

Trasformazione dell'indirizzo politico del governo, atti politici e limiti del sindacato giurisdizionale*

di Fabio Francesco Pagano**
(22 febbraio 2018)

SOMMARIO: 1. Il Governo tra attività di indirizzo politico e attività di alta amministrazione - 2. L'atto politico insindacabile quale atto espressione dell'attività di indirizzo politico del Governo -3. La discrezionalità politica dell'Esecutivo di fronte al legislatore e al giudice nei più recenti orientamenti della Corte costituzionale - 4. Considerazioni conclusive: il controllo della discrezionalità politica e il complesso equilibrio tra *iurisdictio* e *gubernaculum*.

1. Il Governo tra attività di indirizzo politico e attività di alta amministrazione

Qualunque riflessione attorno all'attività di indirizzo politico del Governo e alle sue trasformazioni non può fare a meno di indagare anche l'ampiezza e i limiti del sindacato giurisdizionale intorno alla discrezionalità politica, onde verificare se il complesso e tormentato rapporto tra *iurisdictio* e *gubernaculum* sia stato interessato da significative modifiche anche sul precipuo versante del controllo dell'attività di direzione politica dell'Esecutivo e, ancor più, se nel nostro ordinamento vi sia ancora spazio per frammenti di attività del Governo sottratti al sindacato del giudice.

La "politica generale del governo" che l'art. 95, comma 1, Cost. pone sotto la direzione del Presidente del Consiglio dei Ministri abbraccia in modo onnicomprensivo tutta l'attività governativa rivolta alla gestione della cosa pubblica e si sostanzia tanto nell'attività «politica» in senso stretto¹, quanto in quella di indirizzo amministrativo. Tale distinzione richiama la doppia anima del Governo il quale, al pari di un Giano Bifronte, è, ad un tempo, organo costituzionale e quindi, politico ma anche organo di vertice dell'amministrazione statale.

L'attività posta in essere dal Governo nella sua veste di vertice dell'amministrazione dello Stato dà vita a quelle che un tempo venivano definite "questioni di alta amministrazione"² mentre oggi, invece, si discorre di "attività di alta amministrazione", nella cui orbita gravita l'adozione di tipologie assai differenti di atti, anche quelli di normazione secondaria³. Il tratto caratterizzante che li accomuna, a fronte di un regime giuridico che risente delle loro diverse finalità e dei differenti ambiti di applicazione, è rappresentato

* Testo rivisto e corretto dell'intervento programmato al Seminario di studio su "Trasformazioni dell'indirizzo politico e ruolo del Governo", Messina, 1 dicembre 2017, i cui atti sono in corso di Stampa, a cura di G. D'Amico, L. D'Andrea e A. Saitta.

1 A. M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 737 ss.; ora in ID, *Scritti Giuridici*. Vol. I, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1990, 263. Il legame tra l'attività di indirizzo politico e la nozione di "politica generale del Governo" è sottolineato da M. LUCIANI, *La riforma della Presidenza del Consiglio (e dei Ministeri)*, in *Dir. amm.*, 2016, 260, ove l'illustre A. evidenzia come la Carta costituzionale abbia escluso in capo all'Esecutivo il monopolio dell'indirizzo politico ma, al contempo, intuendo i rischi di "disomogeneità" dell'indirizzo politico in Parlamento, ha affidato al Governo il compito di mantenerne la coerenza e al suo vertice la funzione di assicurarne l'unità. Su questi profili anche E. CATELANI, *Voce art. 95 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, Torino, 2006, 1844

2 Espressione con la quale nel periodo statutario si indicavano tanto gli indirizzi politici che quelli amministrativi come sottolineato da V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in *Jus*, 1958, 3, nota 2.

dall'elevata discrezionalità⁴ e dalla deroga al principio della separazione tra politica e amministrazione, posto che questi atti, anche quando hanno natura puntuale, vengono adottati da organi politici e non amministrativi⁵.

Tali atti sono vincolati al rispetto del principio di legalità e si inseriscono pienamente nell'alveo della funzione amministrativa. Pertanto, benché caratterizzati da un ampio o amplissimo apprezzamento discrezionale in quanto chiamati a dare la prima attuazione, sul piano amministrativo, all'indirizzo politico dell'Esecutivo, non sono sottratti al sindacato del giudice, né potrebbero esserlo in forza dell'art. 113 Cost. che assoggetta a detto sindacato, senza esclusione alcuna, tutti gli atti riconducibili all'esercizio del potere amministrativo.

Di converso, risulta gravida di maggiori problematiche, quanto al rapporto tra *iurisdictio* e *gubernaculum*, l'attività posta in essere dal Governo nella sua veste di organo costituzionale, ossia l'attività di indirizzo politico in senso stretto. Questa si estrinseca non solo in una serie di comportamenti costituzionalmente rilevanti che l'Esecutivo pone in essere relazionandosi con gli altri organi costituzionali, in particolare con il Parlamento, ma anche nell'adozione di una serie di atti che, in quanto "emanati nell'esercizio del potere politico" il legislatore, già nel periodo statutario, ha inteso sottrarre al sindacato del giudice.

Si tratta della controversa categoria dell'atto politico che è tornata ad essere oggetto di interesse per la dottrina e la giurisprudenza in ragione dalla previsione contenuta nell'art. 7, comma 1, ultimo inciso, del Codice del processo amministrativo che ha riprodotto quanto già previsto dall' art. 31 del R.D. 26 Giugno 1924 n. 1054 in ordine all'insindacabilità degli atti politici⁶.

Invero, il nostro ordinamento conosce già altre disposizioni che, in applicazione del principio della separazione dei poteri, sono tese a circoscrivere il sindacato del giudice. Non si tratta, però, di previsioni tese, come quella in parola, a sottrarre determinati atti al controllo giurisdizionale, bensì di norme volte a limitare l'ampiezza e la profondità del sindacato onde preservare, a seconda dei casi, la discrezionalità politica o amministrativa degli organi che hanno emanato l'atto. Si tratta, rispettivamente, dell'art. 28, comma 1, della legge 11 marzo 1953, n. 87 e dell'art. 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20. Per la giurisdizione amministrativa non esiste una disposizione simile, nonostante ciò i limiti al sindacato del giudice amministrativo si desumono dal sistema e, in particolare, dalla distinzione normativamente posta tra giurisdizione generale di legittimità, giurisdizione esclusiva e giurisdizione di merito.

Le disposizioni appena richiamate, per quanto oggetto di un'interpretazione non uniforme che di volta in volta tende ad ampliare o restringere il *judicial review*⁷, in ogni caso impediscono, rispettivamente, al giudice costituzionale e al giudice comune di sindacare il cuore delle scelte discrezionali, in modo da sostituire le proprie valutazioni a quelle del legislatore o dell'amministrazione dando vita ad un giudizio di merito.

3 A. M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970, 8, 51, specif. nota 8 ove questa dottrina rammenta come il carattere politico dell'attività regolamentare sia stato espressamente escluso in giurisprudenza già da Cons. St., Sez. IV, 16 marzo 1935, in *Giur. it.*, 1935, III, 275.

4 B. G. MATTARELLA, *L'attività*, in *Trattato di Diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2003, 765; C. TUBERTINI, voce *Atti politici e di alta amministrazione*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, 519 ss.

5 V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «atti politici» e atti di «alta amministrazione»*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 122 ss.; ID, *Sugli atti di alta amministrazione*, in *Giur. cost.*, 3/2013, 1377 ss.

6 La scelta di inserire tale disposizione all'interno del codice del processo amministrativo era tutt'altro che scontata, basti pensare che già una parte della dottrina e della giurisprudenza, dalla mancata menzione dell'atto politico all'interno della legge TAR, faceva discendere l'abbandono della categoria in questione e del suo peculiare regime processuale da parte del legislatore.

Quest'ultimo, secondo la migliore dottrina, "eminentemente soggettivo" e "radicalmente sostitutivo" dell'attività controllata⁸.

L'idea di limiti che circoscrivano il sindacato del giudice, pur nella molteplicità delle interpretazioni dottrinarie e giurisprudenziali che hanno contribuito, di volta in volta, alla loro dilatazione o alla loro contrazione, non ha mai destato particolari problemi. Ben diverso, invece, quanto avvenuto in relazione all'atto politico insindacabile rispetto al quale si è formata una giurisprudenza sostanzialmente negatrice della categoria in questione che, da ultimo, sembrava voler confinare la portata dell'art. 7, comma 1, c.p.a. agli atti di natura internazionale del Governo⁹.

Anche la Corte costituzionale ha avuto modo di soffermarsi sull'atto politico attraverso una pronuncia, la n. 81 del 2012, suscettibile, invero, di molteplici interpretazioni e la cui portata è stata ancor più chiarita dalla sentenza n. 52 del 2016.

Quest'ultima decisione della Consulta, lungi dal rappresentare un ritorno al passato e all'impiego di una categoria giuridica percepita da una parte della dottrina come vetusta, se non addirittura quale diretta espressione dell'ordinamento fascista sotto la cui vigenza è stata positivizzata¹⁰, apporta, invece, dei significativi elementi di novità e desta non poco interesse.

In particolare, risulta pregevole il tentativo della Corte di ricostruire l'atto politico in modo da renderlo compatibile con il dettato costituzionale ma, allo stesso tempo, senza fornirne un'interpretazione tale da confinarla nelle ipotesi di scuola, come pure ha sostanzialmente fatto la giurisprudenza amministrativa, specie negli ultimi anni.

2. *L'atto politico insindacabile quale atto espressione dell'attività di indirizzo politico del Governo*

Non è questa la sede per ripercorrere l'ampio dibattito dottrinario¹¹ attorno alla controversa categoria dell'atto politico insindacabile. Qui è sufficiente sottolineare la differente impostazione fatta propria dalla dottrina amministrativistica e da quella costituzionalistica. La prima, da sempre propensa a guardare agli atti politici attraverso la lente del rapporto tra amministrazione e giurisdizione al fine di indagare l'esistenza di atti amministrativi politici, escludendone la compatibilità con la Carta costituzionale. La seconda, invece, maggiormente disposta a ragionare sull'asse governo-amministrazione e, in tal modo, impegnata a ricostruire la categoria dell'atto politico quale atto di governo

7 Con specifico riferimento alla discrezionalità del legislatore e al suo impiego nelle pronunzie della Corte costituzionale in un'ottica di *self-restraint* del sindacato da ultimo R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Milano, 2017, 122 ss.; G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 436.

8 A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di "merito"*, in *Dir. amm.*, 3/2008, 550; G. MONTEDORO, *Processo economico, sindacato giurisdizionale ed autonomia dell'amministrazione: la questione del merito amministrativo*, in www.apertacontrada.it, 34, evidenzia come il merito amministrativo rappresenti il "lato oscuro, lunare, della giustiziabilità [...] l'area di non giustiziabilità della pretesa, l'area del nucleo insindacabile delle valutazioni amministrative".

9 Pare questo il caso della sentenza delle SS.UU., 28 giugno 2013, n. 16305, annullata in sede di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato da Corte costituzionale con la sent. n. 56 del 2016.

10 L. CARLASSARE, *L'atto politico tra "qualificazione" e "scelta": i parametri costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2016, 554.

11 Per il quale sia consentito rinviare a F. F. PAGANO, *Gli atti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico nella più recente giurisprudenza tra separazione dei poteri e bilanciamenti costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 864 ss.

alla luce della teoria dell'indirizzo politico¹², secondo un'impostazione che, da ultimo, sembra essere stata in gran parte accolta dalla Consulta con le pronunzie poc'anzi richiamate.

La dottrina costituzionalistica cercò di interpretare l'art. 31 in modo da farne salva la sua legittimità costituzionale ricostruendo la categoria dell'atto politico al di fuori dell'esercizio della funzione amministrativa (di qualunque tipo essa fosse) per ricondurla, invece, alla funzione di governo intesa come di immediata attuazione della Costituzione e in stretto collegamento con la nozione di indirizzo politico¹³. In tal modo, veniva esclusa l'esistenza di qualsivoglia atto amministrativo politico¹⁴ incompatibile con l'ampia formulazione dell'art. 113 Cost.

Insomma, l'interpretazione più convincente, nonché l'unica capace di fugare i sospetti di illegittimità costituzionale della categoria in parola¹⁵, sembra essere proprio quella che riconduce gli atti cui si riferisce l'art. 7, comma 1, ultimo inciso, c.p.a. all'attività di indirizzo politico del governo al cui interno possono individuarsi due macro-aree di atti espressione della funzione di governo, ossia quelli attinenti ai rapporti internazionali¹⁶ e gli atti costituzionali¹⁷. Nozione, quest'ultima, anch'essa molto controversa e mai sufficientemente approfondita dalla scienza costituzionalistica che, diversamente da altre branche del diritto, specie il diritto amministrativo, non è stata capace di enucleare una classificazione unitaria e organica.

In ogni caso, non tutti gli atti costituzionali sono riconducibili alla categoria degli atti politici di cui all'art. 7, comma 1, ultimo inciso, c.p.a., bensì solo quelli sostanzialmente imputabili al Governo¹⁸, posto che la disposizione in parola, in quanto espressione del principio di separazione dei poteri, ha il precipuo scopo di sottrarre al giudice naturale del potere pubblico il sindacato sulle scelte autenticamente politiche dell'Esecutivo, in quanto

12 Detta differenziazione è ben sottolineata nell'ampio saggio di G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, 370 ss.

13 P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 223 ss.

14 P. BARILE, *op. ult. cit.*, 226. Questa impostazione è ripresa anche da E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, 43 ss., i quali giungono a definire pleonastica la norma di cui all'art. 31 T. U. Cons. St. poiché fanno discendere la non sindacabilità degli atti politici dalla libertà dei fini tipica dell'attività di indirizzo politico e dalla conseguente assenza di parametri alla stregua dei quali verificarne la legittimità. Assume una posizione in gran parte assimilabile, il solo forse nella dottrina amministrativistica, A. M. SANDULLI, *Governo e Amministrazione*, cit., 263; ID, *Atto politico ed eccesso di potere*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1946, 517 ss., e ora in ID, *Scritti Giuridici*. Vol. III, *Diritto amministrativo*, Napoli, 1990, 27.

15 Per quanto, la dottrina amministrativistica continui a dubitare della possibilità di distinguere la funzione c.d. di governo dalla funzione amministrativa in senso stretto, anche in ragione della portata amplissima dell'art. 113 Cost. e, pertanto, propenda per la legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 1, ultimo inciso, c.p.a. Sul punto F. G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo* in www.giustamm.it, F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it. Scettico in ordine alla compatibilità con i principi dello Stato di diritto di ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione con riguardo agli atti dei pubblici poteri anche A. CARIOLA, *L'ammissione delle liste elettorali alla ricerca di un giudice: l'art. 66 Cost. alla prova del giusto processo. Nota a commento di Tar Catania, 22 aprile 2006, n. 629*, in www.giustizia-amministrativa.it.

16 A. ROTTOLA, *Controllo giurisdizionale e atti politici nel diritto dell'Unione Europea e nel diritto interno in materia internazionale*, Torino, 2001, 4 ss.; In giurisprudenza al riguardo la c.d. ordinanza "Dal Molin", Cons. St., sez IV, 29 Luglio 2008, n. 3992, sulla quale A. ROMANO TASSONE, *Atto politico e interesse pubblico*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Atti del convegno di Cassino, 26- 27 Marzo 2009, a cura di A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, Napoli, 2010, I, 317; M. PERINI, voce *Atto politico e atto di governo*, in *Enciclopedia giuridica*, Aggiornamento, XVI, Roma, 2008, 1 ss., che mette in evidenza il rapporto esistente tra atto politico e ragion di stato e identifica gli atti in questione con delle forme di manifestazione della sovranità. Più in generale, sulla non riconducibilità del potere estero del Governo alla funzione amministrativa già W. LEISNER, *La funzione governativa di politica estera e la separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 342 ss.

espressione della funzione di governo e non di quella amministrativa che pure questi pone in essere nella propria veste di vertice dell'amministrazione statale¹⁹.

Ciò detto, il legame che intercorre tra indirizzo politico e atti politici è ancora più evidente se solo si ha riguardo alle diverse fasi dell'indirizzo così come enucleate da una parte della dottrina²⁰. Gli atti di cui all'art. 7, comma 1, ultimo inciso, c.p.a., possono appartenere sia alla fase teleologica di predisposizione dei fini dell'agire statale, quanto a quella strumentale, nell'ambito della quale gli organi di indirizzo politico individuano i mezzi per dare attuazione alla volontà programmata.

Sul punto, si pensi al Documento di programmazione economico-finanziaria (oggi Documento di Economia e Finanza) di carattere prescrittivo-programmatico e destinato ad individuare gli obiettivi di politica economica che, una volta approvato con risoluzione delle Camere, impegnerà il Governo nel predisporre il contenuto della legge di stabilità. Si tratta, evidentemente, di un atto politico immune dalla giurisdizione espressione della fase teleologica di predisposizione dell'indirizzo politico. Quanto, invece, alla fase strumentale è possibile menzionare, le direttive politiche che costituiscono atti di esecuzione dell'indirizzo concordato tra Governo e Parlamento²¹. Spiccano, in particolare, le direttive politiche che il Presidente del Consiglio può indirizzare ai singoli Ministri per dare esecuzione, specificandolo, all'indirizzo politico primario determinato dal Consiglio dei Ministri²².

Quanto al piano giurisprudenziale, in disparte degli altri criteri elaborati dalla giurisprudenza e dei quali, in questa sede, non è possibile esaminare i caratteri e gli elementi di criticità²³, quello che risulta maggiormente fondato muove dalla già citata dottrina che vuole che gli atti politici siano adottati nell'esercizio di un potere diverso da quello amministrativo, ossia il potere politico, direttamente riconducibile a funzioni disciplinate dalla Carta fondamentale.

La giurisprudenza della Cassazione ha segnato il passaggio dalla teoria della c.d. causa oggettiva ad una concezione degli atti di cui all'art. 7, comma 1, ultimo inciso, c.p.a. quali esecutivi della Costituzione o comunque forniti di copertura costituzionale.²⁴

17 Sulla necessità di ricondurre gli atti politici di cui all'art. 31 (oggi 7 c.p.a.) all'interno della categoria degli atti costituzionali concorda una parte considerevole della dottrina, tra i tanti E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 194; G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, 2000, 4 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione*, cit., 120; R. DICKMAN, *L'atto politico questo sconosciuto*, in www.forumcostituzionale.it, che ritiene che si possa dare consistenza alla categoria dell'atto politico solo inquadrandolo come *species* dell'atto costituzionale. Della medesima opinione sembra F. BILANCIA, *Ancora sull' "atto politico" e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in www.rivistaaic.it, 4/2012, 1 ss.; M. MIRABELLA, *La fase decisoria del procedimento amministrativo-approfondimenti. L'atto amministrativo*, in *Manuale di diritto amministrativo* a cura di M. Mirabella, A. Altieri, P. M. Zerman, Milano, 2012, 481, che, nel riprendere la posizione di A. M. Sandulli, rammenta come gli atti politici costituirebbero un *numerus clausus*.

18 Non sembra di questo avviso R. DICKMAN, *L'atto politico questo sconosciuto*, in www.forumcostituzionale.it.

19 Per una più approfondita disamina di questi aspetti sia consentito rinviare a F. F. PAGANO, *op. cit.*, 871.

20 T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 134 ss., ora in *Opere*, vol. I, Milano, 2000, 403 ss.

21 T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., 134, 414 ss.

22 G. PITRUZZELLA, *Il Presidente del Consiglio dei Ministri e l'organizzazione del governo*, Palermo, 1984, 225, che sottolinea come, per il tramite della direttiva, il Presidente del Consiglio possa fissare "criteri da osservare, fini secondari da perseguire, errori da evitare", residuando in capo al Ministro il giudizio di "adattamento al caso concreto", in ragione della sua sfera di autonomia costituzionalmente prefissata.

23 Sul punto sia consentito rinviare ancora una volta a F. F. PAGANO, *op. cit.*, 873 ss.

24 Cass. civ., SS. UU., ord. n. 11623/2006; Cass. civ., SS. UU., n. 7075/1993.

Si tratta di un orientamento coerente con l'identificazione degli atti politici con la categoria degli atti costituzionali espressione della funzione di governo, i quali saranno insuscettibili di sindacato da parte del giudice amministrativo ma, eventualmente, potranno essere sottoponibili a quello della Consulta, entro i margini in cui sia consentito dal nostro sistema di giustizia costituzionale.

3. *La discrezionalità politica dell'Esecutivo di fronte al legislatore e al giudice nei più recenti orientamenti della Corte costituzionale*

A questo punto occorre verificare entro che termini il ragionamento ermeneutico da ultimo riportato risulti ancora praticabile alla luce delle innovazioni apportate dalla Corte costituzionale alla categoria dell'atto politico con la sent. n. 81 del 2012 e, poi, con la pronuncia n. 52 del 2016.

La prima delle due sentenze del giudice delle leggi, emessa in sede di conflitto tra enti, da un lato ha reputato "condivisibile e suffragata da elementi di diritto positivo" la tesi della parte ricorrente in ordine all'esistenza di spazi riservati alla scelta politica. Dall'altro, invece, ha chiarito come discrezionalità politica possa trovare un limite ad opera di norme giuridiche poste dall'ordinamento, sicché "quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto".

Occorre verificare come un siffatto orientamento sia compatibile con quella giurisprudenza della Corte che, più volte, ha sottolineato come nel nostro ordinamento non possano ammettersi poteri "assolutamente indeterminati" e spazi di "totale libertà" in favore di soggetti che esercitino funzioni pubbliche²⁵. Da un lato, infatti, la Consulta appare coerente con l'interpretazione appena riportata, posto che riconosce alla legge la possibilità di vincolare persino la scelta politica, dall'altro ammette l'esistenza di una riserva di discrezionalità politica in capo agli organi di indirizzo politico.

Ben inteso, non può che trattarsi di una discrezionalità politica che trova comunque il proprio fondamento e la propria disciplina all'interno della Carta fondamentale, e, in ogni caso, pur volendo ammettere l'esistenza di "spazi vuoti di regole costituzionali, sopra di essi ad ogni buon conto si proietta e discende la luce omnicomprensiva dei principi-valori fondamentali" che non lasciano scoperti settori dell'ordinamento²⁶, sicché è da escludersi l'esistenza di una scelta politica del tutto libera da parametri e riferimenti idonei a vincolarla in qualche modo. Sol che il rispetto di tali parametri rimane sottratto al sindacato del giudice comune ed è rimesso a quello della Consulta, oppure a forme di controllo non giurisdizionale, bensì di tipo politico o diffuso da parte della collettività.

In ogni caso, la tesi ermeneutica della Corte, espressa attraverso la breve motivazione che accompagna la decisione di inammissibilità del conflitto è stata letta da una parte della dottrina come un ulteriore ridimensionamento della categoria degli atti politici²⁷ o, addirittura, come un suo definitivo superamento²⁸.

25 *Ex multis* Corte cost., sent. n. 115 del 2011.

26 A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Dir. e soc.*, 2007, 4.

27 F. BLANDO, «Atto politico» e «Stato di diritto» nella sentenza n. 81 del 2012 della Corte costituzionale, in www.forumcostituzionale.it, 7, il quale, nel registrare il progressivo restringimento della categoria dell'atto politico, ritiene che possa identificarsi quale nucleo inscalfibile del confine tra questi e la giurisdizione la libertà nel fine che lo caratterizza.

28 F. BILANCIA, *op. cit.*, 1 ss.; R. DICKMAN, *op. cit.*, 1 ss.

Ciò non pertanto, occorre avere riguardo al fatto che la sentenza in parola si poneva quale momento di parziale discontinuità rispetto alla decisione del Consiglio di Stato, impugnata in sede di conflitto tra enti, che aveva riconosciuto nella nomina dell'assessore regionale un atto di alta amministrazione.

Quello fatto proprio dalla Consulta è un orientamento che, per quanto problematico in ordine ad alcuni aspetti della dogmatica dell'atto politico²⁹, presenta la novità, non certo secondaria, che quando il legislatore predetermini modalità di esercizio della discrezionalità politica o, più in generale, la circoscriva in qualche modo, l'atto in questione, per quanto di immediata esecuzione della Carta costituzionale ed emanato dal Governo nell'esercizio di poteri di natura non amministrativa, diverrà sindacabile entro i limiti in cui la discrezionalità politica sia stata delimitata da norme giuridiche.

Insomma, come ho già avuto modo di esprimere in altre sedi, è come se l'art. 7, comma 1, ultimo inciso, c.p.a. recitasse: non sono impugnabili gli atti o i provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico ... salvo che non siano sottoposti al rispetto di un vincolo giuridico³⁰.

In forza dell'orientamento del giudice costituzionale, si deve ritenere che quando la legge predetermini la discrezionalità politica non possa più parlarsi di atti di alta amministrazione, come pure voleva la giurisprudenza amministrativa, ma che, invece, vi siano atti politici che, in quanto sottoposti a canoni di legalità, siano impugnabili entro i limiti in cui la legge circoscriva la discrezionalità politica del Governo. Ne consegue che, in tal modo, si possa discorrere di una scissione tra la natura giuridica dell'atto e il suo regime processuale.

Sul punto, non manca chi proponga di parlare di una sindacabilità relativa dell'atto politico oppure, di provvedimenti amministrativi separabili rispetto all'atto politico, o alla funzione politica esercitata dall'Esecutivo, e in quanto tali impugnabili³¹. Risulta, invece, meno convincente la tesi di quella dottrina che, nell'assimilare l'art. 7, comma 1, ultimo inciso, c.p.a. e l'art. 28 l. n. 87/1953, propende per una preclusione in ordine alla possibilità di lamentare taluni vizi o di proporre determinati motivi di impugnazione³², posto che le due norme, pur rappresentando entrambe un'estrinsecazione del principio di separazione dei poteri, perseguono fini diversi. La prima, prescrivendo dei limiti in ordine alla profondità e l'ampiezza del sindacato del giudice costituzionale, la seconda sottraendo del tutto determinati atti, o parti di essi alla luce dell'ultimo orientamento della Corte, al controllo del giudice comune.

L'orientamento fatto proprio dalla Corte nel 2012 ha trovato un puntuale riscontro nella più recente pronuncia n. 52 del 2016.

La sentenza in parola è ben nota per aver risolto in senso favorevole al Governo un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato sollevato da questi avverso la pronuncia della Corte di cassazione, sezioni unite civili, 28 giugno 2013, n. 16305, che aveva riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla delibera del Consiglio dei Ministri di diniego di avvio delle trattative di cui all'art. 8, comma 3, Cost. con l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti. La Suprema Corte aveva ritenuto che la scelta di avviare o meno le trattative finalizzate alla stipulazione delle intese con le confessioni acattoliche fosse giustiziabile dal giudice amministrativo al quale non poteva opporsi il difetto assoluto di giurisdizione in ragione della natura politica dell'atto deliberato dal massimo organo di indirizzo politico del Governo.

29 Come efficacemente messo in evidenza da G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione...*, cit., 385 ss.

30 F. F. PAGANO, *op. cit.*, 880.

31 G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione*, cit., 387.

32 D. MESSINEO, *Atti politici, stato di diritto, strumenti di verifica della giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 2013, 744.

La Consulta, invece, è pervenuta a risultati diametralmente opposti, non solo escludendo l'esistenza di una pretesa soggettiva all'avvio della trattativa, ma chiarendo, altresì, come la scelta di avviare o meno quest'ultime appartenesse alla discrezionalità politica del Governo, in particolare riconoscendo che la richiesta deliberazione del Consiglio dei Ministri in ordine alla scelta di avviare le trattative fosse tesa a consentire il controllo del Parlamento sin dalla fase iniziale del procedimento volto ad addivenire alla stipulazione dell'intesa³³.

Insomma, un atto espressione dell'ampia discrezionalità riconosciuta all'Esecutivo il cui "unico limite è rintracciabile nei principi costituzionali", coerentemente con la ricostruzione dell'atto politico che si è sin qui tratteggiata e il cui unico controllo è rimesso al Parlamento nell'ambito del rapporto fiduciario.

Per di più la Corte, coerentemente con la pronuncia del 2012, sottolineava come diversa avrebbe potuto essere la conclusione, se il legislatore avesse deciso, nella sua discrezionalità, di introdurre una compiuta regolazione del procedimento di stipulazione delle intese, recante anche parametri oggettivi, idonei a guidare il Governo nella scelta dell'interlocutore. "Se ciò accadesse, il rispetto di tali vincoli costituirebbe un requisito di legittimità e di validità delle scelte governative, sindacabile nelle sedi appropriate (sentenza n. 81 del 2012)".

Orbene, l'orientamento fatto proprio dalla Consulta, per quanto oggetto di numerose critiche in dottrina, molte delle quali tese a denunciare il riaffacciarsi nel panorama del diritto pubblico di una categoria dai più ritenuta sostanzialmente abbandonata e in contrasto con il portato degli artt. 24 e 113 Cost., è ben lungi dal rappresentare un cedimento verso la dilatazione della discrezionalità politica insindacabile dell'Esecutivo. Infatti, se è pur vero come la posizione raggiunta dal giudice nell'ordinamento rappresenti il completamento necessario del principio liberale della sottoposizione dello Stato al diritto e come il giudice svolga una insostituibile funzione di controllo nei confronti del potere politico, che finisce pertanto di identificarsi con la sovranità, ma trova il suo effettivo limite nel diritto³⁴, ciò non esclude, però, la necessità di mantenere un rapporto equilibrato tra la funzione giurisdizionale e gli altri poteri dello Stato, in specie nei confronti del Governo e della sua discrezionalità politica, ossia nei riguardi di quel nucleo essenziale e intangibile di attribuzioni Governative che attengono alla predeterminazione dei fini dell'agire statale e che si sostanziano nell'emanazione di quegli atti costituzionali che l'art. 7, comma 1, ultimo inciso, c.p.a. sottrae al sindacato del giudice amministrativo.

Del resto, che l'area delle scelte insindacabili dell'Esecutivo sia assolutamente circoscritta e appartenga a quello che potrebbe definirsi il nucleo duro dell'attività di direzione politica posta in essere dal Governo lo dimostra la stessa pronuncia del 2016 là dove delimita la portata della scelta insindacabile di quest'ultimo con esclusivo riferimento alla procedura di cui all'art. 8, comma 3, Cost. La Corte, infatti, ha specificato che "in

33 Questa impostazione ermeneutica non è condivisa da quella dottrina, tra cui A. RUGGERI, *Confessioni religiose e intese tra iurisdictione e gubernaculum, ovvero la abnorme dilatazione dell'area delle decisioni politiche non giustiziabili (a prima lettura di Corte cost., n. 52 del 2016)*, in www.federalismi.it, 7/2016; ora in ID, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, XX, Studi dell'anno 2016, Estratto*, Torino, 2016, 12, che ritiene che di insindacabilità possa discorrersi solo dopo l'avvio del procedimento legislativo rispetto al quale l'intesa si colloca all'esterno "non iscrivendosi nel procedimento stesso". Critica anche la posizione di A. M. POGGI, *Una sentenza "preventiva" sulle prossime richieste di Intese da parte di confessioni religiose? (in margine alla sentenza n. 52 della Corte costituzionale)*, in www.federalismi.it, 6/2016, 10, che evidenzia come l'orientamento espresso dalla Consulta lasci il Governo libero di decidere quale associazione sia o meno confessione religiosa, nonché se avviare o meno le trattative, pur in presenza di una confessione religiosa, in ragione di valutazioni di ordine istituzionale.

34 G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, Milano, 1984, 208. In giurisprudenza Corte cost., sent. n. 248 del 2014; n. 262 del 2017, ove la Consulta ha ribadito come la possibilità di ricorrere al giudice, "in quanto scelta che appartiene ai grandi principi di civiltà del tempo presente", non possa subire eccezioni.

quest'ambito circoscritto e solo in esso, appartiene dunque al Consiglio dei ministri discrezionalità politica, sotto il sempre possibile controllo del Parlamento, cui non può sovrapporsi il sindacato del giudice", sicché è da escludersi che un atto del governo che volesse negare la qualifica di "confessione religiosa" al di fuori della procedura per l'avvio delle trattative possa ritenersi sottratto al sindacato del giudice, perché è solo in quel contesto riconnesso alla direzione politica e all'indirizzo politico del governo in materia ecclesiastica che si giustifica l'immunità dalla giurisdizione.

Che l'immunità dalla giurisdizione amministrativa debba ricostruirsi in relazione a singoli frammenti dell'attività di direzione politica del governo, ossia quelli ove risulti del tutto assente l'esercizio di attività amministrativa o di indirizzo amministrativo e dove sussiste, invece, solo attività espressione di indirizzo politico, lo dimostra anche una recente pronuncia del Consiglio di Stato³⁵.

La sentenza in parola è tornata ad occuparsi di atti che attengono alla politica estera del Governo, settore per il quale, come già accennato, la giurisprudenza è maggiormente incline ad ammettere l'esistenza di atti politici insindacabili.

Orbene, i giudici di Palazzo Spada, nel riformare la sentenza di primo grado emessa dal TAR Lazio-Roma³⁶, ha escluso che il parere reso dal Comitato direzionale per la Cooperazione allo sviluppo del Ministero degli Affari esteri e della Cooperazione Internazionale, nell'ambito degli interventi attuativi delle politiche di cooperazione allo sviluppo di cui alla legge 26 febbraio 1987 n. 49 (*Nuova disciplina della cooperazione dell'Italia con i Paesi in via di sviluppo*), ove è presente la partecipazione del Governo italiano al finanziamento dell'opera, si configurasse quale atto emanato nell'esercizio del potere politico.

Il giudice d'appello ha riconosciuto come «l'atto in questione partecipa dello sviluppo di un'attività che, per quanto abbia il titolo di base in un accordo internazionale, poi se ne "distacca" perché manifesta comunque lo svolgimento di funzioni amministrative interne e non ha più un impatto diretto sulle relazioni internazionali dello Stato. Sicché, non v'è ragione perché resti sottratto alla giurisdizione del giudice amministrativo». Insomma, non tutto ciò che è riconducibile alla politica estera e all'attività internazionale del governo risulta immune dalla giurisdizione ma solo quel frammento dell'attività che, all'interno di una più ampia procedura, sia espressione del potere estero del Governo, nel caso di specie solo quell'attività che accede in modo diretto agli accordi internazionali.

Un orientamento quest'ultimo che, al pari di quanto ha fatto la Consulta in relazione al procedimento volto alla stipulazione delle Intese con le confessioni acattoliche, anche se con esiti diversi, sottolinea l'esistenza di quello che può definirsi un "nucleo duro" di attività squisitamente politica e, quindi, sottratta al sindacato del giudice nell'ambito di procedure più ampie e complesse che, per gli aspetti che non involgono in modo diretto, immediato ed esclusivo l'attività di indirizzo politico, rimangono scrutinabili dal giudice.

4. *Considerazioni conclusive: il controllo della discrezionalità politica e il complesso equilibrio tra iusdictio e gubernaculum*

Alla fine di questa breve disamina attorno all'atto politico bisogna chiedersi se, contemporaneamente alla trasformazione dell'indirizzo politico del governo, vi sia stata una trasformazione del sindacato del giudice amministrativo in ordine agli atti espressione di discrezionalità politica.

35 Con. St., 9 gennaio 2017, n. 16.

36 T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III *ter*, 14 aprile 2016, n. 4434.

Mi sembra che a fronte di un processo di progressivo ridimensionamento dell'area degli atti politici e di ampliamento di quelli di alta amministrazione, la vera novità sia stata rappresentata dall'orientamento inaugurato dalla Consulta nel 2012.

Infatti, come già evidenziato dall'esame della giurisprudenza che qui si è condotto, i diversi atti costituzionali (politici) sono caratterizzati da un elemento; ossia la loro inidoneità a ledere situazioni giuridiche soggettive dei consociati. Come già sottolineato dalla dottrina tradizionale (e alle volte ripreso dalla giurisprudenza) questo è il criterio che in maniera più convincente giustifica la loro immunità dalla giurisdizione³⁷. Ed è appena il caso di notare, però, che detta caratteristica si accompagna all'assenza di una disciplina legislativa idonea, non solo a circoscrivere la discrezionalità politica del Governo, ma ancor prima a creare situazioni di vantaggio e interessi qualificati in capo ai soggetti dell'ordinamento. Diversamente l'atto, alla luce dell'orientamento della Consulta, pur rimanendo espressione di discrezionalità politica, perderà il carattere dell'insindacabilità, sicché a prevalere sarà il principio di effettività della tutela.

La portata innovatrice di tale orientamento ermeneutico è tale da far sì che numerosi atti costituzionali e, quindi politici, del governo possano diventare sindacabili dal giudice comune nella misura in cui il legislatore decida di predeterminare l'esercizio della discrezionalità politica e, ciò non pertanto, tali atti rimarranno ugualmente politici, benché giustificabili entro i limiti in cui lo consenta il legislatore stesso.

Basti pensare, quale esempio paradigmatico, sempre al diniego di avvio delle trattative. Quest'ultimo, prima della vicenda processuale che ha condotto al conflitto interorganico di cui si è detto, era stato annullato in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato in ragione della violazione dell'unico parametro normativo rinvenibile in materia, ossia l'art. 2, comma 3, lett. l) della legge n. 400 del 1988 che sottopone alla deliberazione del Consiglio dei Ministri gli atti concernenti i rapporti con le confessioni acattoliche poiché il primo diniego di avvio delle trattative era stato posto in essere, in palese violazione della predetta disposizione, semplicemente con atto del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio.

Allo stesso tempo, non si può negare come l'orientamento fatto proprio dalla Consulta, pur riconoscendo la possibilità che il legislatore circoscriva la discrezionalità politica del governo, si è posto in un'ottica di discontinuità rispetto alle teorie negatrici della categoria in parola e agli stessi orientamenti del giudice amministrativo che tendeva e tende ad accomunare tutte le ipotesi dubbie nella vasta categoria degli atti di alta amministrazione, di fatto spesso negando dal punto di vista sostanziale l'esistenza di atti immuni dalla giurisdizione e svuotando di significato la corrispondente norma processuale. Da ultimo occorre notare come gli atti costituzionali o attinenti ai rapporti internazionali emanati dal Governo nell'ambito dell'attività di indirizzo politico che risultano, quindi, insindacabili, non rimangono sol per questo privi di controllo. Come autorevolmente chiarito in dottrina nel processo di formazione dell'indirizzo politico non succede mai che manchi il controllo esercitato da un potere sull'altro³⁸. Nel caso di specie gli atti politici del Governo saranno soggetti al controllo del Parlamento, che potrà far valere la responsabilità politica per la loro adozione o al controllo politico-diffuso dei cittadini cui si aggiunge la vigilanza degli organi di garanzia politici.

Da questo punto di vista non si può escludere una motivazione dell'atto politico a fini diversi da quelli del sindacato giurisdizionale, ossia per facilitare le forme di controllo e vigilanza appena menzionate.

Sul punto, si pensi a quanto già avviene in relazione alla motivazione dell'apposizione del segreto di Stato che, secondo quanto chiarito dalla Consulta, è

³⁷ In questo senso anche G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione*, cit., 409.

³⁸ G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985, 715.

richiesta non ai fini del sindacato giurisdizionale ma del controllo da parte del Parlamento³⁹, oppure alla motivazione del provvedimento di clemenza individuale adottato dal Presidente della Repubblica, richiesta quando la grazia venga concessa nonostante il parere contrario del Ministro della Giustizia⁴⁰. Anche per il diniego dell'avvio delle trattative dell'intesa si potrebbe ipotizzare, in senso più garantistica, una motivazione che accompagni la delibera del Consiglio dei Ministri ai fini non del sindacato del giudice amministrativo, bensì per facilitare il controllo del Parlamento e quello politico-diffuso dei cittadini⁴¹.

In definitiva, la complessa evoluzione della categoria dell'atto politico insindacabile rappresenta un punto di vista privilegiato per il tramite del quale guardare all'evoluzione dell'equilibrio tra *iurisdictio* e *gubernaculum*. Riprendendo il pensiero di un classico⁴², è possibile affermare che la Costituzione classifica alcune fattispecie come *iurisdictio* e le pone sotto la protezione dei tribunali, mentre ne lascia altre alla discrezionalità degli organi di governo. La distribuzione di queste materie tra *iurisdictio* e *gubernaculum* è soggetta ad una costante revisione, principalmente attraverso l'interpretazione, e tanto si è cercato di dimostrare sino a ora, quando non anche attraverso veri e propri emendamenti alla Carta fondamentale, l'importante è il mantenimento di un ragionevole equilibrio tra i due poteri.

Recentemente, la Corte costituzionale si è impegnata a ristabilire siffatto equilibrio in modo da riaffermare l'esistenza di un minimo di attribuzioni espressione di discrezionalità politica del governo da ritenersi tutt'ora immuni dalla giurisdizione amministrativa. Al contempo, però, ha ribadito la centralità del principio di legalità e, quindi, del Parlamento anche in relazione agli atti espressione dell'attività di direzione politica dell'Esecutivo, al punto che la scelta del legislatore di vincolare o meno la discrezionalità del Governo influirà financo sul regime processuale dell'atto politico. Per cui, piuttosto che del ritorno ad una categoria vetusta, occorre parlare di una trasformazione della discrezionalità politica dell'Esecutivo e, di conseguenza, dell'atto politico insindacabile che si inserisce nel più ampio contesto del processo di trasformazione dell'indirizzo politico governativo.

**Dottore di ricerca in Diritto pubblico Università "La Sapienza" di Roma.

39 Corte cost., sent. n. 106 del 2009; Corte cost., sent. n. 40 del 2012.

40 A. PUGIOTTO, *La concessione della grazia (con particolare riferimento alla presidenza Napolitano)*, in www.rivistaaic.it, 1/2011, in AA. VV., *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del presidente della Repubblica, Atti di un incontro di studio (Messina-Siracusa, 19 e 20 Novembre 2010)* a cura di Antonio Ruggeri, Torino, 2011.

41 Su questa peculiare funzione della motivazione degli atti dei pubblici poteri è magistrale l'insegnamento di A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano 1987, 28 ss.; ID, *Sulla c.d. «funzione democratica» della motivazione degli atti dei pubblici poteri*, in *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale. Atti del seminario di Messina, 7-8 maggio 1993*, a cura di A. Ruggeri, Torino 1994, 33 ss.

42 C. H. MC ILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, a cura di Nicola Matteucci, Bologna, 1990, 166.