

La sindacabilità dell'atto politico: troppi giudici a Berlino?

di Corrado Caruso
(26 novembre 2008)

Alcune recenti pronunce dei giudici amministrativi hanno ridato attualità al tema dell'atto politico e dei limiti al suo sindacato. I "casi" Speciale, Petroni, Dal Molin e, da ultimo Sgarbi, hanno riesumato questioni che sembravano sopite, riproponendo antichi dibattiti ed evocative terminologie dalla difficile definizione giuridica. Nonostante la diversità degli atti impugnati e delle norme richiamate, alla base di tali controversie vi è una comune tensione tra l'autorità politica che agisce in via amministrativa e i giudici preposti alla valutazione della legittimità dell'azione ex art. 113 Cost. La decisione n. 13361/2007 il TAR Lazio sez. II ha dichiarato illegittimo il DPR, controfirmato dai Ministri dell'Economia e della Difesa, che disponeva la sostituzione del comandante gen. della Guardia di finanza R. Speciale; la decisione n. 11271/2007 (TAR Lazio III sez.) annulla una nota del Ministero dell'Economia (e gli atti a essa collegati) che revocava l'incarico al consigliere d'amministrazione RAI A. Petroni; infine la sentenza n. 3045/2008 del TAR Milano I sez. ha sanzionato l'illegittimità della revoca delle deleghe da parte del sindaco di Milano nei confronti dell'assessore alla cultura Vittorio Sgarbi. Diverso destino ha avuto invece il consenso prestato dal Presidente del Consiglio all'allargamento della base "Dal Molin". In tale occasione, forse anche grazie all'impossibilità di individuare i requisiti formali di tale atto, il Consiglio di Stato è giunto all'annullamento (ord. n. 3992/2008) della precedente ordinanza sospensiva del Tar Veneto (ord. n. 435/2008; sulle successive vicende, anche in relazione all'indizione del referendum locale, v. Cons. St. ord. n. 7296/2008). Costante in tutte le pronunce è il tentativo di definire il c.d. atto politico. L'analisi giurisprudenziale delle singole fattispecie non può che apprezzarsi: ma è analisi non definitiva, sfuggendo all'interprete i criteri qualificatori di volta in volta adottati.

La prima controversia ha origine dall'impugnazione da parte del comandante generale Speciale, dell'atto di nomina del gen. D'Arrigo, che lo sostituisce nell'incarico, e di tutti gli atti che a cascata discendono dalla deliberazione del consiglio dei ministri. Sostiene la difesa che è atto arbitrario: sia perché il dlgs 165/2001 (art. 19, c.8), in tema di *spoils system*, implica, in assenza di un'esplicita revoca, la conferma degli incarichi di alta dirigenza, sia perché l'atto non ha seguito le norme sul giusto procedimento amministrativo ex l. 241/1990 relativamente all'obbligo di previa comunicazione (art. 7) e al diritto al contraddittorio (art.10). A tali argomentazioni la controparte ministeriale oppone la natura politica dell'atto: il RD 1034/1924 (art. 31) esclude infatti il ricorso alla giustizia amministrativa qualora si tratti "(...) di atti o provvedimenti emanati dal governo nell'esercizio del potere politico." Evidenti le conseguenze di una simile premessa: il carattere politico implicherebbe libertà, nel fine e nelle forme, dell'atto, con conseguente inapplicabilità delle garanzie procedurali della legge n. 241/1990. Il giudice amministrativo ritiene non convincente l'eccezione. Il collegio dubita infatti che "(...) *la disposizione citata possa sopravvivere sic et simpliciter nell'ordinamento positivo, come delineato dagli art. 24 e 113 Cost. Infatti, il principio di tutela giurisdizionale contro gli atti della P.A. ha portata generale e riguarda tutte le amministrazioni, sicché le sue eventuali deroghe devono trovare il loro supporto in norme costituzionalmente orientate*". Solo gli atti che realizzano "[...] scelte di specifico rilievo costituzionale e politico, ossia quelli che non si possono qualificare o non sono identificabili come amministrativi e in ordine ai quali l'intervento di questo giudice determinerebbe un'interferenza del potere giudiziario

nell'ambito di altri poteri possono dirsi insindacabili. Seppur in forma dubitativa, il Tribunale amministrativo riconosce quindi al vertice politico dell'amministrazione un raggio d'azione libero da interferenze giudiziarie. Nel caso di specie però l'atto di nomina del comandante generale della guardia di finanza (e la revoca del predecessore che specularmente l'accompagna) non può essere considerato atto politico ma di alta amministrazione: *"(...) gli atti preordinati alla provvista di personale dello Stato ai massimi livelli sono atti d'alta amministrazione e non d'indirizzo politico e, come tali, soggiacciono comunque al sindacato giurisdizionale, secondo le regole proprie del giudizio di legittimità."* Immediate le conseguenze di tale ragionamento: una volta riconosciuta l'inapplicabilità del dlgs n.165/2001 (neanche preso in considerazione dal TAR Lazio, forse per il chiaro disposto dell'art. 3 c. 1 che afferma come il personale militare e le forze di polizia di Stato debbano rimanere *"(...) disciplinati dai rispettivi ordinamenti"*), la controversia deve essere risolta in base alla normativa prevista dall'art. 4 della l. n. 189/1959 (che appunto prevede la rimozione dei vertici militari su delibera del consiglio dei ministri previa proposta congiunta dei Ministri della difesa e dell'economia) in combinato disposto con le norme del giusto procedimento amministrativo ex l. n. 241/1990. Il carattere fiduciario del rapporto non comporta, secondo i giudici amministrativi, *"(...) una volizione arbitraria o, peggio, insindacabile (...): la P.A. procedente deve dare idonea contezza dell'avvenuta valutazione del possesso dei prescritti requisiti in capo al prescelto, sì che possa dimostrare la ragionevolezza della scelta effettuata"*. L'avvenuta applicazione delle garanzie proprie del giusto procedimento diventa dunque indice di ragionevolezza della scelta compiuta dal vertice politico. In particolare, il mancato rispetto dell'art. 7 della legge 241/1990 riguardante l'avviso di avvio del procedimento non può che comportare la nullità dell'atto dell'impugnato: se si ritiene venuta meno la fiducia del rapporto addebitandosi all'ufficiale revocato specifiche responsabilità, solo l'esistenza di un idoneo atto finalizzato a *"(...) provocare un serio contraddittorio con il ricorrente"* avrebbe fornito alle Amministrazioni resistenti *"(...) argomenti e forza giuridica per giustificare la contestata rimozione."* Non si nega quindi la possibile esistenza dell'atto politico: semplicemente, e a seguito di un suo generico inquadramento in *"scelte di specifico rilievo costituzionale e politico"*, il giudice amministrativo non ritiene possa essere richiamato in tale contesto.

Ad analoghe conclusioni arriva il TAR Lazio a margine del c.d. caso Petroni, nonostante presupposti in fatto e in diritto parzialmente differenti. Tra i tanti atti impugnati dalla difesa del consigliere di amministrazione, di grande rilevanza giuridica è la determinazione del Ministero dell'Economia e delle Finanze con cui sono state disposte revoca e sostituzione. Da tale atto ha avuto origine il procedimento, previsto dal T.U. n.177/2005, di convocazione dell'assemblea dei soci della RAI s.p.a a cui spettava eseguire il disposto ministeriale. Non ha dubbi il TAR Lazio sulla propria competenza a conoscere la causa: nonostante l'eccezione sollevata dalla difesa della RAI che sottolinea il rapporto privatistico tra la società e il consigliere di amministrazione, il giudice amministrativo si concentra sul carattere pubblico della proprietà azionaria per poter dirsi competente. La determinazione ministeriale è però, secondo l'Avvocatura dello Stato, atto politico, per ciò stesso insindacabile. Il TAR rigetta però ancora una volta l'eccezione: una volta riaffermato, come già aveva fatto nella pronuncia "Speciale", che l'atto politico è espressione di una funzione diversa da quella amministrativa, il Collegio richiede per la sua esistenza due elementi, *"(...) uno soggettivo (dovendo provenire da organo preposto all'indirizzo e alla direzione al massimo livello della cosa pubblica) e l'altro oggettivo (dovendo riguardare la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella organica struttura e nella loro coordinata applicazione)"*. Vigente l'art. 113 Cost., l'art. 31 RD n. 1054/1924 deve essere oggetto di stretta interpretazione: perché vi sia atto politico è necessario che vi sia *" (...) esercizio di potere politico"* inquadrabile in norme di

carattere costituzionale. Nel caso concreto, posto che il fine dell'atto è solo quello di "(...) *precostituire le condizioni per realizzare una nuova maggioranza, di diverso colore politico*" all'interno del consiglio di amministrazione, esso non può che ritenersi illegittimo per sviamento di potere, perché utilizzato "(...) *per scopi che non hanno nulla a vedere con le regole di buona e trasparente amministrazione della cosa pubblica e [che] perseguono solo gli interessi di un determinato schieramento politico.*" Dunque l'atto politico esiste, ma è categoria giuridica dai contorni sfumati, labile nel contenuto e nelle forme: anzi, i giudici amministrativi sembrano servirsi della vaghezza della ricostruzione per arrivare più facilmente a sindacare nel merito gli atti impugnati.

l In relazione alla vicenda Sgarbi, nonostante l'atto di natura politica nasca come manifestazione di volontà imputabile ai supremi vertici dello Stato, a tale categoria sembra appartenere la revoca dell'Assessore comunale da parte del Sindaco. Eppure, il TAR Lombardia sottolinea come sia necessario che l'atto di revoca "(...) *sia fornito di una sufficiente motivazione, la quale richiami i presupposti assunti a sua giustificazione (...) e che sia preceduto dalla comunicazione dell'avvio del procedimento. (...) Se è vero che la natura di rapporto fiduciario consente al sindaco di revocare in qualsiasi momento l'atto di nomina ad Assessore, l'obbligo di far precedere l'atto di revoca da una comunicazione di avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 7 l. n.241/1990, trova pur sempre applicazione anche nella fattispecie in esame prescindendo, "in linea di principio" dall'urgenza e/o dalle modalità del tipo di contrasto insorto tra il Sindaco e l'Assessore.*" Applicazione della legge sul giusto procedimento dell'atto e controllo sulla *sufficiente motivazione*, dunque: nonostante una giurisprudenza non consolidata (c. TAR Liguria n. 1600/2004 e TAR Umbria n. 820/2003) e il dato letterale della disposizione (art. 46 c, 4 t.u. n.267/200) che sembra individuare quale unico destinatario il Consiglio Comunale, il giudice amministrativo assurge a garante della legittimità e della ragionevolezza dell'atto.

Le incerte definizioni servono a garantire libertà d'azione ai giudici amministrativi: l'ord. n. 3992/2008 del Consiglio di Stato di annullamento della precedente ordinanza del TAR Veneto che sospendeva i lavori di allargamento della base militare Dal Molin, sembra al contrario ridare consistenza all'atto politico. Il consenso prestato dal Governo italiano a quello statunitense, recepito nell'autorizzazione concessa dal direttore generale del Ministero della difesa, deve essere considerato "(...) *quale atto promanante dal Governo nell'esercizio del potere politico (...) [e riconducibile] alle attività di carattere internazionale fra Stati*" sottratto per sua natura al sindacato giurisdizionale di legittimità.

L'eterogeneità delle vicende trattate implica una certa difficoltà nel trarre conclusioni valide in ogni caso. Ciò nonostante, le pronunce esaminate sollevano diversi interrogativi: i giudici amministrativi sembrano infatti riconoscere una sfera di operatività all'atto politico (che forse, a Costituzione vigente, potrebbe denominarsi "di governo"). Se però esiste una funzione di governo, operante anche a livello locale, qual è in concreto la sua estensione, e quale la sua lettura positiva tra le righe delle disposizioni costituzionali? Ad esempio, se il giusto procedimento amministrativo è principio generale dell'ordinamento, non sarebbe per ciò stesso soccombente rispetto ad atti espressione di una funzione costituzionale di governo? Detto altrimenti: può dirsi corretta l'applicazione generalizzata della l. n. 241/1990 a tutti gli atti in senso lato amministrativi? Questa sembra essere la strada percorsa dalla Corte Costituzionale in alcune recenti decisioni (sentt. nn.103-104/2007 e 351/2008): tuttavia, la qualifica di dirigente generale non pare esattamente sovrapponibile ai casi di specie. Se la valutazione giurisdizionale dell'opportunità altro non è che controllo sul merito dell'atto, possono dirsi sindacabili quei provvedimenti di promozione o di revoca

di alti funzionari? Vi è una lesione della situazione giuridica soggettiva in tutti quei casi in cui il diritto alla carriera è per legge limitato alla funzione immediatamente precedente a quella a cui solo l'autorità politica può discrezionalmente promuovere?

Dare risposte non è così semplice: eppure, se in determinati casi giudicare la pubblica amministrazione può vuol dire amministrare, un tentativo meriterebbe forse di essere fatto.

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali