

## Un solo atto, più nature e più regimi di sindacabilità: il caso del decreto presidenziale di indizione del referendum

di Diletta Tega \*  
(28 febbraio 2017)

(in corso di pubblicazione in "Quaderni costituzionali", 2017)

Tra le pieghe dell'agitato contenzioso sull'indizione del referendum costituzionale del 4 dicembre 2016, i cui punti nodali sono evidenziati da Roberto Pinardi su questo sito, affiora un profilo non privo di interesse teorico, che era già stato esaminato, a proposito della dottrina dell'insindacabilità del cd. atto politico, nella pronuncia n. 81 del 2012 della Corte costituzionale.

Le decisioni rese dalle diverse corti civili e amministrative adite (si veda la sintesi nel *Bollettino delle questioni pendenti e delle decisioni di rilievo costituzionale dei giudici comuni*, n. 1 del 2017, in questo *Forum*) hanno squadernato almeno due nodi: la natura del decreto presidenziale di indizione del referendum e la giurisdizione sulla sua legittimità.

Tutte le pronunce del 2016 hanno in comune un elemento: nell'affrontare il problema della natura del decreto di indizione, nella parte in cui enuncia il quesito referendario dando seguito ai provvedimenti dell'Ufficio Centrale, le decisioni giurisdizionali (sia pur con esiti e sfumature differenti, su cui ha influito, a propria volta, la ricostruzione di tali provvedimenti), non ragionano sul decreto globalmente, come se si trattasse di un atto unitario e omogeneo, ma invece analizzano i diversi segmenti procedimentali e funzionali che ad esso fanno capo, con la relativa disciplina, e arrivano così a scomporre il decreto stesso in più parti, eterogenee quanto all'essenza giuridica e al regime di garanzia e sindacabilità.

Lo si era già detto in riferimento al decreto di indizione di un referendum abrogativo nel 2011 - così il Tar Lazio con l'ordinanza n. 1302 dell'8 aprile 2011, in merito al ricorso del Comitato promotore per il SI all'acqua pubblica contro il mancato accorpamento del referendum con le elezioni amministrative (sulla quale cfr. A. Cassatella e F. Cortese, *Sul referendum abrogativo e sulla giustiziabilità dei suoi tempi*, in *Forum costituzionale*, [http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/giurisdizioni\\_amministrative/0010\\_cassatella\\_cortese.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/giurisdizioni_amministrative/0010_cassatella_cortese.pdf)) - e ora lo si è affermato anche per quanto riguarda quello del referendum costituzionale: il decreto presidenziale di indizione non è atto che va esente da sindacato giurisdizionale; o, almeno, non del tutto.

Il contenuto relativo alla fissazione della data della consultazione è infatti da considerarsi atto di alta amministrazione, e pertanto sindacabile dal giudice amministrativo; al contrario, il contenuto concernente il quesito - indicato dalle ordinanze adottate dall'Ufficio Centrale per il referendum - viene variamente qualificato: avrebbe natura neutrale e giurisdizionale, oppure neutrale e *sui iuris*. In quest'ultimo caso il risultato, in ogni caso, non cambierebbe: la soluzione è l'insindacabilità.

Oltre a ciò, va segnalato che la pronuncia del Tar Lazio del 20 ottobre 2016 conferma l'impossibilità di ricondurre *tout court* il decreto presidenziale alla categoria dell'atto politico, seguendo una giurisprudenza amministrativa restrittiva che rimonta al 2011. L'assunto non è pacifico; basti considerare che l'atto di indizione del referendum era considerato imputabile allo svolgimento di una funzione propria del Presidente della Repubblica, di natura neutrale in quanto collocata al di fuori e al di sopra del contrasto tra forze politiche di maggioranza e minoranza (A. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Milano, 1989, 18). Con la già citata ordinanza cautelare del 2011 - confermata dal Consiglio di Stato con la decisione del 19 aprile 2011, n. 1736 - il Tar Lazio aveva ritenuto inammissibile il ricorso presentato dal Comitato promotore per il SI. Anche se nel 2011 era

stato indetto un referendum abrogativo e non costituzionale ex art. 138 Cost., il parallelismo tra le due decisioni è chiaro: in entrambi i casi ciò che interessa il giudice non è tanto che l'atto sia formalmente o sostanzialmente imputabile al Presidente della Repubblica, ma che esso debba rispettare un preciso dettato legislativo (il riferimento è all'art. 15 della legge n. 352 del 1970). In particolare, tutti gli atti che riguardano il procedimento referendario non hanno natura legislativa, ma sono applicativi della stessa «anche se coinvolgenti la partecipazione del Governo e del Presidente della Repubblica, e pur se connotati da un certo margine di discrezionalità temporale, peraltro nei limiti rigidamente prefissati dalla legge», di conseguenza sindacabile dal giudice amministrativo.

La decisione del Tar Lazio del novembre 2016 torna a ribadire tale assunto: il decreto di indizione non è insindacabile in termini assoluti, dovendo distinguersi tra le ipotesi in cui il relativo contenuto costituisca esercizio di poteri riconducibili a quelli amministrativi e politici non liberi nei fini dalle ipotesi in cui siano piuttosto riconducibili all'esplicazione di poteri neutrali di garanzia e controllo, di rilievo costituzionale.

In base a questa progressiva erosione, non esisterebbero più atti politici per definizione, ma rimarrebbe ascrivibile a questa categoria ogni segmento procedimentale e funzionale, come si diceva all'inizio, eventualmente caratterizzato dalla libertà dei fini tipica dell'attività politica e dalla conseguente assenza di parametri alla stregua dei quali valutarne la legittimità.

Il giudice amministrativo – pur avendo inaugurato per primo questo ridimensionamento della categoria dell'atto politico, in ossequio al generale principio costituzionale di tutela delle posizioni giuridiche soggettive ex artt. 24 e 113 Cost. e 7, comma 1, ult. per., del codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104 del 2010) in base alla quale «non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico» (disposizione che va interpretata nel senso che al giudice è precluso censurare esclusivamente valutazioni di carattere strettamente politico, tra gli altri, D. Messineo, *Atti politici, stato di diritto, strumenti di verifica della giurisdizione*, in *Diritto Amministrativo*, 4/2013) – ritiene in entrambe le decisioni del 2016 che l'importante pronuncia n. 81 del 2012 della Corte costituzionale costituisca un punto di approdo.

La Corte costituzionale, chiamata a risolvere un conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni promosso dalla Regione Campania in merito al rispetto del principio di una equilibrata presenza di donne e uomini nella formazione della giunta regionale come previsto dallo Statuto regionale, nella decisione n. 81 del 2012, a sua volta, si era appoggiata alla giurisprudenza amministrativa sul tema per arrivare ad affermare che, se l'esistenza di spazi riservati alla scelta politica è condivisibile e suffragata da elementi di diritto positivo, «nondimeno, gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto. Nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate».

Che si tratti della fine dell'atto politico come atto insindacabile in sede giurisdizionale (F. Bilancia, *Ancora sull'atto politico e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2012) oppure di una più cauta delimitazione dei confini della sindacabilità degli atti di pubblico potere (M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, Osservatorio sulle fonti 1/2013), certamente il fenomeno è rilevante e merita di essere riconsiderato nella sua intera magmatica complessità. Va ricordato infatti (A. Cassatella e F. Cortese, *cit.*) che il giudice amministrativo ha qualificato

atti politici *tout court*, senza un'analisi delle singole parti che li compongono: il dpr che ridetermina i collegi uninominali provinciali; l'atto di autorizzazione del governo all'ampliamento di una base militare americana, il decreto ministeriale che pronuncia definitivamente l'estradizione. A questo elenco, da ultimo, la pronuncia n. 52 del 2016 della Corte costituzionale - nel decidere su di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato - ha aggiunto il procedimento finalizzato alla stipulazione dell'intesa con le confessioni religiose ex art. 8 Cost. La Corte ha così smentito la ricostruzione del Consiglio di Stato, sez. IV, 18 novembre 2011, n. 6083, ma soprattutto quella della Cassazione, sez. unite civili, 28 giugno 2013, n. 16305, punto n. 4.3., che, per sostenere che il diniego governativo costituisce un atto ricorribile davanti al giudice aveva fatto riferimento sia alle previsioni costituzionali relative al diritto di difesa e al principio per cui contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale, sia alla decisione n. 81 del 2012, per sostenere che il diniego governativo costituisce un atto ricorribile davanti al giudice (su questo passaggio della decisione della Corte v. in senso critico cfr. L. Carlassare, *L'atto politico fra "qualificazione" e "scelta": i parametri costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2016).

\* Ricercatrice di diritto costituzionale – Università di Bologna