**Il Consiglio di Stato: specchio dello Stato di diritto**

(Relazione al convegno *“Dai 190 anni dell’Editto di Racconigi ai 50 anni della legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali”*, Torino,Teatro Carignano, 12 novembre 2021)

***Introduzione***

**1.** Dante Alighieri, ne la *Vita nova*, ricorda senza nominarle le *Istituzioni* di Giustiniano e scrive: *“li nomi seguit[a]no le nominate cose, sì come è scritto: «*Nomina sunt consequentia rerum*»”*-[[1]](#footnote-1).

In effetti, con un medesimo nome si dovrebbe, almeno in principio, intendere la medesima cosa. Il rapporto tra parole e fattispecieè determinante per il diritto, che fonda la sua sicurezza su identificazione chiara e rappresentazione uniforme dei precetti: e non a caso quel passaggioè uno dei riferimenti della sistematicità logica e linguistica, e così del primato, del diritto romano.

Però se si considera l’espressione *«Consiglio di Stato»* e se ne muove un’analisi comparativa si ha difficoltà a rinvenire la corrispondenza tra *nomen* e *res*. Anzi, presto ci si avvede che la ripetizione di questo *nomen* tende a non corrispondere al medesimo istituto.

È questo, del resto, un fenomeno non infrequente nell’esperienza di diverse istituzioni. Raramente collimano in un medesimo tipo ideale. La dinamica della loro concretezza riflette la mutevole realtà storica e sociale in cui si trovano a operare. È quella, non il nome, a modellarne e rimodellarne lo spessore effettivo.

Sicché è buona regola guardare all’evoluzione storica del loro specifico contesto per identificare l’autentico significato, la portata reale del significante.

L’espressione *“Consiglio di Stato”* è di quelle che, insegna l’esperienza, possono avere molti significati. Vediamo cos’è avvenuto, per darle corpo, alla sua origine e poi nel tempo, soffermandoci in particolare sugli ultimi decenni.

***PARTE I: agosto e settembre 1831***

**2.** Per cercare di cogliere meglio questa polisemia è bene guardare anzitutto nella dimensione dello spazio.

In effetti, oggi a Torino – dove, a Palazzo Carignano, sono passati ormai centonovant’anni dalla prima seduta del 4 novembre 1831 - con *“Consiglio di Stato”* intendiamo un qualcosa che figuriamo piuttosto simile a quel che s’intende a Parigi, a quasi ottocento chilometri di distanza.

Però se ci spostiamo di meno, a un cento o duecento chilometri, nei cantoni svizzeri del Vallese o del Ticino - e in Ticino nella stessa lingua italiana -, “*Consiglio di Stato”* sta per il governo direttoriale del Cantone. E in quest’altra accezione di “governo”, l’espressione è assunta anche, ad esempio, in Norvegia, in Svezia, in Finlandia; come lo era nelle democrazie popolari[[2]](#footnote-2) e ancor oggi lo è, con varie declinazioni, in Russia, in Cina, in Corea del Sud.

Sono Paesi dove, dall’Ottocento, si è andata sviluppando un’altra significazione: che muove dalla e fa perno sulla *rappresentatività*, dunque sulla *politicità* dell’istituzione.

In effetti, la locuzione, nel senso che noi le diamo, trova corrispondenza, e di massima, soltanto in Francia, Belgio, Olanda, Grecia e Turchia. Altrove - come in Spagna (dal 1978), Portogallo (dal 1983) e Lussemburgo (dal 1996) – intende un organo meramente consultivo del governo[[3]](#footnote-3).

Il paradigma di quell’altra significazione, e della sua trasformazione, ha forse avuto la più chiara manifestazione in Prussia: il *Preußischer Staatsrat* nacque nel 1817 sul modello napoleonico di organo consultivo del re per la formulazione delle leggi; ma il suo carattere rappresentativo venne via via accentuato fino a passare a indicare un organo legislativo, la camera alta del *Freistaat Preußen* al tempo della Repubblica di Weimar. E così è oggi in Slovenia (*Državni svet*).

Se dunque il significato della locuzione varia nello spazio, è dato ancora più rilevante che varia nel tempo, all’interno di un ordinamento: ne rispecchia la trasformazione complessiva. Il che vale per tutti i consigli di Stato, a partire dal francese, che solo dal 1872 divenne definitivamente anche giudice e così si trasformò.

Il nominalismo insomma suggestiona ma è decettivo. Insegnava Alexis de Tocqueville riguardo all’*Ancien Régime* francese[[4]](#footnote-4) che le istituzioni non restano ferme davanti al divenire della storia ma vi si riferiscono e ne sono progressivamente trasformate; se nelle forme esteriori rimangono le medesime, lentamente mutano la ragion d’essere e l’effettività[[5]](#footnote-5).

Qui interessa considerare che quest’evoluzione è funzione delle tendenze di fondo che connotano e trasformano l’ordinamento vivente. Ne proietta l’investitura legittimante e la ragione del suo operare.

In effetti, come vedremo, il *Consiglio di Stato* qual era immaginato il 18 agosto 1831 quando Carlo Alberto firmò l’*Editto di Racconigi*, almeno in potenzaincorporava anche la via poi presa e portata avanti in Europa centro-orientale. Infatti, diversamente da quanto di solito s’immagina, il *Consiglio di Stato* piemontese non nacque per replicare a Torino il modello di Parigi, che anzi, un anno prima – negli ultimi mesi della monarchia di Carlo X e gli inizi della monarchia di luglio - aveva attraversato una fase seriamente critica e ora si stava rilegittimando[[6]](#footnote-6).

Nondimeno, il *Consiglio di Stato* piemontese venne, quasi sul nascere*,* espressamente allontanato dalle pur marginali connotazioni rappresentative verso cui l’Editto apriva, per risultarne centrato sulla dimensione professionale e tecnico-giuridica. La variazione è stata essenziale: in prospettiva lo ha posto alla base della realtà della sottoposizione alla legge dell’azione amministrativa e nel tempo ne ha fatto così un elemento centrale di quanto ormai, da più d’un secolo[[7]](#footnote-7), chiamiamo *Stato di diritto;* lo specchio in cui – nella dimensione del tempo - si sono riflessi i modi preminenti del vaglio di legittimità dell’azione amministrativa.

**3.** Dopo le vicende del 1831, nel corso della sua quasi bisecolare storia il nostro Consiglio di Stato si è spesso avvicinato al modello francese e ne ha rappresentato la formula forse più prossima, seppur con piccole e talora significative difformità[[8]](#footnote-8) dovute per lo più alle rispettive costituzioni, formali e materiali.

Quest’attitudine generale alla trasformazione dell’Istituto in funzione della trasformazione dell’ordinamento era apertamente rilevata nel 1931 dal Presidente Santi Romano che, nel celebrarne il centenario, indicava come nell’evoluzione del Consiglio di Stato fossero *“[…] interessanti […] i vari atteggiamenti che […] ha assunto, pur quando, […] immutato il suo ordinamento formale, si è in realtà modificato il suo funzionamento, in rapporto e in coordinazione con quello delle altre istituzioni, con le quali esso è intimamente e indissolubilmente legato”*[[9]](#footnote-9).

Ma già alla fine dell’800 era ormai chiaro che *“nessun altro istituto di diritto pubblico presenta nella sua storia sì profonda varietà di caratteri come il Consiglio di Stato”*, in ragione della *“varia indole del diritto pubblico interno di ciascun paese, specie riguardo alla divisione dei poteri pubblici, ai loro vicendevoli rapporti e alla materia del contenzioso”*[[10]](#footnote-10). Infatti *“l’istituzione non è propria di un reggimento politico determinato, ma vive negli ordinamenti costituzionali più diversi”* e già *“nei primi stadi della sua evoluzione storica […] presenta, di regola, in ogni paese, il carattere promiscuo di organismo politico, giudiziario, amministrativo”*[[11]](#footnote-11).

Così, ai tempi nostri, Sabino Cassese scrive icasticamente che dal 1831 la continuità dell’organo *“si accompagna […] [al]la discontinuità del ruolo e delle funzioni”*: perché vi si riflettono *“le principali tendenze del pensiero politico e degli indirizzi governativi”*; *“il Consiglio di Stato ha attraversato indenne almeno sei diversi assetti costituzionali”*[[12]](#footnote-12). Nel che la sua *“straordinaria capacità di cambiare, rispondendo alle esigenze dei diversi contesti storici”*[[13]](#footnote-13).

**4.** Come si è accennato, questo spostamento era percepito come possibile sin alla nascita e sùbito creò divergenze: speranze da un lato e preoccupazioni da un altro. In effetti, nel testo originario dell’*Editto di Racconigi* si intravedevano – a seconda della posizione rispetto alle istanze del *costituzionalismo*, che della limitazione del potere regio e del principio rappresentativo faceva i propri obiettivi[[14]](#footnote-14) - possibili diversità di significato e di prospettiva. Le divergenze si manifestarono e quelle oppositive reagirono in modo concludente già prima della prima convocazione, che avvenne il 4 novembre. Nel giro di poche settimane, infatti, al neoistituito organo fu impressa una torsione e un annullamento della potenzialità rappresentativa che appariva poter incorporare. Il che avvenne con il mezzo formale delle *Regie lettere patenti* del 13 settembre 1831 *«per le quali S.M. ordina alcuni provvedimenti per rispetto al Consiglio di Stato creato col Regio Editto del 18 Agosto 1831»*. Si trattava di una sorta di revisione parziale dell’*Editto*, sollecitata dagli ambienti più retrospettivi, che in pratica ne cassava quelle implicazioni. Ma, paradossalmente, sarà proprio questa restrizione a farne un organo tecnico centrale nell’assetto pubblico piemontese prima, italiano poi. E già qualche lustro dopo, nel 1848, lo salverà dall’essere sopravanzato dal parlamento statutario e dunque dalla soppressione.

L’*Editto* era stato emanato dal giovane e appena salito al trono Carlo Alberto[[15]](#footnote-15), inteso a qualificare con un tale atto la novità del suo regno[[16]](#footnote-16): e si può immaginare in rapporto alla costituzione che dieci anni prima, poco più che ventenne, aveva concesso durante la sua breve e casuale reggenza[[17]](#footnote-17).

Va considerato un dato centrale nel contesto di allora: il neoistituito *Consiglio di Stato* dell’*Editto* non veniva a confrontarsi con – in Piemonte inesistenti - camere rappresentative ma con il governo, di cui veniva a costituire un bilanciamento e uno strumento di controllo regio. È stato detto che l’*Editto* era, in un’incipiente prospettiva di pesi e contrappesi, una sorta di *“iniziativa costituzionale di matrice regia”*[[18]](#footnote-18). Il che, dopo i moti liberali di allora, ne marcava il significato di autolimitazione sia del potere sovrano che di quello ministeriale.

L’*Editto* in effetti figurava il Consiglio di Stato come presieduto dal Re e *«presso la [sua] persona»* (cioè, non al lato o in ausilio dei ministri), con un vicepresidente, quattordici membri, un presidente per ciascuna delle tre sezioni; era previsto dare il parere su tutte le proposte legislative e regolamentari e *«su tutto ciò che riguarda il mantenimento dell’ordine stabilito dalle Leggi, dagli Editti e dai Regolamenti»*,sul bilancio dello Stato, sui conflitti di competenza tra i ministeri, sui conflitti di giurisdizione, la politica economica e fiscale, il diritto internazionale privato, il debito pubblico.

*In nuce*, dunque, il Consiglio di Stato appariva come un organo connotato dall’indipendenza dai ministri (che potevano partecipare alle sedute solo su autorizzazione regia): e anzi atto appunto a un controllo regio sull’operato dei ministri stessi, dotato anche un proprio potere di assumere informazioni presso le amministrazioni.

Ma – e questo divenne sùbito il tema controverso - l’*Editto* lo figurava anche in un una possibile formazione straordinariadetta *“consiglio compiuto”*, integrato da alcune figure rappresentative per rendere il parere su qualsiasi oggetto stabilito di volta in volta dal Re.

In sintesi, l’*Editto* figurava tre livelli possibili di formazione del Consiglio di Stato:

*a)* un livello per così dire ordinario.

*b)* un livello di Consiglio “straordinario”, il *“Consiglio compiuto”*: figurato integrato da due cavalieri dell’Ordine dell’Annunziata, due vescovi e due rappresentanti per ogni amministrativa “divisione militare” (cioè: provincia) e per rendere il parere su qualsiasi oggetto stabilito di volta in volta dal Re. Questi consiglieri di Stato duravano in carica solo un anno. Il che, per quanto in termini minimi e su scelta dall’alto, implicava una qualche potenzialità di rappresentatività territoriale.

*c)* un ulteriore livello: integrato con, a discrezione – in via straordinaria e eccezionale - del Re, *consiglieri “aggiunti”* per singoli ed espressi argomenti[[19]](#footnote-19).

L’*Editto* insomma rappresentava non solo un superamento di quell’assolutismo che era particolarmente retrospettivo nel Piemonte della Restaurazione; ma anche un nuovo strumento di un contenimento e verifica dell’operato dei componenti del l *Consiglio di conferenza[[20]](#footnote-20)*, cioè i ministri: la fine del neoassolutismo.

In sostanza, come si è accennato, quale *“organo parallelo all’esecutivo”*, il Consiglio di Stato era un *“organo costituzionale”* che modellava *“una sorta di dualismo”* con i ministri[[21]](#footnote-21). Sicché l’*Editto* era davvero *“la prima fondamentale tappa di una evoluzione che mutò profondamente l’assetto del Regno”*[[22]](#footnote-22).

È facile dunque comprendere che - visto il contesto e considerato il rilievo sui ministri - quello originario dell’*Editto* poteva recare, almeno in potenza, i semi propri di un Consiglio di Stato altro da quello che poi è divenuto. In quel testo originario – in particolare nel *Consiglio “straordinario”* o *“compiuto”*[[23]](#footnote-23), figurato come, *in nuce*, *“la sembianza di un piccolo Parlamento”* [[24]](#footnote-24) - si poteva effettivamente paventare l’idea di un Consiglio “politico”[[25]](#footnote-25), diverso da quello del *Conseil d’Etat* della Restaurazione francese: e così temere un organo aperto a una qualche rappresentatività, quand’anche non elettiva e su scelta dall’alto. Se è consentita l’ipotesi, non è da escludere che se tale fosse rimasto, avrebbe potuto evolvere nel senso di uno *Staatsrat* dell’Europa centrorientale.

A quel modello veniva infatti rapportata questa pur vaga rappresentatività; non alla Francia della Restaurazione che era dotata di due camere rappresentative, benché censitarie, già grazie alla *Constitution octroyée* da Luigi XVIII nel 1814: la sola davvero in vigore in Europa, ispirata al *souci de réconciliation* e all’oblio, dove si temperava il monocameralismo liberale della Costituzione di Cadice del 1812 con una Camera alta riservata ai *Pari*, sul modello inglese; e che il 14 agosto 1830 era stata sostituita dalla Carta costituzionale della *monarchie de Juillet*, anch’essa comunque bicamerale.

Ma a Torino e nelle altre capitali italiane ogni passo verso quella direzione appariva sospettabile agli influenti rappresentanti delle tendenze più intransigenti, che nel pur vasto e talora contraddittorio mondo della Restaurazione europea esprimevano le posizioni più estreme. Ai sovrani italiani del tempo, invero, “*appariva profondamente estranea”* *“l’idea di base del costituzionalismo della Restaurazione d’oltr’Alpe”*, cioè *“che lo Stato fosse sottoposto al diritto e che pertanto il sovrano, concedendo una carta costituzionale accettasse la limitazione del proprio potere*[[26]](#footnote-26). Non solo: l’idea stessa di un’innovazione appariva contrastante un tema fondamentale del legittimismo, vale a dire che le istituzioni fondanti del Regno dovessero rimanere quelle consegnate dalla Tradizione, senza indulgere a innovazioni riconducibili a un’opposta idea[[27]](#footnote-27).

In effetti, la formula preminente e attuata era quella della mera *monarchia amministrativa*[[28]](#footnote-28): replicante sì i non rinunziabili modelli napoleonici di unitarietà e uniformità dell’amministrazione[[29]](#footnote-29), che anzi rinforzavano e rendevano più agile il potere regio; però con un livello politico e di sistema remoto sia dalla rappresentanza politica, sia dalla separazione dei poteri. La *monarchia amministrativa* in sostanza costituiva, dal punto di vista politico, l’aggiornamento razionalizzante dell’assolutismo. Nel Piemonte fino al 1831, la mancanza di assemblee rappresentative ne era il perno, in un contesto caratterizzato anche nelle forme da tratti marcatamente neoassolutistici, voluti da Vittorio Emanuele I e poi ribaditi da Carlo Felice, sui quali ampia è l’aneddotica.

Questo è il contesto in cui si staglia la portata innovatrice dell’*Editto*[[30]](#footnote-30)*.*

**5.** In effetti, il Consiglio di Stato dell’*Editto* albertino rappresentava un temperamento possibile del precedente, rigido assetto neoassolutistico. Applicava quella formula della *monarchia consultiva* che temperava la *monarchia amministrativa* attraverso organi formati, su nomine degli stessi prìncipi, con saggi di loro fiducia ma anche prudenti conoscitori delle esigenze delle loro popolazioni[[31]](#footnote-31), capaci di illuminare il sovrano per politiche corrispondenti ai bisogni dei territori di cui, in qualche modo, erano rappresentativi.

Questa formula sintetizzava la nuova idea additata – vuoi per il livello locale che per quello centrale – già da dieci anni, a seguito del *congresso di Lubiana* (gennaio 1821), dell’imperiale *Staatskanzler* (dal 25 maggio 1821) Klemens von Metternich: era mossa dall’evidente insostenibilità, da lui stesso ravvisata dopo i moti del 1820, del rigido neoassolutismo dei prìncipi italiani. Il modello già era stato attuato nel Regno Lombardo-Veneto con le *Congregazioni centrali* e, dopo i moti del 1820-21, ripreso a Napoli e Palermo con l’istituzione delle due *Consulte di Stato,* il cui parere era comunque non obbligatorio[[32]](#footnote-32)[[33]](#footnote-33).

**6.** Perciò identificare la nascita formale del *Consiglio di Stato* nell’ *Editto di Racconigi* del 18 agosto 1831 resta certo corretto dal punto di vista delle ricorrenze: ma non è sufficiente a ricostruire la realtà dell’impronta concreta data all’istituzione, che deve piuttosto l’avvio del suo percorso, come la sua lunga durata, alla messa a punto compiuta dalle *Regie lettere patenti* del 13 settembre 1831.

Queste *Regie patenti*, nel dare attuazione all’*Editto*, su sollecitazione delle componenti più retrospettive ne vanificavano la convocazione in *“consiglio compiuto”* (cioè: adunanza generale)[[34]](#footnote-34): stabilirono infatti che per la sua convocazione si sarebbe emanata una *«successiva risoluzione»*. Si trattava, praticamente un rinvio *sine die*[[35]](#footnote-35), mediante una sorta di interpretazione autentica che depotenziava il precipitato *Editto* di agosto. Ma, mentre ne paralizzavano la prospettiva politico-rappresentativa, con una vera e propria eterogenesi dei fini mettevano le basi perché potesse svilupparsi come un organo ausiliario di governo, dal carattere eminentemente tecnico[[36]](#footnote-36): uno strumento essenziale per poi ottenere, fuori dalla politica, che l’azione amministrativa si conformi alla legge.

Insomma, *“le regie patenti del 13 settembre 1831, che a nemmeno di un mese dovevano favorire l’attuazione”* del Consiglio di Stato prevista per novembre, *“anche se di per sé previste come puramente esecutive”* si manifestarono *“per lo più anche innovative, in senso sempre riduttivo della portata dell’organo”*,trasformando le sue funzioni da latamente politiche a più contenute funzioni *“di carattere amministrativo”*[[37]](#footnote-37).

Come sottolinea nel suo monumentale studio in occasione del centenario (1931) il consigliere di Stato F. Salata, *“il concetto politico [del Consiglio di Stato] sparì”*; ne *“rimase l’idea amministrativa”*: *“il concetto […] di riunire nel Consiglio di Stato le funzioni consultive per la pubblica amministrazione e le funzioni di rappresentanza politica, era sorpassato”*[[38]](#footnote-38).

Così veniva segnata la via del Consiglio di Stato nella storia italiana: e, implicitamente, lo si avvicinava al modello francese, come sarebbe stato chiaro dopo la promulgazione dello Statuto del Regno (4 marzo 1848). Era un bivio essenziale: comprometteva l’idea di monarchia consultivama faceva del Consiglio di Stato, in potenza, un riferimento essenziale dell’incipiente Stato basato sul diritto[[39]](#footnote-39).

Oggi noi possiamo rilevare quel paradosso: a stare al modello francese, per avere effettività la valutazione di conformità alle leggi richiede un professionale *grand corps de l'État*[[40]](#footnote-40). Dunque, oggettivamente valutate, le *Regie patenti* aprivano la via a un controllo tecnico-professionale della legittimità dell’attività amministrativa, seppure in forme ancora solo consultive. Insomma, con l’apparente riduzione del 13 settembre rispetto all’*Editto*, il Consiglio di Stato “*in pratica […] da costituzionale, si sposta nel campo puramente «tecnico» ed amministrativo”*: il che *“finisce col tempo di giovare all’organo, anche se ridotto nel suo «peso» decisionale, perché ne consente la conservazione […] anche in regime costituzionale”*[[41]](#footnote-41)*.*

Così venne tracciato il solco primigenio del Consiglio di Stato italiano e della sua effettiva evoluzione. Quella soluzione di settembre era, piuttosto che legittimista secondo le intenzioni, liberale malgrado le intenzioni. Controllare e limitare il potere ministeriale vincolandolo al diritto, seppure nell’interesse del Re, finiva per essere, nei fatti, una declinazione moderata del liberalismo continentale[[42]](#footnote-42). In tali modo si apriva, nel Regno di Sardegna e poi dal 1861 nel Regno d’Italia, la via che avrebbe portato a quanto noi chiamiamo certezza del diritto e principio di legalità dell’azione amministrativa.

Questa dunque, non il solo formale *Editto*, è stata la vicenda che - piuttosto che la vicinanza geografica e culturale del Piemonte - ha definito l’avvicinamento all’omonimo istituto francese. Si segnò quell’*exiguum clinamen* *principiorum* che poi avviò un lungo e fecondo percorso che, nella successiva trasformazione del potere pubblico, ha avvalorato l’istituto in tutt’altra veste da quella che era *in nuce* nell’*Editto*.

***PARTE II: il secolo e mezzo intermedio***

**7.** Se la storia del nostro Consiglio di Stato compone un lungo libro, quello di cui ci siamo finora occupati è il primo capitolo. Conviene avviarsi rapidamente verso quello dell’ultimo trentennio. I capitoli centrali sono infatti a tutti noti nei tratti che hanno visto sorgere e consolidarsi la giustizia amministrativa in Italia e la letteratura ne è vastissima. Qui solo rammentiamo alcune tappe formali di questa istituzione, per quanto può giovare a identificare una costante che percorre tutta la sua storia.

Il filo rosso che lega i capitoli intermedi all’iniziale e al finale è il sorgere e la progressiva, crescente accentuazione della *funzione giurisdizionale* del Consiglio di Stato: che nel 1948, promulgata la Costituzione, viene, quanto a numero di sezioni, parificata a quella consultiva e che tale perdura- nell’equilibrio delle due funzioni - fino all’inizio degli anni ’90.

Il lungo percorso verso l’attuale realtà iniziò, seppure per breve tempo, nel Piemonte preunitario con la *legge Rattazzi* del 30 ottobre 1859, n. 3707, che per prima attribuì al Consiglio di Stato anche funzioni giurisdizionali; e per la funzione consultiva, lo convertì in un *«alto collegio amministrativo, ma non partecipe dell’azione di governo»*[[43]](#footnote-43), distinguendolo dall’ambito che faceva capo al Re tanto che sostituì alla presidenza del Re un Presidente del Consiglio di Stato[[44]](#footnote-44). Osservò nel 1931 Santi Romano che *“con questa legge il tramonto del carattere politico del Consiglio di Stato si può dire definitivamente segnato. Esso non è più un Consiglio del Re, che perciò cessa di esserne il presidente, ma un consiglio di governo che si accentra nei ministri”*[[45]](#footnote-45).

Una volta unita politicamente l’Italia nel nuovo Regno (legge 17 marzo 1861, n. 4671) da quattro anni, quando ormai dal 3 febbraio 1865 la capitale era stata portata a Firenze, venne il momento dell’unificazione legislativa e amministrativa con la *legge Lanza*, o *Ricasoli*[[46]](#footnote-46), 20 marzo 1865 (*legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*). Questa fondamentale legge che definì l’assetto del nuovo Stato, all’allegato *D* (*su composizione e attribuzioni del Consiglio di Stato*), nella prospettiva dell’unificazione amministrativa e della abolizione degli organi del contenzioso amministrativo e della giurisdizione unica, di cui al contestuale allegato *E*, tolse al Consiglio di Stato quasi tutte le attribuzioni giurisdizionali date sei anni prima, salvo il contenzioso sul prestito pubblico e poco altro[[47]](#footnote-47). Per la funzione consultiva, lasciò obbligatorio il parere solo per i regolamenti generali e sui ricorsi al Re, le domande di estradizione, l’esecuzione delle provvigioni ecclesiastiche, rendendolo facoltativo per i progetti di legge. Così il Consiglio di Stato *“cessò di essere il giudice ordinario del contenzioso amministrativo”* [[48]](#footnote-48).

Coerente alla giurisdizione unica fu la *legge Mancini-Nicotera* 31 marzo 1877, n. 3701 sui conflitti di attribuzione, che ne sottraeva la competenzaal Consiglio di Stato per attribuirla alle sezioni unite della neoistituita Corte di Cassazione di Roma[[49]](#footnote-49). Con la giurisdizione unica diveniva incoerente la decisione di una parte in causa, l'amministrazione, qual era ancora il Consiglio di Stato. Invano la dottrina aveva propugnato, alla francese, un tribunale misto dei conflitti[[50]](#footnote-50). Si negò la sostanza del *conflitto*: restava una contesa di diritto fra amministrazione e autorità giudiziaria[[51]](#footnote-51).

Venne poi il tempo della nascita della giurisdizione amministrativa in Italia ed ebbe origine nel movimento promosso da Silvio Spaventa (per la Destra) e da Francesco Crispi (per la Sinistra) e che portò nel 1889 all’istituzione della IV Sezione *«per la giustizia amministrativa»*.

In relazione agli *«affari»* – per gli *interessi non diritti*, poi *interessi legittimi* - la legge del 1865 sulla giurisdizione unica si mostrò presto inadeguata perché di fatto non assicurava ma restringeva le tutele effettive (ed era illusorio il rimedio dell’art. 3, con i ricorsi alla stessa amministrazione). Dopo alcuni disegni di legge Crispi del 1873 e del 1875, nel 1876 – a seguito della la *“rivoluzione parlamentare”* che portò al governo la Sinistra - la Destra mutò indirizzo rispetto alla legge del 1865 e con Silvio Spaventa si fece patrocinatrice della *giustizia amministrativa*, sensibilizzata dal malcostume amministrativo e dalla pratica clientelare. Spaventa nel 1880 pronunciò il celebre discorso su "*La giustizia nell'amministrazione*" all’*Associazione costituzionale* di Bergamo, denunciando gli abusi correlati all’*"ingerenza indebita dei deputati"*, possibili per mancanza di tutela[[52]](#footnote-52) e propugnando la *"necessità di avere veri giudici e veri giudizi di diritto pubblico in tutte le sfere della nostra amministrazione; unico rimedio ai pericoli che corre il sistema parlamentare"*. Al progetto Crispi ne seguirono uno Nicotera e Depretis nel 1877, e tre Depretis nel 1880, nel 1884 e nel 1886. Infine nel 1887 Crispi, da presidente del consiglio e ministro dell'interno, presentò il disegno che sarebbe divenuto la legge 31 marzo 1889, n. 5992 *che modifica la legge sul Consiglio di Stato* e *istituisce* la IV Sezione *«per la giustizia amministrativa»* per *«decidere sui ricorsi contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di corpo amministrativo deliberante»*, poi trasfusa nel r.d. 6 giugno 1889, n. 6166 (testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato) e accompagnata da un regolamento di esecuzione (r.d. 17 ottobre 1889, n. 6515) e un regolamento di procedura (r.d. 17 ottobre 1889, n. 6516). Nacque, con la IV sezione giurisdizionale, il sistema dualistico italiano. La legge 1 maggio 1890, n. 6837 sull’ordinamento della giustizia amministrativa istituì le giunte provinciali amministrative, per il controllo preventivo sugli atti di maggiore rilievo delle amministrazioni locali e della competenza di primo grado, anche per il merito, dei ricorsi per lesione di interessi, con appello alla IV sezione del Consiglio di Stato.

La svolta fu essenziale per qualificare l’istituto e fu supportata dalla giurisprudenza della Sezioni Unite della Cassazione romana che riconobbe la natura *giurisdizionale* delle *“decisioni”* del Consiglio di Stato.

Si ebbe poi la “riforma Giolitti” con la legge 7 marzo 1907, n. 62, *sul riordinamento degli istituti per la giustizia amministrativa*, che istituì la V Sezione del Consiglio di Stato con competenza giurisdizionale di merito e che fu accompagnata dal Testo unico del r.d. 17 agosto 1907 n. 638 per i ricorsi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, dal r.d. 17 agosto 1907, n.641, di esecuzione, e dal r.d. 17 agosto 1907, n. 64 di approvazione del regolamento di procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali.

Un passaggio fondamentale per l’incidenza generale del Consiglio di Stato sull’intero apparato pubblico fu quello della riforma de’Stefani (1923-24)[[53]](#footnote-53)[[54]](#footnote-54), composta dal r.d. 30 dicembre 1923, n. 2840, seguita dal il r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (*testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*): portando avanti la razionalizzazione compiuta – sul solco della giurisprudenza - dalla riforma Giolitti-Orlando (r.d. 22 novembre 1908, n. 693, terzo Governo Giolitti), attribuiva alcune materie, tra cui *in primis* il pubblico impiego, alla *competenza esclusiva* del Consiglio di Stato e aboliva le differenze tra IV e V Sezione. Seguì, quasi vent’anni dopo, il r.d. 21 aprile 1942, n. 444 (*Regolamento per l'esecuzione della legge sul Consiglio di Stato*).

Dopo la promulgazione della Costituzione della Repubblica, che salvò il Consiglio di Stato e il sistema duale di giurisdizione grazie a Meuccio Ruini e malgrado in Assemblea costituente Piero Calamandrei propugnasse la giurisdizione unica – fatti noti quanto basilari, che qui è ultroneo ricordare -, ild.lgs. 5 maggio 1948, n. 642 istituì la VI Sezione del Consiglio di Stato.

Seguirono, oltre venti anni dopo, il d.P.R.24 novembre 1971, n. 1199 sui ricorsi amministrativi e soprattutto, in attuazione dell’art. 125 della Costituzione, la l. 6 dicembre 1971, n. 1034 che, istituendo i tribunali amministrativi regionali segnò, per effetto di sistema, una accentuazione senza precedenti del rilievo della funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato, giudice d’appello.

Passò poi un altro ventennio di consolidamento, al cui centro è la legge 24 aprile 1982, n. 186 (*Ordinamento della giurisdizione amministrativa*) che sistematizza l’assetto, definendo i rapporti tra il primo livello e il secondo livello. E così si arriva agli anni ’90.

***PARTE III: l’ultimo trentennio***

**8.** Possiamo ora passare - quasi *per saltum* - all’ultimo capitolo di questo libro, quello dell’ultimo trentennio in cui si accentua e sensibilmente la qualità di *giudice* del Consiglio di Stato, per divenire ormai preponderante sulla funzione consultiva, affinata dalle leggi e dalla giurisprudenza in satisfatività della strumentazione per i beni della vita controversi.

Per comprendere l’evoluzione mostrata dalla concretezza delle cose, non pare sufficiente un’analisi soltanto normativa. Occorre muovere dallo scenario generale e dalle sue trasformazioni, cui come sempre il Consiglio di Stato si è adattato grazie alla plasticità che gli deriva dall’essere figlio della monarchia amministrativa e funzionale ai mutamenti dell’amministrare.

La svolta della giustizia amministrativa, in realtà non solo italiana ma europea o meglio globale, è iniziata con gli anni ’90 del secolo XX per riflesso della *Great Transformation* che, finita la guerra fredda, ha investito e fatto convergere gli ordinamenti occidentali. A sua eco, in Italia si sono accentuati una tendenziale frammentazione per settori del diritto amministrativo e nuove disomogeneità dei poteri pubblici, con crescenti intersezioni con figure semipubbliche.

La tendenza generale ha dato primario rilievo ai principii, di loro extrastatuali, di concorrenza e, in subordine, di utilità, che hanno fatto ingresso definitivo in più settori del diritto pubblico, come per l’antitrust o i contratti pubblici. Molti confini tra pubblico e privato, già porosi e relativi, sono stati ulteriormente abbassati e i rapporti tra i due àmbiti sono divenuti interconnessi e spesso cooperanti, anche neutralizzando differenze strutturali. Sullo sfondo, la società di mercato globale è salita a riferimento e, nei settori economicamente sensibili, si è dato corso a un cambiamento tendenziale del paradigma del potere pubblico e del diritto pubblico che ne è specchio, con la tendenza a privilegiare il momento economico generale. Con il declinare della verticalità e della gerarchia del pubblico, con l’imporsi di quei principi all’apparenza orizzontali e trasversali e comunque espressivi dell’inversione tra *politico* ed *economico*, hanno preso corpo riconsiderazioni della ragione della giustizia amministrativa e della legittimazione del suo giudice, come dell’adeguatezza dei suoi strumenti rispetto alle esigenze della vita economica: ed è entrato in tendenziale sofferenza quanto ne era alla base come giustizia *speciale* a salvaguardia dell’interesse pubblico.

In questa propensione al cambiamento di paradigma, come detto è bene guardare all’*effettività* della trasformazione generale. È infatti uno scenario in cui il sistema definito e piramidale delle fonti del diritto, con l’imputazione formale del potere che rifletteva, è stato ampiamente scomposto e hanno fatto ingresso produzioni multilivello, reticolari[[55]](#footnote-55), diffuse, spesso a latitudine indefinita e discontinue.

Non vi è stata sostituzione, ma ibridazione tra il vecchio e il nuovo paradigma: e hanno acquistato importanza atti secondari o di vario tipo, tali da aprire a giurisprudenze ordinative quando non creative[[56]](#footnote-56). Il *cambiamento giuridico* ha sì mantenuto il riferimento alle norme primarie, ma ne è stato reso assai spesso malsicuro. Si è presentato come il riflesso di una complessità quasi irrimediabile di un mutevole, policentrico *diritto vivente*, un *Lebende Recht* dagli ampi e non sempre sicuri confini: di non tranquilla ‘calcolabilità’, in trasformazione a ritmi incalzanti[[57]](#footnote-57) malgrado la ricerca declamata di semplificazioni normative o, fino a qualche anno fa, di codificazionia diritto costante. Nondimeno, il rilevante giuridico è andato in espansione con giuridificazioni prima nemmeno immaginate ma spesso poco più che simboliche. Molti spazi che ne erano da sempre vuoti ne sono stati occupati, ma spesso in termini malcerti e demandando infine la specificazione al giudice, che vi ha provveduto usando le formule della proporzionalità e della ragionevolezza ormai universali[[58]](#footnote-58). È stata insomma, ed è, una transizione non adeguatamente comprensibile in un riduttivo orizzonte legicentrico.

La decostruzione del sistema delle fonti ha messo e mette in crisi la legge come parola del diritto e il principio di legalità: “disordina l’ordinamento”, disarma la sicurezza giuridica. Con il riaffermarsi di un diritto spesso giurisprudenziale, alla parola della legge si è sempre più affiancata la parola del giudice, la nomofilachia spesso ha assunto un ruolo definitorio quando la custodia della legge è risultata compromessa nell’oggetto[[59]](#footnote-59). Alla razionalità giuridica viene infatti preferita un’asserita razionalità economica, di suo però limitata e che della prima non ha la definitività di linguaggio, né la tendenziale stabilità: ne è seguita spesso la perdita di calcolabiltà del diritto e il trasferimento della definizione al giudice, rimettendo al suo prudente *self-restraint* di non aggravare l’incertezza.

Si è andato formando così uno scenario popolato da criticità: una realtà prodotta da quest’ibridazione, dove il giuridico tende a spostarsi dal primato della legge al primato “del diritto”: tanto che non è mancato chi vi ha fatto fulcro per affermare che il giudice ormai è soggetto non più alla legge ma al diritto, che però definisce di volta in volta. In questo scenario che ne sposta il baricentro, lo Stato di diritto viene giocoforza supportato dalla giurisprudenza, pena il suo svuotamento di significato: ma altri arrivano a manifestamente denunciare, e con preoccupazione, il passaggio dallo *Stato di diritto* allo *Stato di giustizia*, ovvero *dei giudici*[[60]](#footnote-60). È comunque un dato di tendenza universale che il ruolo delle giurisdizioni supreme diviene primario nel dire, e non solo nel dire, il diritto.

Ricordare il primato costituzionale *della legge* sul giudice e il *principio di legalità*, che è il pilastro dello Stato di diritto[[61]](#footnote-61), con i suoi corollari di sicurezza giuridica, è e resta comunque essenziale. Gli inconvenienti opposti, che portano all’imprevedibilità e all’apertura alla giurisprudenza creativa, preoccupano per l’equilibrio dei poteri, la responsabilità pubblica, il principio di legalità e l’eguaglianza davanti alla legge. Al tempo stesso è debitamente realistico considerare il dato che questo spostamento generale verso il giudice ne ha accresciuto il ruolo, quale ne sia la causa, ed ha comportato una *ridefinizione funzionale* delle istituzioni della giustizia amministrativa: è coerente allora guardare a questa sua mutata condizione e affrontare le ineludibili questioni che ne nascono sull’adeguatezza degli assetti organizzativi ereditati.

In questo contesto, in Italia come altrove il giudice amministrativo viene anzitutto a misurarsi con il dato di fondo che una quantità di compiti di rilievo generale è passata da un regime di diritto pubblico a uno, almeno tendenziale, di diritto comune e che l’interesse pubblico è comunque “esploso”. L’ibridazione è arrivata a interessare pressoché tutte le giustizie amministrative. Si è riproposto allora da noi il tema fondativo: l’affievolirsi del titolo che legittimava la *specialità* di questo giudice e che per sua natura poggiava sulla pienezza della sovranità statale e la nettezza dell’interesse pubblico. È cambiata la rappresentazione del giudizio perché si è scomposta l’idea legittimante di *un* dominante interesse *pubblico* retrostante la controversia[[62]](#footnote-62). I giudici amministrativi sono stati misurati come un *servizio* in rapporto con l’esercizio di poter*i* riconducibili al pubblico, e la necessità di ricomporli rapportandoli ora all’interesse *generale* o – come in Francia – a ricercare soluzioni nuove nella teorica dei diritti fondamentali.

La conseguenza “identitaria” per il giudice amministrativo è stata il rinvenire la legittimazione non più nella *specialità* costituzionalmente scolpita ma in un’ormai propria *ordinarietà* di settore, guadagnata mediante l’*expertise* e la capacità di risposta alle esigenze sociali ed economiche che le nuove declinazioni del potere vanno generando: dispute non assegnabili a un giudice dai tempi lunghi e dalla logica binaria, rispondente certo sulla violazione formale dei precetti ma risalente e malmisurata sul più frequente uso distorto dei poteri pubblici. Questo è dunque il nuovo canone: una crescita di ruolo, ma anche quell’esigenza di *accountability* che il nuovo paradigma richiede[[63]](#footnote-63).

**9.** Il riassestamento all’insegna dellariduzione della sfera pubblica si è avviato in Italia nella seconda metà del 1992 con le politiche di privatizzazioni e liberalizzazioni.

Oggi la contingenza della pandemiae della “ripresa e resilienza” nella prospettiva del *Green Deal* europeo, con nuovi ruoli del pubblico, sembra discostarsene e delineare un nuovo, ulteriore, scalino volto però in altra direzione. Ma non supera il contesto formatosi in questo trentennio, sollecitato dall’insegna dello ‘Stato minimo’[[64]](#footnote-64). La tendenza si è comunque dispiegata con privatizzazioni, liberalizzazioni, delegificazioni, deregolamentazioni, nuove regolazioni economiche, revisione radicale degli orientamenti e dei modi dell’intervento pubblico nell’economia[[65]](#footnote-65). Da allora quello scalino ha portato a un nuovo pensiero *mainstream* per antonomasia, al fondo improntato alla tendenziale decostruzione dell’idea stessa di diritto pubblico. Le incidenze eurounitarie per la concorrenza e le istanze convenzionali di tutela dei diritti fondamentali hanno trasformato in prismatiche configurazioni che prima di solo approccio pubblico. La configurazione del pubblico è mutata, talvolta retrocedendo, talaltra assumendo declinazioni nuove come con la regolazione e le autorità amministrative indipendenti, che comunque manifestano una disaggregazione del pubblico stesso[[66]](#footnote-66); talaltra imbrigliandosi in ipernormazioni per settori particolari come per i contratti pubblici.

L’effetto di sistema è stata la propensione a posticipare la soluzione dei conflitti alla sede giudiziale, incluse ormai le questioni economicamente sensibili: accentuando la tendenza alla *giudiziarizzazione* (*judiciarisation*, *judicialization*) del diritto, già avviata qualche decennio prima[[67]](#footnote-67). Ovunque nel mondo, in quasi ogni aspetto della vita pubblica, si è registrata un’accentuazione del ruolo del giudice, il *judicial empowerment*, e così del formante giurisprudenziale[[68]](#footnote-68).

La messa in crisi della già complessa idea di interesse pubblico, le nuove modalità di rilevazione delle distorsioni del potere, il dialogo verticale e orizzontale tra i giudici di diversi sistemi hanno però messo i giudici amministrativi in condizione di affinare le tecniche di risposta con una strumentazione processuale convergente e orientata alla pienezza di giurisdizione, nuovo paradigma nel nuovo paradigma, che sullo sfondo della metamorfosi generale tende ad avvicinare il giudice amministrativo al giudice comune[[69]](#footnote-69).

**10.** In questo contesto, la prima grande trasformazione che ha investito la giustizia amministrativa e con cui ci si è allontanati dalla verticalità nel figurare i rapporti del potere pubblico e ci si è avvicinati alle concezioni di immaginate dinamizzazione e semplificazione della ‘nuova gestione pubblica’ (*new public management*) orientate al risultato effettivo, è stata la riconsiderazione dei rapporti di lavoro del personale pubblico e del loro giudice, seppur compensata da quella del nuovo giudice dei servizi pubblici.

La *contrattualizzazione* del lavoro con le pubbliche amministrazioni ha riguardato quello che era uno dei principali oggetti della giurisdizione amministrativa. Si parlò anche, ellitticamente, di *privatizzazione* del pubblico impiego guardando all’assimilazione tendenziale con il lavoro privato. L’effetto è stato il passaggio di quelle controversie alla giurisdizione ordinaria, chiudendo quel che è stato chiamato il ‘secolo breve’ del pubblico impiego, iniziato con la riforma Giolitti-Orlando (r.d. 22 novembre 1908, n. 693, terzo Governo Giolitti) e perfezionato dalla riforma de’Stefani del 1923-24.

Così, nel 1992-93 si avviò il passaggio di gran parte del pubblico impiego dalla disciplina di diritto pubblico a una “privatistica”*.* In attuazione della legge-delega di *“razionalizzazione”* dell'art. 2, comma 1, della legge 23 ottobre 1992, n. 421, questa “privatizzazione” cominciòcon il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (art. 68, poi modificato dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, che introdusse la data fatidica del 30 giugno 1998) con cui venne *privatizzata* la gran parte dei rapporti di lavoro pubblico.

Il percorso si consolidò con le riforme “Bassanini” dei tardi anni ’90 attraverso, appunto, l’effetto conseguenziale della migrazione verso il giudice ordinario di gran parte delle controversie sul pubblico impiego. In particolare con:

*b)* la legge di delega 15 marzo 1997, n. 59, c.d. *Bassanini-uno*, che delegò il Governo a devolvere al giudice ordinario tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

*c)* in attuazione della delega, il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, la c.d. *seconda privatizzazione* che completò la prima privatizzazione (già avviata dal d.lgs. 29 del 1993) estendendola ai dirigenti generali.

*d)* Il tutto confluì a sistema con il testo unicodel d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che dalla devoluzione al giudice ordinario tenne fuori solo le controversie del *«personale in regime di diritto pubblico»* (magistrati, personale militare e di polizia, carriera diplomatica e della carriera prefettizia, …).

Con questa massiccia migrazione, la giustizia amministrativa è venuta a perdere la centralità sull’apparato pubblico che le aveva dato la riforma del 1923-24[[70]](#footnote-70): è stata, si potrebbe dire, la contro-riforma de’Stefani. Ma, quasi un *do ut des*, ha acquisito spazi in giurisdizione esclusiva sui servizi e i contratti pubblici o su particolari settori di materie come il governo del territorio. Un sostanziale scambio di giurisdizione, pubblico impiego contro diritto pubblico dell’economia. Lo stesso d.lgs. n. 80 del 1988 passò alla giurisdizione esclusiva amministrativa le controversie sui pubblici servizi e in materia urbanistica ed edilizia: per entrambe con la reintegrazione in forma specifica e il risarcimento del danno ingiusto.

La ridefinizione del paradigma generale aveva fatto apparire obsoleto il criterio tutto italiano, malcerto, del riparto di giurisdizione per situazioni soggettive; e più agevole quello per materie: in pratica, la giurisdizione esclusiva, che già aveva connotato il pubblico impiego. Prese così corpo il riparto di giurisdizione *“per blocchi di materie”*. Ma venne contestato (insieme alle modifiche introdotte due anni dopo dalla legge n. 205 del 2000) e razionalizzato da Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204: che dichiarò incostituzionale l'art. 33, comma 2, d.lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7, lett. *a)*, l. n. 205 del 2000, nell’individuare controversie in cui può mancare un profilo riconducibile all’amministrazione-autorità.

In effetti, la legge 21 luglio 2000, n. 205, *in materia di giustizia amministrativa*, aveva assegnato alla giurisdizione amministrativa le controversie su affidamenti di lavori, servizi o forniture e aveva accresciuto pienezza ed effettività della tutela del giudice amministrativo con l’azione risarcitoria (già assunta a figurabile da Cass., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500, sulla risarcibilità degli interessi legittimi).

Quest’evoluzione ebbe il suo strumento normativo principale con, finalmente, la *codificazione* del «processo» amministrativo, portata dal d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 attuativo della delega dell’art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69. Parlando definitivamente di *«processo»* (come aveva iniziato la legge n. 205 del 2000) venne abbandonata l’idea ultima del ricorso/giudizio, oltre che ampliata la panoplia di azioni e tutele. Ma, non a caso l’art. 133 del Codice elenca un lungo catalogo di giurisdizione esclusiva.

Insomma, il trend è stato quello un’assimilazione progressiva agli standard della giurisdizione ordinaria, emancipando quella amministrativa dalla stretta qualifica di *giudice speciale*. L’evoluzione ha connotato il giudice amministrativo **–** ha detto con quella sentenza n. 204 del 2004 la Corte costituzionale riprendendo la dottrina – per la«*piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive*»diverse da quelle sui “diritti”*”*[[71]](#footnote-71).

**11.** Quanto alla funzione consultiva, nei dodici anni tra 1997 e 2009 le politiche di semplificazione amministrativa ne hanno ristretto oggetti e modalità. La prima tappa è stata di conformazione ai principi dell’*arrêt Procola* (Corte EDU, Procola c. Lussemburgo, n. 14570/89, 28 settembre 1995) per il quale l'art. 6, par. 1, CEDU sul *giusto processo* per la *teoria delle apparenze* sul giudice terzo e imparziale non permetteva la partecipazione di stessi consiglieri di Stato lussemburghesi a decisioni su ricorsi contro un regolamento oggetto di un parere cui avevano partecipato in sede consultiva.

Così l’art. 17 l. 15 maggio 1997, n. 127, sullo snellimento dell'attività amministrativa, c.d. *Bassanini-bis*, finalizzata alla “*semplificazione amministrativa*”, istituì *«una sezione consultiva del Consiglio di Stato per l'esame degli schemi di atti normativi per i quali il parere del Consiglio di Stato è prescritto per legge o è comunque richiesto dall'amministrazione»*, e tolse il parere obbligatorio su altri oggetti come i contratti pubblici (fino allora una delle principali espressioni della funzione consultiva e di prevenzione di quella che poi sarebbe stata la pronunciata giurisdizionalizzazione del settore). Un’ulteriore restrizione fu portata dalla legge finanziaria per il 2000 (l. 23 dicembre 1999, n. 488). Il parere del Consiglio di Stato diveniva tendenzialmente facoltativo, salvo sugli “affari normativi” e sui ricorsi straordinari.

Il secondo atto ha riguardato la dominante componente della funzione consultiva, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Venne *“giurisdizionalizzato”* dall’art. 69 l. 18 giugno 2009, n. 69 (la stessa che delegava il governo il codice del processo amministrativo) dando seguito ultimo a una tendenza progressiva di sua connotazione giurisdizionale. Da allora, il governo non può disattendere quei pareri obbligatori del Consiglio di Stato, perché resi vincolanti dalla riforma e in pratica trasformati in una decisione. Quantitativamente, è l’impatto più significativo.

Ma a parte le innovazioni legislative, anche la delegificazione di disposizioni sulla struttura interna del Consiglio di Stato ha portato a incidere sensibilmente sul rapporto tra le due funzioni.

La base è stata data dalla c.d. “riforma Brunetta” della p.a., in particolare dell’art. 54 d.-l. 25 giugno 2008, n. 112 su sviluppo economico, semplificazione, competitività (cd. *“decreto Brunetta anti-fannulloni”*) conv. dalla l. 6 agosto 2008, n. 13, che aggiunge un quinto comma all’art. 1 l. n. 186 del 1982 sull’ordinamento della giurisdizione amministrativa, per cui *«il Presidente del Consiglio di Stato, con proprio provvedimento, all'inizio di ogni anno, sentito il Consiglio di presidenza, individua le sezioni che svolgono funzioni giurisdizionali e consultive, determina le rispettive materie di competenza e la composizione, nonché la composizione della adunanza plenaria ai sensi dell'articolo 5, primo comma».*

Con questo mezzo, ad oggi si sono avuti tre decreti del Presidente del Consiglio di Stato che hanno inciso sulla realtà dell’istituto:

1. la trasformazione della Terza Sezione da consultiva a giurisdizionale: decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 103 del 10 dicembre 2010.
2. la trasformazione della Seconda Sezione da consultiva a giurisdizionale: decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 176 del 14 dicembre 2018.
3. L’istituzione della Settima Sezione giurisdizionale: decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 229 del 24 settembre 2021.

**12.** È allora il momento di giungere a qualche conclusione. Questi sono i dati e i fatti che si propongono all’analisi della trasformazione del Consiglio di Stato rispetto alla trasformazione dello Stato di diritto. Dicono che, negli ultimi undici anni (operativamente, dal 1 gennaio 2022), le sezioni giurisdizionali sono state raddoppiate, dalle tre del 1948 a sei; le sezioni consultive sono state dimezzate, dalle tre tradizionali, più quella per gli affari normativi, a una tradizionale e quella per gli affari normativi.

Se si considera poi che, oltre al decentramento all’apposita sezione del parere sugli affari normativi (la sottrazione all’Adunanza Generale ha sì prevenuto gli inconvenienti “Procola” e semplificato il procedimento, ma ha reso questo parere non più significativo dell’intero istituto e dunque non più insuperabile in giustizia), ormai avviene che:

* i *quesiti*, cioè l’espressione più genuina del *parere facoltativo*, in media sono solo al più una ventina all’anno (nel 2020 sono stati appena quindici: poco più di uno al mese: e non ci sono grandi discostamenti dal decennio precedente, anzi semmai un leggerissimo aumento);
* con la “*giurisdizionalizzazione*” del ricorso straordinario, la parte dominante dei pareri della residua Prima Sezione consultiva non sono più disattendibili atti di consultazione nel quadro di ciò che resta di una “giustizia ritenuta”, ma vere decisioni definitive, seppure a contraddittorio formalmente affievolito.

Per la funzione consultiva sugli atti normativi, va considerato anche che le è stato sottratto spazio anche dalla discutibile pratica dei “*decreti non regolamentari*”[[72]](#footnote-72), benché disciplinanti fattispecie generali e astratte, che ha eluso il parere obbligatorio del Consiglio di Stato previsto dalla riforma della Presidenza del Consiglio del 1988 (l. 23 agosto 1988, n. 400, art. 17).

Rispetto a un quarto di secolo fa, ne viene un’evidente restrizione della funzione consultiva – per quanto permanga tecnicamente ben apprezzabile e rilevante nel suo spazio residuo - a fronte dell’espansione quali-quantitativa della funzione giurisdizionale.

Insomma, sia in termini strutturali, sia in termini funzionali, il baricentro del Consiglio di Stato, in questo trentennio, si è ampiamente spostato sulla giurisdizione. Il Consiglio di Stato, in sintesi, è sempre più *giudice* e sempre meno *“organo ausiliario”* del governo.

**13.** Si torna dunque al quesito di fondo sul rapporto tra *nomina* e *res* che ci siamo posti all’origine. Ci domandiamo se, alla luce del principio di realtà, cioè guardando all’attualità storica del suo *konkrete Ordnung*, il nostro *Consiglio di Stato*, non stia *–* fermo il nome- progredendo nel senso di una corte amministrativa suprema: vale a dire se non si vada ormai sempre più avvicinando, nella realtà effettuale, al modello prevalente in Europa riguardo alla giustizia amministrativa. È una tendenza che lo pone in linea con quel patrimonio di valori giuridici convergenti da diverse tradizioni in un comune grande spazio, da diversi chiamato nuovo *ius commune* europeo: che – avendo a pilastro i principi condivisi del giusto processo e della buona giustizia – può procedere in modi più uniformi a rendere giustizia nei rapporti amministrativi e a recuperare nella tradizione romanistica del diritto un fattore unificante per l’Europa.

Certo è che ormai è visibile il distacco dall’archetipo storico francese, anche se di quello opportunamente conserva, si badi rilegittimata dall’esigenza generale efficientistica, la c.d. terza funzione, cioè la pratica degli incarichi individuali in alte funzioni amministrative. Del resto, in Francia, per analoghe ragioni di mutamento di paradigma, la funzione consultiva – da sempre ben più penetrante e strutturata di quella italiana – non è più detta come in passato la *mission première* del *Conseil d’Etat*: eppure un terzo di quei trecento consiglieri di Stato è normalmente distaccato presso l’amministrazione attiva. Il che anzi ancor più continua a corrispondere a un’esigenza di tenuta e di coerenza generale dell’ordinamento, altrimenti ineguagliabile: ma avviene a titolo individuale e *intuitu personae*, non di istituto: sicché non contrasta la trasformazione di cui parliamo.

A tentare una sintesi di questo *excursus* sui quasi due secoli dal 1831, si ha che le trasformazioni del nostro Consiglio di Stato hanno rispecchiato la trasformazione, italiana ed europea, dello Stato di diritto, seguendone il modo di manifestarsi, di consolidarsi, di evolversi. Il filo rosso è stato – in parallelo alla trasformazione dello stesso Stato di diritto - quello della lenta ma progressiva accentuazione della dimensione contenziosa: avanzata dapprima nel 1859 con la riforma Rattazzi ma interrotta con la giurisdizione unica (1865), reintrodotta definitivamente nel 1899 con la riforma Crispi, poi progressivamente accentuata e affinata. E finalmente portata a carattere dominante con la grande trasformazione generale dell’ultimo trentennio, seguendo l’andamento dei modi generali di realizzazione del diritto e così appunto spostando in sostanza l’organo, fermo il prestigioso nomedi *Consiglio di Stato*, verso i caratteri di una corte amministrativa suprema munita di alcune, comunque significative, funzioni consultive.

Tutto questo è ancora una volta lo specchio della capacità del Consiglio di Stato di mutare nel tempo. Questa plasticità è sempre stata di suo una virtù dell’istituto e tale si mostra anche oggi, consentendogli questo significativo adattamento. In effetti l’ibridazione dell’ultimo trentennio avrebbe dovuto portare in contraddizione il Consiglio di Stato e con esso l’intera giustizia amministrativa, contingenza degli ultimi due secoli la cui matrice napoleonica è tra le principali espressioni del precedente paradigma.

Però, quasi paradossalmente, il Consiglio di Stato e la giustizia amministrativa ne sono usciti non indeboliti bensì rinforzati. Questo è avvenuto grazie ai fattori di contesto rispetto ai quali la giustizia amministrativa ha saputo mostrare singolare rispondenza. Anzitutto, grazie proprio al nuovo paradigma di prevalenza dell’*economico* sul *politico*, dall’esterno è stata data minor attenzione alla sua contestualizzazione simbolica, che pure ha perso peso con la sovranità: le sue comunque rimangono forme accettabili in un’ibridazione con il nuovo. Piuttosto, l’attenzione primaria viene ora data alla capacità tecnica del mezzo prescelto, che – nella tendenza alla giurisdizionalizzazione del diritto - è quello della resa di una risposta di giustizia con particolari qualità e speditezza.

Sicché, in un ambiente ormai attento alla capacità di *governance* dei compiti affidati di fronte alle sfide attuali e dove, con il “tramonto della politica”[[73]](#footnote-73), viene a dominare l’amministrazione delle cose piuttosto che la geometria precostituita degli assetti, diviene risolutivo il valore dell’efficienza nella funzione e della tempestività di risposta (il tempo è sempre più un valore economico e giuridico). È questo profilo che – comparato, occorre dirlo, alla crisi organizzativa della giurisdizione civile – ha conferito al Consiglio di Stato e alla giustizia amministrativa se non una nuova legittimazione, quanto meno una notevole valorizzazione di una tenuta ‘cittadinanza’: ma non più per investitura di una *specialità* ormai obsoleta e non rimpianta, bensì - in un contesto dove appunto il mezzo rileva più del fine – per efficienza ed efficacia, di loro utili alla primaria prospettiva economica.

In compenso, questa trasformazione presenta un - al fondo felice - prezzo al quale certo ha contribuito l’affiancamento pluridecennale dei tribunali amministrativi regionali: quello dell’accentazione funzionale di un vero e proprio *giudice*. E, implicitamente, con riferimento ai connotati del *buon giudice* posti da quel nuovo *ius commune*: nel quale l’*arrêt Procola*, pur con le resistenze che ha generato, ha segnato un punto di non ritorno[[74]](#footnote-74).

In questo ampio quadro, il Consiglio di Stato ha, insieme ai tribunali amministrativi, affinato la strumentazione di giudice e la sua primigenia funzione consultiva è stata interessata dal fenomeno opposto, perdendo numericamente quota e la consultazione trovando altre vie e altre figure capaci, nei loro modi, di offrirla.

Termina così, almeno ad oggi, l’arco della storia di cui ci siamo occupati. L’*exiguum clinamen* segnato, oltre le intenzioni, dalle *Regie lettere patenti* del 13 settembre 1831 che scartarono la via della rappresentatività per preannunciare quella che portò al tecnicismo giuridico-amministrativo, indicò la via perché il Consiglio di Stato potesse divenire, come poi è stato, un’istituzione centrale per dare corpo allo Stato di diritto. L’emergere e il progressivo avanzare, da oltre centotrent’anni, del suo ruolo di giudice fino a divenirne carattere dominante, riflette la trasformazione dell’ordinamento e l’andamento dei tempi che oggi offrono alla giurisdizione un ruolo ben diverso dal passato. Questo processo lo ha condotto a decisamente avvicinarsi, *immutato nomine*, al modello oggi del tutto prevalente in Europa: dove la realizzazione dello Stato di diritto si è in grande parte decentrata dall’apparato pubblico a, com’è stato efficacemente chiamato, il “custode delle promesse”[[75]](#footnote-75).

Ricordiamo allora il giovane Re Carlo Alberto e quella prima seduta di quel 4 novembre 1831, centonovant’anni fa, a Palazzo Carignano con quei suoi quindici consiglieri di Stato. Ma considerando qual è oggi la realtà vivente di quest’istituto che – con quel nome - qui nacque in tutt’altro contesto e con ben altri caratteri. Non giova indulgere a una retrospezione simbolica ma decettiva, che prende in considerazione l’icona fissa di un illustre passato del Consiglio di Stato anziché la sua storia e la sua capacità di adattamento e trasformazione, che ne è il vero valore. Prediamone atto e domandandoci quali ne siano le conseguenze – in potenzialità funzionali ma anche nelle non poche fragilità strutturali - rispetto alle esigenze e ai princìpi che oggi la società considera irrinunciabili.

**Giuseppe Severini**

Presidente di Sezione emerito del Consiglio di Stato

Pubblicato il 25 gennaio 2022

1. D. ALIGHIERI, *Vita nova*, XIII, 4; *Iustin.* Inst., II, 7, 3: “nos [...*]* consequentia nomina rebus esse studentes [...*]*”. Il ragionamento giuridico opera non *ante legem*, in modi nominalistico-deduttivi, ma *post legem*, in termini realistici e induttivi: *nomina sunt consequentia rerum* (com’è del pensiero logico, che connette i dati di esperienza) e non *res sunt consequentia nominum* (com’è del pensiero magico-simbolico, che attribuisce capacità performativa a formule e nomi). [↑](#footnote-ref-1)
2. ad es., nella Repubblica Popolare di Polonia, *Rada Państwa*, o nella Repubblica Popolare Romena. [↑](#footnote-ref-2)
3. In Spagna e in Lussemburgo, oggi deriva dalla separazione delle funzioni di giustizia amministrativa, conferite a una neoistituita *corte amministrativa suprema* (a sé o come parte semi-separata della corte suprema giudiziaria) [↑](#footnote-ref-3)
4. e al *Conseil du Roi*, via via divenuto il *Conseil d’Etat* prerivoluzionario. L’espressione *Conseil d'Etat* apparve nel 1578, sotto Enrico III. Fu ripresa dall’art. 52 della Costituzione dell’Anno VIII (del Consolato: 13 dicembre 1799) che istituì il *Conseil d'État* napoleonico. Nel 1849 ebbe dalla Seconda Repubblica effimere funzioni contenziose (di *“giustizia delegata” «au nom du peuple français»*), tolte dal Secondo Impero (che ritornò alla *“giustizia ritenuta”*), ma riacquistate in via pretoria con il *recours pour excès de pouvoir* – cioè per annullamento di un atto illegittimo - e poi ufficializzate dalla legge 24 maggio 1872 che gli attribuì definitivamente la *giustizia delegata*. [↑](#footnote-ref-4)
5. A. DE TOCQUEVILLE, *L’Ancien Régime et la Révolution*, I, IV, Paris 1967 (1856), 72. [↑](#footnote-ref-5)
6. Va considerata la situazione critica in cui si trovava giusto in quelle settimane – ma già dal febbraio-marzo - il *Conseil d’Etat*, nell’incipiente monarchia di luglio, quando sembravano prevalere le voci favorevoli al suo scioglimento per essere stato troppo vicino a Carlo X: cfr. J.-P. CHALINE, *Le Conseil d'État de 1830 à 1848*, in *La Revue administrative*, 1998, 9 ss.. Recentissima era poi la Costituzione belga del 7 febbraio 1831. [↑](#footnote-ref-6)
7. La prima teorizzazione del *Rechtsstaat* si deve a R. v. MOHL, *Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats*. Tübingen 1833; *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, Enke, Erlangen 1855-58; Cfr. P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un’introduzione storica*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica*, Milano 2002; R. BIN, *Lo Stato di diritto2*, Bologna 2017 [↑](#footnote-ref-7)
8. Il *“premier rôle”* del *Conseil d’Etat* è stato fino a poco fa considerato quello di consigliare il governo. Cfr. Y. MENY, *“Conseil d'Etat”, Consiglio di Stato: imitazione o divergenze parallele?*, in *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, a cura di Y. Meny, Bologna 1994. [↑](#footnote-ref-8)
9. S. ROMANO, *La funzione e i caratteri del Consiglio di Stato,* in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario,* vol. I, Roma, 1932, 4. [↑](#footnote-ref-9)
10. L. ARMANI, *Il Consiglio di Stato. Ricordi storici*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano 1897-1932, I, 1897, 764. [↑](#footnote-ref-10)
11. L. ARMANI, *Il Consiglio di Stato*, cit., 800. [↑](#footnote-ref-11)
12. S. CASSESE, *Governare gli italiani*, cit., 195 [*cap. IX – Continuità e fratture nella storia del Consiglio di Stato*], 19. Precisamente: *1)* lo Stato pre-costituzionale; *2)* lo Stato parlamentare; *3)* il periodo liberale; *4)* il periodo fascista; *5)* il periodo costituzionale; *6)* la (attuale) fase *cripto-presidenziale*.

Ed è stato: *1)* organo politico (1831); *2)* organo terzo (1848); *3)* organo giurisdizionale; *4)* vivaio di amministrazioni. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ivi, 203. [↑](#footnote-ref-13)
14. L’aspirazione a una “costituzione” scritta – per il vero, senza molte specificazioni quanto i contenuti – era il motivo ritornante di tutte le attese risorgimentali fino al 1848-49, quando si tradusse in varie realtà. Lo rendeva naturale, di fronte al ripristino dell’assolutismo, la prima funzione di una qualsiasi costituzione, il limitare il potere regio. [↑](#footnote-ref-14)
15. Caro Alberto, nato nel 1798, era salito al trono il 27 aprile 1831. [↑](#footnote-ref-15)
16. F. SALATA, *Re Carlo Alberto e l’istituzione del* *Consiglio di Stato. Propositi politici e riflessi diplomatici. Con note e documenti inediti*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, I, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1932, 28. [↑](#footnote-ref-16)
17. Dopo il congresso di Lubiana, il 10 marzo 1821 vi era stata l’insurrezione di reparti militari alla Cittadella di Alessandria - seguiti poi da altri a Torino, Vercelli ed Aosta - che issarono il Tricolore chiedendo una costituzione come la spagnola del 1812. Il 13 marzo Vittorio Emanuele I preferì abdicare in favore del fratello Carlo Felice, al momento a Modena, piuttosto che concedere la “costituzione di Cadice” reclamata da quel *Pronunciamento*. Il reggente Carlo Alberto, nei dubbi, premuto dai Federati e mettendo a rischio la sua successione al trono concesse la Costituzione e nominò un governo provvisorio con Santorre di Santarosa ministro della guerra. Ma le potenze della Quintuplice Alleanza, dei congressi cioè di Troppau e di Lubiana, egemonizzate da Metternich decisero l’intervento con spedizione militare e Carlo Felice intimò a Carlo Alberto di raggiungere Novara per unirvisi e fare ammenda. Il nuovo re Carlo Felice dichiarò nulla la costituzione. Cfr. recentem. F.G. SCOCA, *Risorgimento e Costituzioni*, Milano 2021, 70 e ss.. [↑](#footnote-ref-17)
18. M. MERIGGI, *Gli stati italiani prima dell’Unità. Una storia istituzionale*, Bologna 2002, 169, che dice la *monarchia consultiva* di derivazione metternichiana. [↑](#footnote-ref-18)
19. G.S. PENE VIDARI, Il *Consiglio di Stato albertino: istituzione e realizzazione,* in Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato, Milano 1983, 38. [↑](#footnote-ref-19)
20. istituito nel 1818, sorta di organo collegiale di governo, presieduto dal Re. [↑](#footnote-ref-20)
21. S. CASSESE, cit., 196. *“Un mezzo con cui la Corona era posta in grado di esercitare un certo controllo e sindacato sui suoi ministri”*; cfr. S. ROMANO, *La funzione e i caratteri del Consiglio di Stato*, cit., 6 ss.. [↑](#footnote-ref-21)
22. M.R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative in Italia dall’Antico Regime all’Unità*, Torino, 1999, 152. [↑](#footnote-ref-22)
23. F. SALATA, *Re Carlo Alberto e l’istituzione del* *Consiglio di Stato*, cit.,43 e 47. [↑](#footnote-ref-23)
24. F. SALATA, *Re Carlo Alberto e l’istituzione del* *Consiglio di Stato*, cit.,58 e 68; G. LOMBARDI, *Il Consiglio di Stato nel quadro istituzionale della Restaurazione*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano 1983, 84. [↑](#footnote-ref-24)
25. S. CASSESE, cit., 196. [↑](#footnote-ref-25)
26. cfr. C. GHISALBERTI, *Dall’Antico Regime al 1848*, Roma-Bari, 1974, 123, che prosegue dicendo: *“Di più la definizione di un sistema parlamentare fondato su una sia pur limitata rappresentanza elettorale a base censitaria e sulla divisione del potere legislativo tra il re e le due Camere sembrava la negazione di quel principio monarchico ancora identificato da loro con l’assolutismo”* [↑](#footnote-ref-26)
27. Esemplare è l’*incipit* del *Saggio sul principio generatore delle costituzioni e delle altre istituzioni umane*, (1814) del savoiardo Joseph DE MAISTRE, ministro reggente la Gran Cancelleria del Regno di Sardegna fino alla scomparsa (febbraio 1821): *“Uno dei grandi errori di un secolo che li professò tutti, fu di credere che una costituzione politica potesse essere scritta e creata* a priori*, mentre ragione ed esperienza si uniscono per dimostrare che una costituzione è un'opera divina e che proprio ciò che vi è di più fondamentale e di più essenzialmente costituzionale nelle leggi di una nazione non potrebbe mai essere scritto*”. [↑](#footnote-ref-27)
28. Secondo la formula tipica degli ambienti italiani della Restaurazione, per cui lo Sato deve perseguire finalità meramente amministrative, per i cui scopi ben potevano conservarsi, o replicarsi, i condivisibili – unitari, centralizzanti e uniformi - apparati amministrativi dell’epoca napoleonica: C. GHISALBERTI, *Dall’Antico Regime al 1848*,cit., 124. [↑](#footnote-ref-28)
29. Per lo Stato Pontificio, v. il *motu proprio* del Pontefice Pio VII del 6 luglio 1816, *Sull'organizzazione dell'amministrazione pubblica*, che nel preambolo affermava: *“Noi riflettemmo in primo luogo, che la unità, ed uniformità debbono esser le basi di ogni politica Istituzione, senza delle quali difficilmente si può assicurare la solidità de’ Governi, e la felicità de’ Popoli; e che un Governo tanto più può riguardarsi come perfetto, quanto più si avvicina a quel sistema di unità stabilito da Dio tanto nell’ordine della natura, quanto nel sublime edificio della Religione”*. [↑](#footnote-ref-29)
30. *“era evidente intendimento del sovrano piemontese […] quello di dar vita a un organo consultivo capace di rappresentargli i veri interessi dello Stato, […] e, in armonia con l’orientamento prevalente della conservazione illuminata ispirata dalla corte di Vienna e dal Metternich, capace di surrogare nell’ordinamento dello Stato all’assenza della rappresentanza politica”*: C. GHISALBERTI, *Dall’Antico Regime al 1848*, cit., 135. [↑](#footnote-ref-30)
31. Cfr. A. PEZZANA, *Le derivazioni italiane del* *Consiglio di Stato napoleonico e le loro influenze sul Consiglio di Stato piemontese del 1831*, in *Studi per il centocinquanternario del Consiglio di Stato*, III, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1981, 1261. [↑](#footnote-ref-31)
32. In questa formula *“il re era e restava l’unico titolare della sovranità, ma per determinate questioni politiche – pur nella libertà delle sue scelte finali – poteva farsi assistere e consigliare da un apposito organo di «tecnici» di altro prestigio”; era questa “sul piano diplomatico […] un’apertura a scelte già attuate e quasi consigliate nell’area asburgica”*. In realtà, *“le soluzioni della monarchia «consultiva» non erano […] le più «chiuse», ma neppure le più «pericolose», se ricordiamo tra i suoi fautori un uomo «prudente» come il Metternich”*: G.S. PENE VIDARI, *L’istituzione del Consiglio di Stato* *(18 agosto 1831)*», in *Studi Piemontesi*, X, nov. 1981, 337 ss.; Id., Il *Consiglio di Stato albertino: istituzione e realizzazione,* in a*tti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano 1983, 23; M. MERIGGI, *Gli stati italiani prima dell’Unità*, cit., 169. [↑](#footnote-ref-32)
33. Per il particolare caso del Consiglio di Stato del Ducato di Parma, Piacenza e Guastalla, di influenza francese, v. recentem. D. GRANARA, *Il Commentario di Giovan Battista Niccolosi al Codice di Processura Amministrativa e i problemi attuali del processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, n. 2/2014. [↑](#footnote-ref-33)
34. F. SALATA, *Re Carlo Alberto e l’istituzione del* *Consiglio di Stato*, cit., 42-45; G.S. PENE VIDARI, Il *Consiglio di Stato albertino*, cit., 43. [↑](#footnote-ref-34)
35. Dopo quindici anni di un tale silenzio, una tardiva riconvocazione vi fu solo il 2 ottobre 1847 con la nomina di consiglieri straordinari, e con una convocazione per il 15 marzo 1848, poi revocata con regio brevetto del 2 marzo 1848, due giorni prima della promulgazione dello Statuto: ma fu inutile perché venne appunto sopravanzata dallo Statuto, che fece salvo il Consiglio di Stato seppure alla condizione che il Re provvedesse alla sua riforma (art. 83). [↑](#footnote-ref-35)
36. P. CASANA, *Il Consiglio di Stato albertino e il territorio*, in *Pouvoirs et territoires dans les États de Savoie,* in *Actes du colloque international de Nice 29 novembre – 1er décembre 2007*, Nice 2010. L’A. peraltro sostiene che *“Se lo schema dell’Editto del 18 agosto si può ispirare ai principî della «monarchia consultiva», la sua applicazione — attuata attraverso le Lettere Patenti del 13 settembre 1831 — finì per seguire piuttosto i principî di una «monarchia amministrativa», e la prima venne così ad esaurirsi nel momento stesso in cui stava per concretizzarsi”*. [↑](#footnote-ref-36)
37. G.S. PENE VIDARI, Il *Consiglio di Stato albertino*, cit., 47. [↑](#footnote-ref-37)
38. F. SALATA, *Re Carlo Alberto e l’istituzione del* *Consiglio di Stato*, cit.,70. [↑](#footnote-ref-38)
39. Parimenti G. LOMBARDI, *Il Consiglio di Stato nel quadro istituzionale della Restaurazione*, cit., 63, richiama la rilevazione di C. Ghisalberti e considera che l’editto del 18 agosto *tendeva “a creare una monarchia non solo amministrativa, ma a carattere consultivo”* e riallaccia indirizzo di Metternich all’Illuminismo, mentre in realtà vede l’istituzione del Consiglio di Stato comunque *“nel quadro ideologico della Restaurazione”* e delle sue istituzioni: una prima espressione di quella corrente che si identifica come *“costituzionalismo della Restaurazione”*, che – manifestazione del *Romanticismo giuridico* - è evoluzione delle preesistenti forme e non si identifica né con l’ideologia politica *“post-rivoluzionaria”*, né con quella *“reazionaria”*. È manifesto, infatti, il *“dualismo istituzionale”* del Consiglio di Stato rispetto ai ministri, con la Corona come luogo di sintesi. [↑](#footnote-ref-39)
40. l’alta tecnica dell’amministrazione affidata a collegi di professionisti venne introdotta in Francia ai tempi di Colbert. [↑](#footnote-ref-40)
41. G.S. PENE VIDARI, Il *Consiglio di Stato albertino*, cit., 60. [↑](#footnote-ref-41)
42. È frequente una considerazione: se fosse rimasto fermo l’Editto di Racconigi, probabilmente il Consiglio di Stato non sarebbe sopravvissuto alo Statuto del Regno e, per quanto ci interessa, lo Stato di diritto nazionale non vi avrebbe avuto la sua istituzione d’elezione. Del resto, a escluderne ogni ipotetica residua rappresentatività, l’art. 83 dello Statuto stabilì che *«per l'esecuzione del presente Statuto il Re si riserva di fare le leggi sulla Stampa, sulle Elezioni, sulla Milizia comunale, e sul riordinamento del Consiglio di Stato»*: G.S. PENE VIDARI, Il *Consiglio di Stato albertino*, cit.*,* 57. [↑](#footnote-ref-42)
43. Così la Relazione Rattazzi, cit. S. CASSESE, cit., 197. [↑](#footnote-ref-43)
44. il primo presidente fu Luigi des Ambrois de Nevâche, già vicepresidente dal 1851 e prima, da ministro dell’interno, uno degli compilatori – insieme ai ministri Giacinto Borrelli e Cesare Alfieri di Sostegno - dello Statuto albertino. [↑](#footnote-ref-44)
45. S. ROMANO, *La funzione e i caratteri del Consiglio di Stato,* cit., 9. [↑](#footnote-ref-45)
46. dal ministro dell'interno, Giovanni Lanza, del Governo La Marmora *II* che ne fu il promotore. Prese spunto da un’altra *"legge Rattazzi"* (23 ottobre 1859, n. 3702) che aveva esteso alla Lombardia la legislazione amministrativa del Regno di Sardegna e ispirò un analogo provvedimento di Carlo Farini, dittatore regionale per l'Emilia e la provincia di Massa, il decreto 27 dicembre 1859, n. 79. La norma fu modificata e integrata dal decreto reale 30 novembre 1859, n. 64 il 24 e il 30 settembre 1860 per le Marche, il 22 settembre 1860 per l'Umbria, il 26 agosto 1860 per la Sicilia, e il 2 gennaio 1861 per il Napoletano. Il 24 novembre 1864, il Ministro dell’interno Giovanni Lanza propose alla Camera un progetto di legge per la concessione al Governo della facoltà *“di pubblicare e rendere esecutorii in tutte le provincie del Regno alcuni progetti di legge d’ordine amministrativo”*. Così il governo presentò un breve disegno di legge con, come Allegati, sei atti che il Parlamento avrebbe dovuto accettare o rifiutare in blocco. Il risultato fu la promulgazione, il 20 marzo 1865, della legge n. 2248 per l’unificazione amministrativa del Regno d’Italia che comprendeva sei allegati: la legge comunale e provinciale (allegato A), la legge di pubblica sicurezza (allegato B) e di sanità pubblica (allegato C), la legge sul Consiglio di Stato (allegato D) e sul contenzioso amministrativo (allegato E) e la legge sulle opere pubbliche (allegato F). Dopo un mese vi fu unita la Legge n. 2626 sull’ordinamento giudiziario del 6 dicembre 1865. [↑](#footnote-ref-46)
47. Cfr. G. BARBAGALLO, *La giurisdizione del Consiglio di Stato dalle origini al 1923, nel Regno di Sardegna e nel Regno d'Italia*, in *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Le biografie dei magistrati* (*1861*-*1948*), a cura di G. Melis, Milano, 2006, t. II, 2299 ss.; [↑](#footnote-ref-47)
48. cfr. L. ARMANI, *Il Consiglio di Stato*, cit., 831. [↑](#footnote-ref-48)
49. La Corte di Cassazione di Roma venne istituita dalla legge 12 dicembre 1875: la prima seduta fu tenuta il 4 marzo 1876. [↑](#footnote-ref-49)
50. istituito dalla Costituzione della Seconda Repubblica (1848), venne abolito dal Secondo Impero (1852) e reistituto dalla legge del 24 maggio 1872 «*portant réorganisation du Conseil d’Etat».* [↑](#footnote-ref-50)
51. Cfr. G. MARANINI –e F. D'ALESSIO, voce *Conflitto (Conflitti fra organi amministrativi e giurisdizionali)*, in *Enc. Italiana*, XI, 1931, 124. [↑](#footnote-ref-51)
52. S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione* (discorso pronunziato nell'associazione degli industriali di Bergamo il 7 maggio 1880), in *La politica della Destra* (Scritti e discorsi raccolti da B. Croce), Bari 1910, 53 ss. (ripubblicato in *Riv. dir. pubbl.*, 1939, I, 222, e poi a cura di Alatri, in S. SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione*, Torino 1949). [↑](#footnote-ref-52)
53. Alberto de’ Stefani era il Ministro delle Finanze del primo governo Mussolini. [↑](#footnote-ref-53)
54. G. MELIS, *Due modelli di amministrazione tra liberalismo e fascismo. Burocrazie tradizionali e nuovi apparati*, Roma, 1988. [↑](#footnote-ref-54)
55. Tra i molti, v. F. OST e M. v. de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, *Publications des facultés universitaires de Saint-Louis*, 2002; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari 2002; F. BOTTINI (dir.), *Néolibéralisme et droit public*, Paris 2017; B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna 2020,211 ss.; A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna 2020, 239 ss.. Sulla neutralizzazione delle differenze tra diritto pubblico e diritto privato, tale da ormai riportarli a un nucleo comune, G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Padova 2021. [↑](#footnote-ref-55)
56. Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Modelli normativi aperti, argomentazione giuridica e giudice amministrativo*, in [*www.giustizia-amministrativa.it*](http://www.giustizia-amministrativa.it) (2020). [↑](#footnote-ref-56)
57. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016; *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna 2017. [↑](#footnote-ref-57)
58. Cfr. G. NAPOLITANO, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Bologna 2020, 328. [↑](#footnote-ref-58)
59. Sia consentito richiamare G. SEVERINI, *La sicurezza giuridica e le nuove implicazioni della nomofilachia*, in [*www.federalismi.it*](http://www.federalismi.it)*,* n. 19/2018. [↑](#footnote-ref-59)
60. J. KRYNEN, *L’État de justice. France, XIIIe-XXe siècle*, II, *L’emprise contemporaine des juges*, Paris 2012; B. RÜTHERS, *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici. Costituzione e metodi. Un saggio*, a cura di G. Stella, Modena 2018 [*Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden*, Tübingen 2014]. [↑](#footnote-ref-60)
61. R. BIN, *Lo Stato di diritto. Come imporre regole al potere*, Bologna 2017 (2004), 18 ss.; M. CLARICH, Manuale di diritto amministrativo, 4^ ed., Bologna 2019, 30. Il principio di legalità è *“il principio costitutivo della sintassi giuridica dello stato di diritto, indipendentemente dal livello e dal contenuto delle norme nella quale essa si articola”*: L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *www.questionegiustizia.it*, n. 4 del 2016. [↑](#footnote-ref-61)
62. F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa tra presente e futuro*, (intervento al convegno “Stato a diritto amministrativo tra presente e futuro” – Parma 4 ottobre 2019), in[*www.giustizia-amministrativa.it*](http://www.giustizia-amministrativa.it). [↑](#footnote-ref-62)
63. S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, cit., 27. Sulla nomofilachia, A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Rass. Forense*, 2014, 647. [↑](#footnote-ref-63)
64. Per tutti, v. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, 6^ ed., Bari-Roma 2021, 389 ss.. Cfr. A. GARAPON, *Lo stato minimo: Il neo liberalismo e la giustizia*, Milano 2012 [*La Raison du moindre Etat. Le néolibéralisme et la justice*, Paris 2010]. [↑](#footnote-ref-64)
65. Cfr. *ex multis* G. CORSO, *Splendori e miserie dell’intervento pubblico nell’economia italiana*, e gli scritti degli altri autori in AA.VV., *L’intervento pubblico nell’economia*, a cura di M. Cafagno e F. Manganaro, in L. Ferrara e D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana. Studi*, vol. V, Firenze 2016, 593. Sulla trasformazione del diritto amministrativo, L. TORCHIA, *Studiare il diritto amministrativo oggi*, in Id., *La dinamica del diritto amministrativo*, Bologna 2017, 7. [↑](#footnote-ref-65)
66. S. CASSESE, ivi, 393; G.MONTEDORO, *Il giudice e l’economia*, Roma 2015 [↑](#footnote-ref-66)
67. Fenomeno manifesto, numericamente e qualitativamente, nel settore dei *contratti pubblici*, dove il giudice amministrativo si profila come giudice del nuovo diritto dell’economia grazie a una codificazione connotata come architettura concorrenziale di quel mercato. Sulla tendenza generale, v. A. GARAPON, *Lo stato minimo*, cit.. Cfr. C. GUARNIERI e P. PEDERZOLI, *Il sistema giudiziario*, Bologna 2017, 181 ss.. [↑](#footnote-ref-67)
68. R. HIRSCHL, *The Judicialization of Politics*, The Oxford Handbook of Political Science, 2011 [↑](#footnote-ref-68)
69. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. Un cambio de paradigma?*, Madrid 2007 [trad. it., *Le trasformazioni della giustizia amministrativa. Un cambio di paradigma*?, Milano 2010]; M. D’ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna 2019, 193 ss.; M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna 2021, 39 ss.. [↑](#footnote-ref-69)
70. G. MELIS, *Origine e storia del Consiglio di Stato*, in G. Paleologo (a cura di), *I Consigli di Stato di Francia e d’Italia*, Milano 1998, 71-85; Id., *Il* *Consiglio di Stato nella storia d’Italia,* in S. Cassese (a cura di), *Il Consilio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano 1997, 1-19. [↑](#footnote-ref-70)
71. *“se si guarda […] alla giurisprudenza della Corte [costituzionale] a partire dagli anni 2000, è facile rendersi conto che essa assegna ai giudici amministrativi “piena dignità” di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive non contemplate dall’art. 2 della legge n. 2248 del 1865, all. E (Corte Cost., n. 204/2004) e riconosce al giudice amministrativo, quale giudice naturale dell’esercizio della funzione pubblica, poteri idonei ad assicurare piena tutela, per il danno sofferto anche in violazione di diritti fondamentali per l’illegittimo esercizio del potere pubblico (Corte Cost., n. 140 del 2007)”*: A. PAJNO, *Trasformazioni della Giustizia Amministrativa*, in *Corte costituzionale Corte di Cassazione, Consiglio di Stato. Tre giurisdizioni apicali*, a cura dell’Accademia Nazionale dei Lincei, Bologna 2017, 74. [↑](#footnote-ref-71)
72. L’art. 17, comma 4-*bis*, l. n. 400 del 1988 riserva invero ai *«decreti ministeriali di natura non regolamentare»* la sola *«definizione dei compiti delle unità dirigenziali nell'ambito degli uffici dirigenziali generali»* dei ministeri, cioè mere finalità organizzative. [↑](#footnote-ref-72)
73. E. SEVERINO, *Il tramonto della politica. Considerazioni sul futuro del mondo*, Milano 2017, sulla politica che cede all'economia la gestione della società, limitandosi a garantire il funzionamento del mercato. [↑](#footnote-ref-73)
74. E v. anche, ad es., Kleyn e altri c. Paesi-Bassi, nn. 39651/98, 39343/98, 46664/99 et al., 6 maggio 2003; Sacilor-Lormines c. Francia, n. 65411/06, 9 novembre 2006. [↑](#footnote-ref-74)
75. A. GARAPON, *Le gardien des promesses: le juge et la démocratie*, Paris 1996 [trad. it., *I custodi dei diritti. Giudici e democrazia*, Milano 1997]. [↑](#footnote-ref-75)