza è basso. Pertanto in due modelli è stata inclusa una variabile di interazione fra *Capacità Burocratica* e le due diverse operalizzazioni dell'alternanza governativa.

### 5.4 Variabili di controllo

Le due variabili di controllo introdotte nell'analisi si riferiscono alla natura degli atti in relazione con altri atti precedenti e con i governi che hanno adottato la legislazione primaria.

#### *Modifiche a regolamenti esistenti*

La scelta fra regolamenti e AAG può essere influenzata dalla presenza di procedure che regolano l'adozione di specifici tipi di atti. La variabile *Modifica* è uguale a uno se l'atto modifica un regolamento esistente. Un regolamento può in genere essere modificato solo dallo stesso tipo di atto (un altro regolamento).

#### *Misure di "alterità" dei governi*

Molti atti amministrativi sono promulgati da governi successivi ai governi in carica al momento dell'approvazione della legislazione primaria, governi che possono essere anche molto diversi per collocazione sullo spazio politico e composizione partitica. La variabile *Alterità* registra questa differenza. Ci aspettiamo che, quando tale differenza è elevata, gli attori governativi abbiano meno informazioni sulle implicazioni dell'implementazione delle leggi e preferiscano perciò affidarsi al parere del Consiglio di Stato. La nostra aspettativa, pertanto, è che *Alterità* abbia un impatto positivo sull'adozione dei regolamenti, vale a dire sull'attivazione del Consiglio di Stato.

La versione spaziale di questa variabile, *S. Alterità*, è calcolata in modo simile all'alternanza. Viene considerata la differenza fra i *mid-range* dei governi che hanno approvato la legge e i governi che hanno adottato i decreti in ciascuna dimensione. Quindi, in base al Teorema di Pitagora, è calcolata la radice quadrata della somma delle differenze al quadrato. Quando *S. Alterità* aumenta, ci si aspetta che aumenti anche la propensione ad attivare il Consiglio di Stato.

La versione non spaziale della variabile, *N.S. Alterità*, è calcolata come il rapporto fra numero di partiti che sono sia nel governo che ha approvato la legge che in quello che ha adottato i decreti e numero di partiti del governo che ha approvato la legge. Tale variabile assume valore 1, se i governi che adottano le leggi e promulgano gli atti amministrativi so-

no gli stessi o hanno la stessa composizione partitica. La variabile è uguale a zero, se nessun partito del governo che ha approvato la legge è anche membro del governo che promulga gli atti amministrativi. Pertanto ci aspettiamo che *NS. Alterità* abbia un impatto negativo sull'attivazione del Consiglio di Stato.

TABELLA 3 CARATTERISTICHE DELLE VARIABILI

Variabili	N	Mean	St.Dev.	Min	Max
<i>Variabile Dipendente</i>					
Consiglio di Stato	1140	0.839	0.368	0	1
<i>Variabili Indipendenti</i>					
Range	1140	5.902	2.632	0	9.41
Pgov	1140	4.893	2.160	1	8
Alternanza Spaziale	1140	6.863	5.504	0	14.661
NewParties	1140	0.499	0.397	0	1
Capacità Burocratica	1140	0.084	0.105	0	1.333
<i>Variabili di Controllo</i>					
Modifica	1140	0.129	0.335	0	1
S. Alterità	1140	4.808	5.382	0	17.619
NS. Alterità	1140	0.692	0.432	0	1

## 6. ANALISI EMPIRICA

Gli atti raccolti sono stati raggruppati in cinque aree di policy (economia, difesa, interno, giustizia e istruzione). Alcuni fattori non osservabili che influenzano la decisione di attivare il Consiglio di Stato possono dipendere dalle diverse aree di policy. Pertanto, è stata creata una variabile categoriale (*Policy area*). Per testare le ipotesi, viene usata una regressione logistica con le categorie di “*Policy area*” come *fixed effects*<sup>13</sup>. Le analisi sono state condotte sull'intero dataset (Tab. 4 , modelli 1 e 2) e su un sottoinsieme da cui sono stati esclusi

<sup>13</sup> Abbiamo testato le ipotesi anche con un modello multilevel, con *Policy area* come secondo livello. I risultati sono molto simili. Abbiamo condotto le analisi sull'intero dataset e sul sottoinsieme con variabili spaziali calcolate usando le posizioni dei partiti stimate solo sulla dimensione “incremento dei servizi versus diminuzione delle tasse”. Di nuovo, i risultati sono qualitativamente molto simili.

gli atti “ereditati” (Tab. 4 modelli 3 e 4). In altre parole, questo sottoinsieme include solo gli atti amministrativi promulgati dal governo in carica sia al tempo dell’approvazione della legge che dell’emanazione del decreto.

Le prime due ipotesi sembrano essere confermate. Nei modelli 1 e 3, senza termini di interazione e che riguardano, rispettivamente, l’intero dataset e il suo sottoinsieme, l’eterogeneità governativa e l’alternanza di governo hanno un effetto significativo sulla decisione di attivare il Consiglio di Stato nella direzione predetta.

Nei modelli di regressione con le misure non spaziali, ogni incremento di un’unità in  $P_{gov}$  (ogni aumento di un partito nel numero totale di partiti al governo) genera un incremento nella probabilità di sottoporre un atto al controllo ex ante del Consiglio di Stato di circa il 20%. Quando *NewParties* passa da zero a uno, vale a dire quando la composizione del governo passa da non avere nuovi partiti a soli nuovi partiti, la probabilità di attivare il Consiglio di Stato diminuisce di più del 50%.

Nei modelli di regressione con misure spaziali, ogni aumento di un’unità nel *Range* aumenta la probabilità di attivare il controllo ex ante del Consiglio di Stato dell’9% quando consideriamo l’intero dataset, e del 9,6% quando consideriamo il dataset ridotto. Per ciascun aumento di un’unità dell’alternanza misurata in termini spaziali, la probabilità di adottare un regolamento decresce circa del 7%.

Come atteso, gli atti che emendano regolamenti esistenti hanno un’elevata e significativa propensione ad essere essi stessi regolamenti (modelli 1 e 2).

In accordo con la terza ipotesi, il rafforzamento dell’expertise di tipo giuridico, che avviene attraverso il reclutamento di consiglieri di Stato nelle strutture ministeriali, aumenta la probabilità che il governo eviti il controllo ex ante del Consiglio (adottando AGG in luogo di regolamenti). Tuttavia ciò avviene solo quando questo tipo di investimento è più utile, vale a dire quando il livello di alternanza è basso e, presumibilmente, anche la posizione del Consiglio di Stato è prossima a quella degli attori governativi. E’ necessario considerare l’effetto marginale della variabile *Capacità Burocratica* sulla probabilità di attivare il Consiglio di Stato per diversi livelli di alternanza. Ci aspettiamo che l’impatto marginale sia negativo, ma solo per bassi livelli di alternanza.

Le nostre aspettative trovano una sostanziale conferma sia con le misure spaziali che non spaziali (FIG.3) . Quando l’alternanza spaziale è maggiore di 2.5, l’impatto significativo e negativo dell’investimento in ulteriore expertise giuridica scompare sia nelle analisi sull’intero dataset che su quello ridotto. Lo stesso avviene quando si considera la misura di alternanza non spaziale. Nelle analisi sul dataset ridotto, l’impatto non è significativo quando i nuovi partiti sono più del 20%, mentre la soglia è leggermente più alta (28%) per il dataset completo.

TABELLA 4 DETERMINANTI DEI REGOLAMENTI (MISURE NON-SPAZIALI)

VARIABILI	(1)	(2)	(3)	(4)
Pgov	0.203*** (0.0420)	0.193*** (0.0434)	0.180*** (0.0575)	0.161** (0.0630)
NewParties	-0.739*** (0.246)	-1.172*** (0.300)	-0.805** (0.348)	-1.638*** (0.435)
Capacità Burocratica	-1.955*** (0.687)	-2.979*** (0.864)	-2.312 (1.510)	-4.660*** (1.520)
Modifica	1.400*** (0.405)	1.453*** (0.406)	1.094* (0.562)	1.243** (0.573)
NS. Alterità	-0.578*** (0.212)	-0.503** (0.210)		
NewParties* Capacità Burocratica		5.817** (2.302)		12.11*** (3.950)
Policy area benchmark“Economia”				
Giustizia	0.510 (0.343)	0.638* (0.352)	0.857 (0.549)	1.135** (0.570)
Difesa	1.673*** (0.500)	1.689*** (0.502)	2.208*** (0.770)	2.157*** (0.784)
Interno	0.888*** (0.274)	1.043*** (0.284)	0.646* (0.385)	0.995** (0.419)
Istruzione	0.245 (0.233)	0.345 (0.240)	0.334 (0.300)	0.532* (0.319)
Costante	1.296*** (0.338)	1.365*** (0.351)	0.884* (0.475)	1.148** (0.516)
Osservazioni	1.140	1.140	517	517

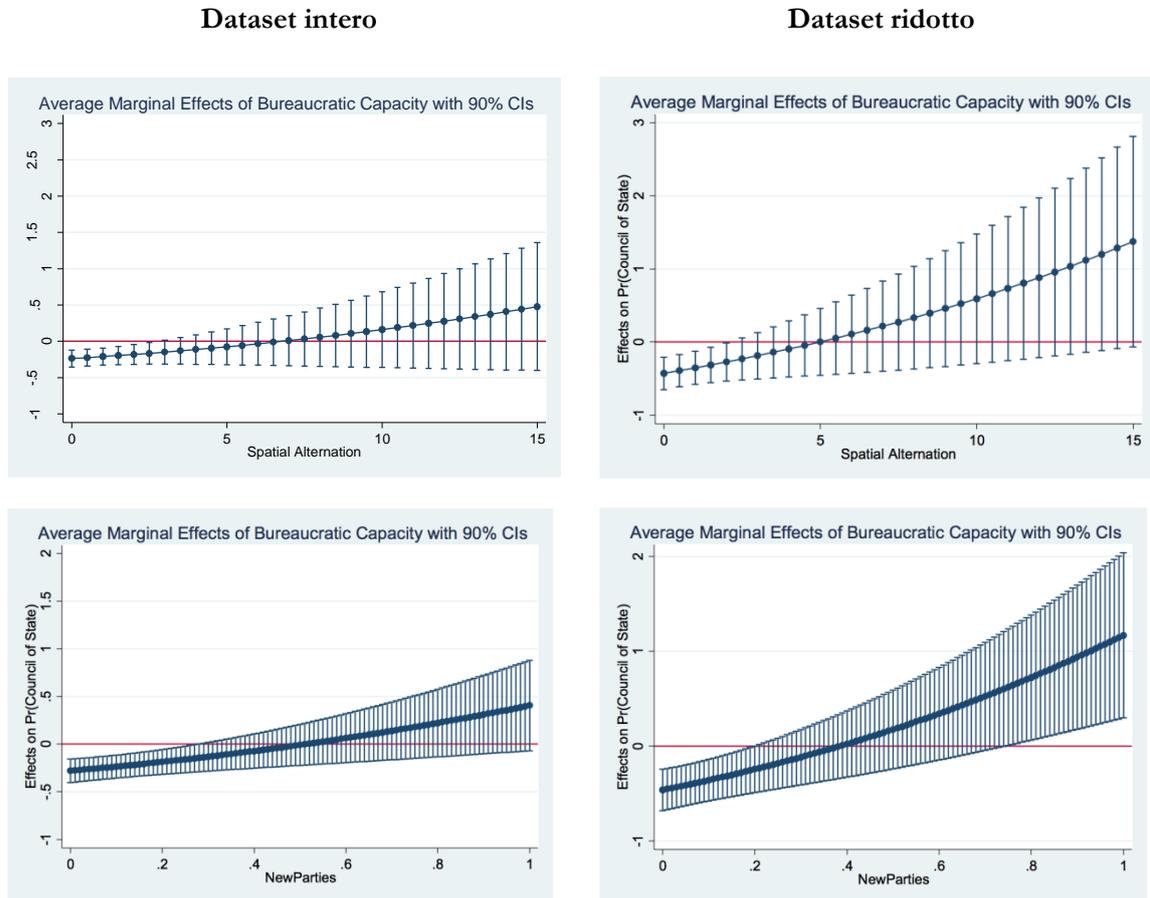
Robust standard errors fra parentesi; \*\*\* p<0.01, \*\* p<0.05, \* p<0.1

TABELLA 5 DETERMINANTI DEI REGOLAMENTI (MISURE SPAZIALI)

VARIABILI	(1)	(2)	(3)	(4)
Range	0.0859*** (0.0314)	0.0882*** (0.0328)	0.0917** (0.0415)	0.0973** (0.0460)
Alternanza Spaziale	-0.0743*** (0.0184)	-0.0920*** (0.0215)	-0.0767*** (0.0285)	-0.112*** (0.0319)
Capacità Burocratica	-2.176*** (0.744)	-2.608*** (0.836)	-3.330** (1.623)	-4.273*** (1.585)
Modifica	1.280*** (0.402)	1.286*** (0.401)	1.106** (0.559)	1.192** (0.561)
S. Alterità	0.1033*** (0.02081)	0.100*** (0.02044)		
Alternanza Spaziale * Capacità Burocratica		0.383 (0.255)		0.857** (0.421)
Policy area benchmark "Economia"				
Giustizia	0.408 (0.340)	0.510 (0.353)	0.760 (0.540)	1.025* (0.571)
Difesa	1.620*** (0.507)	1.604*** (0.508)	2.130*** (0.765)	2.036*** (0.771)
Interno	0.767*** (0.276)	0.904*** (0.300)	0.544 (0.383)	0.932** (0.454)
Istruzione	0.328 (0.226)	0.384* (0.229)	0.386 (0.296)	0.528* (0.314)
Costante	1.103*** (0.289)	1.077*** (0.301)	1.441*** (0.475)	1.328*** (0.500)
Osservazioni	1.140	1.140	517	517

Robust standard errors fra parentesi; \*\*\* p<0.01, \*\* p<0.05, \* p<0.1

FIGURA 3. IMPATTO MARGINALE DELLA CAPACITÀ BUROCRATICA SULLA PROBABILITÀ DI ADOZIONE DEI REGOLAMENTI IN BASE A DIVERSI LIVELLI DI ETEROGENEITÀ GOVERNATIVA E ALTERNANZA



## 7. CONCLUSIONI IN PROSPETTIVA COMPARATA

Nel caso dell'Italia, il controllo ex ante del Consiglio di Stato sui regolamenti sembra dipendere da specifiche condizioni politiche, quali l'elevata eterogeneità governativa e lo scarso livello di alternanza. Il perdurare di queste condizioni per un cospicuo periodo di tempo spiegherebbe l'importanza che ha acquisito il Consiglio di Stato nell'implementazione delle leggi. Tuttavia l'Italia non si presenta come un caso isolato. Come riportato all'inizio dell'articolo, in altri paesi le corti amministrative svolgono un ruolo cruciale nel controllo di legalità ex ante degli atti amministrativi. Pensiamo pertanto che i meccanismi causali identificati nel caso italiano per spiegare la scelta del governo di attivare il Consiglio di Stato possano anche aiutare a spiegare perché, in alcuni paesi, le corti amministrative svolgono una consulenza sulla legislazione secondaria altrettanto importante, mentre in altri no. In particolare ci aspetteremmo che in paesi con bassa eterogeneità governativa ed elevata alternanza, le corti amministrative, quando esistono, non forniscano al governo un controllo di legalità ex ante sugli atti amministrativi. Al contrario, in paesi caratterizzati da alta eterogeneità governativa e bassa alternanza, ci aspetteremmo

di trovare corti amministrative che sono spesso chiamate in causa dai governi per avere pareri sugli atti amministrativi. Per indagare queste aspettative, abbiamo bisogno di alcuni dati comparati. Sulla base della classificazione introdotta nella seconda sezione (Tabella 1) possiamo attribuire diversi punteggi ai paesi Europei a seconda dell'esistenza di una separazione tra funzione consultiva e giurisdizionale delle corti e della vicinanza relativa delle corti amministrative alle corti ordinarie. I punteggi vanno da 1 a 5. "1" significa completa sovrapposizione tra funzioni consultive e giurisdizionali e presenza di un sistema di corti amministrative completamente separato e autonomo dalle corti ordinarie. "5" significa assenza di sovrapposizione tra funzioni consultive e giurisdizionali e presenza di corti amministrative che costituiscono esclusivamente sezioni specializzate delle corti ordinarie. Questi punteggi intendono identificare il livello di coinvolgimento dei giudici amministrativi nella politica dell'esecutivo. Le misure di alternanza e di eterogeneità governativa sono tratte da Zucchini (2011). Le variabili spaziali di eterogeneità (*government heterogeneity*) governativa e alternanza (*alternation*) sono calcolate come le variabili utilizzate nelle nostre analisi, ma solo sulla dimensione "aumento dei servizi pubblici versus taglio delle tasse" (Laver e Hunt 1992). Eterogeneità governativa e alternanza di governo sono stimate anche considerando, rispettivamente, il numero medio di partiti al governo (*parties at government*) e la proporzione di giorni spesi al governo dal partito che è stato più a lungo in carica (*predominance*). Per tutte le variabili, l'autore ha calcolato la media ponderata per il periodo dal secondo dopoguerra fino alla fine degli anni Novanta<sup>14</sup>.

Il grafico a dispersione nella Figura 4 mostra la relazione fra il ranking dei paesi e i due gruppi di variabili politiche. L'eterogeneità governativa, indipendentemente dall'operazionalizzazione, sembra correlata fortemente e negativamente con il livello di coinvolgimento delle corti amministrative nella politica dell'esecutivo<sup>15</sup>. La Grecia costituisce l'unica eccezione, poiché presenta, allo stesso tempo, livelli molto bassi di eterogeneità governativa e un basso punteggio nel ranking dei paesi. Similmente, la variabile *predominance*, misura non spaziale di alternanza, che coglie l'assenza di turnover fra i partiti al governo, si comporta nel senso atteso: maggiore l'assenza di turnover dei partiti al governo, minore la necessità di attivare le corti amministrative come consulenti sulla legislazione secondaria<sup>16</sup>. Anche in questo caso, la Grecia rappresenta un'eccezione. Al contrario, una debole relazione, ma nella direzione negativa attesa, sembra caratterizzare l'alternanza spaziale e il ranking dei paesi<sup>17</sup>.

In conclusione, con l'importante eccezione della Grecia, i dati sembrano suggerire che i meccanismi causali che spiegano la propensione dei governi italiani ad attivare il Consiglio di Stato come consulente possano spiegare anche il ruolo inusuale svolto dai giudici amministrativi nella politica dell'esecutivo di altri paesi europei.

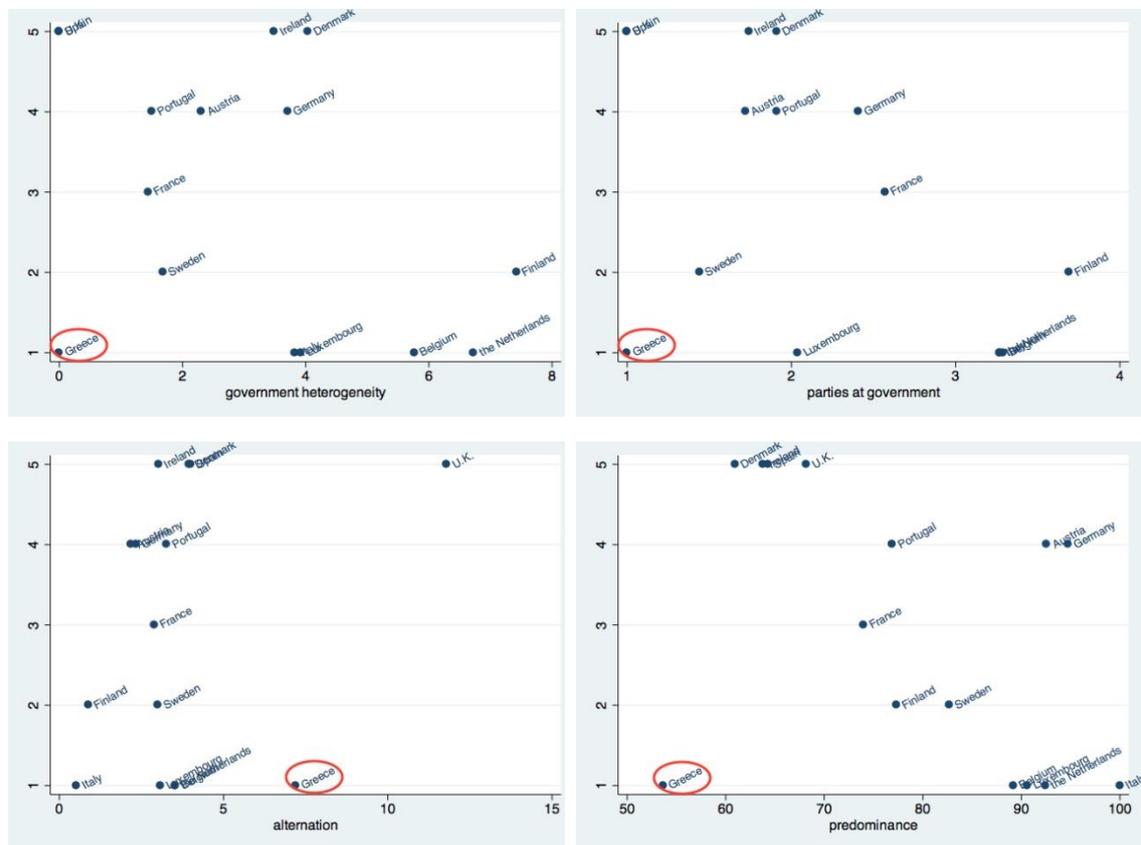
<sup>14</sup> Il periodo considerato è più breve per la Francia, che include solo la V Repubblica, il Portogallo, la Grecia e la Spagna (solo la fase democratica), e l'Italia (solo la Prima Repubblica), Zucchini (2011, 760).

<sup>15</sup> L'indice di correlazione fra *eterogeneità governativa* e ranking dei paesi è -0.60, se si esclude la Grecia. Esso diventa -0.42 con la Grecia. L'indice di correlazione fra il ranking dei paesi e *parties at government* è -0.71 includendo la Grecia e -0.52 includendola.

<sup>16</sup> L'indice di correlazione fra *predominance* e ranking dei paesi è -0.72, escludendo la Grecia, mentre, includendola, diviene -0.45.

<sup>17</sup> L'indice di correlazione fra il ranking dei paesi e alternanza spaziale (*alternation*) è 0.43 se si esclude la Grecia, mentre diventa 0.26 includendola.

FIGURA 4 ETEROGENEITÀ GOVERNATIVA, ALTERNANZA GOVERNATIVA E LIVELLI DI COINVOLGIMENTO DELLE CORTI AMMINISTRATIVE NELLA POLITICA DELL'ESECUTIVO IN 15 PAESI EUROPEI



Fonte: Il ranking dei paesi deriva da computazioni personali basate sulle informazioni tratte da documenti ufficiali della Associazione dei Consigli di Stato e delle Supreme Giurisdizioni Amministrative dell'Unione Europea (ACA-Europe) e dal sito istituzionale del Consiglio di Stato; le misure delle variabili politiche sono tratte da Zucchini (2011)

Ovviamente questi primi risultati necessitano di ulteriori approfondimenti che tengano in considerazione anche la fase genetica delle istituzioni. Un'ulteriore ipotesi plausibile è che, proprio laddove prevalga il controllo di legalità ex ante esercitato dalle corti amministrative, altre forme di *oversight*, maggiormente orientate all'analisi e alla valutazione delle politiche pubbliche, siano, ceteris paribus, meno sviluppate.

#### BIBLIOGRAFIA

- Ainis M. (2009), "Scandalosi controllori controllati", La Stampa, 18/03/2009, <http://www.lastampa.it/2009/03/18/cultura/opinioni/editoriali/scandalosi-controllori-controllati-H8SGa0RgGQfnL1ahb0YFJ/pagina.html>
- Benoit K., Laver M. (2006), *Party policy in modern democracies*, London, Routledge
- Bin R. (2013), "Cose serie, non riforme costituzionali!", *Quaderni costituzionali*, 2:317-327

- Ceron A., Mainenti M. (2015), "Toga party: the political basis of judicial investigations against MPs in Italy (1983-2013)", *South European Society and Politics*, 20(2): 223-242
- Curini L., Iacus S. (2008), "Italian spatial competition between 2006 and 2008: a changing party system?", Paper presentato alla XXII Conferenza della Società Italiana di Scienza Politica (SISP), Pavia, September 5-8, 2008
- Di Virgilio A. et al. (2015), "Party Competition in the 2013 Italian Elections: Evidence from an Expert Survey", *Government and Opposition*, 50(1): 65-89
- Ferejohn J., Weingast B. (1992), "A positive theory of statutory interpretation", *International Review of Law and Economics*, 12: 263-79
- Fittipaldi E. (2009), "Consiglio di Stato e di casta", *l'Espresso*, 08/10/2009, <http://espresso.repubblica.it/palazzo/2009/10/08/news/consiglio-di-stato-e-di-casta-1.16244>
- Guarnieri C. (1992), *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrappesi*, Bologna, Il Mulino
- Knight J., Epstein L. (1998), *The Choices Justices Make*, Washington D.C., CQ Press,
- Laver M., Hunt B.W. (1992), *Policy and Party Competition*, New York, Routledge
- Mania R., Panara M. (2014), *Nomenklatura. Chi comanda davvero in Italia*, Bari, Laterza
- Martin L.W., Vanberg G. (2005), "Coalition Policymaking and Legislative Review", *American Political Science Review* 99(1): 93-106
- Mény Y. (1994), "Conseil d'Etat, Consiglio di Stato: imitazione o divergenze parallele?", in Mény Y. (ed.), *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, Bologna, Il Mulino, 11-20
- Moscarini A. (2008), "Sui decreti del Governo 'di natura non regolamentare' che producono effetti normativi", *Giurisprudenza Costituzionale*, 53(6): 5075-5108
- Rebessi E. (2015), Intervista a un consigliere giuridico della Presidenza del Consiglio, 12 marzo 2015, Palazzo Chigi, Roma
- (2016), *The Council of State as a political actor. Origins and strategic implications of the control on administrative acts*, tesi di dottorato, Università degli Studi di Milano [https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/434503/681451/phd\\_unimi\\_R09943.pdf](https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/434503/681451/phd_unimi_R09943.pdf)
- Righettini M.S. (1998), *Il giudice amministratore*, Bologna, Il Mulino
- Rizzo S., Stella G.A. (2010), *La casta*, Milano, Rizzoli
- Rose-Ackerman S., Lindseth P. (eds.) (2010), *Comparative administrative law*, Cheltenham, U.K. and Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing
- Scalfari E. (1997), "Consiglio di Stato da buttare", *la Repubblica*, 09/02/1997, <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/1997/02/09/consiglio-di-stato-da-buttare.html?ref=search>
- (2015), "Come battere la corruzione e come costruire la nuova Europa", *la Repubblica*, 22/03/2015, [http://www.repubblica.it/politica/2015/03/22/news/come\\_battere\\_la\\_corruzione\\_e\\_come\\_costruire\\_la\\_nuova\\_europa-110173099/](http://www.repubblica.it/politica/2015/03/22/news/come_battere_la_corruzione_e_come_costruire_la_nuova_europa-110173099/)
- Steunenberg B. (1997), "Courts, cabinet and coalition parties: the politics of Euthanasia in a Parliamentary setting", *British Journal of Political Science*, 27(4): 551-571
- Thies M.F. (2001), "Keeping tabs on partners: the logic of delegation in coalition governments", *American Journal of Political Science*, 45(3): 580-98
- Tsebelis G. (2002), *Veto players. How Political Institutions Work*, Princeton, NJ, Princeton University Press
- Tsebelis G., Chang E. (2004), "Veto players and the structure of budgets in advanced industrialized countries", *European Journal of Political Research*, 43(3): 449-476
- Zucchini F. (2011), "Government Alternation and Legislative Agenda Setting", *European Journal of Political Research*, 50(6): 749-774

ABSTRACT

With the exception of few important contributions (Mény 1994, Righettini 1998, Rose-Ackerrman and Lindseth 2010) the study of the relationship between administrative courts and the executives appears under-investigated from a political science perspective.

Administrative courts supervise the lawfulness of government acts and, as a sanction of their control, they can declare administrative decisions void. In the majority of continental European countries, the judicial review of administrative acts is provided by courts organized in a separate system within the judiciary, parallel to civil and criminal tribunals. Less well known is that administrative courts are also, in some countries, involved in the drafting of the administrative acts. In this paper we analyze in-depth the Italian case by considering the interaction between governments and the Council of State, which is the highest administrative court and the most important consultative body of the government. Such analysis sheds light on the political conditions under which government actors decide to avail themselves of the services of the Council of State as advisor. The great variety of the political conditions that have characterized Italy during the last thirty years and the dual role played by the Council (as judge and advisor), allows us to use the Italian case to put forward plausible hypotheses about the country difference in the level of involvement of the administrative courts in executive politics.

**Elisa Rebessi** is Post-Doctoral Researcher in Political Science at the Department of Social and Political Sciences, Università degli Studi di Milano. Her current research focuses on the role of bureaucracies and courts in policy making, with special regard to the interactions between administrative courts and governments. Amongst her most recent publications: Cassone A., Rebessi E. (2014), *Le opportunità e i rischi dei meccanismi procedurali delle politiche “a mezzo di contratti” nelle amministrazioni pubbliche*, in *Strategia e Negoziato: atto secondo*, Regione Piemonte, IRES; Ceriani A., Cocci M., Rebessi E. (2012), *Gestione associata obbligatoria tra piccoli Comuni: elementi di scenario e processi in atto in Lombardia*, in *La finanza territoriale in Italia: rapporto 2012*, Milano, Franco Angeli [elisa.rebessi@unimi.it]

**Francesco Zucchini** is Professor of Political Science at Università Statale di Milano where he is also director of the PhD programme in Political Studies (<http://www.nasp.eu/pols-faculty-and-staff.html>). He is co-editor of the professional on-line journal [italianpoliticalscience.com](http://italianpoliticalscience.com) and coordinator of the standing group Parliament, Representation and Lawmaking of the Italian Political Science Association. His research interests include lawmaking, representation, courts, electoral behaviour. He has published in *Political Science Research and Methods*, *European Journal of Political Research*, *European Political Science Review*, *Public Choice*, *Southern European Society and Politics* and *Constitutional Political Economy*. He has recently published a book in Italian dedicated to the Italian political system (*La Repubblica dei veti*, 2013, Milano Egea). [francesco.zucchini@unimi.it]

**Il Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi** conduce attività di ricerca in proprio o su commissione di enti nazionali o internazionali, cura siti web e la pubblicazione di periodici, svolge opera di formazione di giovani studiosi e ricercatori, organizza seminari, conferenze, convegni. L'attività è finanziata attraverso il contributo di soci e sostenitori, nonché con i proventi delle ricerche. Il Centro, che non ha fini di lucro e dal 2006 gode del riconoscimento della Regione Piemonte, è nato a Torino nel 1963 come libera associazione di imprenditori e intellettuali, grazie all'iniziativa e all'impegno di Fulvio Guerrini.

ISBN 978-88-909417-6-4