

GIUSEPPE TROPEA

GENEAOLOGIA, COMPARAZIONE E DECOSTRUZIONE DI UN PROBLEMA ANCORA APERTO: L'ATTO POLITICO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. (*Segue*) Precisazioni metodologiche: profili di indagine, storicità del concetto, invarianti. – 3. L'origine francese e il suo svolgimento. – 4. L'*acto de gobierno* in Spagna e in Argentina. – 5. La teoria dell'*act of State* in Gran Bretagna e la *political question doctrine* negli Stati Uniti. In particolare: la *deference* nella recente giurisprudenza della Corte Suprema. – 6. L'atto politico in Germania, in particolare nello Stato nazionalsocialista (cenni). – 7. Breve quadro dell'evoluzione dottrinale in Italia. Attuali profili di criticità. – 8. La più recente casistica giurisprudenziale in tema di atto politico. Premessa: i requisiti dell'atto politico. – 9. (*Segue*) Casi di esclusione della politicità dell'atto. In particolare: la nuova esegesi della Corte costituzionale in tema di nomina di assessori di una Giunta regionale. – 10. (*Segue*) Una vicenda a parte: il sindacato del giudice amministrativo sulle ordinanze in materia di sicurezza urbana. – 11. (*Segue*) La casistica "in positivo". – 11. Conclusioni: adesione alla tesi "storicista" e scettica. Sull'opportunità di riprendere lo studio delle "politiche" giurisprudenziali del giudice amministrativo.

1. La riproposizione della discussa categoria dell'atto politico, da parte dell'art. 7, comma 1, c.p.a.¹, ed alcune recenti vicende giurisprudenziali², inducono a ritornare sulla questione, in particolare sul tema classico della sua insindacabilità.

In limine bisogna necessariamente illustrare le ragioni e i limiti di una ricerca di tale tipo, posto che pochi concetti come quello di atto politico hanno affannato la giurisprudenza pratica e quella teorica³, anche se negli ultimi anni, almeno in Italia, la discussione appare tutto sommato sopita, dinanzi ad approdi tendenzialmente stabili. Come vedremo, infatti, la nostra giurisprudenza sembra ormai limitare la rilevanza della categoria ai casi di rapporti internazionali e di "atti costituzionali"⁴, peraltro non senza alcune persistenti oscillazioni.

Sicché, ad avviso di chi scrive, lo studio del tema, per alcuni ormai giunto ad un "punto morto"⁵, merita di essere ripreso o se si è in grado di fornire nuovi profili di

⁰ Il presente saggio è in corso di pubblicazione sulla Rivista *Diritto Amministrativo*.

¹ Per alcuni inattesa. Si consideri, peraltro, come il silenzio della legge TAR sugli atti politici era stato da alcuni considerato come un chiaro segno di rifiuto della categoria da parte del legislatore repubblicano. Solo un anno prima dell'entrata in vigore del c.p.a. V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti <<politici>> e atti <<di alta amministrazione>>*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 121, auspicava l'abolizione espressa dell'art. 31 t.u. Cons. Stato. Addirittura la Corte dei Conti, nella Deliberazione n. 16/2010, in www.corteconti.it, con la quale viene esclusa la politicità di alcuni d.P.C.M. dichiarativi dell'emergenza nell'area degli scavi di Pompei, dà erroneamente per scontata l'avvenuta abrogazione dell'art. 31 da parte del d.lgs. n. 104/2010, senza considerare la riproposizione della norma all'art. 7, comma 1, c.p.a. Nella Relazione al c.p.a. si chiarisce che la riproposizione del contenuto dell'art. 31 t.u. Cons. Stato è dovuta alla recezione delle osservazioni formulate dalla Commissione affari costituzionali del Senato e dalle Commissioni Giustizia e Affari costituzionali della Camera.

² V. §§ 9, 11.

³ Lo evidenzia già, fra gli altri, J.L. CARRO Y FERNANDEZ-VALMAYOR, *La doctrina del acto político (Especial referencia al Derecho italiano)*, in *RAP*, n. 53, 1967, 73.

⁴ Cfr. le rassegne di giurisprudenza di S. DETTORI, *Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Stato su "L'atto politico"*, in *Nuove aut.*, 2009, 267 ss., e di S. FORASASSI, *Rassegna della giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali su "L'atto politico"*, in *Nuove aut.*, 2009, 289 ss. Cfr. anche D. PERUGINI, *Sul c.d. atto politico come atto non impugnabile*, in *L'invalidità amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli e L. De Lucia, Torino, 2009, 528 ss.; M. DEL SIGNORE, *Commento art. 31 Cons. Stato*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. Romano e R. Villata, Padova, 2009, 1484 ss. Utili indicazioni anche in V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti <<politici>> e atti <<di alta amministrazione>>*, cit., spec. 114 ss., e in F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, in AA.VV., *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Atti del Convegno di Trento, 24-25 giugno 2011, Torino, 2012.

⁵ Così, da ultimo, M. PERINI, *Atto politico e atto di governo (postilla di aggiornamento)*, in *Enc. Giur., ad vocem*, Roma, 2007, 1.

indagine, magari sinora inesplorati, ed evidenziare attuali limiti e criticità nell'elaborazione giurisprudenziale, ma non è il nostro caso, oppure se si vuol tentare di impostare la trattazione al fine di cogliere, se possibile in chiave evolutiva e comparata, un'insieme di questioni che da sempre si sono accompagnate alla storia dell'atto politico, e la cui incompleta, o comunque non adeguata, percezione ha spesso condizionato l'inquadramento del problema.

Vista la notoria "cittadinanza francese" della teoria dell'atto politico, è forte la tentazione di ascrivere tale concetto alla *mitologia giuridica* di romaniana memoria⁶; beninteso, non (sol)tanto in sensi più collaudati e tradizionali, come quelli espressi dalle teorie negative, che ritengono *introuvable*⁷ l'atto politico o che ne evidenziano il *carácter metajurídico*⁸, quanto nell'aspirazione – tutta metodologica – che tale nebulosa categoria possa aiutare l'interprete a cogliere talune dinamiche profonde che attraversano, e spesso accomunano, i vari ordinamenti nei quali essa ha avuto modo di manifestarsi⁹.

Probabilmente mai come in questo caso l'approccio metodologico influenza fortemente impostazione e soluzione del problema. D'altra parte forse non c'è nel nostro caso, come vedremo, una soluzione univoca del problema. Proprio per l'approccio metodologico seguito e qui condiviso; del tutto opinabile, s'intende.

Nel titolo del presente saggio sono evocati alcuni riferimenti filosofici di matrice "continentale", per alludere a una contrapposizione oggi molto in voga fra questi e le prevalenti scuole anglo-americane, di derivazione essenzialmente analitica¹⁰.

⁶ Secondo S. ROMANO, *Mitologia giuridica*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 130, i miti giuridici in alcune nazioni, come la Francia, dove sono più forti e più continue le tendenze rivoluzionarie, trovano terreno più fertile.

⁷ Cfr. M. VIRALLY, *L'introuvable acte de gouvernement*, in *RDP*, 1952, 317 ss.

⁸ Cfr. A. GORDILLO, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1963; più di recente, Id., *Tratado de derecho administrativo*, II, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, 2009, cap. VIII.

⁹ Per questa versione "positiva" e maieutica del mito v. ancora S. ROMANO, *Mitologia giuridica*, cit., 134.

¹⁰ Le due tradizioni sembrano essere portatrici di due modi diversi di fare filosofia: un modo rigoroso, attento ai risultati della scienza, da praticarsi in sedi universitarie, e con scarsi contatti o nessuno con la vita pubblica (filosofia analitica); un modo stilisticamente libero, generalmente avverso alla scienza, interessato alla politica e alla vita pubblica (filosofia continentale). In Italia la filosofia analitica ha in ambito accademico una certa priorità, specie nella filosofia del linguaggio e nella filosofia della scienza. La filosofia continentale sembra invece prevalere nella habermasiana "sfera pubblica". Vi sono poi i c.d. "bridge builders", che in alcuni settori operano la contaminazione: per esempio in estetica (P. D'Angelo) o in ontologia (M. Ferraris). In altri settori il confronto è ancora teso. Si pensi alla filosofia politica, che sembra divisa fra analitici rawlsiani e continentali foucaultiani-arendtiani. Il riferimento nel testo è, naturalmente, a quest'ultima scuola e al decostruzionismo di Derrida. Per una ricognizione del dibattito, con particolare riguardo alle diverse influenze analitiche sulla filosofia del diritto, accedendo peraltro a un'impostazione ermeneutica, cfr. L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002. Più di recente si v. pure M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 347 ss. La migliore dottrina ha, peraltro, denunciato le derive del decostruzionismo nel diritto amministrativo, con riguardo in particolare ai molteplici attacchi portati al principio fondante tale disciplina, ovvero il principio di legalità. Ci si riferisce evidentemente a F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007, spec. 27-36. Per parte nostra non possiamo che concordare con tali precisi rilievi. Invero, il richiamo al decostruzionismo che si fa in questa sede, è piuttosto vicino a quelle impostazioni metodologiche che, anche nel nostro settore, hanno studiato in chiave genealogica (oltre che comparata) l'evoluzione storica della sovranità, avendo come costante chiave di lettura i rapporti fra giurisdizione e amministrazione, con interessanti commistioni con le analisi foucaultiane sulla c.d. genealogia della "governamentalità". Si tratta dell'importante opera di L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, sulla quale si v. l'interessante recensione fatta proprio da un giovane filosofo che studia questi temi, M. Spanò, in *www.giornaledifilosofia.net*. Per ulteriori osservazioni su tali aspetti, sia consentito il rinvio a G. TROPEA, *Recensione a Giorgio Agamben, Il Regno e la Gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo. Homo sacer, II, 2*, Bollati Boringhieri, Torino, 2009, in *Dir. e proc. amm.*, n.

Genealogia e decostruzione del problema portano, a nostro avviso, ad una non-soluzione necessariamente scettica e storicizzante¹¹ della questione, o meglio: scettica *in quanto* storicizzante.

Sembra utile notare come anche in recenti innovative trattazioni di etnografia e sociologia delle associazioni, lo studio del progressivo “farsi” del diritto amministrativo francese, all’interno della sua “fabbrica”, sia anche passato attraverso l’osservazione del complesso atteggiamento del giudice chiamato a prendere una decisione che in qualche modo possa “colpire il cuore dello Stato”; l’etnografo, pur nella sua dichiarata asetticità, ha così immediatamente colto un dato di particolare importanza per il nostro lavoro: <<la storia incominciata con Bonaparte continua, duecento anni dopo, ad esigere sempre la stessa energia e ad alimentare sempre le stesse contraddizioni: è vero che i membri del Consiglio di Stato sono giudici e parti, ma è anche vero che devono diventare buoni giudici. Se cedono di un pollice, l’amministrazione, un po’ alla volta, eroderà il loro potere; se fanno infuriare troppo l’amministrazione, essa li ignorerà o li accerchierà>>¹².

D’altra parte, appare condivisibile il rilievo secondo cui tematiche di questo genere, pur essendo state sovente rappresentate in modo descrittivo dalla sociologia e dalla politologia, meritino di essere riconsiderate in chiave giuridica¹³. In tal senso il problema torna ad essere eminentemente metodologico, considerando che nell’ambito dell’indagine giuridica il collegamento con la dimensione applicativa del diritto presenta (soprattutto oggi) una notevole rilevanza, come testimonia la rinnovata attenzione ai problemi dell’interpretazione ed alle teorie dell’argomentazione¹⁴.

3/2012, 1119 ss.

¹¹ Per tale impostazione, con riguardo alla tematica dell’atto politico cfr., di recente, M. DEL SIGNORE, *Commento art. 31 Cons. Stato*, cit., 1485, la quale correttamente richiama l’importante saggio di G. CUGURRA, *L’attività di alta amministrazione*, Padova, 1973.

¹² Cfr. B. LATOUR, *La fabbrica del diritto. Etnografia del Consiglio di Stato*, trad. it., Troina, 2007, 45. Vi è da notare, comunque, come nel caso di specie la questione considerata dal sociologo non aveva riguardato un vero e proprio atto di governo, che lo stesso studioso, sebbene non giurista, ricorda essere concetto progressivamente ristretto (196, nota 44). Si trattava di una nomina effettuata dal Presidente della Repubblica di un funzionario che passa direttamente da un ministero, nel quale si occupava della sorveglianza di una banca, alla presidenza della stessa banca (privata); dunque quello che noi chiameremmo, come vedremo, un atto di alta amministrazione. Ciò avveniva in contrasto con una norma del codice penale francese. E’ oltremodo interessante la lettura dell’udienza istruttoria, come riportata dall’etnografo osservatore, in quanto da essa si evince il tormentato “movimento” del diritto all’interno della sua “fabbrica”: <<La qualità del giudizio non dipende dunque né dall’indipendenza assoluta del contesto e dalle relazioni di potere, né dalla rigida applicazione delle norme (nel caso che abbiamo analizzato il codice non era stato mai applicato); dipende piuttosto dall’ampiezza degli elementi discreti che si giunge a mettere insieme dopo aver lungamente e correttamente esitato. Tutto è riconducibile al modo in cui si applica, al nodo che si è riusciti a stringere per tenere insieme un Presidente, un’opinione pubblica scettica, un’amministrazione efficace, uno Stato potente, un’economia libera da un lato; e, dall’altro, l’immenso corpus delle altre decisioni del Consiglio – senza dimenticare coloro che presentano dei ricorsi: essi sono in grado, senza l’aiuto di un avvocato, utilizzando come tramite soltanto una lettera in carta semplice, di far tremare la Repubblica>> (201).

¹³ Così A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 507-508.

¹⁴ Cfr. A. TRAVI, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli “altri” saperi*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 883-884, il quale richiama le tesi di PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell’argomentazione: la nuova retorica*, trad. it., Torino, 2001. Per uno sviluppo nell’ambito del diritto amministrativo di tale fondamentale opera v. già A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987. Più di recente, richiama l’impostazione metodologica di Travi, G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012, 16-17.

Sul piano del diritto comparato, da alcuni considerato in questa materia poco utile¹⁵, dovrebbero invece trarsi le “invarianti”, a testimonianza di come, a fronte della relatività storica del problema, le questioni con le quali la giurisprudenza si misura sono sostanzialmente le stesse, e ciclicamente si ripropongono, senza nette differenze tra sistemi di *civil law* e di *common law*.

Resta, comunque, l’idea di fondo che lo studio del tema indicato possa attrarre oggi l’interesse del giurista più che per la rilevanza della questione in sé, perché quest’ultima può, assieme ad altre, consentire di verificare un profilo sempre più importante per la comprensione del difficile rapporto tra giudice e legge¹⁶: quello dell’analisi delle “politiche” giurisprudenziali (nel nostro caso essenzialmente del giudice amministrativo), attraverso lo studio delle argomentazioni retoriche e degli “stilemi” impiegati, specie ove si abbia a che fare col sempre più difficile rapporto fra regole (soprattutto *processuali*) e principi, nonché a fronte dell’attenuata rilevanza del principio di separazione dei poteri. Ma su questi aspetti, di carattere più generale, torneremo alla fine del lavoro.

2. Insomma, sembra a chi scrive che quanto più ci si addentri nello studio della questione, tante più biforcazioni si aprano, ripetiamo di carattere metodologico prima che sostanziale.

Facciamo qualche esempio introduttivo per chiarire.

L’atto politico è innanzi tutto un problema di settori scientifico-disciplinari. La nostra tradizione conosce la separazione, sconosciuta in altri ordinamenti come quello tedesco, fra diritto amministrativo e diritto costituzionale¹⁷. Al problema dell’atto politico si sono date risposte differenziate, in primo luogo, probabilmente perché diverso è stato l’angolo visuale, dell’amministrativista e del costituzionalista. Si spiega, così, perché le più recenti ed argomentate trattazioni monografiche sul tema abbiano l’ambizione di fondere le prospettive, e fare quindi un’unitaria trattazione di diritto pubblico della questione¹⁸.

L’atto politico nasce come tema di diritto amministrativo, anzi di giustizia amministrativa, e in tal senso l’enfasi è riposta sul problema della sindacabilità-giustiziabilità dello stesso da parte di un giudice. Diviene, nel corso del Novecento, con l’avvento dello Stato sociale di diritto, anche problema di diritto costituzionale, con enfasi sulla nascente nozione di indirizzo politico¹⁹.

¹⁵ Cfr. E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, 24, nota 48. Sulla pervasività del metodo comparato v. invece oggi, per tutti, R. CARANTA, *Lo stato della comparazione nel diritto amministrativo comparato in Italia*, in www.ius-publicum.com.

¹⁶ Riprendendo qui il titolo della recente opera di G. VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012.

¹⁷ Sul tema, da ultimo, cfr. A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009.

¹⁸ Cfr. N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, Barcelona, 1998.

¹⁹ Emblematiche le trattazioni di P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 220 ss., ed E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit. In senso conforme ai risultati conseguiti da Cheli cfr. M.S. GIANNINI-A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 289. Ma, per una riconduzione dell’atto politico all’indirizzo politico, v. già E. SILVESTRI, *L’attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1950, 139. Più di recente cfr. C. DELL’ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padova, 1983. Altra questione, anche se connessa in quanto da essa dipende la stessa configurabilità della categoria degli atti di alta amministrazione, è quella relativa ai problematici rapporti tra

Vi è una sorta di fiume carsico che scorre sotto il tormentato concetto: si tratta, naturalmente, del principio di separazione dei poteri, anch'esso notoriamente caratterizzato da storicità e relatività²⁰. In tal senso l'atto politico è altresì cartina al tornasole dei rapporti (mutevoli) fra poteri e funzioni dello Stato, anche di nuovo conio, magari nella costituzione materiale prima che in quella formale, secondo una linea evolutiva che, per ora, può essere grossolanamente scandita come segue: legislazione-governo²¹; giurisdizione-amministrazione; governo-amministrazione.

Una riprova di come quest'ultimo binomio dialettico (governo-amministrazione) sia probabilmente la più attuale chiave di lettura della questione è agevolmente rinvenibile in quelli che oggi sono in Italia i due tipi più ricorrenti di impostazione del problema: da una parte il rapporto inversamente proporzionale con gli atti di alta amministrazione, alla cui crescita è corrisposta la restrizione dei casi di atto politico²², dall'altra la questione del carattere politico di alcuni atti dell'ente locale²³, specie dopo la riforma del Titolo V Cost. del 2001 e la legge costituzionale n. 1 del 1999, secondo una versione in questo caso non solo tradizionalmente "orizzontale" del principio di separazione dei poteri.

Senonché, come proprio questi ambiti dimostrano, permane l'invariante della tutela giurisdizionale, che con l'entrata in vigore della Costituzione si caratterizza, ex art. 113, per la sua indefettibilità²⁴, ulteriormente rafforzata oggi dal rilievo dell'effettività della tutela e del diritto d'accesso al giudice (art. 1 c.p.a., art. 6 Cedu)²⁵, la cui portata, come è noto, unita all'affermarsi di un'idea nuova della

indirizzamento politico e indirizzamento amministrativo, sulla quale, come è noto, si sono contrapposte le tesi "unioniste" (che riconducono l'indirizzamento amministrativo all'indirizzamento politico) e quelle "separatiste" (che considerano l'indirizzamento amministrativo subordinato e immediatamente attuativo di quello politico, discrezionale ma non autocreativo dei propri fini). Su tali tesi cfr. E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, 1988, 81 ss., e, più di recente, M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Napoli, 2009, 81 ss.

²⁰ Sia consentito il rinvio, anche per indicazioni bibliografiche sul tema, a G. TROPEA, *L' "ibrido fiore della conciliazione": i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 965 ss.

²¹ Si sofferma particolarmente su quest'aspetto G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, Milano, 1984.

²² Cfr. G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, cit., spec. 174 ss. Più di recente cfr. C. TUBERTINI, *Atti politici e di alta amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, I, 516 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti <<politici>> e atti <<di alta amministrazione>>*, cit., 121; M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, cit., 95 ss.

²³ Cfr. V. FANTI, *L' "atto politico" nel governo degli enti locali*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 433 ss.; V. CINGANO, *Riflessi della riforma costituzionale del 2001 sulla possibilità per le Regioni e gli Enti locali di emanare atti politici: evoluzione giurisprudenziale*, in *Quad. reg.*, 2009, 820 ss.

²⁴ Cfr. F. SAIITA, *Art. 113*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, 2006, III, 2136 ss.; Id., *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it, e ora in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, 2012; R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'art. 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 517 ss.

²⁵ Sull'art. 6 Cedu cfr. S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007, spec. 249 ss.; più di recente, M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 569 ss.; F. MANGANARO, *Il meritevole di tutela nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in G. De Giorgi Cezzi, P.L. Portaluri, F.F. Tuccari, F. Vettrò (a cura di), *Il <<meritevole di tutela>>: scenari, istituzionali e nuove vie di diritto*, Napoli, 2012, 165 ss. Ma, come vedremo, sul punto la Corte EDU ha adottato una discutibile posizione con riguardo all'atto politico; si allude evidentemente alla sentenza 14 dicembre 2006, *Markovic c. Italia*, sulla quale v. *infra*.

rilevanza dell'indirizzo politico nella costituzione materiale²⁶, ha determinato un'esegesi giurisprudenziale restrittiva e costituzionalmente orientata dell'atto politico, non più configurato come atto amministrativo²⁷, o, al limite, colto, per essere fedeli alla tradizione disciplinare, sotto il profilo delle condizioni di ammissibilità della tutela giurisdizionale²⁸.

Se quanto appena osservato è vero, se quindi l'invariante di fondo è rappresentata dall'elemento della sindacabilità giurisdizionale dell'atto, si pone al centro della questione il giudice e la sua "politica" giurisprudenziale²⁹.

Senonché un'affermazione di questo genere, peraltro non nuova³⁰, deve essere provata, e l'unico modo per tentare di fare ciò, a nostro avviso, consiste nell'impiegare insieme l'approccio storico e quello comparato, attuando così, come si è detto, già una scelta di metodo rispetto alle diverse impostazioni che nei vari ordinamenti si sono contese il campo nella definizione e risoluzione del problema.

Possiamo in tal senso distinguere concezioni affermative e concezioni scettiche o negative³¹, oppure, secondo una diversa versione classificatoria, concezioni soggettive, oggettive e storiciste, nel cui ambito potrebbero annoverarsi pure le teorie negative³².

Più di recente, la dottrina è tornata sull'argomento mettendo in luce le persistenti aporie logico-giuridiche della categoria, e prospettando l'incostituzionalità dell'art. 7, comma 1, c.p.a., con un'invocazione alla necessità di "partire" dall'esame di eventuali situazioni soggettive coinvolte, ritenendo così costituzionalmente compatibile la categoria nei soli casi in cui l'esclusione del controllo del giudice sia costituzionalmente imposta³³. Su quest'ultimo aspetto avremo modo di tornare.

Sviluppando l'impostazione di cui si è detto in precedenza, nei prossimi paragrafi considereremo in breve, prima della nostra realtà, l'evoluzione storica della problematica in due ordinamenti affini, come quello francese e quello spagnolo, con alcune riflessioni sulla situazione in Argentina. In seguito, ci soffermeremo invece su due ordinamenti eccentrici rispetto all'assetto continentale, analizzando in breve l'evoluzione in Gran Bretagna e negli Stati Uniti del trattamento degli *acts of State*

²⁶ Scontato il rinvio a C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1931, e a V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, 1939, 55 ss. Su tale vicenda dottrinale v., da ultimo, M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, cit., 69 ss.

²⁷ Per tale impostazione, invece, cfr. E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 265 ss., 486 ss.

²⁸ Cfr. E. GUICCIARDI, *Aboliamo l'art. 31?*, in *Foro amm.*, 1947, II, 15 ss.; A.M. SANDULLI, *Atto politico ed eccesso di potere*, in *Giur. compl. cass. civ.*, XXII, 1946, II, 521 ss. Su questa linea, ma più di recente, cfr. D. VAIANO, *Gli atti politici*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. Morbidelli, Milano, 2005, 207 ss.

²⁹ Cfr. sul tema S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 413 ss.; M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna, 1969.

³⁰ Restando per il momento alla dottrina italiana cfr. A. DE VALLES, *Sulla teoria degli <<atti politici>>*, in *Annali Univ. Macerata*, 1929, V, 1 ss. Più di recente cfr. A. ROMANO TASSONE, <<Atto politico>> e interesse pubblico, in AA.VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, Napoli, 2010, I, 311 ss.

³¹ Secondo tale schema procede, ad es., l'ampia analisi comparata di N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., *passim*.

³² Per tale impostazione v., invece, E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 38.

³³ Cfr. F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit., il quale sviluppa alcuni spunti già presenti in G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Atto politico e atto di governo*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, 4.

(rispetto ai quali, peraltro, le trattazioni più complete sono, non a caso, della dottrina internazionalistica) e delle c.d. *political questions*. Infine, il breve esame dell'ordinamento tedesco sarà funzionale ad individuare ulteriori peculiarità della questione, oltre che a trattare un ulteriore contesto storico molto emblematico (sempre in base all'impostazione di metodo qui adottata), quale quello dello Stato nazionalsocialista.

Cercheremo, quindi, di valutare corsi e ricorsi storici e invarianti interpretative della vicenda, chiedendoci se sia possibile oggi tornare a indagare da una prospettiva prettamente amministrativistica il tema, consapevoli che essa non può offrire all'interprete un'immagine onnicomprensiva, ma altresì coerenti con la nostra scelta metodologica iniziale, che a sua volta merita una riprova nell'indagine comparata: l'idea, cioè, della centralità dell'indagine storica, stante il rilievo del principio di separazione dei poteri, rispetto al quale, tuttavia, si prospetta l'invariante rappresentata dalla presenza di un giudice che volta a volta è chiamato a decidere sulla politicità di un atto.

Concluderemo la nostra indagine esaminando le più recenti tendenze giurisprudenziali nel nostro ordinamento, che, seppure nella logica restrittiva sopra detta, evidenziano tuttora alcuni nodi non sciolti. Inoltre, cercheremo di dar conto di come, nonostante i *dicta* giurisprudenziali sui caratteri dell'atto politico siano ormai assestati, tendenze di "politica" giurisprudenziale possono restare aperte, magari con riguardo al problema dell'atto "interno" o "separabile", specie nelle relazioni internazionali, all'approccio negativo fondato sulla carenza delle condizioni dell'azione nel caso di specie (legittimazione/interesse a ricorrere)³⁴, o considerando la dequotazione del carattere politico della scelta, a fronte del suo carattere tecnico-discrezionale³⁵, ovvero, ancora, la recente vicenda del sindacato sulle ordinanze sindacali in materia di sicurezza urbana.

Ambiti, questi, nei quali la "politica" giurisprudenziale del giudice amministrativo ha ancora, probabilmente, molto da dire.

Si consideri, infine, che di recente il nostro giudice costituzionale ha avuto modo di intervenire sul tema, risolvendo una questione relativa alla dibattuta vicenda della nomina degli assessori da parte del Presidente di una Giunta regionale, nel caso di Statuto contenente norme in tema di pari opportunità. Si tratta di una pronuncia molto rilevante perché, oltre a intervenire su un tema oggi molto dibattuto (in tal senso la fattispecie indicata può essere – seppure con talune peculiarità – accostata a quella della revoca degli assessori), sembra contenere alcune innovative considerazioni sul tema, che non possono essere sottaciute.

3. Come è noto, è in Francia che la nozione di atto politico (*acte de gouvernement*) si manifesta per la prima volta³⁶.

³⁴ Cfr. A. CASSATELLA-F. CORTESE, *Sul referendum abrogativo e sulla giustiziabilità dei suoi tempi (osservazioni a margine di Tar Lazio, Sez. II bis, ord. 8/4/2011, n. 1302)*, in www.forumcostituzionale.it.

³⁵ Evidenzia questo aspetto G. MONTEDORO, *Inammissibilità del ricorso al Consiglio di Stato su atti politici del Governo*, in *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, Torino, 2007, 556.

³⁶ Lo ricorda E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 267, e più di recente, E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 3; C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, cit., 3. Cfr. anche J.L. CARRO Y FERNANDEZ-

Abbiamo già osservato che la questione originariamente è tutta interna alla giustizia amministrativa; diciamo ora, meglio, che all'epoca si trattava di configurare il modo di esercizio delle competenze riconosciute all'organo-vertice della giustizia amministrativa. Siamo negli anni della Restaurazione, periodo in cui il Consiglio di Stato francese è visto con profonda sfiducia, dovuta alla caduta dell'impero napoleonico, cui il Consiglio di Stato era struttura profondamente legata.

In questo clima di ostilità si verifica una duplice restrizione delle attribuzioni del giudice amministrativo: da un lato una serie di funzioni vengono attribuite al giudice ordinario, dall'altro le questioni di maggior rilievo politico passano agli organi dell'amministrazione attiva. Sicché la nascita del concetto è *éminemment prétorienne*³⁷, e risale al 1822 (*arrêt Lafitte*), allorché un concessionario della principessa Borghese reclamò il pagamento suppletivo di una rendita in dotazione conferita da Napoleone alla principessa. Il Consiglio di Stato si dichiarò incompetente <<*considérant que la réclamation tient à une question politique, dont la décision appartient exclusivement au gouvernement*>>. In seguito, il campo si estese agli “*actes de guerre*”, ai “*traités diplomatiques*”, alle rivendicazioni di antiche dinastie³⁸.

In questa prima fase di sviluppo si afferma la *théorie du mobile*³⁹, o del movente politico dell'atto, o ancora della causa soggettiva, secondo la quale qualunque atto dell'amministrazione, qualora risulti ispirato a motivi politici o persegua finalità di ordine politico, assume per ciò solo la natura di atto politico o di governo, e si sottrae così al controllo degli organi di giustizia amministrativa⁴⁰.

Come è stato esattamente osservato, indagandosi sulla natura dell'atto, il concetto diviene uno strumento di “politica” giurisprudenziale che il Consiglio di Stato impiega per destreggiarsi nei suoi rapporti con un Governo forte e autoritario⁴¹. D'altra parte, esso finì per consentire al Governo, in base alla semplice dichiarazione che nell'atto si ha a che fare con motivi politici, di determinare l'insindacabilità dello stesso⁴².

Si badi, peraltro, che l'ottica processualista, seppure importante, non è stata considerata sufficiente ad illustrare la natura degli atti in questione, poiché si è ritenuto che solo un'indagine sulla collocazione nel sistema delle fonti degli *actes de gouvernement* possa portare a ciò, naturalmente nel quadro della problematica del riparto della potestà normativa tra Parlamento e Governo⁴³.

VALMAYOR, *La doctrina del acto político (Especial referencia al Derecho italiano)*, cit., 74 ss. Sull'origine dell'atto politico in Francia, cfr.: P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, Paris, 1935, 30 ss.; M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Paris, 1935, 95 ss.;

³⁷ C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, cit., 4.

³⁸ Per un'elencazione delle sentenze del Conseil d'Etat che nel periodo del secondo impero rigettano il ricorso sul fondamento che l'atto impugnato rientra nella categoria degli *actes de gouvernement*, cfr. G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, cit., 84. Per una recente ampia analisi (anche) della giurisprudenza francese relativa agli atti di governo cfr. N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., spec. 181 ss.

³⁹ Cfr. G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué*, IV, Paris, 1855, 10.

⁴⁰ E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 6.

⁴¹ E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 272.

⁴² E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 6.

Al passaggio dal sistema della *justice retenue* a quello della giustizia delegata, con la legge 24 maggio 1872, e quindi con l'avvento della Terza Repubblica, in un clima di maggior peso del principio di legalità, si abbandona la teoria del movente e se ne afferma una nuova, quella della “natura” dell'atto, in base alla quale si cerca di individuare una più precisa linea di demarcazione tra atti politici ed atti amministrativi, che appunto sarebbero differenziati per il fatto di riallacciarsi a due attività – governo e amministrazione – per loro natura distinte⁴⁴. La prima pronuncia che si ricorda, sul punto, è il famoso *arrêt Prince Napoleon* del 1875⁴⁵.

In questa fase, peraltro, il binomio governo-giurisdizione rileva sotto il profilo della competenza a dichiarare la politicità dell'atto. Sicché si è osservato che la teoria della “natura” dell'atto condivide con quella del movente il carattere aleatorio e metagiuridico, soltanto che nel primo caso la determinazione dell'atto politico è attribuita al giudice, sulla scorta di un elenco che è stato gradatamente formato dalla giurisprudenza la quale decide, caso per caso, della natura dell'atto⁴⁶. La teoria della natura dell'atto si evolverà, ed affinerà, in Italia, in quella della causa oggettiva che, pur senza ancora isolare l'attività di governo come forma di attività statale distinta dall'attività amministrativa, reputa politici quegli atti caratterizzati dalla considerazione dell'interesse generale dello Stato nella sua unità⁴⁷.

Ma fermiamoci per il momento al dibattito francese sull'*acte de gouvernement*. Distinguiamo, quindi, fra tesi che ammettono e tesi che negano l'atto politico. Si ricordi, peraltro, come un punto di incontro fra questi due modi opposti di vedere l'atto politico nella dottrina francese, è sovente dato dall'attenuazione degli effetti dell'atto di governo sul piano della responsabilità patrimoniale⁴⁸.

Esaminando gli autori che ammettono l'esistenza dell'atto politico si può ulteriormente distinguere fra chi considera l'atto politico come categoria “politica” e chi invece cerca di darne una definizione giuridica⁴⁹. Inoltre, ci possono essere altri tipi di classificazione, magari sulla base del rilievo soggettivo, oggettivo o storico della categoria. Infine, come vedremo, molti studiosi, anche fra i più autorevoli, a

⁴³ Così G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, cit., 90, 106, il quale ritiene, quindi, che non esista una nozione giurisprudenziale di atto di governo nel sistema di giustizia ritenuta.

⁴⁴ Cfr. ancora E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 7.

⁴⁵ Il ricorso era stato proposto dal principe Napoleone Giuseppe Bonaparte contro la decisione del ministro della guerra che aveva rifiutato di reintegrarlo nello stato maggiore dell'esercito, dal quale era stato radiato dopo la caduta del secondo impero. Il Consiglio di Stato, anche se non accoglie il ricorso, respinge l'eccezione di inammissibilità avanzata sulla base del carattere politico dell'atto. Il Consiglio di Stato osserva che, al fine di configurare un atto politico, non è sufficiente la deliberazione del Consiglio dei ministri, o che esso sia motivato da un interesse politico, rivendicando il compito di accertare, caso per caso, l'effettiva sussistenza del carattere della politicità. Successivamente, nella sentenza Duc d'Aumale et Prince d'Orleans du 20 mai 1887, il *commissaire de gouvernement* Marguerite chiarisce ulteriormente la portata del nuovo indirizzo, affermando che lo scopo politico che ha indotto un rappresentante del potere pubblico a compiere un determinato atto non toglie, a quest'ultimo, il carattere amministrativo se quell'atto è per sua natura un atto di amministrazione. Su tale giurisprudenza cfr. G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, cit., 112 ss.

⁴⁶ Cfr. E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 274.

⁴⁷ Cfr. O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 339-343; O. RANELLETTI-A. AMORTH, *Atti politici (o di Governo)*, in *Noviss.dig.it.*, I, 2, Torino, 1958, 1511 ss. Segui tale teoria anche S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930, 4-5.

⁴⁸ Cfr. N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 130.

⁴⁹ N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 90 ss.

testimonianza della difficoltosa classificazione del concetto, hanno mutato più volte parere in ordine allo stesso⁵⁰.

Coloro che considerano l'*acte de gouvernement* come categoria “politica” hanno un punto di partenza comune: se il giudice si astiene dal conoscere determinati atti è a causa delle ripercussioni politiche che si possono avere. Vario è il fondamento che, dal punto di vista politico, si dà. Hauriou, che peraltro rivedrà più volte le sue tesi sul punto, in un primo tempo ne individua il fondamento nella Ragion di Stato⁵¹. C'è chi, invece, chiama in causa la forza maggiore⁵². Un importante settore dottrinale, invece, farà riferimento al principio di separazione dei poteri⁵³; anche Hauriou, in un secondo tempo, accede a questa idea, ritenendo che la teoria dell'atto di governo risponda alla necessità di elevare una barriera davanti alle giurisdizioni amministrative, separate dall'amministrazione attiva nel sistema di giustizia delegata⁵⁴.

Ma certamente la tesi che ha riscontrato più successo, in seguito anche presso la dottrina italiana⁵⁵, è quella secondo cui gli atti di governo sono il frutto della “politica” giurisprudenziale del Consiglio di Stato⁵⁶. Sia in Francia⁵⁷, che in Italia⁵⁸, tale tesi, che si è associata all'idea che l'atto di governo non può che definirsi empiricamente come l'atto compreso in un elenco elaborato dagli organi di giustizia amministrativa⁵⁹, è stata criticata, in quanto in essa si è vista una riproposizione, per altre vie, della teoria del movente politico.

C'è chi, invece, denunciando la fragilità del fondamento politico, ricerca nel diritto positivo un fondamento dell'atto di governo⁶⁰. Ma certamente l'idea centrale, che andrà a caratterizzare più di un secolo di ricerca sull'atto di governo, ruota attorno al riconoscimento giuridico di una specifica funzione di governo distinta da quella amministrativa, partendo dalla celebre classica formula del Laferrière sulla distinzione fra governare e amministrare⁶¹. All'interno di tale corrente di pensiero si colloca la teoria dell'atto di governo qualificato come atto di esecuzione diretta ed immediata di una disposizione formale della Costituzione⁶².

⁵⁰ Emblematico sul punto, come diremo, il percorso di M. HAURIOU.

⁵¹ M. HAURIOU, *Note au Sirey*, 1893-3-129, Arrêt Vaudelet et Farand.

⁵² J. DOUCET, *Etude critique de la notion d'acte de gouvernement et de son application aux matières internationales*, Grenoble, 1910, 84 ss.

⁵³ T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, I, Paris, 1897, 87 ss.

⁵⁴ M. HAURIOU, *Note au arrêt Gugel*, R. Sirey, 1895, II, 42.

⁵⁵ A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 806 ss.; A. DE VALLES, *Sulla teoria degli <<atti politici>>*, cit., 11-13; teoria, quest'ultima, trascurata, ma a nostro avviso piuttosto interessante, in quanto guarda al Consiglio di Stato come “organo” non del tutto separato dall'esecutivo, e ne evidenzia la “politica” giurisprudenziale.

⁵⁶ Cfr. soprattutto P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, cit., *passim*; cfr. anche M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, 1911, 77-78; M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, cit., 95-96.

⁵⁷ Cfr. M. VIRALLY, *L'introuvable acte de gouvernement*, cit., 324.

⁵⁸ Cfr. E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 274.

⁵⁹ E. CHELLI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 34.

⁶⁰ T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, cit., 29.

⁶¹ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, II, Paris, 1888, 32. Su questa scia L. DUGUIT, *Traité du droit constitutionnel*, II, Paris, 1928, 306 ss.; M. LE COURTOIS, *Des actes de gouvernement*, Paris, 1898, 34; R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, I, Paris, 1920, 259 ss.

Come detto, questa idea di fondo farà breccia anche in Italia, soprattutto fra i costituzionalisti, i quali non a caso distingueranno l'atto politico dall'atto di governo, non seguendo il tentativo di inquadrare gli atti politici nello schema tradizionale dell'atto amministrativo, ma ponendoli all'interno della funzione di governo o di indirizzo politico (c.d. atti di governo)⁶³. Si tratta, peraltro, di un'idea non abbandonata mai del tutto, ed oggi aggiornata alle esigenze dello Stato sociale, e pluralista, di diritto⁶⁴, in cui la funzione di governo assumerebbe un rilievo sempre più forte, ma con un fondamento ideologico, e assiologico, ben distinto dal contesto degli anni '30 del secolo scorso in cui fu elevata a sistema⁶⁵.

Bisogna considerare se questa storicità insita nello stesso concetto di indirizzo politico non possa, da un lato condurre anche in questo campo all'affermazione di teorie "scettiche", che escludano la giuridicità del fenomeno o lo configurino, oggi, in potenziale contrasto con la definitiva acquisizione nel costituzionalismo di un potere separato e responsabile, rispettoso dei diritti individuali, dall'altro evidenziare la crisi della persistente centralità di un indirizzo politico statale, a fronte dei profondi mutamenti istituzionali che stiamo attraversando⁶⁶. Ma sul punto torneremo alla fine dello scritto.

Coloro che negano la possibilità di applicare un trattamento giuridico distinto fra gli atti del potere pubblico, da un lato sottolineano l'insufficienza delle tesi che configurano l'atto di governo come categoria politica, dall'altro confutano l'idea della rilevanza giuridica del concetto: sia quella del suo fondamento positivo, sia

⁶² R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, cit., 527; L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, 1918, 110 ss.

⁶³ P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, cit., 226; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., spec. 43 ss.

⁶⁴ In Italia v. C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, cit., 184 ss. Ma l'opera che in modo più convinto ritorna su tali aspetti è senza dubbio quella di N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., *passim*.

⁶⁵ Ciò, peraltro, non stupisce più di tanto, poiché se indirizzare significa guidare e dirigere verso una o più finalità determinate (cfr. T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 135), e quindi l'indirizzo politico è attività di direzione della cosa pubblica che si identifica nella ricerca e nel perseguimento dell'interesse generale, quest'ultimo, a sua volta, viene percepito diversamente dai vari attori politici. Sicché è giocoforza associare il concetto di indirizzo politico alla variabilità dei contenuti di merito delle attività dello Stato, e quindi all'affermarsi del pluralismo nel nostro ordinamento. Cfr. M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1992, 245. Quest'ultima importante osservazione ci spinge a ritenere che come la nozione di atto politico è apparsa storicamente contingente, così può dirsi per la stessa nozione di indirizzo politico. E' ben noto, infatti, che oltre alla teoria normativa (Mortati) e a quella analitica (Martines) dell'indirizzo politico, si siano venute affermando le teorie dell'indirizzo politico come attività vincolata, o comunque distinguibile in "generale" e "permanente", vincolato al dettato costituzionale, e "contingente" o di maggioranza, che si attua sulla scala delle singole politiche e che quindi è suscettibile di modificarsi nel tempo. La nota tesi, formulata da P. BARILE (*I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 248 ss.), è ripresa nel coevo lavoro sugli "atti di governo" e "atti politici", ed è funzionale a distinguere le due categorie, collocando i primi nella funzione di governo (nel senso lato ora detto), e facendo invece confluire i secondi fra gli atti amministrativi, pienamente sindacabili *ex art.* 113 Cost., seppure coi noti limiti dati dall'ampio potere discrezionale (cfr. ancora P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, cit., 224-226). Si badi, secondo tale idea, mentre tutti gli atti politici sono atti costituzionali, non tutti gli atti costituzionali presentano natura politica, essendo detta natura individuabile nei soli atti che risultino caratterizzati da un elemento di libertà nel fine (ovvero che siano la traduzione sul terreno giuridico delle scelte politiche operate dalle forze di maggioranza). Cfr. E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 182.

⁶⁶ La teoria "scettica" dell'indirizzo politico è ascrivibile a G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Padova, 1972, 100. La persistente crisi dell'atto politico, questa volta nella sua versione di "atto di governo", stante la perdita di sovranità degli ordinamenti statali, il progressivo affermarsi dello stato delle autonomie, l'espressione dell'indirizzo politico sempre più attraverso tecniche "di mediazione", è invece di recente messa in luce da A. ROMANO TASSONE, <<Atto politico>> e interesse pubblico, cit., 315.

quella che deriva dalla distinzione della funzione di governo da quella amministrativa.

Si consideri, sul punto, quanto rilevato da uno dei più celebri oppositori dell'atto di governo, il quale lo ha definito "intraivable", impegnandosi in un'accurata analisi empirica a dimostrazione della sua inesistenza: <<l'acte de gouvernement est un défi à la raison et au droit, un véritable objet de scandale>>⁶⁷.

La teoria negativa, che secondo alcuni parte dalle stesse premesse di quella empirica, per poi spingersi a conclusioni più radicali⁶⁸, mantiene ancor oggi una sua attualità e rilevanza. Secondo questa teoria non esiste una particolare categoria di atti sottratta al regime comune a tutti gli atti del potere esecutivo; in alcuni casi, infatti, il sindacato giurisdizionale non può esplicarsi per ragioni di impossibilità giuridica, consistenti generalmente nel fatto che manca taluno dei presupposti processuali di quel sindacato, quali la personalità del soggetto ricorrente, l'interesse personale diretto ed attuale all'impugnazione⁶⁹.

Guardando invece "dalla parte" del potere, e non dal versante del soggetto ricorrente, tale tesi è stata da taluni declinata andandosi a considerare la discrezionalità assoluta che caratterizzerebbe l'atto di governo⁷⁰. Quest'ultimo riferimento ha ricevuto critiche, ma ha avuto anche un innegabile fascino: basti pensare alla legislazione spagnola, dove, con il Regolamento generale d'esecuzione della Ley de lo contencioso-administrativo del 1888 (Ley de Santamaria de Paredes) si ha un chiaro richiamo all'insindacabilità dell'atto politico in quanto atto discrezionale⁷¹.

Può essere interessante notare come il Guicciardi, a conclusione della sua serrata rassegna critica sull'atto politico, giudicava quest'ultima opinione come la più "seducente", anche se poi se ne distaccava seguendo un'impostazione giuspositiva, secondo cui: <<la negazione del problema può essere la soluzione di un problema giuridico solo fin tanto che il problema non sia posto dallo stesso diritto positivo, come avviene in Italia per il problema degli atti politici>>⁷². E sempre il Guicciardi, che proprio in tale saggio peraltro più volte allude alla ricostruzione tedesca del Laun sulla discrezionalità, non esiterà a tornare sulla tesi negativa alla luce dell'entrata in vigore della Costituzione⁷³, poiché questa tesi era comunque quella che più si confaceva al suo pensiero⁷⁴, una volta postasi la potenziale incompatibilità fra l'art.

⁶⁷ M. VIRALLY, *L'intraivable acte de gouvernement*, cit., 317 ss. Tra i sostenitori della teoria negativa può essere annoverato pure H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1926, 115-118.

⁶⁸ Così E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 35; J.L. CARRO Y FERNANDEZ-VALMAYOR, *La doctrina del acto político (Especial referencia al Derecho italiano)*, cit., 98.

⁶⁹ Cfr. sul punto E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 35; E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 281.

⁷⁰ Tesi formulata dalla dottrina tedesca. Cfr. G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1905, 601 ss.; R. LAUN, *Les actes de gouvernement*, in *Ann. Inst. Int. dr. publ.*, 1931, II, 102 ss., quest'ultimo con una certa influenza sul pensiero di Guicciardi. In Francia v. L. MICHOD, *Des actes de gouvernement*, in *Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble*, 1889, I, 216 ss., che viene comunemente annoverato tra i più importanti esponenti della teoria negativa.

⁷¹ V. § successivo.

⁷² E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 283.

⁷³ Cfr. E. GUICCIARDI, *Aboliamo l'art. 31?*, cit.

⁷⁴ Nota correttamente come la teoria di Guicciardi costituisca una variante della teoria negativa J.L. CARRO Y FERNANDEZ-VALMAYOR, *La doctrina del acto político (Especial referencia al Derecho italiano)*, cit., 103.

31 t.u. Consiglio di Stato e l'art. 113 Cost., in quanto essa non distingue l'atto politico dall'atto amministrativo.

Questa impostazione, basata sull'insindacabilità dell'atto per la discrezionalità che lo caratterizza, e vicina a quella del Sandulli, che invece privilegia il richiamo all'impossibilità della lesione di interessi dei singoli⁷⁵, si affermerà in seguito, e aleggerà nella dottrina e giurisprudenza nostrane⁷⁶, accostandosi all'altra tesi della non violazione dell'art. 113 Cost. da parte dell'art. 31 t.u. Consiglio di Stato poiché l'atto politico è cosa diversa dall'atto amministrativo, ovvero alla più radicale idea della superfluità dell'art. 31, data dalla non configurabilità di una categoria indipendente di atti politici⁷⁷.

La dottrina francese più recente, come è stato segnalato⁷⁸, è caratterizzata da un certo immobilismo: si assesta sulle tesi tradizionali, e, nonostante il grande cambiamento di regime costituzionale dovuto all'avvento della V Repubblica con la Costituzione del 1958, che come è noto segna la rottura col parlamentarismo classico e la primazia dell'esecutivo fra i poteri dello Stato, non produce analisi approfondite, limitandosi all'esegesi del formante giurisprudenziale. Considerando quest'ultimo si perviene all'inesorabile conclusione che l'atto di governo, sebbene ridimensionato, continua ad esistere nel sistema giuridico francese.

Si pensi alla dichiarazione dello stato d'assedio o alla più recente figura dello stato d'urgenza, ai "*pouvoirs de crise*" di cui all'art. 16 della Costituzione del 1958, al "*droit d'amnistie*", agli atti relativi alle relazioni fra Governo e Parlamento, agli atti relativi alle relazioni internazionali.

Nell'ambito di quest'ultima giurisprudenza, peraltro, sono nate le importanti teorie dell'"*acte détachable*"⁷⁹ o dell'"*acte clair*", che hanno contribuito in modo determinante ad una migliore delimitazione e ad una progressiva riduzione delle immunità del Governo. La non agevole verifica che il giudice in questi casi è chiamato a svolgere, per constatare l'eventuale rilevanza "esterna" o "interna"⁸⁰ dell'atto, ovvero la sua "separabilità", in quanto atto puntuale e concreto, dalle decisioni generali di politica estera, esprime una tendenza eminentemente casistica volta inevitabilmente ad accrescere la "politica" giurisprudenziale del Conseil d'Etat⁸¹.

⁷⁵ Cfr. A.M. SANDULLI, *Atto politico ed eccesso di potere*, cit., 520; ID., *Il giudizio avanti al Consiglio di Stato*, Napoli, 1963, 74.

⁷⁶ Essa è tuttora presente, anche nella manualistica. Cfr. ad es. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010, 41. Conforme M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, cit., 107, che concorda con la tesi della superfluità dell'art. 31 t.u. Cons. Stato.

⁷⁷ Cfr. P. GASPARRI, *Considerazioni in tema di atto politico*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1952, II, 1, 105; ID., *Corso di diritto amministrativo*, I, Bologna, 1953, 82-83; J.L. CARRO Y FERNANDEZ-VALMAYOR, *La doctrina del acto político (Especial referencia al Derecho italiano)*, cit., 129.

⁷⁸ Da N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 164, alla cui ampia trattazione comunque si rinvia per un esame più dettagliato.

⁷⁹ V. gli importanti casi "*Vo than Nghia*", "*Paris de Bollardiere*", "*Greenpeace France*", da ultimo esaminati da N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 239 ss.

⁸⁰ Secondo la teorizzazione di P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, cit., 62 ss.

⁸¹ E' noto come la giurisprudenza del Consiglio di Stato francese abbia già all'inizio del secolo scorso applicato la teoria dell'atto "separabile" o "stralciabile" per ampliare la possibilità di impugnativa di un contratto sottoscritto dall'amministrazione, andando a individuare la presenza nella fattispecie di un atto amministrativo unilaterale, appunto

4. L'ordinamento spagnolo, sebbene profondamente influenzato dall'elaborazione francese, allo stesso modo di quello italiano, e nello stesso periodo, recepisce la dottrina dell'atto di governo per via legislativa, con la Ley de Santamaria de Paredes del 13 settembre 1888. E lo fa in un modo singolare, ovvero annoverando l'atto politico (*acto de gobierno*) fra le modalità del potere discrezionale, riprendendo così una teoria francese⁸² che in tal senso ricostruiva i caratteri dell'istituto e le ragioni dell'insindacabilità. Sarà comunque l'art. 4 del Regolamento attuativo della legge, del 29 dicembre 1890, che espressamente escluderà dal controllo giurisdizionale: <<*las cuestiones que por la naturaleza de los actos de que nascan o de la materia sobre la que verse, pertenezcan al orden político o de gobierno*>>.

Il dibattito sull'atto di governo inizia a porsi in Spagna solo con lo Stato costituzionale, poiché prima, nell'Antico regime, c'era una profonda confusione fra amministrazione e giurisdizione, sicché bisognerà attendere il XIX secolo per vedere la nascita dell'amministrazione e di un sistema di giustizia, grazie ai principi rivoluzionari di legalità e di separazione dei poteri.

La Ley de Santamaria de Paredes nasce come soluzione di compromesso: i conservatori rinunciano al precedente sistema di giustizia ritenuta, e in cambio i liberali ammettono delle restrizioni al controllo giurisdizionale dell'amministrazione. La legge, inoltre, sostituisce il precedente sistema della "lista" degli atti impugnabili con una clausola generale di competenza giurisdizionale, restringendo comunque la tutela agli atti che fossero esercizio <<*de potestades regladas, y vulneren un derecho – y no un simple interés – de caracter administrativo establecido éste anteriormente por una ley, un reglamento u otro precepto administrativo*>>. In tal modo tutto l'ambito dell'eccesso di potere, che in Francia aveva già all'epoca un grande sviluppo, viene messo al margine del sistema giurisdizionale. Inoltre, la giurisdizione amministrativa venne affidata al *Tribunal Supremo*, che, salvo eccezioni, all'inizio si caratterizzò per un esercizio molto prudente delle sue attribuzioni. Si verificò quindi ciò che accadde in Francia al momento della restaurazione borbonica, quando il Consiglio di Stato iniziò a negare la propria competenza a conoscere gli atti ispirati da un movente politico.

L'atto di governo incontra per la prima volta il suo riconoscimento espresso all'art. 4 del Regolamento di attuazione del 1890, in un precetto che viene poi trasfuso nella legge riformata del 1894: ivi le questioni che attengono al "*orden político o de gobierno*" sono considerate corrispondenti alla potestà discrezionale dell'amministrazione. La chiave di volta del sistema, con la Ley de Santamaria, diviene quindi il concetto di discrezionalità. Sicché l'atto di governo, almeno in questa prima fase, non si configura come un atto distinto da quello amministrativo,

"stralciabile": cfr. Conseil d'Etat, 21 dicembre 1906, Synd des propriétaires et contribuables du quartier Corix-de-Seguey Tivoli, *Rec.* 962, concl. Romieu. E' utile notare come di recente, nel già richiamato studio etnografico di osservazione "sul campo" del farsi della giurisprudenza del Consiglio di Stato francese, proprio l'uso della teoria dell'atto "stralciabile" sia stato assunto a prova della creatività del giudice amministrativo francese, in una vicenda di mutamento di giurisprudenza, i cui passaggi sono descritti nel dettaglio, e con interessanti chiose, da B. LATOUR, *La fabbrica del diritto. Etnografia del Consiglio di Stato*, cit., 201 ss.

⁸² V. *supra*, nota 70.

ma come un atto amministrativo che viene considerato insindacabile per il suo carattere discrezionale.

Da notare come, mentre in Francia, dopo il 1875, prevale in giurisprudenza la tesi “oggettiva” dell’atto politico, in Spagna l’atto di governo viene recepito in via legislativa, ma con un criterio che nella prassi applicativa ha fatto prevalere per molto tempo l’aspetto soggettivo del fine politico, come dimostra l’impiego della categoria in questioni che con molta difficoltà possono essere considerate strettamente politiche: misure di sicurezza derivanti dall’uso di poteri di polizia, salute e igiene, potestà tributaria, risoluzione di problemi sociali particolarmente rilevanti, concessioni amministrative e organizzazione dei servizi generali dello Stato o dell’esercito, atti del Governo sull’amministrazione e il governo locali⁸³.

Quanto agli atti relativi alle relazioni internazionali, bisogna sottolineare come la casistica giurisprudenziale, a differenza della Francia, in Spagna appare molto ridotta quantitativamente, almeno fino alla metà del XX secolo, e ciò è presumibilmente dovuto all’isolamento internazionale che ha caratterizzato la Spagna per molto tempo, prima a causa della Restaurazione borbonica, poi della dittatura franchista⁸⁴; peraltro nelle relativamente poche occasioni in cui il giudice è chiamato a intervenire, egli dichiara sistematicamente la propria incompetenza, non riprendendo dalla Francia la teoria dell’ “*acte détachable*” o dell’ “*acte clair*”, che avrebbe permesso un controllo sugli eventuali elementi “*reglados, internos y administrativos*”, scindibili dalla decisione politica.

Con la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa del 1956 muta profondamente la concezione tradizionale dell’*acto de gobierno*. Questo non viene più considerato come una tipologia di atto discrezionale, ma come atto ontologicamente distinto da quello amministrativo, essendo la funzione amministrativa distinta da quella politica, affidata unicamente ai supremi organi statali. L’art. 2.b) della legge esclude espressamente dalla giurisdizione contenziosa amministrativa: <<*las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación si corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa*>>.

Può essere interessante ai nostri fini notare come, nonostante l’intenzione legislativa di passare da un’accezione soggettiva a una oggettiva di *acto de gobierno*, in pratica, stante anche l’indicazione meramente esemplificativa e aperta contenuta all’art. 2.b), nei primi anni della legge, in pieno regime franchista, la giurisprudenza fa rientrare nella categoria degli atti di governo atti chiaramente amministrativi⁸⁵. Peraltro, da un punto di vista tecnico, tale tendenza era favorita dal perverso sistema del ricorso amministrativo, che rendeva l’atto amministrativo suscettibile di revisione in ultima istanza davanti al Governo: sicché <<*en un macabro juego de malabarismo*

⁸³ Cfr. N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 322 ss.

⁸⁴ N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 376.

⁸⁵ N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 396.

jurídico>>⁸⁶, un atto amministrativo, per il fatto di passare – attraverso ricorso – dal Governo, finiva per “trasformarsi” in atto politico.

Stanti le implicazioni del contesto politico franchista, l’unità del potere e la concentrazione delle funzioni presso il Capo dello Stato, la concezione “*panadministrativista*” dello Stato e la confusione fra Governo e amministrazione, <<*la ultima ratio de los actos políticos en el derecho español era que la voluta política del Jefe de Estado no puede ser controlada por el Tribunal Supremo*>>⁸⁷.

Con l’entrata in vigore della legge del 1956, peraltro, si apre nella dottrina spagnola il dibattito sull’atto politico, naturalmente seguendo le linee direttrici della dottrina francese. Anche in Spagna, quindi, si assiste a un acceso dibattito fra sostenitori della tesi negativa e sostenitori di quella positiva.

Fra i primi, naturalmente, García De Enterría, con la sua fondamentale opera “*La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*”⁸⁸; questi, partendo dalla premessa secondo cui non è configurabile alcuna distinzione fra funzione politica e amministrativa⁸⁹, ritiene che l’evoluzione in Francia della nozione di atto di governo sia la prova più evidente che questo tipo di atto non ha alcun fondamento. Secondo il chiaro autore, infatti, dalla teoria del *móvil*, passando per quella della natura dell’atto, fino ad arrivare a quella della lista giurisprudenziale, la dottrina dell’atto politico <<*ha desaparecido en el derecho francés*>>, come in quello italiano e tedesco. Nei casi di relazioni internazionali, o nelle relazioni fra Parlamento e Governo, l’unico motivo di esenzione giurisdizionale è dato dal fatto che, semplicemente, questo tipo di atti, <<*no proceden, con toda claridad, de la Administración como persona*>>, e perciò non sono soggetti al diritto amministrativo, non potendo peraltro violare direttamente un diritto soggettivo⁹⁰.

Si è osservato che tale tesi, impeccabile da un punto di vista astratto e teorico, può esser valida per uno Stato di diritto, quale, nonostante il nome, il regime franchista dell’epoca non era⁹¹. D’altra parte vi erano pure autori, non a caso costituzionalisti, che forse con più realismo ammettevano l’atto politico, in genere argomentando

⁸⁶ N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 399.

⁸⁷ N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 400.

⁸⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, in *RAP*, n. 38, 1962, 180-195.

⁸⁹ Premessa che oggi trova i suoi proseliti anche in un’autorevole dottrina italiana, particolarmente critica nei confronti della persistenza dell’atto politico nell’attuale ordinamento costituzionale: v. F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*. Sulla medesima linea v. pure F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit. Bisogna comunque ricordare che in Italia il rifiuto dell’effettiva sussistenza di una quarta funzione, dello Stato, denominata politica o di governo, non sempre ha portato alla negazione dell’atto politico. Così non è stato, ad es., per i sostenitori della tesi della causa oggettiva, che pur negavano autonoma rilevanza alla funzione di indirizzo politico, notando come gli atti politici si estrinsecano nelle “forme” proprie di atti riconducibili alle note funzioni dello Stato. Cfr. O. RANELLETTI-A. AMORTH, *Atti politici (o di Governo)*, cit., 1512.

⁹⁰ Cfr. anche J.L. CARRO Y FERNANDEZ-VALMAYOR, *La doctrina del acto político (Especial referencia al Derecho italiano)*, cit., spec. 107 ss., il quale ritiene in tal senso che l’art. 31 t.u. Cons. Stato sia una norma superflua, sicché, invece che di atto politico, sarebbe meglio discutere di atto costituzionale o di atto internazionale (l’autore ritiene, inoltre, che l’indagine effettuata intorno all’ordinamento italiano sia estendibile, nei suoi risultati, a quello spagnolo); L. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, *Las sanciones de orden público en el derecho español*, Madrid, 1973.

⁹¹ N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 417.

attraverso la distinzione fra funzione amministrativa e funzione di direzione politica o di governo⁹².

La giurisprudenza, come detto, appariva poco influenzata dalla dottrina, specie da quella negativa. Le tesi dottrinali richiamate, con invero poco dogmatismo, erano piuttosto riconducibili a quelle che ammettevano l'*acto de gobierno* sulla base della differenza fra funzione politica e funzione amministrativa. D'altra parte, come si è visto, in giurisprudenza, stante il regime dell'epoca, si evidenzia una marcata *deference* del Tribunal Supremo, che in questo contesto, a volte richiamando la tesi dell'atto politico come esecuzione diretta di disposizioni costituzionali, altre volte argomentando intorno al carattere non esaustivo della lista di cui all'art. 2.b) LJCA, finisce in realtà per rimettere al centro la tesi del *móvil* politico, come dimostra chiaramente la giurisprudenza in materia di sicurezza interna dello Stato e di ordine pubblico⁹³. Insomma, il Tribunal Supremo sembra comportarsi come la nostra Cassazione che, durante il regime fascista, rispolvera nel 1927 la tesi del *móvil* politico, mentre come è noto il Consiglio di Stato generalmente ha saputo dare prova di ben maggiore indipendenza di fronte al Governo.

Invero, agli inizi degli anni '60 il Tribunal Supremo rettifica la dottrina del *móvil* politico sulla base di due osservazioni fondamentali: l'art. 2.b) LJCA parla di "*actos políticos del Gobierno*", dove "*Gobierno*" è scritto con la maiuscola, sicché si riferisce soggettivamente agli atti adottati dal Consiglio dei Ministri; inoltre, sulla base del Preambolo alla legge del 1956, si evidenzia la distinzione fra funzione politica e funzione amministrativa, sicché la prima coinvolge le sole grandi decisioni riguardanti lo Stato, non semplici atti amministrativi che toccano una o più persone, come ad esempio una sanzione di ordine pubblico⁹⁴.

Superata la dittatura, dottrina e giurisprudenza sono chiamate a fare i conti con la Costituzione del 1978. Questa impone una rinnovata riflessione sul concetto di *acto de gobierno*, relazionato a vari nuovi principi e concetti che ivi si affermano: la nuova forma di Stato, sociale, democratico e di diritto, il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva (art. 24), il vincolo al diritto di tutti i poteri pubblici, il sistema di responsabilità dei poteri pubblici, il recupero del principio di separazione dei poteri. Si manifesta, quindi, un divorzio teorico fra dottrina costituzionalista e amministrativista: mentre la prima appare attenta a valutare soprattutto l'ubicazione costituzionale del Governo come organo di direzione della politica interna ed estera, e fulcro della funzione di governo, la seconda finisce per occuparsi soprattutto dei rapporti fra Governo e potere giurisdizionale, trascurando i rapporti col potere legislativo⁹⁵. Il Tribunal Constitucional, dal canto suo, ammette la legittimità

⁹² Cfr. L. SÁNCHEZ AGESTA, *Concepto jurídico del acto político (Los nuevos límites de la jurisdicción contencioso-administrativa)*, in *Homenaje a Nicolás Pérez Serrano*, II, Madrid, 1959, 193; J.M. BOQUERA OLIVER, *Los orígenes de la distinción entre actividad política y administrativa*, in *RAP*, n. 40, 1963.

⁹³ Per un'analisi della quale v. ancora N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 436 ss.

⁹⁴ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, I, Madrid, 2004, 582.

⁹⁵ N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 449. La Costituzione del 1978 avrà una grande importanza pure nella rivalutazione dell'istituto dello sviamento di potere che, seppure codificato nella legge sulla giurisdizione amministrativa del 1956 (art. 83, comma 2), era stato svilito dal formalismo della giurisprudenza sotto il regime franchista. Sul punto cfr. M. ATIENZA-J.R. MANERO, *Illeciti atípicos. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004, 100, con molti richiami allo studio di C. CHINCHILLA, *La desviación de poder*, Madrid, 1999.

costituzionale dell'*acto de gobierno*, prima implicitamente, poi, con la sentenza n. 45/1990, espressamente.

Probabilmente le difficoltà ricostruttive incontrate dalla dottrina e dalla giurisprudenza spagnole, nel periodo post-costituzionale, dipendono in larga misura dalla non semplice conciliabilità dei principi e valori costituzionali sopra enunciati⁹⁶.

I sostenitori della persistenza dell'atto politico, trasformato (non a caso) in *acto de gobierno*, argomentano attorno al mutamento dello Stato, divenuto democratico, e sottolineano la nuova legittimazione democratica del Governo, responsabile dinanzi al Parlamento, la necessità in uno Stato sociale, che vede il moltiplicarsi dei propri compiti, di una funzione di governo distinta dalla funzione amministrativa. Inoltre, si nota che l'art. 106 della Costituzione limita l'oggetto del controllo giurisdizionale dell'azione del potere esecutivo alla "*potestad reglamentaria*" e alla "*actuación administrativa*", e si ritiene, quindi, che il controllo non possa coinvolgere l'intera attività del Governo, semmai sindacabile attraverso canali alternativi, dal controllo politico a quello operato dal Tribunal Constitucional. D'altra parte, c'è da fare i conti con la storica affermazione dello Stato di diritto, e coi suoi corollari rappresentati dal principio di legalità e dalla "*universalidad de la protección jurisdiccional*".

La giurisprudenza post-costituzionale tende ad accettare la tesi obiettiva o materiale di *acto de gobierno*, inteso come "*acto constitucional*", oppure evidenzia i criteri della "*maxima discrecionalidad u oportunidad*", al fine di identificare l'*acto de gobierno* "*por naturaleza*".

D'altra parte il giudice non perde il proprio potere sulla qualificazione dell'atto. Si apre qui la spinosa questione della valutazione sugli elementi "*separables*", simile a quella francese dell'*acte détachable*". Come si è detto, in passato questa tendenza era estremamente rara presso il giudice spagnolo. La clausola costituzionale di pienezza ed effettività della tutela sembra giocare un ruolo fondamentale nel conferire al giudice la possibilità di un controllo più approfondito nella verifica di "*posibles elementos reglados*" dell'*acto de gobierno*, salvo per i casi riguardanti le relazioni fra poteri costituzionali (es. scioglimento delle Camere, iniziativa legislativa del Governo), dove il giudice evita di verificare la possibile sussistenza di "*elementos reglados*"⁹⁷.

La dottrina maggioritaria⁹⁸ riconosce che elementi esterni al contenuto proprio della decisione politica (soggetto, competenza, procedimento, finanche "*adecuación al fin*") siano separabili e perfettamente sindacabili dal giudice: in tal senso, come è stato efficacemente notato: <<*Se establece así una traslación o asimilación entre el control del acto de gobierno y el control de la discrecionalidad de la Administración*>>⁹⁹. Il punto essenziale, da sottolineare, è che nei molteplici casi di

⁹⁶ E' quanto emerge dalla chiara e completa ricostruzione di N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 452 ss. Sostiene che oggi, nonostante la Costituzione del 1978, la teoria dell'atto politico in Spagna sia stata <<sorprendentemente ripresa>>, J.B. VERA, *Imparzialità vs. indirizzo politico: le variabili del rapporto tra politica e amministrazione nella dinamica delle istituzioni*, in *Dir. amm.*, 2007, 25.

⁹⁷ Cfr. N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 643.

⁹⁸ Cfr. ad es. A. EMBID IRUJO, *La justiciabilidad de los actos de gobierno (De los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)*, in *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor E. Garcia De Enterría*, III, Madrid, 1991, 2721.

⁹⁹ N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 631.

dubbio nella verifica di quanto di politico o di amministrativo vi sia nella decisione, è il giudice ad avere l'ultima parola, caso per caso, dopo aver effettuato un approfondito controllo sulla questione¹⁰⁰.

Orbene, pare questo un aspetto in sé molto rilevante. E' chiaro, poi, che tale metodologia di sindacato viene più o meno condivisa a seconda dei diversi presupposti dai quali si parte circa il fondamento dell' *acto de gobierno* nell'attuale ordinamento costituzionale spagnolo. E si è visto che sul punto le posizioni non sono certo univoche. Ma è comunque la clausola del "*derecho universal al juez*" che consente a quest'ultimo un vasto, e spesso non facile, apprezzamento "politico" della fattispecie¹⁰¹.

Come vedremo, anche in Italia la più recente, ed autorevole, giurisprudenza sembra imboccare tale strada.

La LJ del 1998, comunque, ha preso una netta posizione sul punto, diversa da quella seguita dal nostro legislatore nel 2010. Una certa dottrina, propensa ad ammettere la persistenza dell'*acto de gobierno* nell'ordinamento spagnolo, chiedeva un'espressa menzione di questo nella legge di riforma del 1998, che andasse ad incidere sulla poco chiara formulazione del 1956¹⁰². Tutto ciò non si è verificato. La legge di riforma del contenzioso amministrativo del 1998, all'art. 2.a), contiene una *clausola de inclusión*, qualificando l'*acto de gobierno*, in modo indiretto ma chiaro, come atto discrezionale i cui elementi "regolati" sono controllabili dal giudice. Vi è in tal modo il suggello legislativo di quell'autorevole dottrina che ha da sempre predicato l'inutilità dell'atto politico: storicamente superato in quanto contrario alla Costituzione spagnola, e più in generale all'intero "*Derecho Publico europeo*"; non necessario, invece, per spiegare l'insindacabilità degli atti riguardanti le relazioni internazionali o le relazioni col Parlamento¹⁰³.

Tale indirizzo appare oggi maggioritario anche nei Paesi sudamericani di cultura ispanica, come in Argentina. Se si scorrono infatti le numerose pagine dedicate al tema nella più nota trattazione di diritto amministrativo di quel Paese¹⁰⁴, da un lato si scopre che in Argentina, specie nel contesto della crisi economica¹⁰⁵, l'atto politico ha assunto altre forme: amministrazione dell'emergenza (tema non a caso molto caro alla dottrina argentina), delegazione legislativa illimitata, decreti legge convertiti

¹⁰⁰ Cfr. N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 636, seppure critica nei confronti di tale tendenza.

¹⁰¹ Esemplare sotto questo aspetto la vicenda giurisprudenziale dalla "declassificazione" dei documenti del Cesid, in cui diverse sentenze della Corte suprema del 4 aprile 1997 hanno ritenuto di propria competenza ricorsi di contenzioso amministrativo formulati contro decisioni che il Governo spagnolo considerava inserite nella categoria degli atti di natura politica: sul punto v. ancora N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 690 ss. Cfr. anche J.B. VERA, *Imparzialità vs. indirizzo politico: le variabili del rapporto tra politica e amministrazione nella dinamica delle istituzioni*, cit., 25 ss., il quale riporta pure la contestata (da ambienti del Governo spagnolo, oltre che da 13 su 30 magistrati che hanno assistito al Plenum, i quali hanno votato in senso contrario) decisione della Corte suprema (del novembre 2006) con la quale è stato annullato un *Real decreto* del Governo che ordinava il trasferimento della sede della *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* da Madrid a Barcellona.

¹⁰² N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 725 ss.

¹⁰³ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., 584.

¹⁰⁴ Cfr. A. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, II, *La defensa del usuario y del administrado*, cap. VIII, cit.

¹⁰⁵ Sul tema di recente c'è stato anche un interessante confronto con la dottrina italiana. Ci si riferisce alla IV edizione delle "Giornate italo-argentine di diritto amministrativo", dal titolo "La crisi economica e finanziaria e le risposte del diritto amministrativo", svoltasi a Roma il 30 e il 31 ottobre 2009.

dopo parecchi anni. D'altra parte, si riscontra il carattere metagiuridico della teoria, anche in questo caso con abbondante richiamo alle origini francesi.

La recente affermazione dello Stato di diritto in Argentina ha portato al rifiuto della categoria dell'atto politico, e ciò è confermato dal principio dell'inviolabilità della difesa in giudizio (art. 18 Cost.), oltre che dal principio secondo cui il Governo non può esercitare funzioni giurisdizionali (art. 109). Secondo Gordillo, poi, vanno distinti i casi di atto politico da quelli in cui manca la legittimazione (es. atti generali) o in cui si ravvisa una discrezionalità insindacabile. Peraltro, la concezione dell'atto politico è incompatibile pure col principio di separazione dei poteri, da intendere come distinzione di funzioni e non di organi. Non solo: se il giudice decide di astenersi commette a sua volta un errore "politico", e finisce per prendere in questo caso una decisione politica, contraria all'interesse pubblico, alla giustizia e alla sicurezza giuridica.

Ancor più interessante, ai nostri fini, il riferimento del chiaro autore al fatto che i tribunali argentini, nella prassi, non respingono preliminarmente la domanda: il giudice esercita comunque il controllo giudiziario, anche se l'atto alla fine magari non viene annullato per la carenza di altri presupposti (legittimazione e/o interesse), o per la sussistenza di discrezionalità insindacabile.

5. Per quanto riguarda la Gran Bretagna, la dottrina dell'*act of State* si è fondata originariamente sul c.d. atto di prerogativa¹⁰⁶. Trattasi, come è noto, di quell'insieme di poteri e facoltà imputabili al sovrano anche dopo la limitazione operata dal controllo parlamentare sugli altri poteri di sua iniziativa, che peraltro non hanno perduto vitalità nel passaggio dalla forma monarchica assoluta a quella costituzionale.

D'altra parte, in quanto concepiti come eccezioni alla generale *rule of Law*, il loro ambito materiale è andato progressivamente riducendosi a due settori: quello degli atti statali emanati nell'ambito di relazioni diplomatiche con un altro Stato indipendente e quello degli atti compiuti da un privato cittadino al di fuori della giurisdizione (o senza l'autorizzazione) dell'ordinamento britannico, e che abbiano danneggiato un cittadino straniero¹⁰⁷.

Bisogna notare come quest'ultima declinazione degli *acts of State*, attinente ai rapporti fra Stati, a fine '800 attecchì anche negli Stati Uniti¹⁰⁸, con la formulazione del giudice *Fuller* nel caso *Underhill v. Hernandez*: <<*every sovereign State, is bound to respect the independence of every other sovereign State, and the courts of one country will not sit in judgement on the acts of the government of another done within its own territory*>>. Ciò implica che determinati provvedimenti adottati da uno Stato estero nell'esercizio di suoi poteri sovrani nell'ambito del proprio territorio

¹⁰⁶ Cfr. M. SINGER, *The act of State doctrine of the United Kingdom: an analysis, with comparisons to United States practice*, in *The American journal of international law*, 1981, 286. Sulla dottrina dell'*act of State* v. anche G.H. Fox, *Re-examining the act of State doctrine: an integrated conflicts analysis*, in *Harvard int. law journal*, 1992, 521 ss.; F.A. MANN, *Foreign affairs in English courts*, Oxford, 1986.

¹⁰⁷ Cfr. C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, cit., 10.

¹⁰⁸ M. SINGER, *The act of State doctrine of the United Kingdom: an analysis, with comparisons to United States practice*, cit., 291.

sono sottratti a qualsiasi sindacato di liceità interna ed internazionale, ancorché contrari a norme di diritto internazionale o al limite dell'ordine pubblico.

Nel noto caso *Banco National de Cuba v. Sabatino*¹⁰⁹ il fondamento della regola è stato individuato nel principio di separazione dei poteri, ovvero nella necessità di evitare un conflitto di decisioni tra potere esecutivo e giudiziario in ordine all'azione da intraprendere nei confronti di Stati esteri in rapporto a particolari situazioni verificatisi sul piano delle relazioni con questi ultimi.

Taluni hanno individuato la base giuridica della dottrina dell'*act of State* nella norma di diritto internazionale che riconosce a ciascuno Stato il diritto esclusivo di intervenire nella disciplina della vita sociale che si svolge nel proprio territorio¹¹⁰; in tal modo essa si accosterebbe alle norme sull'immunità della giurisdizione civile, solo che nel primo caso costituirebbe un'eccezione di merito, nel secondo l'immunità impedirebbe alla corte nazionale, in rito, di radicare la propria giurisdizione rispetto ad uno Stato straniero.

Senonché l'opinione prevalente, anche tra gli internazionalisti¹¹¹, è nel senso che ciò non sia imposto dal diritto internazionale, ma che rappresenti un principio di diritto interno, che si risolve in un *self restraint* delle corti, basato sulla necessità di non creare imbarazzo al proprio Governo nei rapporti con Stati esteri.

Si giustifica in questo senso l'idea che, a differenza della teoria degli atti di governo in Francia, negli ordinamenti di *Common law* manca la ricerca di un fondamento sistematico dell'insindacabilità di tali tipi di atti, anche a causa della strutturale dipendenza dell'elaborazione teorica dal precedente giudiziario. Sia gli *acts of State* britannici che le *political questions* nordamericane risentono di questo particolare vincolo giurisprudenziale, pur tra notevoli differenze derivanti dalle diverse origini storiche e dalla particolare evoluzione dei meccanismi processuali di tutela delle situazioni giuridiche soggettive¹¹².

Negli Stati Uniti la *political question doctrine* viene affermata per la prima volta nella notissima pronuncia *Marbury v. Madison*, ma la dottrina assume più precisi contorni solo nel 1962, nel caso *Baker v. Carr*.¹¹³

Secondo la tradizione nordamericana tutti gli atti a contenuto politico sono esclusi, in linea di massima, dalla competenza dei tribunali. Ciò in base ad una rigida interpretazione del principio di separazione dei poteri, secondo cui l'attribuzione di una determinata competenza ad un organo dell'Unione determina automaticamente l'esclusione degli altri e l'obbligo di riconoscere l'atto dell'altrui potere¹¹⁴.

¹⁰⁹ Corte Suprema degli Stati Uniti, 23 marzo 1964.

¹¹⁰ Cfr. R. LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972.

¹¹¹ Cfr. per tutti B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2002, 233.

¹¹² Cfr. C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, cit., 8; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 23, nota 48. Sull'evoluzione della tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dei pubblici poteri negli Stati Uniti e in Gran Bretagna v. la chiara sintesi di D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. Napolitano (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, 283 ss.

¹¹³ Cfr. K. SINGEWALDE, *The doctrine of non-suability of the State in the United States*, Baltimore, 1910; O.P. FIELD, *The doctrine of political questions in Federal courts*, in *Minnesota Law Rev.*, 1924; M.F. WESTON, *Political questions*, in *Harv. Law Rev.*, 1925. Per un quadro più aggiornato, invece, v. *Developments in Law – Access to courts*, in *Harv. Law Rev.*, 2009, 1193 ss. Nella dottrina italiana, sul tema v. C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, cit., 12 ss.; C. PIPERNO, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Milano, 1991.

¹¹⁴ C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, cit., 13.

Peraltro, il problema dell'immunità del potere politico si è spesso fondato sul principio dell'esclusione dal controllo giurisdizionale di ogni atto che costituisce esercizio del potere discrezionale, in analogia con tendenze maturate – come si è visto – in altri ordinamenti¹¹⁵.

La dottrina si è spesso chiesta come sia stato possibile che una teoria, elaborata originariamente nell'alveo degli assolutismi monarchici europei, e legata a radici di stampo “feudale”, abbia poi trovato suffragio, e sviluppo, all'interno di una repubblica democratica del ventesimo secolo. Probabilmente la risposta è da ricercare nel fatto che negli Stati Uniti la sovranità non appartiene al Governo, o alla legge, ma al popolo¹¹⁶, come confermano talune recenti ricerche riguardanti il controllo della Corte Suprema sugli atti anti-terrorismo adottati dall'amministrazione Bush nel post 11 settembre¹¹⁷.

Neppure l'istituzione nel 1855 della *Court of Claims*, come organo di filtro fra le rivendicazioni dei cittadini lesi nei propri diritti e la discrezionalità propria dell'attività di governo, riuscì a modificare questa situazione, derivante anche dal fatto che la fondamentale garanzia per il cittadino nei confronti dell'atto di autorità restava circoscritta alla tutela del diritto di proprietà, che nell'interpretazione della Suprema Corte, peraltro, assumeva un'estensione applicativa sconosciuta in altri ordinamenti. E' solo con l'approvazione del *Federal Tort Claims Act* che si perviene ad un'organica sistemazione legislativa della materia, con l'attribuzione della giurisdizione su alcuni *tort claims* contro gli Stati Uniti al *Federal District Courts*¹¹⁸.

D'altra parte, più di recente negli Stati Uniti la legge generale sul procedimento amministrativo (art. 701) prevede la possibilità di escludere in via legislativa la sindacabilità di decisioni che il Congresso intenda riservare alla scelta politico-discrezionale dell'amministrazione¹¹⁹.

In ogni caso, come si è detto, la Corte Suprema nel caso *Baker* del 1962 individua sei fattori “individualmente sufficienti e collettivamente necessari” per configurare, nel corso di una controversia, la sussistenza di una “*nonjusticiable political question*”¹²⁰. In seguito tali categorie vengono chiarite, ma non ampliate, e sempre

¹¹⁵ In generale, sul sindacato giurisdizionale negli Stati Uniti v. B. MARCHETTI, *Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle administrative agencies*, Padova, 2005.

¹¹⁶ C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, cit., 14.

¹¹⁷ Cfr. C. BOLOGNA, *Tutela dei diritti ed emergenza nell'esperienza statunitense: una political question?*, in www.forumcostituzionale.it. Per un più generale approccio al tema, nell'idea di fondo che il diritto amministrativo nordamericano, caratterizzato da una serie di “*black holes*” e di “*grey holes*”, mai completamente eliminabili dal principio di legalità e dall'intervento delle corti, sia intrinsecamente “*Schmittian*”, cfr. A. VERMEULE, *Our Schmittian administrative law*, in *Harv. Law Rev.*, 2009, 1095 ss.

¹¹⁸ Cfr. C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, cit., 16.

¹¹⁹ Come di recente rilevano anche G. NAPOLITANO-M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 276, che, in una prospettiva di analisi economica del diritto, sottolineano come l'immunità dell'atto politico si giustifica con l'idea che certe decisioni possono essere più adeguatamente vagliate dagli elettori e dal Parlamento piuttosto che da un giudice, trattandosi di questioni politicamente controverse.

¹²⁰ <<Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found [1.] a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or [2.] a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or [3.] the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for non-judicial discretion; or [4.] the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or [5.] an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or [6.] the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question>>.

rispettate dalle corti di grado inferiore, le quali entrano nel merito delle singole controversie e non lasciano mai l'“ultima parola” all'Esecutivo. Si è parlato, in relazione a questa importante tendenza, di <<*limited political question doctrine*>>¹²¹.

Tuttavia nel 2004 la Corte Suprema emette due pronunce che denotano una spiccata *deference* giurisdizionale, sebbene formalmente applicando la *doctrine* evincibile dal caso *Baker*: si tratta di *Republic of Austria v. Altmann* e *Sosa v. Alvarez-Machain*. Nella giurisprudenza seguente la *deference* rimane molto elevata: la Corte considera le categorie del caso *Baker*, peraltro quelle in cui in modo più elastico ed aleatorio può configurarsi la *political question* (n. 5 e 6), più che altro come orpello retorico, mentre in realtà si uniforma alle opinioni inviate dal Dipartimento di Stato direttamente alla Corte, in forma di lettera, che spingono naturalmente per riconoscere alla questione il carattere di insindacabile *political question*.

Due notazioni: siamo in un contesto istituzionale particolare, rappresentato dall'amministrazione Bush, in cui il conflitto tra l'esecutivo e il giudiziario si è esacerbato; inoltre, appare chiaro da quanto appena detto che questa nuova *deference* delle Corti sembra riproporre, nel peculiare contesto statunitense, l'antica tesi del movente politico.

La recente giurisprudenza di cui si parla riguarda soprattutto vicende in cui vengono citate in giudizio per danni multinazionali americane e il Governo eccepisce la sussistenza della *political question*, asserendo che un'eventuale condanna della *corporation* potrebbe andare a detrimento delle scelte di politica estera del Governo americano¹²².

Si pensi al caso *In re Nazi Era Cases Against German Defendants Litigation*, in cui veniva richiesto alla Corte di condannare due società tedesche che avrebbero aiutato la Germania nazista nel condurre sperimentazioni mediche sull'attore. Ovvero al caso *Mujica v. Occidental Petroleum*, che vedeva coinvolta una multinazionale americana accusata di aver cospirato con l'esercito colombiano al fine di bombardare un villaggio. O, ancora, a *Corrie v. Caterpillar, Inc.*, una causa a favore di alcuni americani e palestinesi feriti o uccisi da bulldozer che operavano a difesa di Israele sulla Striscia di Gaza.

In tutte queste vicende il Governo americano è “intervenuto” in giudizio sostenendo che la causa avrebbe danneggiato la politica estera americana (nel senso di accrescere la difficoltà di concludere affari, danneggiare le relazioni con altri Stati, interferire nella guerra al terrorismo o alla droga, avere un impatto negativo sulla capacità statunitense di gestire processi di pace, etc.). Si è dunque passati ad un nuovo “*two-steps deference-based approach*”. La Corte si limita a valutare se si tratta di un caso che coinvolge la politica estera americana e se questo è in grado di nuocervi.

¹²¹ *Developments in Law – Access to courts*, cit., 1196; cfr. anche R.E. BARLOW, *More supreme than court? The fall of the political question doctrine and the rise of judicial supremacy*, in *Colum. Law Rev.*, n. 158, 2002, 237 ss.

¹²² Cfr. *Developments in Law – Access to courts*, cit., 1197 ss.; cfr. anche S. KORMAN, *The new deference-based approach to adjudicating political questions in corporate ATS cases: potential pitfalls and workable fixes*, in *Richmond journal of global law and business*, 2010, n. 9, 85 ss. In generale, per una rilettura critica dei rapporti fra grandi *corporations* e Stati sovrani, v. oggi U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari-Roma, 2011.

La dottrina maggioritaria tende a criticare tale atteggiamento del giudice, e ad invocare un ritorno alla “*limited doctrine*”. Si nota come le “*letters*” del Dipartimento di Stato siano soggette ad un alto livello di pressione politica, e che, se è vero che le corti non sono in grado di condurre la politica estera di uno stato, è anche vero che gli esperti di politica estera non sono in grado di tutelare i diritti individuali¹²³. Peraltro si rileva come un ritorno all’applicazione della dottrina *Baker* consentirebbe al giudice un sindacato effettivo sul merito della questione. In tal senso, secondo alcuni: <<*courts must not look at whether the executive has reasonably explained the suit’s likely harm, but rather at whether the explanation itself is reasonable*>>¹²⁴.

Per ragionare con le “lenti” del giurista continentale, verrebbe da pensare al problema del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità; in ogni caso qui ci pare che il ritorno alla dottrina *Baker* debba comportare l’abbandono di questo approccio marcatamente deferenziale, simile all’affermazione della dottrina soggettiva del movente politico, tornando giocoforza ad accrescere il sindacato delle Corti sulla ragionevolezza della scelta.

6. Nell’ordinamento giuridico tedesco tradizionalmente non si riconosce una generale immunità giurisdizionale all’atto politico, inteso quale categoria giuridica autonoma.

Ciò a causa del più rigoroso rispetto del principio del “dominio” della legge nei rapporti tra amministrazione e cittadino¹²⁵. A tale motivazione di fondo, legata al positivismo liberale dell’epoca di Weimar, va aggiunta la peculiare conformazione del sistema di giustizia amministrativa in Germania, che per tradizione non consente al cittadino di adire il giudice amministrativo se non per la tutela di un diritto soggettivo perfetto. Inoltre, essendo precluso al giudice un sindacato pieno sulla discrezionalità, anche gli atti politici finivano per essere assoggettati ad una insindacabilità solo parziale¹²⁶.

Nell’ordinamento tedesco, comunque, si ammetteva la limitata esistenza di una categoria di atti statali insindacabili nel settore della responsabilità dello Stato per atti o comportamenti di funzionari del servizio diplomatico.

In seguito, peraltro, la dottrina provò a qualificare l’atto politico prescindendo dal metodo formale di enumerazione, cercandosi anche in Germania di argomentare attorno all’antitesi governo-amministrazione, e rimproverandosi alla giustizia amministrativa l’incapacità di cogliere il momento “irrazionale” del potere governativo, che il diritto positivo non riuscirebbe ad afferrare.

¹²³ Cfr. *Developments in Law – Access to courts*, cit., 1200.

¹²⁴ S. KORMAN, *The new deference-based approach to adjudicating political questions in corporate ATS cases: potential pitfalls and workable fixes*, cit., 119.

¹²⁵ Su tale rigorosa applicazione del principio di legalità cfr., fra i tanti, W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1928, 77 ss. Peraltro, è ben noto come tale concezione sia stata riaffermata nell’ordinamento costituzionale del 1949, come più di recente rileva, considerando l’art. 20, comma 3, GG, G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2011, 10.

¹²⁶ H.P. IPSEN, *Politik und Justiz. Das Problem der justizlosen hoheitsakte*, Hamburg, 1937, 53 ss.

C'è quindi chi distingue la competenza governativa da quella amministrativa sulla base della diversa intensità dell' "affezione" politica dei relativi atti¹²⁷, e chi lo fa sulla base di una definizione generale del concetto di "politico"¹²⁸. È importante sottolineare come quest'ultima autorevole dottrina manifesti la lucida consapevolezza che la decisione sul carattere politico della questione rappresenta, essa stessa, una decisione essenzialmente politica¹²⁹; sicché, il riconoscimento di una simile <<competenza (giurisdizionale) della competenza>> significa che il giudice "subentra" all'autore dell'atto o ad un suo superiore gerarchico.

Su una posizione in parte diversa si pone altra dottrina, che come si è visto ha avuto rilevanti riflessi anche in Italia, che ritiene di superare il metodo formalistico dell'enumerazione considerando l'atto di governo come sottospecie dell'atto discrezionale¹³⁰.

Peraltro, anche in Germania, con l'avvento del regime nazionalsocialista, si riscontra quella "torsione" della concezione dell'atto politico propria dei regimi illiberali¹³¹.

Prima di tutto emerge un'originale concezione del potere discrezionale, caratterizzato dal non essere potere libero, ma dipendente dai fondamentali principi della collettività, e dal diritto non scritto che in essa vive¹³². Questa concezione ribalta la teoria della discrezionalità "limitata" di epoca liberale, nel cui ambito essa era considerata controllabile in via giurisdizionale, e implica che il controllo giurisdizionale sia volto a stabilire se l'organo amministrativo, nell'emanare un atto sulla base di una clausola generale, si sia adeguato o meno ai postulati del nazionalsocialismo e della *Volksgemeinschaft*.

Vengono così sottratti ad ogni gravame giurisdizionale gli atti della *Führung*, mentre non si ritiene più ammissibile una giustizia costituzionale, considerata contraria ai principi del *Führerstaat*. Inoltre, vengono esclusi da ogni controllo giurisdizionale gli atti politici, sulla cui definizione concettuale la dottrina continua a non essere concorde.

In ogni caso, la tendenza naturalmente è all'estensione del concetto, là dove, ad esempio, si ritiene che l'atto politico non possa limitarsi alla sola attività degli organi titolari del potere esecutivo, dovendo altresì comprendere l'intera attività funzionale alla realizzazione dei fini della collettività nazionalpopolare, che si manifesta pure negli atti adottati dal partito e da taluni enti pubblici¹³³.

¹²⁷ Cfr. R. SMEND, *Die Politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform. Festgabe für Kahl*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin, 1968, 68 ss.

¹²⁸ Sulle categorie del politico si vedano i classici saggi di C. SCHMITT, *Teoria del partigiano*, trad. it., Milano, 1981; ID., *Le categorie del politico*, trad. it., Bologna, 1998.

¹²⁹ C. SCHMITT, *Fünf Leitsätze für die Rechtspraxis*, 1933, proposizione 2.

¹³⁰ Si tratta, come peraltro si è già detto, di R. LAUN, *Les actes de gouvernement*, cit., 129-132.

¹³¹ Sull'atto politico nello Stato nazionalsocialista v. C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, cit., 178-184.

¹³² Cfr. F. PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici*, Torino, 1940, 316. Su tali aspetti si v. anche, più di recente, M. LA TORRE, *La <<lotta contro il diritto soggettivo>>. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Milano, 1988, *passim*.

¹³³ C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, cit., 181.

Come è noto¹³⁴, a tutto ciò si unisce un'idea di giudice che, specie negli ultimi anni del regime, deve applicare il diritto *vivente*, in armonia con quello che è il *sano sentimento della collettività*. Infatti, nella visione politica del nazionalsocialismo lo Stato – anche se considerato giuridicamente e concretamente come uno “Stato totale” – passa in secondo piano rispetto alla *comunità di popolo*. In questo contesto aumenta la creatività giurisdizionale, si rafforzano i poteri del giudice, e si colpisce la certezza del diritto, oltre a tutte le colonne portanti della giustizia nella classica concezione liberale dello stato di diritto: la divisione dei poteri, l'indipendenza del giudice, la tendenziale immutabilità del giudicato.

Non solo. In questo clima giuridico, le parti che chiedono tutela vengono degradate a mero oggetto del processo: attraverso il largo impiego di clausole generali si finisce per interpretare la legge processuale attraverso i valori dell'ideologia nazionalsocialista, e si affermano teorie (si pensi al “bisogno di tutela giuridica” – *Rechtsschutzbedürfnis* – in tema di interesse ad agire) che funzionalizzano integralmente il processo, comportando un'ineluttabile restrizione, spesso discrezionale, dell'accesso alla tutela¹³⁵.

Peraltro, nel regime nazista si assiste ad una rivalutazione del metodo enumerativo, con particolare riguardo agli atti diretti a realizzare gli scopi della rivoluzione (*Revolutionsakte*), a stabilire un nuovo ordine sociale, e, come detto, agli atti di partito (*Parteiakte*).

Ma in ogni caso, anche nel regime nazionalsocialista, come in seguito nel regime franchista spagnolo, il metodo enumerativo viene accompagnato da altri due criteri, fra loro interconnessi. Da una parte il riordinamento delle competenze giurisdizionali, volto proprio a consentire l'esclusione da ogni controllo giudiziario degli atti ritenuti politici; in secondo luogo, riconoscendo agli organi appartenenti alla stessa funzione da cui promana l'atto la competenza a stabilire, attraverso un particolare procedimento, la politicità o meno dell'atto stesso¹³⁶.

Anche in questo contesto, dunque, sembra riaffacciarsi la teoria del *mobile politique*. Tutto ciò, accanto ad una matura consapevolezza del fatto che già la decisione sul carattere politico della questione rappresenta, essa stessa, una decisione eminentemente politica.

7. Di fronte ai corsi e ricorsi storici sopra succintamente descritti, guardandosi ad alcuni ordinamenti considerati particolarmente emblematici, si pongono talune interessanti invarianti interpretative.

Come da tempo è stato notato, si possono in via di primo approccio legare le varie concezioni di carattere “soggettivo” ai regimi di stampo più o meno spiccatamente autoritario, quelle di carattere “oggettivo” ai regimi liberali¹³⁷.

¹³⁴ Per una chiara sintesi si rinvia a P. BÖHM, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 623 ss.

¹³⁵ Cfr. sul punto M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, spec. 60 ss.

¹³⁶ C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, cit., 182-183.

¹³⁷ Cfr. E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 25, e *passim*. Cfr. anche G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, cit., 158, nota 82.

Anche in Italia, nell'evoluzione della dottrina, abbiamo avuto orientamenti di stampo "soggettivo" ed orientamenti di stampo "oggettivo"¹³⁸.

Tra i primi è ascrivibile non solo l'antica teoria del "movente"¹³⁹, ma anche quella della discrezionalità assoluta¹⁴⁰. Tra i secondi possiamo comprendere la teoria della natura dell'atto, quella della causa oggettiva, elaborata proprio dalla dottrina italiana¹⁴¹, e quella della esecuzione della Costituzione. Anche in Italia, peraltro, ha preso piede in passato l'orientamento "storicista"¹⁴², che nega la possibilità di una soluzione dogmatica del problema, ponendo in luce la connessione tra la nozione di atto politico e le vicende storiche dei vari ordinamenti, cui può essere in qualche modo ricondotta pure la c.d. teoria negativa¹⁴³, che, partendo dalle stesse premesse della teoria empirica, si spinge a conclusioni più radicali, che in genere attengono all'idea che gli atti politici non presentano delle peculiarità intrinseche, ma semplicemente sono atti rispetto ai quali non è possibile il sindacato giurisdizionale, perché mancano in tali ipotesi i presupposti necessari per l'esercizio del sindacato giurisdizionale (legittimazione e interesse a ricorrere, etc.).

Può essere interessante notare come oggi, a fronte di una certa stagnazione dottrinale, il pallino è tornato nelle mani alla giurisprudenza¹⁴⁴ che, da un lato tende a ripetere in modo piuttosto costante quelli che reputa siano i caratteri propri dell'atto politico¹⁴⁵, dall'altro, sulla scorta di tali criteri, sembra implicitamente riproporre l'antica logica della "lista", configurando l'atto politico in quella espressione di relazioni internazionali¹⁴⁶ e nell'atto costituzionale¹⁴⁷.

Peraltro la giurisprudenza, stante la necessità di effettuare una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 31 t.u. Consiglio di Stato (oggi art. 7 c.p.a.) rispetto agli artt. 24 e 113 Cost.¹⁴⁸, sovente impiega il ragionamento tipico delle teorie

¹³⁸ Per una ricognizione dello svolgimento della tematica presso la dottrina italiana v., oltre ad E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 27 ss., e più di recente, V. FANTI, *L'«atto politico» nel governo degli enti locali*, cit., spec. 441 ss.

¹³⁹ Cfr. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, I, Padova, 1914, 63 ss.; U. FORTI, *Diritto amministrativo*, Napoli, 1931, I, 25-26.

¹⁴⁰ Cfr. C.F. FERRARIS, *Diritto amministrativo*, Padova, 1922, I, 238.

¹⁴¹ V. *supra*, nota 47.

¹⁴² V. *supra*, nota 55.

¹⁴³ Cfr. E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 35. Fra i primi sostenitori della teoria negativa v. D. CARUSO-INGHILLERI, *Atto politico e giurisdizione amministrativa*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1915, II, 66 ss., che però successivamente modifica le proprie posizioni (cfr. *Politica, amministrazione e giurisdizione amministrativa*, in *Studi in occasione del Centenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1932, 325 ss.).

¹⁴⁴ Anche a causa dell'imporsi dei principi di effettività e pienezza della tutela, che accrescono l' "indirizzo politico" giurisprudenziale, da leggere in chiave di progressiva restrizione della categoria di atto politico.

¹⁴⁵ Criterio soggettivo, oggettivo, e talora, a mo' di argomento di sostegno, un terzo criterio: quello della "libertà nella scelta dei fini da perseguire". Come vedremo, si tratta di elementi piuttosto aleatori, specie il secondo e il terzo.

¹⁴⁶ In dottrina sul tema cfr. A. ROTTOLA, *Controllo giurisdizionale e atti politici nel diritto dell'Unione Europea e nel diritto interno in materia internazionale*, Bari, 2001.

¹⁴⁷ Cfr. G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, 2001.

¹⁴⁸ Nota come la questione non sia mai stata sottoposta allo scrutinio di costituzionalità, F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit. Non a caso il tema non è trattato nella pur accurata rassegna di M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e «civilizzazione»*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. della Cananea e M. Dugato, Napoli, 2006, 505 ss., né, più di recente, da F.G. SCOCA, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 371 ss. Per un esempio di come la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 31 t.u. Cons. Stato,

negatrici, pur adattandolo all'idea di fondo della distinzione fra funzione di governo e di indirizzo politico ed attività amministrativa.

Non ci pare un caso che quelle che sono probabilmente le due più importanti ed originali trattazioni italiane sul tema¹⁴⁹, considerino in linea di principio valida e teoricamente corretta l'impostazione "storicista"¹⁵⁰ e quella negativa¹⁵¹ (che abbiamo visto in un certo qual modo far parte di un unico ceppo), pur prendendo poi delle strade diverse. Ma il punto è proprio questo: si intraprendono percorsi distinti in quanto diverso è il contesto ordinamentale nel quale i due fini esegeti si trovano ad operare.

Da notare, peraltro, la diversità dell'approccio dell'amministrativista, che tratta il tema sull'asse amministrazione-giurisdizione, effettuando l'interpretazione del combinato disposto degli artt. 26 e 31 t.u. Consiglio di Stato, rispetto a quello del costituzionalista che, invece, sulla scia dell'insegnamento del maestro Paolo Barile, compie un percorso sull'asse governo-amministrazione, e si sofferma, nella parte ricostruttiva, sull'evoluzione della categoria concettuale dell'indirizzo politico.

Chiara conferma di quanto appena asserito ci pare ricavabile dalla considerazione del percorso di Guicciardi, che nell'arco di un decennio affina la propria tesi, perché si è passati da un ordinamento statutario all'ordinamento costituzionale¹⁵². Nella prima elaborazione, che per la sua originalità può ben essere considerata una tesi "a parte" nell'intero panorama europeo, seppure influenzata dalle ricostruzioni tedesche del Laun e francesi del Michoud sulla discrezionalità, per quanto attiene al profilo oggettivo l'atto politico viene considerato appartenente al *genus* degli atti amministrativi discrezionali, per poi distaccarsene nel senso che l'atto (amministrativo) politico è vincolato alla sola norma sulla competenza, mentre per il resto è *necessariamente* legittimo. L'atto politico illegittimo, per violazione di una norma sulla competenza, semplicemente non è un atto politico. In seguito, a causa dell'entrata in vigore della Costituzione, e della portata dirompente dell'art. 113 Cost., si finisce invece per accedere alla tesi negativa, peraltro considerata <<seducente>> già nello studio del 1937¹⁵³.

Ma se è così, pare a chi scrive che l'invariante di fondo, anche considerando dottrina e soprattutto giurisprudenza di altri ordinamenti, resti quella dell' "ultima parola" del giudice sulla fattispecie, tutto sommato anche nel caso della teoria del movente politico, secondo una linea di progressiva evoluzione – seppure non sempre univoca e a volta fatta di brusche frenate, se non di marce indietro – che ha visto, con

effettuata dal Tar remittente, e volta nel caso di specie – attraverso un'interpretazione restrittiva basata sul principio di indefettibilità della tutela giurisdizionale – ad escludere dal novero degli atti politici i provvedimenti di scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni mafiose, sia stata giudicata "plausibile" dalla Consulta, v. Corte cost., 19 marzo 1993, n. 103, in www.cortecostituzionale.it. D'altra parte oggi bisogna dar conto della recente importante sentenza n. 81/2012, sulla quale v. *infra*.

¹⁴⁹ Si tratta dei già più volte considerati lavori di E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit. e di E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit.

¹⁵⁰ E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 39.

¹⁵¹ E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 282.

¹⁵² Il secondo saggio cui si fa riferimento nel testo è E. GUICCIARDI, *Aboliamo l'art. 31?*, cit.

¹⁵³ Sull'avvicinamento fra tesi positive, che progressivamente riducono il margine di ampiezza dell'atto politico, e tesi negative, cfr. V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, 65.

l'affermarsi del principio di legalità prima, e dell'effettività e pienezza della tutela giurisdizionale poi, una crescente centralità del ruolo della giurisprudenza nell'individuazione dell'atto politico.

Tutto ciò, naturalmente, non esclude la rilevanza dell'apporto del costituzionalista, ma impone la necessità di collocare all'interno di questo quadro composito, in mano al giudice, un ulteriore fattore, sempre più rilevante, quale quello del carattere dell'atto politico, nell'ottica della non agevole configurazione autonoma di atti del Governo *per natura* distinti dell'atto amministrativo.

E' su questo crinale che probabilmente oggi si incontrano le più forti difficoltà teoriche, e le risposte tendono a diversificarsi. Nella giurisprudenza sovente sembra che la distinzione *qualitativa* fra atti sia data per acquisita (specie nell'elemento oggettivo e in quello dell'atto politico come atto "libero" nei fini), ed è su di essa che si imposta molto spesso la teoria negatrice, volta a sostenere retoricamente l'esegesi costituzionalmente orientata; maggiori dubbi, invece, traspasano in dottrina, peraltro non solo fra gli amministrativisti, di fronte alla portata del principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, che di fatto ha imposto, in un sistema di Costituzione rigida, addirittura la sindacabilità della legge¹⁵⁴.

In ogni caso, l'indagine sinora svolta con riguardo alla giurisprudenza straniera sembra confermare la centralità della "politica" giurisprudenziale nella "costruzione" della categoria dell'atto politico¹⁵⁵. La figura del giudice, pertanto, appare come una costante del sistema, in un assetto evolutivo che vede la problematica iniziare a porsi, con la crisi dello Stato assolutistico, nel quadro del delicato rapporto fra Parlamento e Governo, per poi dislocarsi, nello Stato sociale di diritto novecentesco, all'interno di una nuova dialettica, fra Governo e Amministrazione.

La centralità della "politica" giurisprudenziale in questo campo può notarsi, peraltro, nei corsi e ricorsi della teoria del movente, che a volte, in un dato contesto istituzionale, pare rinascere dalle proprie ceneri, per poi magari essere di nuovo accantonata.

Si è detto della peculiarità della sua origine nella Francia della restaurazione. Ma si pensi al recupero di tale tesi nella giurisprudenza del Tribunal Supremo dell'epoca franchista, almeno fino agli anni '60, ovvero nella Germania nazionalsocialista. Si consideri, inoltre, quanto detto circa la giurisprudenza statunitense più recente in

¹⁵⁴ Cfr. le recenti posizioni critiche di F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, cit.; F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, cit.; F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit. Peraltro, che la legge sia atto libero nel fine solo nel caso in cui non esistano principi costituzionali che invece vincolino il fine che il legislatore può perseguire, è ammesso, come è noto, anche da chi ha particolarmente accentuato il profilo di "atto politico" della legge. Cfr. E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 188 ss.; F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, ora anche in *Id.*, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, 74. Nella dottrina spagnola tali diversificate posizioni emergono in modo se possibile più accentuato. Si v. i distinti approcci di N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., da una parte, e di E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, I, cit., dall'altra.

¹⁵⁵ Cfr., ad. es., G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Atto politico e atto di governo*, cit., 3, il quale parla di <<consistentissimo potere del giudice italiano>> che <<non è sicuramente inferiore a quello che si riscontra in altri sistemi dei quali così spesso la dottrina sottolinea la diversità>>. Sul fatto che tanto in Francia quanto in Italia il Consiglio di Stato è stato, sin dalle origini, "sovrano" nel decidere sulla politicità dell'atto, e ciò ha rappresentato un aumento di garanzie per i diritti dei privati, v. pure J.L. CARRO Y FERNANDEZ-VALMAYOR, *La doctrina del acto político (Especial referencia al Derecho italiano)*, cit., 85.

materia di *political question*, dove, nonostante il duro scontro fra esecutivo e giudiziario abbia portato ad un tendenziale superamento della teoria enumerativa (*Baker*), e ad un'accresciuta *deference* rispetto alle *letters* o agli *statements* del Dipartimento di Stato, permane un ampio margine di manovra in capo alle corti, almeno nei voti della più consapevole dottrina.

Si pensi, infine, alla vicenda italiana, dove la giurisprudenza del Consiglio di Stato sull'atto politico nel periodo fascista, che all'epoca rompe definitivamente con la teoria del movente, è forse l'esempio più significativo della mantenuta neutralità e indipendenza del Consiglio di Stato rispetto al Governo autoritario dell'epoca¹⁵⁶, mentre la Cassazione, forse non a caso, ancora sembrava incerta sulla categoria, e nel 1927 emetteva una decisione, impostata proprio sulla teoria del movente, molto criticata dalla coeva dottrina¹⁵⁷.

Guardando anche agli altri Paesi dove il sistema dualistico non si è affermato, verrebbe quindi da ritenere che il giudice speciale, paradossalmente in quanto (da un punto di vista strutturale) meno indipendente, ha assunto sul tema una *sua* innovativa politica giurisprudenziale¹⁵⁸, spesso più in linea con le istanze di tutela del cittadino¹⁵⁹.

D'altra parte, la rilevanza della "politica" giurisdizionale in questa materia pare oggi destinata a crescere, da un lato per l'impatto decisivo del principio di effettività e pienezza della tutela, che porta le corti a privilegiare le impostazioni negatrici, effettuando in questa chiave l'esegesi costituzionalmente orientata¹⁶⁰, dall'altro per la

¹⁵⁶ Sul tema cfr. G. PASQUINI-A. SANDULLI, *Introduzione*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di G. Pasquini e A. Sandulli, Milano, 2001, 15; F. PATRONI GRIFFI, *Il Consiglio di Stato ed il regime fascista*, *ivi*, 176 ss.; V. CAIANIELLO, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, in AA.VV., *Cento anni di giurisdizione amministrativa*, Atti del Convegno celebrativo per il centenario dell'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, Napoli, 1996, spec. 249 ss.; L. MAZZAROLI, *La protezione del cittadino* (relazione al Convegno "Il Consiglio di Stato durante la presidenza di Santi Romano", Roma, 6 febbraio 2003), in www.giustizia-amministrativa.it; G. MELIS, *Il Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano* (relazione al Convegno "Il Consiglio di Stato durante la presidenza di Santi Romano", Roma, 6 febbraio 2003), in www.giustizia-amministrativa.it; ID., *Il Consiglio di Stato nel ventennio fascista. Prime note*, in *Ordine giuridico e ordine politico*, a cura di P. Carta e F. Cortese, Padova, 2008, 27 ss. Da ultimo v. anche G. MORBIDELLI, *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 763 ss., con espresso richiamo al caso Torlonia e con molteplici interessanti considerazioni sulla funzione (dall'Autore definita) "normogenetica" e "principio-filattica" della giurisprudenza amministrativa.

¹⁵⁷ Cass. civ., Sez. un., 27 gennaio 1927, con note di N. COCO, *L'atto del potere politico negli odierni atteggiamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1927, I, 277 ss.; A.C. JEMOLO, *La Cassazione e l'atto amministrativo emesso dal Governo nell'esercizio del potere politico*, *ivi*, 391 ss.; M. SIOTTO-PINTOR, *Intorno al concetto del potere politico*, in *Foro it.*, 1927, I, 1073 ss.; B. LIUZZI, *Sulla nozione di atti di governo*, in *Foro amm.*, 1927, IV, 51 ss.

¹⁵⁸ Su tale paradosso, in generale, cfr. S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, *cit.*, 424; sul tema specifico, invece, A. DE VALLES, *Sulla teoria degli <<atti politici>>*, *cit.*, 13.

¹⁵⁹ Sul tema v. oggi gli studi di M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008; ID., *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 143 ss.; ID., *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 463 ss.

¹⁶⁰ L'idea di fondo di tale approccio è che la Costituzione è non solo preminente, ma anche immanente nell'ordinamento. Ciò implica che la regola è la limitazione dell'azione dei poteri pubblici per la realizzazione dei principi posti nella Prima parte della Costituzione (in coerenza con la tesi della sovranità dei valori) e che l'eccezione... semplicemente non c'è. Se ci fosse i valori (per come tradotti in principi costituzionali) non sarebbero davvero sovrani. Questo non significa che essi non siano bilanciabili – tenendo fermo che la "bilancia" è la dignità della persona – ma significa che la formula "primato della politica" non trova più cittadinanza nel nostro ordinamento. Per tale impostazione cfr. G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, *passim*.

perdita intrinseca del valore categoriale dell'atto politico, in un contesto di generale dequotazione della sovranità degli ordinamenti statali, che ha comportato, e comporta sempre di più, come oggi è sotto gli occhi di tutti in materia di politica economica, che la cura di interessi vitali della collettività sia in misura crescente affidata ad istanze sovranazionali, sovente tecniche o "depoliticizzate"¹⁶¹.

8. Esiste oggi nella nostra casistica giurisprudenziale la categoria dell'atto politico? Vi sono dei persistenti contrasti da evidenziare? Guardando alle più recenti ricognizioni sul tema è possibile dare una risposta affermativa ad entrambe le domande¹⁶². L'atto politico, come è stato correttamente notato, appare quindi una <<categoria persistente>>¹⁶³, almeno nella giurisprudenza, anche in quella più insospettabile¹⁶⁴.

Nella nostra giurisprudenza l'atto politico viene individuato quando si ha la compresenza di due requisiti, uno soggettivo e uno oggettivo.

Sotto il primo aspetto, deve trattarsi di <<atto emanato dal governo, e cioè dall'autorità cui compete, altresì, la funzione d'indirizzo politico e di direzione al massimo livello della cosa pubblica>>; sotto il profilo oggettivo <<deve trattarsi d'un atto o d'un provvedimento emanato nell'esercizio di un potere politico, anziché nell'esercizio di un'attività meramente amministrativa>>¹⁶⁵, e <<deve riguardare la costituzione, la salvaguardia o il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione>>¹⁶⁶. Talora si aggiunge pure che <<gli atti politici costituiscono espressione della libertà politica commessa dalla Costituzione ai supremi organi decisionali dello Stato per la soddisfazione di esigenze unitarie ed indivisibili a questo inerenti e sono liberi nella scelta dei fini, mentre gli atti amministrativi, anche quando sono espressione di ampia discrezionalità, sono comunque legati ai fini posti dalla legge>>¹⁶⁷.

Di contro <<l'atto di alta amministrazione, di regola adottato dall'organo politico, è il primo momento attuativo, anche se per linee generali, dell'indirizzo politico a livello amministrativo. A differenza dell'atto politico, esso esprime una

¹⁶¹ Cfr. A. ROMANO TASSONE, <<Atto politico>> e interesse pubblico, cit., 315.

¹⁶² Fra coloro che, invece, hanno messo in luce la mancanza di decisioni giurisprudenziali che hanno affermato la sussistenza dell'atto politico vi è, come è noto, E. GUICCIARDI, *Aboliamo l'art. 31?*, cit., il quale richiamava, come esempio di caso eccezionale la sentenza Cons. St., sez. IV, 28 dicembre 1926, n. 781. Tale rilievo è più di recente confermato da G. GARRONE, *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I, Torino, 1987, che invece si riferisce al periodo repubblicano. Ancor più di recente V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti <<politici>> e atti <<di alta amministrazione>>*, cit., 118, afferma perentoriamente l'assenza in giurisprudenza dell'affermazione del carattere politico dell'atto, pur ammettendo che <<in qualche rarissimo caso... si trova un riscontro della categoria>>.

¹⁶³ F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit.

¹⁶⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 dicembre 2006, n. 1398, *Markovic c. Italia*, in *Riv. dir. int.*, 2007, 184.

¹⁶⁵ Cfr. Cons. St., sez. V, 6 ottobre 2009, n. 6094, in *Foro amm.-CdS*, 2009, 2320; Cons. St., sez. V, 6 maggio, 2011, n. 2718, in *Foro amm.-CdS*, 2011, 1531.

¹⁶⁶ Cfr. Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1397, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Veneto, sez. III, 25 maggio 2002, n. 2393, in *Foro amm.-Tar*, 2002, 1549.

¹⁶⁷ Cfr. Cons. St., sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502, in *Foro amm.-CdS*, 2011, 2439; Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2007, n. 209, in *Foro amm.-CdS*, 2007, 131. In dottrina, per una recente riproposizione della tesi dell'atto politico come atto libero nel fine, v. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 240, nota 21.

potestas vincolata nel fine e soggetta al principio di legalità. Gli atti di alta amministrazione sono una species del più ampio genus degli atti amministrativi e soggiacciono pertanto al relativo regime giuridico, ivi compreso il sindacato giurisdizionale, sia pure con talune peculiarità connesse alla natura spiccatamente discrezionale degli stessi. Infatti, il controllo del giudice non è della stessa ampiezza di quello esercitato in relazione ad un qualsiasi atto amministrativo, ma si appalesa meno intenso e circoscritto alla rilevazione di manifeste illogicità formali e procedurali>>¹⁶⁸.

Come preconizzato in passato¹⁶⁹, all'estensione della categoria degli atti di alta amministrazione, corrisponde un decremento dell'atto politico.

Ed oggi, anche sul piano dogmatico, tale categoria sembra appunto ampliarsi, al di là di quanto intuito nel lavoro seminale sul tema. Non più semplicemente atti amministrativi ascrivibili all'indirizzo politico amministrativo (direttive, atti generali, atti di programmazione, etc.), in cui è prevista la partecipazione, spesso a livello informale, dei soggetti sociali portatori degli interessi coinvolti¹⁷⁰, ma anche atti puntuali, ascrivibili alla direzione politica dell'amministrazione, in ordine alla gestione di rapporti d'ufficio (incarichi, nomine, rimozioni, etc.), ovvero nei quali l'indirizzo politico si esprime direttamente, senza l'anteriore mediazione rappresentata dagli atti di indirizzo¹⁷¹. Si tratta di atti individuati sulla scorta di due criteri: l'essere atti di indirizzo politico amministrativo, e l'essere caratterizzati da una causa o un motivo di carattere politico che ne dilata la discrezionalità e li rende sindacabili sotto profili di stretta legittimità (incompetenza, violazione di legge, illogicità).

9. Argomentando sulla scorta delle premesse di cui sopra, la giurisprudenza ha quindi già da tempo escluso la "politicalità" di un atto nei seguenti casi¹⁷²: la nomina ad avvocato generale dello Stato di persona estranea all'amministrazione; le deliberazioni della Cassa per il Mezzogiorno di diniego di concessione di contributi sugli interessi per finanziamenti industriali; lo scioglimento di associazioni politiche e la confisca dei loro beni; gli atti della Commissione statale di controllo sulle Regioni; la nomina dei membri del CNEL; il provvedimento col quale un ufficiale dei carabinieri in servizio presso il Sismi è stato restituito all'amministrazione di appartenenza; lo scioglimento dei consigli comunali e la rimozione del sindaco.

Più di recente, ritenendo che si tratti di atti di "alta amministrazione", si è escluso il carattere politico del decreto col quale il Ministro della giustizia concede l'extradizione¹⁷³; del decreto del Ministro dell'interno col quale si dispone "per motivi

¹⁶⁸ Cons. St., sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502, cit.

¹⁶⁹ Cfr. G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, cit., 174 ss.

¹⁷⁰ G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, cit., 315.

¹⁷¹ V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti <<politici>> e atti <<di alta amministrazione>>*, cit., 132-133.

¹⁷² Casistica ripresa dallo studio di G. GARRONE, *Atto politico (disciplina amministrativa)*, cit., 549, cui si rinvia per gli estremi della giurisprudenza richiamata.

¹⁷³ Cfr. Cons. St., sez. IV, 15 giugno 2007, n. 3286, in *Foro amm.-CdS*, 2007, 1792; Cons. St., sez. IV, 6 aprile 2000, n. 1996, in *Foro amm.*, 2000, 1227. *Contra*, Tar Puglia, Bari, sez. I, 20 dicembre 1990, n. 970, in www.giustizia-amministrativa.it.

di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato” l’espulsione dello straniero ai sensi dell’art. 13 d.lgs. n. 286/1998¹⁷⁴; del decreto di scioglimento dei Consigli comunali e provinciali per “collegamenti diretti o indiretti degli amministratori con la criminalità organizzata” ex art. 143 t.u.e.l.¹⁷⁵; della determinazione con la quale il Ministero delle comunicazioni ha negato l’autorizzazione alla cessione, da parte della Rai, di azioni di una società controllata (Railway)¹⁷⁶.

Qualche anno fa hanno fatto molto discutere due sentenze del Tar Lazio che hanno annullato rispettivamente il provvedimento di revoca di un membro del C.d.A. della Rai e il decreto presidenziale di rimozione dalla carica di Comandante generale della guardia di finanza¹⁷⁷. Sennonché queste ultime fattispecie, seppure rilevanti sul piano mediatico, invero si inseriscono nel filone piuttosto consolidato secondo cui gli atti preordinati alla provvista di personale dello Stato ai massimi livelli sono atti di alta amministrazione e non atti politici¹⁷⁸.

Vi sono poi ulteriori fattispecie meno pacifiche, rispetto alle quali, seppure nell’alveo di una linea di tendenza restrittiva, sussistono margini di opinabilità, e dunque aumentano gli spazi di “politica” giurisprudenziale del giudice amministrativo.

Fra le questioni che hanno riportato la discussa categoria dell’atto politico al centro del dibattito vi è quella relativa alla configurabilità dell’atto politico di Regioni o enti locali, alla luce della riforma del Titolo V Cost. e del sistema elettorale, con

¹⁷⁴ Cfr. Cons. St., sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 88, in *Foro amm.-CdS*, 2006, 198.

¹⁷⁵ Cfr. Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2007, n. 665, in *Foro amm.-CdS*, 2007, 612.

¹⁷⁶ Cfr. Tar Lazio, sez. II, 12 marzo 2002, n. 1897, in *Foro it.*, 2002, III, 636 ss., con nota di G. TROPEA, *Affare Railway: nel giudizio <<sul rapporto>> i preminenti interessi nazionali prevalgono sulla privatizzazione del mercato radiotelevisivo*.

¹⁷⁷ Si tratta dei noti casi “Petroni” e “Speciale”: Tar Lazio, sez. III, 8 novembre 2007, n. 11271, in *Giust. civ.*, 2008, 509, con note di T. KLITSCH DE LA GRANGE, *L’atto politico (e il <<politico>>)* e di P. STELLA RICHTER, *Postilla sulla stessa nozione di atto amministrativo*, e Tar Lazio, sez. II, 15 dicembre 2007, n. 13361, in *Foro amm.-Tar*, 2007, 3787, con nota di P. SANDRO, *“Quer pasticciaccio brutto de via XX Settembre”: il Tar annulla la sostituzione del Comandante generale della Guardia di finanza*.

¹⁷⁸ Cfr. F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit.; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti <<politici>> e atti <<di alta amministrazione>>*, cit., 125-126. Qualche dubbio sulla sindacabilità di tali atti è invece espresso da C. CARUSO, *I casi “Speciale”, “Petroni”, “Sgarbi”: sindacabilità dell’atto politico?*, in *Quad. cost.*, 2009, 384. Nello specifico del caso della revoca del consigliere d’amministrazione della Rai, esprime perplessità sul merito della sentenza del Tar, con riguardo alla non configurabilità nel caso oggetto d’esame di un atto politico, P. SANDRO, *<<Democrazia dell’alternanza>> e atto politico: il Tar annulla la revoca del consigliere Petroni*, in *Foro amm.-Tar*, 2007, 3134 ss. Condividono, invece, la decisione del giudice amministrativo, L. VIOLINI, *Note sul <<caso Petroni>>: ovvero se sia ancora necessario garantire l’imparzialità del servizio pubblico radiotelevisivo e come la si debba garantire*, in *Quad. cost.*, 2008, 375 ss., e G. FARES, *L’apertura del mercato radiotelevisivo*, Torino, 2008, 103. Si consideri, peraltro, che tale vicenda ha dato luogo anche ad una sentenza della Corte cost., 13 maggio 2009, n. 69, in *Foro amm.-CdS*, 2009, 623, sul conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato promosso dalla Commissione parlamentare per l’indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi contro il Ministero dell’economia e il Presidente del Consiglio, relativo al potere di revoca di un consigliere d’amministrazione di nomina governativa. La Corte, sul presupposto della centralità della rappresentanza parlamentare in tale settore (sussistente, come noto, sin dalla legge n. 103 del 1975), a garanzia dell’indipendenza esclude che possa esservi una perfetta simmetria tra potere di nomina e potere di revoca, dichiarando quindi che non spetta al Ministro revocare un amministratore della Rai, in assenza di previa e conforme deliberazione della Commissione parlamentare di vigilanza, e annulla conseguentemente gli atti connessi e conseguenti alla decisione di revoca. Ricondotto il potere di revoca di tutti i consiglieri al Parlamento, restano le perplessità di ordine costituzionale sulla norma che attribuisce al Governo il potere di nominare in Consiglio una persona di sua esclusiva fiducia, senza intervento alcuno della Commissione.

l'elezione a suffragio universale e diretto del Sindaco e del Presidente della Provincia.

Ciò è accaduto in quanto, seppure l'art. 31 t.u. Consiglio di Stato, e oggi l'art. 7 c.p.a., si riferiscono agli atti imputabili al "Governo" in senso stretto, una certa giurisprudenza¹⁷⁹ ha ritenuto che il requisito "soggettivo" dell'atto politico vada più genericamente individuato nell'esigenza che l'atto provenga da un'autorità che esercita la funzione di indirizzo politico e di direzione al massimo livello dei pubblici poteri, ammettendo la possibilità, invero sinora più teorica che concreta, che esistano atti politici adottati da organi statuali diversi dal Governo.

Orbene, la giurisprudenza ha riconosciuto in astratto che atto politico possa essere il voto di sfiducia al Presidente della Giunta regionale¹⁸⁰.

Più delicata appare la dibattuta questione della nomina o revoca dell'assessore comunale o provinciale. Secondo una sentenza del Tar Liguria¹⁸¹, nell'attuale contesto istituzionale anche gli atti di nomina e i connessi provvedimenti di revoca dei componenti della Giunta assumerebbero una natura prevalentemente politica, in quanto emessi nelle funzioni di indirizzo politico. Ma il Consiglio di Stato¹⁸² ha escluso la politicità dell'atto con cui il Sindaco revoca un assessore comunale, con il rilievo che la determinazione degli organi di governo dei Comuni, con le connesse sfere di competenza, è regolata dalla legge statale e che tali organi <<non sono di rilievo costituzionale>>.

Secondo alcuni interpreti in tali ipotesi, pur non configurandosi effettivamente un atto politico, l'insindacabilità di tali atti deriva dal fatto che in ogni caso si tratta di una scelta che coinvolge il c.d. merito amministrativo, insindacabile nell'ambito del giudizio di legittimità, quanto meno attraverso un controllo di tipo "forte", caratterizzato dalla possibilità di sostituzione della valutazione del giudice in ordine alla scelta effettuata dall'amministrazione¹⁸³. In ogni caso, mentre quest'ultima tesi insiste sul rapporto giurisdizione-amministrazione, c'è da notare come il giudice amministrativo, attraverso un'argomentazione invece più improntata sull'assetto istituzionale, si trovi a disporre di rilevanti margini di "politica" giurisprudenziale sul punto, che attengono al delicatissimo tema dell'assetto dello Stato¹⁸⁴, e che evidentemente sono destinati in potenza a mutare col mutare di questo.

¹⁷⁹ Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 30 settembre 2009, n. 9460, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁸⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. un., 18 maggio 2006, n. 11623, in *Foro amm.-CdS*, 2006, 2462. Sulla possibile eterogeneità della mozione di sfiducia rivolta al Presidente della Regione rispetto agli atti adottati da quest'ultimo v. *infra*, nota 197. Sulla teorica configurabilità dell'atto politico per quanto riguarda le Regioni v. V. CINGANO, *Riflessi della riforma costituzionale del 2001 sulla possibilità per le Regioni e gli Enti locali di emanare atti politici: evoluzione giurisprudenziale*, cit., 839. Ma sul punto v. già E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 169-172. Più di recente v. pure M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, cit., 285 ss., la quale ritiene che con riguardo agli enti locali non è corretto usare l'espressione "indirizzo politico", poiché essi, a differenza di Stato e Regioni, non possono adottare atti politici ma solo atti di alta e ordinaria amministrazione.

¹⁸¹ Sez. I, 7 dicembre 2004, n. 1600, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁸² Sez. V, 23 gennaio 2007, n. 209, in *Foro amm.-CdS*, 2007, 131.

¹⁸³ V. FANTI, *L'«atto politico» nel governo degli enti locali*, cit., 518-519.

¹⁸⁴ Che ciò sia un aspetto essenziale della politica giurisprudenziale delle corti è stato efficacemente messo in luce, da tempo, da S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, cit., 439, seppure con specifico riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale.

Quanto agli atti delle Regioni, come detto in linea teorica rientranti nella nozione di atto politico, può essere interessante notare come la progressiva “giuridificazione” di una fattispecie possa portare a un mutamento di giurisprudenza sul punto.

La dottrina, anche recente¹⁸⁵, annovera la nomina delle Giunte regionali fra gli atti costituzionali¹⁸⁶. Sennonché si è ritenuto che <<all’atto di nomina di un assessore regionale non può certo riconoscersi natura di atto politico, da un lato, infatti, non è libero nella scelta dei fini, essendo sostanzialmente rivolto al miglioramento della compagine di ausilio del Presidente della Regione nell’amministrazione della Regione stessa, e dall’altro è sottoposto a criteri strettamente giuridici come quello citato dall’art. 46, comma 3, dello Statuto campano con riguardo al rispetto dell’equilibrata composizione dei due sessi>>¹⁸⁷.

Anche in questo caso, peraltro, la questione della legittimazione e dell’interesse a ricorrere ha avuto un particolare rilievo nella risoluzione della vicenda. Prima di trattare il profilo della nomina ad assessore della Giunta, il giudice si è infatti posto il problema della sussistenza delle condizioni dell’azione. E nel caso di specie ne ha riscontrato la presenza attraverso un serie di “indici”, quali la precettività delle norme statutarie in tema di presenza femminile, la necessità di tutelare un diritto fondamentale, avente rilievo costituzionale, l’evoluzione in senso ampliativo della

¹⁸⁵ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti <<politici>> e atti <<di alta amministrazione>>*, cit., 120

¹⁸⁶ Fra questi, si pensi alla nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica, provvedimento qualificato in giurisprudenza come “atto tipicamente presidenziale” e non amministrativo: v. Cass. civ., Sez. un., 25 giugno 1993, n. 7075, in *Giust. civ.*, 1993, 2636. Certamente non rivestono il carattere di atti politici, ma al più di atti a contenuto politico-amministrativo, gli atti di nomina, designazione e revoca dei rappresentanti del comune e della provincia presso enti, aziende ed istituzioni, effettuati dal sindaco o dal presidente della provincia, sulla base degli indirizzi stabiliti dal consiglio, ai sensi dell’art. 50 t.u.e.l. Sul punto cfr. F. TRIMARCHI, *In tema di rapporti tra politica e amministrazione: la nomina dei rappresentanti del comune e della provincia presso enti, aziende ed istituzioni, alla luce di un recente orientamento del Consiglio di Stato*, nota a Cons. St., sez. V, 29 ottobre 2009, n. 6691, in *Foro amm.-CdS*, 2010, 627 ss.

¹⁸⁷ Cons. St., sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502, in *Foro amm.-CdS*, 2011, 2439. Per dovere di completezza bisogna osservare come la vicenda delle nomine assessorili nel rispetto del principio di pari opportunità non sembra chiusa, nonostante le autorevoli prese di posizione del Consiglio di Stato e della Corte costituzionale di cui si sta dando conto. Bisogna infatti segnalare un coevo parere del Consiglio di Stato (Sez. I, n. 1306/2012 del 16 marzo 2012, in www.giustizia-amministrativa.it), reso su ricorso straordinario di un’aspirante componente di una giunta provinciale, secondo cui se la norma dello Statuto non indica con esattezza quanti componenti di un sesso debbano essere presenti nella giunta, ma si limita a formulare il principio della parità di genere e della equilibrata presenza di uomini e donne nella formazione degli organi e degli uffici, non è possibile che l’interprete si sostituisca alla sede normativa e determini egli stesso il numero minimo di componenti di ciascun sesso. Seguendo tale logica anche nel caso di cui si sta parlando, in cui lo Statuto non impone un numero minimo di assessori donna, e in cui vi era la presenza di almeno un assessore donna, il giudice non avrebbe potuto accogliere il ricorso. Sennonché, ancor più di recente il Consiglio di Stato ha confermato la precedente sentenza n. 4502/2011, richiamando a sostegno delle proprie argomentazioni la sentenza n. 81/2012 della Corte costituzionale. Si tratta di Cons. St., sez. V, 21 giugno 2012, n. 3670, in www.giustizia-amministrativa.it. Il Consiglio di Stato, in particolare, ha riformato la sentenza del Tar Lombardia, sez. I, 4 febbraio 2011, n. 354, che aveva dichiarato infondato il ricorso per l’annullamento della delibera della Giunta regionale della Lombardia, sollevato per presunto contrasto con il principio dell’equilibrio dei sessi nella rappresentanza politica contenuto nello Statuto. Il Tar aveva considerato il principio di natura non precettiva, ritenendo conforme allo Statuto la presenza nell’organo di un solo componente donna. Per il Consiglio di Stato la disposizione statutaria, invece, <<impone alla Regione una specifica “azione positiva per obiettivo legale”, intesa come misura volta al perseguimento di uno specifico risultato (nel caso di “riequilibrio”) conformato ad un interesse considerato dalla legge nonché da fonti superiori di cui essa risulti espressione attuativa (nella specie: uguaglianza, o sostanziale approssimazione ad essa, di uomini e donne nelle posizioni di Governo regionale)>>. Sulla questione relativa alla natura di atto politico non impugnabile della nomina degli assessori, il Consiglio di Stato si limita a richiamare adesivamente l’innovativa impostazione della Corte costituzionale.

legittimazione, argomentando anche attraverso richiami al principio di sussidiarietà orizzontale ed alla c.d. cittadinanza societaria. D'altra parte, si è ritenuto che la ricorrente in tal caso non fosse portatrice dell'interesse diffuso dei cittadini di sesso femminile (come avrebbero potuto esserlo talune associazioni), legittimandosi all'azione solo in qualità di possibile aspirante all'incarico ed a tutela del proprio interesse personale a poter concorrere alla nomina ad assessore regionale in quota femminile¹⁸⁸.

La vicenda ha avuto una recente appendice dinanzi alla Corte Costituzionale, che finalmente ha avuto modo di pronunciarsi sul tema dell'atto politico, seppure non esaminando direttamente la costituzionalità dell'art. 7, co. 1, c.p.a.

La Regione Campania, infatti, ha sollevato conflitto di attribuzione tra enti nei confronti di tale decisione del Consiglio di Stato, contestando la sentenza del giudice amministrativo, in quanto l'atto di nomina degli assessori da parte del Presidente della Giunta regionale sarebbe atto politico, insindacabile ai sensi dell'art. 7 c.p.a., poiché caratterizzato dall'*intuitus personae*, e peraltro l'art. 51 e 117, co. 7, Cost., nonché l'art. 46, co. 3, dello Statuto regionale, qualificati come programmatici, non altererebbero la natura politica dell'atto in questione. Ad avviso della Consulta¹⁸⁹, il

¹⁸⁸ Non è questa la sede per considerare *funditus* quest'altro dibattuto aspetto, sul quale in passato ci si è (anche in parte criticamente) soffermati, trattandosi il tema dell'interesse c.d. strumentale a ricorrere (per indicazioni bibliografiche v. *infra*, nota 209). Qui può essere sufficiente osservare come il giudice amministrativo sia perfettamente consapevole del carattere pretorio e fortemente creativo della sua esegesi. Due brevi chiose comunque si impongono. Da un lato, come vedremo, tale atteggiamento di apertura rispetto alla legittimazione non è sempre presente, come vedremo *infra* nella vicenda relativa al d.P.R. di indizione del referendum abrogativo. D'altra parte tale apertura potrebbe portare, per coerenza, ad una ancor più discutibile ammissione della legittimazione anche nei confronti di altri provvedimenti di nomina, come quello dei ministri, ove vi siano simili vincoli costituzionali e legislativi. Ma probabilmente in questo caso l'atto tornerebbe ad essere configurato come politico, e difficilmente ne verrebbe affermata la sindacabilità, pur a fronte di norme precettive e di "elementi regolati" (allo stesso modo di quanto è avvenuto in Spagna, in relazione ai casi riguardanti poteri costituzionali).

¹⁸⁹ Sentenza 5 aprile 2012, n. 81, in www.cortecostituzionale.it. Sulla questione, prima della sentenza della Corte, cfr. C. SALAZAR, *Norme statutarie in materia di pari opportunità e il conflitto tra Stato e Regioni*, in *Quad. cost.*, 2012, 118 ss., la quale si sofferma soprattutto sulla giuridicità dell'art. 46, co. 3, dello Statuto della Campania in materia di pari opportunità, e la afferma poiché tale norma si trova nella *sedes* relativa alla forma di governo e rientra, pertanto, nel contenuto necessario dello Statuto; peraltro, i principi in materia di pari opportunità sarebbero comunque vincolanti, quale che sia la *sedes* statutaria nella quale si trovano, perché esprimono principi di organizzazione e funzionamento (come tali, facenti parte del contenuto necessario ex art. 123 Cost.). Sicché, secondo l'Autrice, alla luce di tale configurazione l'obiezione regionale fondata sull'asserita qualificazione delle nomine assessorili alla stregua di atti politici perde consistenza, in quanto a seguire tale tesi la violazione delle (come detto *precettive*) norme statutarie sulle pari opportunità tra i sessi resterebbe concretamente priva di sanzione. La Corte segue fino a un certo punto tale argomentazione, poiché non si interessa tanto di approfondire la natura della norma statutaria, e si sofferma, invece, sull'idea della sindacabilità dell'atto politico nel caso in cui il legislatore predetermini canoni di legalità. Per un primo commento alla sentenza della Corte costituzionale v.: F. COVINO, *La natura prescrittiva del principio del riequilibrio dei sessi nella rappresentanza politica*, in www.rivistaaic.it; M.G. RODOMONTE, *Equilibrio di genere, atti politici e stato di diritto nella recente sentenza n. 81 del 2012 sulla equilibrata presenza di donne e di uomini nella Giunta della Regione Campania*, in www.federalismi.it. Si tratta di commenti che ripercorrono analiticamente l'evoluzione della giurisprudenza amministrativa e costituzionale sul punto (e ai quali si può utilmente rinviare), e che si soffermano soprattutto sul carattere precettivo delle disposizioni statutarie, limitandosi a dar conto della innovativa posizione della Corte in tema di atto politico. D'altra parte, nel commento della RODOMONTE si rileva come la Corte non sembri particolarmente interessata a collocare il decreto presidenziale di nomina nella categoria dell'atto amministrativo o dell'atto politico, quanto piuttosto ad affermare la prevalenza del "giuridico" sul "politico". L'Autrice prospetta, infine, un profilo di criticità di cui non si potrà non tener conto. Si chiede, cioè, se la ricostruzione della Corte non apra le porte alla possibilità che anche altri atti, tradizionalmente considerati politici, come la nomina dei Ministri, siano anch'essi tenuti al rispetto di vincoli costituzionali ed eventualmente legislativi (peraltro allo stato sussistenti), e che quindi nei limiti del rispetto di questi vincoli possano essere sindacabili "nelle sede appropriate". E, naturalmente, per "sede appropriata" dovrebbe a questo punto intendersi il giudice amministrativo (al netto del problema della legittimazione sul

ricorso è inammissibile, in quanto la Regione Campania ha impropriamente utilizzato lo strumento del conflitto di attribuzioni per censurare errori in giudicando, mentre avrebbe dovuto far valere la sua tesi dell'insindacabilità dell'atto politico attraverso ricorso in Cassazione per (presunto) difetto assoluto di giurisdizione.

Può essere interessante ai nostri fini notare che, tuttavia, la Corte non si limita a tale affermazione, ma, per giungere ad essa, nella sentenza effettua talune considerazioni sull'atto politico. Da un lato, infatti, reputa *<<condivisibile e suffragata da elementi di diritto positivo>>* la tesi della Regione ricorrente quanto all'esistenza di spazi riservati alla scelta politica. Dall'altro, invece, ritiene che gli spazi di discrezionalità politica trovino i loro confini nei principi di natura giuridica posti 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. 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>>*.

Il Consiglio di Stato aveva considerato dirimente il fatto che l'atto non possa qualificarsi come politico ove esista un parametro legale che lo condizioni. La Consulta sembra andare oltre: da una parte l'atto può avere *<<natura politica>>*, e costituire oggettivamente esercizio di un potere politico, dall'altra, e nella misura in cui questo stesso atto incroci un vincolo giuridico (il principio dell'equilibrio di genere), esso può essere sindacato dall'autorità giurisdizionale, senza per ciò perdere la sua natura politica.

Si tratta, evidentemente, di un arresto particolarmente importante, che sembra aggiungere, in nome dei principi di legalità e di effettività e pienezza della tutela, a loro volta corollari dello Stato di diritto, un ulteriore requisito che limita la categoria, *pur* nella sussistenza dell'elemento *soggettivo* e di quello *oggettivo*: quello della predeterminazione *lato sensu* legale della fattispecie¹⁹⁰.

Pur apprezzando lo sforzo interpretativo della Corte costituzionale, volto ad un'ulteriore circoscrizione dell'insindacabilità dell'atto politico, in ossequio ai principi dello Stato di diritto ed all'art. 113 Cost., quest'ultimo passaggio pare a chi scrive inutile e perplesso, quanto meno se interpretato nel modo che si è appena detto.

Inutile, in quanto la Corte ben avrebbe potuto limitarsi a dichiarare l'inammissibilità del conflitto di attribuzioni proposto dalla Regione, trattandosi di questione di interpretazione che rientra nelle funzioni dell'autorità giudiziaria, nella specie della Cassazione per presunto difetto assoluto di giurisdizione¹⁹¹.

quale qui non ci si sofferma), superandosi così lo scoglio del conflitto di attribuzioni (vista la necessità di individuare il soggetto parte del conflitto, secondo pacifica giurisprudenza della Corte, tra organi che pongano in essere atti imputabili allo Stato o quanto meno menzionati nella Costituzione), e senza qui considerare il (controverso) ruolo di controllo del rispetto della Costituzione da parte del Capo dello Stato. E' evidente, a questo punto, la delicatezza della questione, comportando ciò un'ingerenza del potere giudiziario nella funzione di indirizzo politico nazionale.

¹⁹⁰ Come diremo, però, si può dare un'altra lettura, meno dirompente, della sentenza della Corte.

¹⁹¹ Sul punto cfr., per tutti, A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, 247.

Perplesso, in quanto nel caso di specie la Corte sembra ritenere che l'atto politico possa essere, a seconda dei casi, sindacabile o meno¹⁹². Ma tale tesi ci pare in contrasto con la chiara lettera dell'art. 7, co. 1, c.p.a., che collega direttamente l'insindacabilità (*ergo*: la non impugnabilità) al carattere politico dell'atto; inoltre, essa comporterebbe un improprio transito della questione dal *rito* al *merito*, determinando eventualmente una sentenza di rigetto del ricorso per infondatezza dello stesso e non, come tradizionalmente è, per inammissibilità. Ciò è confermato da una recente sentenza dei giudici di Palazzo Spada¹⁹³, che richiama adesivamente la sentenza della Consulta e finisce per effettuare un sindacato stretto di ragionevolezza-proporzionalità sull'atto politico, ritenendo che la presenza di un solo assessore donna determini una sproporzione manifesta del principio statutario di "riequilibrio", collocandosi al di sotto della soglia di ragionevolezza.

In buona sostanza, con riguardo all'atto politico, non sembra possibile ragionare di riduzione della discrezionalità allo zero¹⁹⁴, ovvero prospettare un superamento della tradizionale logica binaria di sindacato degli atti amministrativi¹⁹⁵. Se l'atto è politico allora non è *impugnabile*, diversamente non si tratta di atto politico; al limite, si potrebbero configurare provvedimenti amministrativi *separabili* rispetto all'atto politico, o meglio alla funzione politica esercitata, ed in quanto tali impugnabili.

In questo senso, ci pare più persuasiva e lineare la sentenza del Consiglio di Stato sulla quale la Corte costituzionale si è pronunciata, sentenza che, come si è detto, esclude che possa riconoscersi natura di "atto politico" ai decreti di nomina degli assessori, nella misura in cui tali atti siano soggetti al rispetto di criteri giuridici come quello relativo al <<pieno rispetto di una equilibrata presenza di donne e uomini>> sancito dall'art. 46, co. 3, dello Statuto della Campania.

A meno che la Corte non abbia voluto far intendere, anche se non *expressis verbis*, che, poiché l'art. 7, co. 1, c.p.a., fa riferimento esclusivo agli <<atti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico>>, dovrebbe ammettersi la presenza di atti

¹⁹² La portata problematica della questione potrebbe forse ridimensionarsi distinguendo il potere politico del Presidente della giunta dalla forma "amministrativa" in cui esso si manifesta. In tal senso, nel punto 4.3 della motivazione in diritto della sentenza si afferma, in modo come detto non del tutto chiaro, e comunque forse senza un preciso interesse a prendere una netta posizione sulla natura amministrativa o politica dell'atto in questione: <<La circostanza che il Presidente della Giunta sia un organo politico ed eserciti un potere politico, che si concretizza anche nella nomina degli assessori, non comporta che i suoi atti siano tutti e sotto ogni profilo insindacabili. Né, d'altra parte, la presenza di alcuni vincoli altera, di per sé, la natura politica del potere esercitato dal Presidente con l'atto di nomina degli assessori, ma piuttosto ne delimita lo spazio di azione>>. Nota come il procedimento amministrativo, e l'atto che ne scaturisce, non sia esclusiva manifestazione funzione amministrativa, anche alla luce della crisi della tradizionale teoria della separazione dei poteri, B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1 ss. In tal caso, però, si dovrebbe più coerentemente denunciare l'incostituzionalità dell'art. 7, co. 1, c.p.a., sulla scorta dell'impossibilità di distinguere una funzione di governo da una funzione amministrativa, anche sulla base dell'ampia portata dell'art. 113 Cost., che fa riferimento agli "atti della pubblica amministrazione", e non già agli atti amministrativi in senso stretto. In tal senso cfr. F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, cit., § 18; in senso adesivo cfr. F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, cit., § 4.

¹⁹³ Cons. St., sez. V, 21 giugno 2012, n. 3670, cit.

¹⁹⁴ Il riferimento è a quella giurisprudenza (per tutte v. Tar Lombardia, Milano, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428) che, come è noto, ha ripreso il concetto caro alla giurisprudenza tedesca del *Ermessensreduzierung auf Null* per ammettere, nel silenzio del c.p.a., l'accertamento giudiziale circa la fondatezza della pretesa sostanziale dedotta in giudizio e la successiva condanna all'adozione del provvedimento richiesto.

¹⁹⁵ Sul quale cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di <<merito>>*, in *Dir. amm.*, 2008, 517 ss.

politici – non del Governo – sindacabili in sede giurisdizionale senza che ne sia contraddetta la natura politica¹⁹⁶. Tale chiave esegetica evidentemente sminuisce l’impatto rivoluzionario della pronuncia, che per questa via si limiterebbe a ribadire il presupposto *soggettivo* dell’atto politico, in contrasto con alcune interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali che, come si è detto, estendono anche (almeno) alle Regioni la possibilità di adottare atti “costituzionali” non impugnabili¹⁹⁷.

D’altra parte, bisogna osservare come l’autorevole indicazione giurisprudenziale della Consulta sembra, al netto della sua condivisibilità, e comunque della sua chiarezza, riproporre anche nel nostro ordinamento quella già esaminata tendenza giurisprudenziale (prima francese, e più di recente, propria anche di altri ordinamenti come quello spagnolo)¹⁹⁸, volta a individuare all’interno dell’atto politico elementi “separabili” e/o “regolati”¹⁹⁹. Anche per questa via, come detto, si accresce il margine giurisprudenziale di definizione delle varie fattispecie e di regolazione di potenziali conflitti istituzionali tra poteri. Del resto, l’impostazione metodologica qui adottata ci spinge a sottolineare più quest’ultimo aspetto che le critiche che si potrebbero muovere alla strada ricostruttiva in concreto percorsa dalla Corte costituzionale.

Altra questione particolarmente delicata, che ha dato luogo a un recente contrasto fra Tar e Consiglio di Stato, ha riguardato la sindacabilità di un decreto del Presidente della Repubblica che, su iniziativa del Ministro dell’interno, fissava i confini dei collegi uninominali per le elezioni provinciali in Puglia.

Ad avviso del giudice di primo grado²⁰⁰ il d.P.R. in questione sarebbe un <<*atto promanante da un organo preposto all’indirizzo e alla direzione al massimo livello della cosa pubblica*>>, riguardante <<*il funzionamento di un pubblico potere nella sua organica struttura*>>, per cui <<*non si configurano a fronte dello stesso soggetti lesi interessati all’annullamento del medesimo*>>. Tale pronuncia è stata severamente criticata dalla dottrina²⁰¹, che non ha condiviso l’idea che l’attività di

¹⁹⁶ Prospetta tale possibile esegesi S. MEZZACAPO, *L’autonomia riservata alla scelta politica deve rispettare i canoni della legalità*, in *Guida al diritto*, n. 21/2012, 97 ss.

¹⁹⁷ Non solo. A rigore si dovrebbe pure ammettere la teorica sindacabilità degli atti politici adottati da organi costituzionali diversi dal Governo. Il che però, oltre a porsi in contrasto con alcuni arresti giurisprudenziali che hanno individuato in questi casi la sussistenza di un atto politico inoppugnabile (si pensi alla nomina dei senatori a vita), non si concilierebbe con la soluzione della questione da tempo individuata da autorevole dottrina (Barile). In realtà, restando agli atti delle Regioni, probabilmente non possono essere messi sullo stesso piano la mozione di sfiducia rivolta al Presidente della Regione e gli atti adottati da quest’ultimo. Come più volte affermato dalla Corte costituzionale, un conto è ragionare della sfera costituzionale dei Consigli e un altro è considerare la sfera costituzionale degli esecutivi regionali, anche dopo la l. cost. n. 1 del 1999. Ad es., l’irresponsabilità per le opinioni espresse e i voti dati non si può estendere alle funzioni che il consigliere svolga come assessore. Eppure, sempre di funzioni politiche si tratta. Ma la sovranità popolare ha, nel caso del Consiglio regionale, un peso che non ha nel caso della Giunta, anche se il Presidente è elettivo. Devo questo rilievo alla prof.ssa Salazar, che ringrazio.

¹⁹⁸ Nei quali, però, non vige attualmente una norma che espressamente escluda l’impugnabilità degli atti politici. Anzi, come si è detto la legge di riforma del contenzioso amministrativo del 1998, all’art. 2.a), contiene una *clausola de inclusion*, qualificando l’*acto de gobierno*, in modo indiretto ma chiaro, come atto discrezionale i cui elementi “regolati” sono controllabili dal giudice.

¹⁹⁹ Per la precisione, sembra darsi rilievo alla categoria degli elementi “regolati” dell’atto (maggiormente presente nella giurisprudenza spagnola), più che a quella dell’atto “separabile” (maggiormente presente nella giurisprudenza francese), come vedremo anche *infra*, esaminando alcuni casi di affermazione giurisprudenziale del carattere politico dell’atto.

²⁰⁰ Tar Puglia, Bari, sez. III, 18 maggio 2009, n. 1183, in *Foro amm.-Tar*, 2009, 1572.

²⁰¹ Cfr. G. TARLI BARBIERI, *L’individuazione dei collegi uninominali nelle elezioni provinciali: un caso (risolto) di vuoto di tutela in materia elettorale*, in *Le Regioni*, 2011, 102 ss.

individuazione-perimetrazione dei collegi uninominali provinciali sia davvero libera nel fine e ha denunciato la gravità del vuoto di tutela in una materia particolarmente sensibile, e invero esposta sotto vari profili a lacune in tal senso²⁰², come quella elettorale.

Il Consiglio di Stato²⁰³ è quindi intervenuto escludendo che il provvedimento censurato sia espressione del potere politico del Governo, poiché il principio di cui all'art. 113 Cost. impone un'esegesi restrittiva della categoria degli atti politici sottratti alla giurisdizione, e ha ritenuto altresì che si tratti di atto amministrativo da esercitarsi conformemente alla legge che lo regola e prevede (benché nel caso di specie la legge n. 122/1951 appare molto lacunosa, e in via interpretativa va letta assieme agli o.d.g. approvati in occasione dell'approvazione della legge stessa). Anche in questo caso cogliamo una "scelta" giudiziale molto interessante, poiché il giudice amministrativo amplia la nozione di potere regolato (comprendendo nella giuridicità gli o.d.g. della legge del 1951 e le circolari interpretative adottate in seguito dal Ministero degli interni), e inoltre si muove secondo la logica dell'effettività e pienezza della tutela, in una materia come detto particolarmente sensibile.

Infine, bisogna considerare un recente pronunciamento del Tar Lazio²⁰⁴, secondo cui il d.P.R. di indizione del referendum abrogativo di leggi statali e la delibera del Consiglio dei ministri che individua la data per la consultazione sono atti impugnabili, e non hanno dunque natura politica.

Pur esistendo autorevoli opinioni dottrinali in senso contrario²⁰⁵, il Tar Lazio ritiene che non tutti gli atti che caratterizzano il procedimento referendario partecipino della natura legislativa, ed esclude la politicità degli atti di cui sopra sulla base del fatto che essi sono <<atti applicativi della legislazione primaria>>, nonostante coinvolgano <<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>>. Anche in questo caso, peraltro, il richiamo alla "giuridificazione" della fattispecie si abbina al principio di effettività e pienezza della tutela, che funge da corollario retorico del discorso.

Si tratta di una fattispecie molto interessante anche perché, come è stato notato, rappresenta un'ipotesi di impugnazione davanti a un giudice amministrativo di un "atto costituzionale" (come detto in linea di principio ancor oggi atto politico), sul quale concorre il sindacato della Corte costituzionale in sede di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, attivabile dal Comitato promotore per il referendum²⁰⁶.

Ma soprattutto c'è da notare che quanto si "guadagna" in termini di potenziale impugnabilità dell'atto, rispetto agli altri "atti costituzionali", si perde poi in concreto, perché il giudice amministrativo dichiara inammissibile il ricorso, ritenendo

²⁰² Cfr. F.G. SCOCA, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 2009, 3613 ss.

²⁰³ Sez. V, 6 maggio 2011, n. 2718, in *Foro amm.-CdS*, 2011, 1531.

²⁰⁴ Ord. sez. II-bis, 8 aprile 2011, n. 1302, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰⁵ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Milano, 1982, 16.

²⁰⁶ Cfr. Cfr. F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit.

che nel caso in esame non sussista un interesse legittimo a contestare la data scelta per la consultazione referendaria.

In particolare, secondo il Tar Lazio l'esigenza di contenere la spesa pubblica concentrando in un'unica data consultazione referendaria e consultazione elettorale non giustifica l'annullamento degli atti impugnati, poiché si tratta di un interesse indifferenziato, riferibile alla collettività nella sua interezza, non già al Comitato promotore o a un singolo individuo. La dottrina ha messo in dubbio che nel caso di specie non possa ravvisarsi un interesse legittimo oppositivo all'esercizio di una potestà discrezionale che, duplicando le consultazioni, determina un aumento della spesa pubblica con effetti ablatori sul patrimonio degli afferenti al Comitato²⁰⁷. Inoltre, e più in generale, ha provocatoriamente invitato a riflettere sul fatto che la concezione "sostanziale" dell'interesse legittimo, a differenza di quella "processuale" elaborata prima dell'entrata in vigore della Costituzione, corrisponda a una minore estensione della tutela giurisdizionale del singolo nei confronti delle decisioni pubbliche²⁰⁸.

A noi pare che quest'ultima considerazione, al netto delle implicazioni sistematiche che porta con sé, consente di evidenziare nuovamente un altro elemento: in questo caso, infatti, può porsi un ulteriore aspetto di "politica" giurisprudenziale, attinente alla delicatissima teorica della legittimazione e dell'interesse al ricorso, anch'essa in profondo rivolgimento, come testimoniano alcune recenti vicende giurisprudenziali²⁰⁹.

Inoltre, come si è visto, anche il legislatore può contribuire a riportare fenomeni di questo genere nell'area della giuridicità e sindacabilità, sottraendoli alla teorica dell'atto politico, o, in seconda battuta, alla problematica delle condizioni dell'azione: è quanto ci sembra essere avvenuto, oltre che in tema di pari opportunità tra donne ed uomini, col d.lgs. n. 198/2009, che disciplina il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici.

10. Una notazione a parte merita la vicenda, apparentemente eccentrica, delle ordinanze sindacali in materia di sicurezza urbana.

²⁰⁷ Cfr. A. CASSATELLA-F. CORTESE, *Sul referendum abrogativo e sulla giustiziabilità dei suoi tempi (osservazioni a margine di Tar Lazio, Sez. II bis, ord. 8/4/2011, n. 1302)*, cit., 8.

²⁰⁸ Cfr. A. CASSATELLA-F. CORTESE, *Sul referendum abrogativo e sulla giustiziabilità dei suoi tempi (osservazioni a margine di Tar Lazio, Sez. II bis, ord. 8/4/2011, n. 1302)*, cit., 11.

²⁰⁹ Sia consentito il rinvio a G. TROPEA, *L'interesse strumentale a ricorrere: una categoria al bivio?*, nota a Cons. St., Sez. IV, 26 novembre 2009, n. 7443, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 664 ss. Di interesse, seppure in un'ottica diversa, improntata sulla progressiva desoggettivazione del processo amministrativo nella "società del rischio", R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008. Oppure, sempre a titolo esemplificativo, si pensi alla questione della legittimazione a ricorrere degli enti territoriali in relazione alle prerogative, ad essi concesse, di cura degli interessi relativi alla collettività di riferimento. Cfr. in tal senso Cons. St., Sez. IV, 9 dicembre 2010, n. 8683, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1435 ss., con nota di A. CLINI-L.R. PERFETTI, *Class action, interessi diffusi, legittimazione a ricorrere degli enti territoriali nella prospettiva dello statuto costituzionale del cittadino e delle autonomie locali*. Cfr. anche G. ROMEO, *Figure di verità nella giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1185 ss.; ID., *La retorica nella giurisprudenza amministrativa, ovvero dell'arte di argomentare bene, senza convincere*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 947 ss., lavori di particolare interesse in quanto volti a svelare per così dire "dal di dentro" ideologie, valori e tecniche di argomentazione della giurisprudenza amministrativa più recente. Fra i civilprocessualisti, per una convincente impostazione metodologica storicizzante e comparata in tema di interesse ad agire, cfr. il già richiamato lavoro di M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, cit.

Come è noto, con la sentenza n. 115 del 2011, è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 54, comma 4, del D. Lgs. n. 267/2000, nella parte in cui comprende la locuzione “*anche*” prima delle parole “*contingibili e urgenti*”. La Corte ha con questa pronuncia valorizzato il principio di legalità sostanziale, ritenendo che: <<Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa>>.

Non è questa la sede per un commento a tale pronuncia²¹⁰; qui si vuole solo evidenziare un particolare che attiene al sindacato del giudice amministrativo nei confronti di tali atti.

In origine, infatti, si riteneva che il potere di ordinanza derogatoria, specie in materia di sicurezza “interna”²¹¹, fosse sussumibile nella categoria degli atti politici. Si badi, questo è un fenomeno riscontrabile in vari ordinamenti ottocenteschi (e non solo), che tende a ridursi col passaggio da un contenuto materiale ad uno formale dell'atto politico, che si realizza specialmente con la disciplina del decreto legge²¹². Peraltro, è ben noto come la “politicità” abbia potuto nei precedenti regimi italiani (e non solo) essere considerata come un naturale attributo dei provvedimenti in materia di pubblica sicurezza e di ordine pubblico²¹³.

Sin dagli anni '50 del secolo scorso la dottrina è pacifica nel ritenere che le ordinanze siano ormai definitivamente sottratte dall'orbita degli atti amministrativi politici, avendo peraltro la Corte costituzionale indicato il giudice comune come quello competente ad esercitare il sindacato di legittimità sulle ordinanze stesse²¹⁴.

Il problema che di recente si è avuto, quindi, non attiene certo alla configurabilità delle ordinanze in materia di sicurezza urbana come atto formalmente “politico”, dunque insindacabile. Piuttosto ha riguardato il tipo di sindacato del giudice amministrativo durante la, seppure breve, vigenza di un potere di ordinanza in materia di sicurezza urbana di carattere para-normativo, ovvero sussistente anche al di fuori dei requisiti della contingibilità e dell'urgenza.

²¹⁰ Per cui sul punto ci si permette di rinviare a G. TROPEA, *Una rivoluzionaria sentenza restauratrice (in margine a Corte cost., n. 115/2011)*, in *Dir. amm.*, 2011, 623 ss.

²¹¹ Cfr. ad es. per l'ordinamento spagnolo la casistica riportata da N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 344 ss. Per l'Italia v. Cass. civ., 27 febbraio 1952, n. 515, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1952, 2, I, 99; A. ALBINI, *Osservazioni sugli atti politici*, in *Foro pad.*, 1951, III, 42-44.

²¹² Cfr. G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, cit., 185. Cfr. sul punto anche J.L. CARRO Y FERNANDEZ-VALMAYOR, *La doctrina del acto político (Especial referencia al Derecho italiano)*, cit., 93. Un cenno, più di recente, pure in A. ROMANO TASSONE, <<Atto politico>> e interesse pubblico, cit., 311.

²¹³ Cfr. G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Atto politico e atto di governo*, cit., 4.

²¹⁴ Cfr. P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, cit., 231-232; J.L. CARRO Y FERNANDEZ-VALMAYOR, *La doctrina del acto político (Especial referencia al Derecho italiano)*, cit., 125; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990. Sull'erosione della fascia dell'atto politico con riguardo ai provvedimenti relativi alla sicurezza interna ed esterna dello Stato, nonché ai provvedimenti dettati dalla necessità e dall'urgenza, avvenuta sin dagli anni '20, cfr. pure G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, cit., 160 ss. Da ultimo, in giurisprudenza, nega la natura di atto politico delle ordinanze commissariali in materia di protezione civile, adottate ai sensi della legge n. 225/1992, qualificandole come atti di alta amministrazione, Cons. St., sez. IV, 28 ottobre 2011, n. 5799, in *Foro amm.-CdS*, 2011, 3128.

Se si esamina la recente giurisprudenza, si noterà come durante la vigenza dell'art. 54 riformato nel 2008, prima quindi della pronuncia della Consulta, seppure non fosse prevista in tema di ordinanze “ordinarie” sulla sicurezza urbana una espressa giurisdizione di merito, il giudice amministrativo ha spesso assunto una certa *deference* rispetto all'esercizio di poteri a carattere politico-discrezionale²¹⁵, sicché il ricorso a quello che è parso ad alcuni un vero e proprio controllo di merito ha corrisposto ad una logica particolare, volta non tanto a garantire in misura piena gli interessi dei singoli, quanto a legittimare *ex post* scelte che sono frutto di valutazioni politico-discrezionali, peraltro del Sindaco come ufficiale di Governo, prive di contenimenti sul piano procedimentale, formale e sostanziale²¹⁶.

Sicché non desta rimpianto la mancata previsione nel c.p.a. della giurisdizione di merito, né per quelle che erano le ordinanze “ordinarie” né per le vigenti ordinanze contingibili e urgenti in materia di sicurezza urbana.

Superata l'antica logica centralistica secondo cui l'indagine sulle ordinanze sindacali contingibili e urgenti rappresentava l'occasione per assicurare il controllo del governo centrale sugli enti locali²¹⁷, si è dimostrata fallace pure l'idea di una più piena ed effettiva tutela del cittadino, stante il sindacato sulla opportunità della misura. Ciò sia perché, come si è detto, tale sindacato spesso si è tradotto in una marcata *deference* del giudice amministrativo, sia perché – in modo più sistematico – è la stessa giurisdizione di merito come giurisdizione di opportunità ad attraversare una stato di crisi profonda, tant'è vero che il c.p.a. caratterizza la giurisdizione di merito più sul piano dei poteri decisori che cognitori del giudice amministrativo²¹⁸.

E' pur vero che la più recente giurisprudenza ritiene di non poter sindacare più in modo pieno tali provvedimenti²¹⁹, dovendosi limitare a un sindacato di legittimità, senza entrare nei profili riguardanti la sufficienza e l'attendibilità dell'istruttoria, ovvero la convenienza, l'opportunità ed equità delle determinazioni adottate. Sennonché, al di là delle affermazioni di principio, peraltro non condivisibili quanto all'intensità del sindacato sull'istruttoria, si noterà considerando la fattispecie come il giudice non si sia affatto rifiutato di esercitare il controllo sulla misura.

D'altra parte, una volta che viene ripristinato il carattere contingibile e urgente delle ordinanze, pare che il vizio di eccesso di potere, specie nella classica versione dello sviamento, riprenda il suo classico rilievo²²⁰, proprio per la cessazione del carattere anche “ordinario” della misura, e ben possa consentire un sindacato pieno e soddisfacente per il cittadino.

²¹⁵ Cfr. sul punto S. PELLIZZARI, *Poteri di ordinanza, sicurezza urbana e sindacato del giudice amministrativo*, in *Le Regioni*, 2010, 189 ss.

²¹⁶ Emblematica sul punto, in tema di prostituzione, Tar Lazio, Roma, sez. II, 22 dicembre 2008, n. 12222, in *Giur. cost.*, 2008, 4015, con nota di M. PIAZZA, *Ordinanza anti-prostituzione per il <<buon costume>> o scostumatamente anti-Costituzione?*

²¹⁷ Cfr. U. POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive del sindacato di merito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 513.

²¹⁸ Cfr. sul punto G. TROPEA, *L'“ibrido fiore della conciliazione”*: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra *giurisdizione e amministrazione*, cit.

²¹⁹ Cfr. Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 22 aprile 2011, n. 264, in *Foro amm.-Tar*, 2011, 1305.

²²⁰ Sul punto cfr. M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 641 ss.

11. Con riguardo alla casistica “in positivo”, diamo conto di alcune vicende più antiche e di altre più recenti, nella consapevolezza che non è così esatto ritenere che dopo l’entrata in vigore della Costituzione il carattere politico dell’atto non sia mai stato riconosciuto²²¹.

Nei primi decenni del Novecento la giurisprudenza considerò atti politici²²²: una occupazione temporanea di immobili, effettuata allo scopo di provvedere a una <<grave e minacciosa situazione politica>>²²³; lo scioglimento di una società di ginnastica determinato dalla necessità di reprimere il pericolo di propaganda nazionalista slovena nei territori della Venezia Giulia²²⁴; lo scioglimento di una società cooperativa di braccianti, in quanto si riteneva che sotto la cooperativa si celasse <<una riunione di individui con propositi tutt’altro che commerciali>>, potenzialmente eversiva dell’ordine costituito²²⁵; il decreto di scioglimento di un Consiglio Comunale determinato <<non da semplici motivi di ordine amministrativo, ma da ragioni di ordine politico per la gravità delle circostanze che ad immediata e diretta garanzia degli interessi generali urgentemente impongono di ricorrere a tale provvedimento>>²²⁶.

Negli ultimi anni, come si è detto, l’atto politico viene rintracciato dalla giurisprudenza in due fattispecie fondamentali: atti qualificabili come “costituzionali” ed atti attinenti ai rapporti internazionali²²⁷.

Per la prima ipotesi si pensi alla nomina dei senatori a vita, definita dalla cassazione come “atto tipicamente presidenziale”²²⁸; al documento di programmazione economica e finanziaria con l’allegato relativo all’elenco delle infrastrutture e degli insediamenti strategici da realizzare, qualificati come manifestazioni di indirizzo politico-amministrativo, incapaci di ledere posizioni soggettive²²⁹; alla decisione con cui il Governo, nell’ambito della politica industriale relativa alla concessione di aiuti al settore siderurgico, chiede alla CE l’autorizzazione alla concessione di aiuti di Stato²³⁰; alla decisione del Governo di non avviare le trattative con una confessione religiosa ai fini della stipulazione dell’intesa ex art. 8, comma 3, Cost.²³¹

Ma è soprattutto nei riguardi della classica categoria degli atti attinenti ai rapporti internazionali che possono notarsi taluni profili di criticità, forse spiegabili adottando la prospettiva “scettica” della considerazione della “politica” giurisprudenziale del giudice amministrativo.

²²¹ V. *supra*, nota 162.

²²² Sul punto, da ultimo, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti <<politici>> e atti <<di alta amministrazione>>*, cit., 116-121, ove anche più precisi riferimenti sulla risalente giurisprudenza di seguito richiamata.

²²³ Cons. St., sez. IV, 17 maggio 1918.

²²⁴ Cons. St., sez. IV, 28 dicembre 1926, n. 781.

²²⁵ Cons. St., sez. IV, 15 aprile 1904, n. 180.

²²⁶ Cons. St., sez. IV, 13 giugno 1902.

²²⁷ Per una recente rassegna giurisprudenziale v. F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit.

²²⁸ Cass. civ., Sez. un., 25 giugno 1993, n. 7075, cit.

²²⁹ Tar Lazio, Roma, sez. I, 16 febbraio 2010, n. 2255, in www.giustizia-amministrativa.it, che considera invece impugnabili le delibere del CIPE collegate col DPEF.

²³⁰ Cons. St., sez. VI, 22 gennaio 2002, n. 360, in *Foro amm.-CdS*, 2002, 171.

²³¹ Cfr. Tar Lazio, sez. I, 31 dicembre 2008, n. 12539, in www.giustizia-amministrativa.it.

Come si è visto, ormai il provvedimento di estradizione tende ad essere considerato sindacabile, anche perché, a differenza della stipula e della approvazione di una convenzione internazionale riguardante l'extradizione stessa, in tale ipotesi si concede l'extradizione di un determinato imputato o condannato, <<vertendosi nella specie, in materia di un interesse pubblico singolo, particolarmente determinato e circoscritto>>²³². Sembra qui evocarsi la categoria, ben nota alla giurisprudenza francese e spagnola, dell'*acte détachable* o dell'*acto separable*.

In altre occasioni, invece, pur trattandosi di provvedimenti aventi contenuto puntuale e concreto, dunque potenzialmente "separabili" dal piano generale dei rapporti internazionali fra Stati, il giudice ha qualificato l'atto come "politico".

Ciò è avvenuto, ad esempio, nel caso di decreto ministeriale sospensivo delle autorizzazioni al trasporto internazionale, adottato come ritorsione contro analoga misura assunta dall'Austria²³³, ovvero nel caso di provvedimenti con cui alcuni ministeri italiani, aderendo alle direttive del Consiglio di sicurezza dell'Onu, hanno revocato l'autorizzazione all'esportazione delle navi da guerra alla marina irachena²³⁴.

Nelle due vicende citate le sentenze sono del Tribunale di Roma, il che può far riflettere sotto due aspetti: il primo, più classico, attiene alla discussa applicabilità del limite riguardante la sindacabilità dell'atto politico dinanzi al giudice ordinario²³⁵; l'altro, ancor più interessante alla luce del nostro studio, attiene al *fatto* che la sentenza è del giudice ordinario e non del giudice amministrativo, volendosi magari individuare una diversa "politica" giurisdizionale fra i due fori, con una più marcata *deference* presso il primo.

Senonché di recente anche il Consiglio di Stato ha compiuto un'operazione simile, ritenendo che l'assenso del Governo italiano all'ampliamento della base americana di Vicenza fosse un'insindacabile espressione del potere politico²³⁶. Come è stato esattamente osservato²³⁷, anche in tale ipotesi si sarebbe potuta applicare la teoria dell'*acte détachable*, in quanto nella giurisprudenza francese tali sono ritenuti, con riferimento alle attività internazionali del governo, proprio i provvedimenti relativi alla dislocazione di truppe straniere e le corrispondenti autorizzazioni edilizie. Sicché anche in questo caso il giudice sembra aver impiegato più che altro una sorta

²³² In tal senso già Cons. St., sez. IV, 11 maggio 1966, n. 344.

²³³ Trib. Roma, 18 maggio 1993, in *Foro it.*, 1995, I, 1058.

²³⁴ Cfr. Trib. Roma, 19 ottobre 1991, in *Foro it.*, 1991, I, 3230.

²³⁵ Questione molto dibattuta, specie in passato. A favore dell'insindacabilità v. D. CARUSO-INGHILLERI, *Atto politico e giurisdizione amministrativa*, cit., 80 ss.; N. COCO, *L'atto del potere politico negli odierni atteggiamenti della dottrina e della giurisprudenza*, cit., 277 ss., argomentando sulla base della pretesa natura *extra iuris ordinem* dell'atto. A favore della sindacabilità, invece, A. DE VALLES, *Sulla teoria degli <<atti politici>>*, cit., 14, in base all'idea che l'autorità giudiziaria ordinaria, a differenza del giudice amministrativo, non possa considerarsi come "moderatore della funzione esecutiva", dovendo invece ritenersi integralmente soggetta alla legge; E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 504-505, sulla scorta della nota distinzione fra illegittimità e illiceità dell'atto; O. RANELLETTI-A. AMORTH, *Atti politici (o di Governo)*, cit., 1515, in base all'idea che la norma di cui all'art. 31 t.u. Cons. Stato è norma eccezionale, come tale da interpretarsi restrittivamente, e che il giudice ordinario, a differenza di quello amministrativo, non ha poteri di annullamento, che sono quelli che l'art. 31 ha voluto evitare.

²³⁶ Si tratta della nota ord. "Dal Molin", Cons. St., sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3992, in *Foro it.*, 2009, III, 16.

²³⁷ Cfr. A. ROMANO TASSONE, <<Atto politico>> e interesse pubblico, cit., 319.

di “artificio retorico”, che maschera un criterio di prudenza e una valutazione di “politica” giurisprudenziale²³⁸.

Infine, un'altra fattispecie particolarmente spinosa che ha fatto discutere la dottrina. Ci riferiamo a quella pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione che ha escluso la sussistenza della giurisdizione in caso di domanda risarcitoria proposta davanti al Tribunale di Roma per i danni causati dai bombardamenti della NATO contro obiettivi civili, in particolare contro un immobile della Radiotelevisione serba di Belgrado²³⁹.

Secondo la Cassazione gli atti di guerra in questione costituiscono la manifestazione di una funzione politica e <<rispetto ad atti di questo tipo nessun giudice ha potere di sindacato circa il modo in cui la funzione è stata esercitata>>. In seguito a questa pronuncia i familiari delle vittime adivano la Corte EDU lamentando la violazione del diritto al giudice garantito dall'art. 6 §1 Cedu.

La Corte riconosce l'applicabilità dell'art. 6 alle controversie relative alla pretesa immunità dalla giurisdizione degli atti politici, ma dichiara la non violazione²⁴⁰. In particolare, secondo la Corte l'impossibilità dei ricorrenti di perseguire in giudizio lo Stato italiano non discenderebbe dall'esistenza di un'immunità, ma dai principi che reggono il “diritto di azione sostanziale” nel diritto interno. In buona sostanza, la Corte EDU ha ritenuto che la decisione sulla giurisdizione equivalesse ad una giurisdizione sul merito, ponendosi in discontinuità con le importanti acquisizioni della stessa in tema di “diritto ad un tribunale” e di “diritto ad un ricorso effettivo”²⁴¹. Il che, da un lato ha portato ad opinioni concorrenti e dissenzienti in seno alla stessa Corte, volte a mettere in luce l'illusorietà del diritto d'accesso al tribunale affermato nella sentenza, o addirittura il *vulnus* dello stesso fondamento della Convenzione²⁴²; dall'altro ha scatenato le critiche della dottrina maggioritaria²⁴³, che ha anche

²³⁸ A. ROMANO TASSONE, <<Atto politico>> e interesse pubblico, cit., 319.

²³⁹ Cass. civ., Sez. un., ord. 5 giugno 2002, n. 8157, in *Riv. dir. int.*, 2002, 799.

²⁴⁰ Sentenza 14 dicembre 2006, *Markovic c. Italia*, cit.

²⁴¹ Cfr. sul punto S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., spec. 249 ss.

²⁴² Ci si riferisce alle opinioni del giudice Costa (concorrente) e del giudice Zagrebelsky (dissenziente).

²⁴³ Cfr. B. RANDAZZO, *Responsabilità dello Stato per atti di guerra: la Corte di Strasburgo “tradisce” la sua consolidata giurisprudenza sul diritto d'accesso ad un tribunale?*, in www.forumcostituzionale.it; P. DE STEFANI, *Markovic e altri c. Italia, sentenza della Grand Chamber della Corte europea dei diritti umani, 14 dicembre 2006*, in *Pace diritti umani*, 2007, 99 ss.; A. BALSAMO, *Le corti europee e la responsabilità degli Stati per i danni da operazioni belliche: inter arma silent leges?*, in *Cass. pen.*, 2007, 2186 ss. Secondo M. VOSNY, *Actes de gouvernement et droit au juge*, in *Revue française de droit administrative*, 2008, 728 ss., la sentenza in questione sarebbe intimamente contraddittoria, non chiarendo se il principio di insindacabilità dell'atto politico dia luogo ad una limitazione materiale del diritto rivendicato ovvero ad un limite procedurale del diritto di agire a difesa di una situazione soggettiva tutelata. Critica è anche M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, cit., 114, che condivide l'opinione dissenziente di Zagrebelsky, secondo cui un conto è escludere che siano sindacabili le scelte di uno Stato intorno al se e al come partecipare ad azioni di guerra, altro è negare l'azionabilità della pretesa al risarcimento di danni la cui origine è collegata ad azioni di guerra ma è estranea alle finalità proprie dell'atto politico di guerra. Altra questione, che in questa sede può essere solo accennata, è l'uso della storia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, specie nei casi di legislazione elettorale o di negazionismo storico (dagli orrori della seconda guerra mondiale alle vicende dei regimi comunisti). L'analisi di questo interessante profilo mostra, anche per questa via, la delicata opera di bilanciamento che il giudice contemporaneo (nel caso di specie essenzialmente la Corte EDU, ma il discorso potrebbe essere esteso alle Corti costituzionali dei vari Paesi) è chiamato a svolgere, specie quando le vicende storiche irrompono nelle controversie giurisdizionali come fondamenti non unanimemente condivisi, dinanzi ai quali spesso si tratta di bilanciare diritti e libertà fondamentali (es. elettorato attivo e passivo, libertà di manifestazione del pensiero, etc.). Sulla

osservato come la Corte abbia perso l'occasione di esaminare i rapporti fra atto politico e accesso alla tutela, specie nel caso in cui siano in gioco diritti fondamentali²⁴⁴.

Certo un'occasione sprecata, ma anche una spia di come forse non sia sufficiente risolvere su basi esclusivamente giuridiche le delicate questioni sul tappeto, dovendosi anche in questo caso probabilmente andare a guardare la "politica" giurisprudenziale di *self restraint* assunta dai giudici di Strasburgo.

questione si v. A. BURATTI, *L'uso della storia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.rivistaaic.it.

²⁴⁴ Sul punto è d'obbligo il richiamo al noto caso *Ferrini* (Cass. civ., Sez. un., 11 marzo 2004, n. 5044, in *Riv. dir. int.*, 2004, 540), riguardante la richiesta da parte di un cittadino italiano di condanna della Repubblica Federale di Germania al risarcimento dei danni subiti per essere stato deportato in Germania ed utilizzato presso imprese tedesche quale lavoratore "forzato". La Corte non dubita che in tal caso si tratti di atti *iure imperii*, in quanto posti in essere nel corso di operazioni belliche. Tuttavia, i giudici sottolineano che nel caso di specie si tratta di atti che assumono connotati di estrema gravità, configurandosi quali crimini internazionali, in quanto lesivi di valori universali che trascendono gli interessi delle singole comunità statali. Su tale base argomentativa la Cassazione esclude il riconoscimento dell'immunità della giurisdizione in favore degli Stati che si siano resi responsabili di tali misfatti. In seguito la Corte di Cassazione ha confermato gli argomenti del caso *Ferrini* nei casi *Giovanni Mantelli ed altri e Liberato Maietta* (Sez. un., 29 maggio 2008, n. 14201, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 833), che invece riguardavano massacri perpetrati dai nazisti in Italia nel biennio 1943-1945. Sennonché, da ultimo, la Corte internazionale di Giustizia, con sentenza del 3 febbraio 2012, in www.icj-cij.org, dopo aver premesso di non essere chiamata a decidere sui massacri perpetrati dai nazisti in Italia, ma sul fatto se le Corti italiane siano obbligate ad accordare alla Germania l'immunità, fonda la rilevanza di quest'ultima sul principio di <<sovereign equality of States>> e, ricomprendendo le questioni in gioco fra gli *acta iure imperii*, dopo un'ampia esposizione della giurisprudenza di altre nazioni a sostegno dell'immunità (richiamata come <<opinio iuris>>), conclude escludendo che la decisione delle Corti italiane di negare l'immunità alla Germania possa essere giustificata dall'argomento <<of the territorial tort principle>> o da quello <<of the particular nature of the acts forming the subject-matter of the claims>> (gravità della violazione, <<ius cogens>>, <<last resort>> argument). Interessante anche la vicenda dei bond Argentini, per la quale la Cassazione (ord. 21 aprile 2005, n. 11225, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 5) ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano rispetto ad una controversia relativa all'inadempimento della Repubblica argentina nel pagamento delle somme dovute a titolo di interesse e di sorte capitale sui titoli emessi. La Corte ha dichiarato l'immunità dalla giurisdizione civile dell'Argentina in ragione del carattere *iure imperii*, e non *iure gestionis*, dei provvedimenti di moratoria dei pagamenti esteri disposti dal governo allora in carica; secondo la Corte tale carattere non deriva soltanto dalla natura di leggi di bilancio degli atti considerati, ma soprattutto dalle <<finalità, eminentemente pubblicistiche perseguite, di governo della finanza in funzione della tutela dei bisogni primari di sopravvivenza economica della popolazione in un contesto storico di grave emergenza nazionale>>. Sicché, secondo la Corte, <<l'immunità ricorre anche nel caso di pretese a contenuto patrimoniale, sempre che il riconoscimento delle stesse richieda apprezzamenti ed indagini sull'esercizio di poteri pubblicistici dello Stato o ente straniero>>. La Cassazione ha ribadito, richiamando proprio il caso *Ferrini*, che il compimento di atti sovrani non è coperto da immunità quando si traduce in comportamenti che violino norme di *ius cogens*; d'altra parte essa ha escluso che l'operare della norma sulla immunità possa incontrare dei limiti solo perché un atto sovrano incida sui diritti patrimoniali di cittadini stranieri. Diversa l'opinione delle Corti statunitensi che, uniformandosi al caso *Weltover* (considerato il precedente più rappresentativo dell'orientamento giurisprudenziale statunitense in materia di ricorsi per l'inadempimento relativi a titoli pubblici emessi da uno Stato straniero sul mercato finanziario), ammette la possibilità di sottoporre alla cognizione del giudice controversie relative all'emissione di titoli del debito di uno Stato straniero, sia sulla base del F.F.A. (*Fiscal Agency Agreement*) concluso tra Argentina e *Bankers Trust Company*, in base al quale l'Argentina rinunciava a valersi dell'immunità, sia in base al più generale riconoscimento del carattere meramente commerciale dell'originaria attività in questione dello Stato. Tali tematiche vengono maggiormente approfondite dagli internazionalisti, rientrando tradizionalmente nella dottrina dell'*act of State*, sulla quale v. *supra*, § 5. In ogni caso un cenno sulla questione è rinvenibile in F. FRACCHIA, *Giudice amministrativo, crisi finanziaria globale e mercati*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2010, 451 ss., il quale in generale sottolinea come nel contesto della crisi finanziaria globale l'area della tutela giurisdizionale (affidata al giudice amministrativo) si assottiglia anche perché le risposte alla crisi si caratterizzano per un incremento della discrezionalità e dello spazio riservato alla scelta politica, sicché il controllo finisce per svolgersi su piani diversi, ad esempio nell'ambito della dialettica Parlamento-Governo.

11. E' affermazione ormai pacifica che il nostro diritto amministrativo sia, al pari di quello francese, un diritto a genesi giurisprudenziale²⁴⁵.

Ciononostante in Italia, dopo gli studi seminali di Cassese²⁴⁶ e Nigro²⁴⁷ sulle "ideologie" del giudice amministrativo, mancano trattazioni più ampie e recenti dell'importante tematica, se si escludono alcuni cenni che emergono ora in interessanti scritti di giudici amministrativi, volti a svelare "dal di dentro" appunto ideologia, valori e retorica del giudice amministrativo²⁴⁸.

Questo comunque non significa che non vi siano stati grandi scontri dai quali non sia stato possibile leggere, tra le righe, appunto tali ideologie, magari in confronto con quelle del giudice ordinario, come è stato agevolmente percepibile nella questione sulla c.d. pregiudiziale amministrativa d'annullamento²⁴⁹, o come può essere desunto da un altro dibattito, non meno importante, anche se meno noto al grande pubblico, come quello sull'interpretazione e in particolare sull'uso dell'analogia da parte del giudice amministrativo²⁵⁰. Ancor più di recente, un'interessante questione attraverso cui leggere le "politiche" giurisprudenziali del giudice amministrativo, guardandosi anche in questo caso al centrale profilo dell'accesso alla tutela, è quella del c.d. abuso del processo amministrativo, inquadrabile nella più generale tematica dell'abuso del processo, a sua volta risolto dell'abuso del diritto, non a caso configurato dalla migliore dottrina come problema eminentemente "storico", anch'esso nato grazie all'elaborazione della giurisprudenza francese²⁵¹.

²⁴⁵ S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 1 ss.; G. PASQUINI-A. SANDULLI, *Introduzione*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 7 ss.; M. D'ALBERTI-A. PAJNO, *Il giudice amministrativo tra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. Bessone, Torino, 1996, 299 ss.; F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in AA.VV., *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, 1983, 121 ss.

²⁴⁶ *Problemi delle ideologie dei giudici*, cit.

²⁴⁷ *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 1053 ss.

²⁴⁸ Cfr. G. ROMEO, *Figure di verità nella giurisprudenza amministrativa*, cit.; ID., *La retorica nella giurisprudenza amministrativa, ovvero dell'arte di argomentare bene, senza convincere*, cit.; ID., *A proposito del controllo di legalità*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 551 ss. In generale, cfr. anche le dense osservazioni di A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, cit., 506 ss., il quale, da un lato mette bene in luce la peculiare funzione creatrice del Consiglio di Stato nel nostro ordinamento (considerando affinità e differenze rispetto al Conseil d'Etat francese), dall'altro non risparmia considerazioni critiche nei confronti di recenti arresti giurisprudenziali che rischiano di oltrepassare i limiti di una ragionevole interpretazione della legge.

²⁴⁹ La bibliografia su questo tema è molto ampia. Ci si limita dunque a richiamare sul punto due recenti lavori particolarmente chiari e interessanti: F. CORTESI, *L'Adunanza Plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, nota a Cons. St., Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 962 ss.; F.G. SCOCA, *Piccola storia di un serrato "dialogo" tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudizialità amministrativa*, in pubblicazione negli Studi in memoria di Roberto Marrama, e consultabile sul sito www.giustamm.it. Sottolinea lo scontro ideologico che ha caratterizzato il dibattito, fra gli altri, G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 242.

²⁵⁰ Cfr. per tutti A. ROMANO TASSONE, *Sul problema dell'analogia nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 1 ss.

²⁵¹ Il riferimento è al noto saggio di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 205 ss., ora in ID., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 11 ss. Sul tema si v., almeno, anche AA.VV., *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997. III L'abuso del diritto*, Padova, 1998; R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in G. ALPA-M. GRAZIADEI-A. GUARNERI-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. Dir. civ. Sacco*, Torino, 2001, 309 ss.; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007. Sull'abuso del processo, invece, cfr. almeno M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in *L'abuso del diritto*, cit., 435 ss.; ID., *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 117 ss.; F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, Padova,

Certo è che quando si decise, alcuni anni or sono, di mostrare la genesi e lo sviluppo giurisprudenziale del nostro diritto amministrativo, attraverso una rassegna delle “*Grandi decisioni del Consiglio di Stato*”, non si è potuta omettere la considerazione del tema della sindacabilità dell’atto politico, che mostra come la giurisprudenza del Consiglio di Stato degli anni ’30, in pieno regime fascista, abbia tenuto la barra dritta nel negare la teoria del movente, dimostrando quell’indipendenza e neutralità che contribuirono a confermare funzioni e ruolo del Consiglio di Stato anche con la Costituzione repubblicana del 1948²⁵².

Andandosi a scavare più a fondo, si scopre peraltro che la stessa consistenza dogmatica dell’atto politico è stata da più parti messa in dubbio, a iniziare dalla Francia, e poi negli altri ordinamenti che hanno ereditato il concetto dal modello transalpino. Anzi, seppure probabilmente la questione nasce nel quadro della

2000; M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull’abuso dell’azione giudiziale*, Milano, 2004; ID., *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012; L.P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 319 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 993 ss.; G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in www.judicium.it; G. VERDE, *Abuso del (e nel) processo*, in *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, cit., 117 ss. Sull’abuso del processo amministrativo la letteratura, invece, è ancora relativamente scarsa, e si limita ad esaminare talune criticità specifiche del processo amministrativo (es. abuso della tutela cautelare nella forma deprecabile delle c.d. migrazioni cautelari, l’omessa motivazione dei provvedimenti decisorii, etc.), peraltro oggi da rivedere alla luce del c.p.a. Cfr. comunque C.E. GALLO, *L’abuso del giudizio amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 1005 ss.; N. PAOLANTONIO, *Abuso del processo (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali II, 1, 2008. Il tema, oltre che un aggiornamento alla luce del c.p.a., meriterebbe una trattazione più distesa, alla luce delle implicazioni di sistema più ampie che presenta, stanti i suoi problematici rapporti coi principi sostanziali di buona fede e correttezza, con l’antico istituto dell’*exceptio doli generalis*, con l’istituto dell’interesse a ricorrere, con il delicato rapporto fra regole processuali e principi costituzionali, essenzialmente l’art. 2 e oggi soprattutto l’art. 111 Cost. (giusto processo e ragionevole durata) la cui interpretazione costituzionalmente conforme rischia di funzionalizzare eccessivamente il “servizio” giustizia, anche attraverso l’utilizzo della categoria della proporzionalità all’interno del processo (così R. CAPONI, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in www.astrid-online.it), conculcando le garanzie di tutela del cittadino, oltre che aumentando in modo forse eccessivo la discrezionalità del giudice. Basti pensare alla nota sentenza n. 3/2011 dell’Ad. Plen., ove il mancato esperimento dell’azione di annullamento (precedentemente o contestualmente all’azione risarcitoria) viene ritenuto condotta processualmente scorretta che, oltre a violare il generale dovere di correttezza e buona fede, si risolve anche in abuso dello stesso ed in una violazione del canone del giusto processo (critico sul punto è F.G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2001, 988 ss.); ovvero a Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656, in *Corr. giur.*, 2012, 405 ss., con nota di V. CARBONE, *Il giudicato implicito sulla giurisdizione evita l’abuso del processo*, secondo cui il sollevare, per la prima volta, in sede d’appello, l’eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo da parte dell’originario ricorrente che si era rivolto al giudice amministrativo, ma ne disconosce la giurisdizione visto l’esito negativo, nel merito, della controversia, integra abuso del processo che, per un verso, arreca un irragionevole sacrificio alla controparte, costretta a difendersi nell’ambito del giudizio da incardinare innanzi al nuovo giudice, e per altro verso contrasta con l’obiettivo, fissato nell’art. 111 Cost., della “ragionevole durata del processo”. Invero l’impiego dello “stilema” abuso del processo amministrativo si diffonde sempre di più nella giurisprudenza amministrativa, anche di primo grado, sicché non è possibile fornire una compiuta rassegna critica in questa sede, per cui si rinvia ad un più ampio studio sul tema in corso di elaborazione. Era comunque opportuno darne conto in questa sede, in quanto a noi sembra che la tematica intercetti questioni di ordine generale simili a quelle dell’atto politico: dalla storicità del problema, in entrambi i casi nato grazie all’opera pretoria della giurisprudenza francese, alla discrezionalità del giudice, il quale manifesta in tal modo una sua precisa “ideologia” del processo, passando attraverso la delicatissima questione del rapporto fra regole processuali e (interpretazione conforme dei) principi costituzionali.

²⁵² Cons. St., sez. IV, 27 luglio 1937, n. 425, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 221 ss., con il commento di L. Cicalini; con tale sentenza il Consiglio di Stato escludeva la qualificazione come atto politico di un provvedimento del Ministero delle corporazioni che negava l’approvazione del licenziamento di un impiegato privato, dirigente sindacale, e ne ordinava la riassunzione in servizio, con il pagamento degli stipendi arretrati. La decisione, che scarta la teoria del movente (peraltro ritenuta insussistente nel caso di specie) e ritiene l’atto in questione “obiettivamente” non politico, non essendo tutelati nella vicenda supremi interessi dello Stato, fu giudicata da F. Cammeo <<impeccabile e suadente>>.

trasformazione del sistema delle fonti al tramonto dello Stato assolutistico, l'origine dell'atto politico (secondo la dottrina maggioritaria) è ascrivibile a una scelta di "politica" giurisprudenziale in capo al Consiglio di Stato francese. Se poi si guarda agli ordinamenti di *Common law* la rilevanza della giurisprudenza sul tema appare ancora più netta, per ragioni "strutturali" legate alla portata del precedente.

Ci è quindi sembrato doveroso, anche in base ad un esame storico-evolutivo e comparato, verificare quanto di tale originaria impostazione fosse oggi ancora attuale, utilizzando appunto la teoria dell'atto politico come criterio metodologico privilegiato per misurare l'evoluzione della "politica" giurisprudenziale, a sua volta fortemente dipendente dall'assetto istituzionale di un Paese e dai mutevoli rapporti fra poteri, funzioni e fonti. Rispetto a tale mutevolezza la figura del giudice cui viene sottoposta la questione rimane l'invariante che caratterizza i vari sistemi, perché questi ha comunque l'ultima parola, anche qualora si auto-limita, come avviene ogni qual volta in passato è stata impiegata la teoria del movente.

Sicché, sulla scia di un importante saggio sul tema²⁵³, non ci pare errato ritenere che l'impostazione "storicista" contenga un'affermazione sempre valida, là dove sottolinea l'impossibilità di formulare una definizione unica ed immutabile della nozione di atto politico. Questo, semplicemente, perché essa deve fare i conti con troppi, e troppo mutevoli, fattori, per ambire a una precisa collocazione dogmatica. Lo dimostra, a nostro avviso, il pensiero di Guicciardi, che in Italia fece la ricostruzione probabilmente più convincente e lucida, oltre che originale, sul tema, salvo dover in seguito riadattare la propria teoria al mutato contesto costituzionale dell'epoca.

Guardando anche agli altri Paesi considerati, si può dire che oggi la situazione appare abbastanza consolidata: vi è la centralità della giurisprudenza nella definizione della categoria e la dottrina, salvo lodevoli eccezioni, si accontenta di riprendere le tesi del passato o comunque della pura esegesi del formante giurisprudenziale.

Peraltro è rimasto il dualismo di fondo fra coloro che tendono a giustificare la persistenza della categoria nel quadro dell'evoluzione dei rapporti fra governo e amministrazione, e della rilevanza negli stati sociali novecenteschi della funzione di indirizzo politico, e chi, invece, preferisce sottolineare maggiormente il portato del principio di legalità e, più di recente, di pienezza ed effettività della tutela, che a sua volta non può che accrescere i margini giurisdizionali di definizione della fattispecie, tanto che, anche per questo, progressivamente molti atti politici negli ultimi decenni sono stati qualificati come atti di alta amministrazione. D'altra parte, c'è pure chi porta un diretto attacco all'attuale centralità della funzione di governo, vista come autonoma capacità di curare e determinare gli interessi vitali dello Stato, la cui crisi determina la crisi dell'intera categoria²⁵⁴.

Pare a chi scrive che quest'ultimo aspetto non possa essere sottovalutato, poiché ci sta a dimostrare come è la stessa nozione di "indirizzo politico", che ha determinato nella nostra dottrina di metà secolo la tendenziale separazione fra atti politici ed atti

²⁵³ E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 39.

²⁵⁴ Cfr. A. ROMANO TASSONE, <<*Atto politico*>> e interesse pubblico, cit., 315.

di governo, a dover essere rimeditata in chiave storica, se non “scettica”, come peraltro alcuni ritengono.

Ma, se è così, essa va oggi considerata alla luce di due ineludibili questioni: la progressiva perdita di sovranità degli ordinamenti statali, e la sempre più evidente affermazione dei diritti fondamentali, che si ripercuote sullo stesso principio di separazione dei poteri, aumentando il numero e il rilievo delle *istituzioni di garanzia* rispetto alle *istituzioni di governo*²⁵⁵. In tal senso, si è osservato che in un ordinamento costituzionale in cui la regola è la limitazione dell’azione dei pubblici poteri per la realizzazione dei principi posti nella Prima parte della Costituzione, la formula “primato della politica” non possa avere più cittadinanza²⁵⁶.

Inoltre, la progressiva caduta dei tradizionali steccati tra potere esecutivo e potere legislativo²⁵⁷, dovuta a vari fattori (crisi della rappresentanza politica, rilevanza delle amministrazioni indipendenti, tendenza a spostare le decisioni dagli atti puntuali agli atti di regolazione, pervasività del diritto sovranazionale in alcune materie come quella ambientale, etc.), non opera nel segno dell’immunità del potere, ma, al contrario, dell’estensione delle garanzie, sia nel caso di “amministrativizzazione” del procedimento legislativo (si pensi alla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di leggi-provvedimento), sia, specularmente, in caso di “politicizzazione” del procedimento.

Ciò presenta delle evidenti ricadute anche sul piano processuale.

Il principio di giustiziabilità degli atti del pubblico potere, contenuto nelle carte costituzionali dei vari Paesi che abbiamo considerato²⁵⁸, o comunque in qualche modo insito nel sistema, ha in quest’ottica imposto alla giurisprudenza un’esegesi per quanto possibile restrittiva della categoria degli atti politici. E il fatto che Paesi come la Spagna, dove il Tribunal Constitucional ha ammesso la categoria dell’atto politico, oggi non lo contemplino più sul piano del diritto positivo, mentre in Italia il legislatore ha confermato la scelta originaria all’art. 7 c.p.a., anche se la Corte costituzionale non era, almeno fino a poco tempo fa, mai *direttamente* intervenuta sulla questione, ci pare indice delle persistenti perplessità e complicazioni. D’altra parte queste diverse impostazioni possono essere forse spiegate, una volta di più, in base alla centralità del formante giurisprudenziale in tale materia, ed alla recessività delle qualificazioni normative.

In questo senso può probabilmente leggersi anche il recente arresto della Consulta in tema di nomina degli assessori di una Giunta regionale²⁵⁹, che come detto, anche se

²⁵⁵ Cfr. sul punto L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 141 ss. Di recente, l’appannamento della dottrina dell’insindacabilità dell’atto politico è stato visto come uno dei molteplici strumenti (insieme ad altri, come ad esempio: una lettura particolarmente rigida del divieto di *non liquet*, l’anomala applicazione del principio dell’interpretazione conforme, etc.) che hanno consentito alla giurisdizione di conquistare spazi che prima le sembravano preclusi. Ci si riferisce a: M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *www.rivistaaic.it*, § 3.

²⁵⁶ V. *supra*, nota 160.

²⁵⁷ Sulla quale si sofferma, da ultimo, B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell’imperatività del provvedimento amministrativo*, cit.

²⁵⁸ Per un quadro d’insieme cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, trad. it., Milano, 2010.

²⁵⁹ Sentenza 5 aprile 2012, n. 81, cit.

in modo non del tutto perspicuo, specie con riguardo alla qualificazione giuridica della natura dell'atto, mostra tuttavia in modo plastico l'attuale "politica" giurisprudenziale. In nome dei principi di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale, ed in ossequio ai caratteri dello Stato di diritto, si è ritenuto di limitare ulteriormente la sfera di insindacabilità dell'atto politico, che, pur nella ricorrenza dei requisiti *soggettivo* (?) ed *oggettivo*, ben potrà essere sindacabile <<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...>>.

La nostra giurisprudenza, comunque, appare piuttosto rigorosa nella ricerca dei requisiti soggettivi e oggettivi dell'atto politico, anche se poi, stante l'aleatorietà di tali presupposti, come si è visto conserva consistenti margini di valutazione.

In ogni caso, molto spesso si abbina l'argomento della distinzione "ontologica" dell'atto politico rispetto a quello amministrativo a quello (proprio della antica teoria negativa) della carenza nel caso di specie di situazioni giuridiche soggettive coinvolte dall'uso del potere. Premesso che a sua volta quest'ultima tematica è *in sé* oggetto di costante, e tuttora incerta, "politica" giurisprudenziale da parte del giudice amministrativo, in quanto è uno di quegli aspetti che tradizionalmente ne ha caratterizzato la specialità rispetto al giudice ordinario, è comunque chiaro che quest'ultimo metodo di ricerca si indebolisce, nella sua portata euristica, ove venga privato del sostegno del primo presupposto (riguardante i rapporti fra attività di governo e amministrazione).

E' facile trovare, in questo senso, chi denuncia l'incostituzionalità dell'art. 7 c.p.a. proprio sulla scorta della impossibilità di distinguere una funzione di governo dalla funzione amministrativa, anche sulla base dell'ampia portata dell'art. 113 Cost., che fa riferimento agli "atti della pubblica amministrazione", e non già agli atti amministrativi in senso stretto²⁶⁰, o, più di recente, chi invita a partire dai diritti costituzionalmente tutelati e non dal potere, ammettendo l'esclusione del controllo del giudice solo ove essa sia riconducibile ad una norma costituzionale, anzi, sia costituzionalmente imposta²⁶¹.

Chi scrive, invece, considera tuttora valido l'antico orientamento "storicista", nella sua variante negativa. In tal senso si può ancora ritenere che l'art. 7 c.p.a. non sia incostituzionale, là dove – lungi dal ribadire un presunto "primato della politica" – alluda a scelte del Governo – o di altri organi "costituzionali" – connotate da elevata discrezionalità, le quali non consentono di immaginare gli estremi per una impugnazione dinanzi al giudice amministrativo, in quanto inidonee a ledere situazioni soggettive.

²⁶⁰ Cfr. F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, cit., § 18; in senso adesivo cfr. F. SAIITA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, cit., § 4. Per un'impostazione simile v. pure G. GRASSO-R. MANFRELLOTTI, *Poteri e funzioni dello Stato: una voce per un dizionario di storia costituzionale*, in *Costituzionalismo e storia*, a cura di C. Ghisalberti e G. Bianco, Torino, 2007, i quali sostengono che: <<un determinato atto del Governo non è non impugnabile perché politico, ma è politico *in quanto* non impugnabile. Sono le caratteristiche del provvedimento, e non il suo legame con l'indirizzo politico del Governo, che ne escludono la possibilità di ricorso>>.

²⁶¹ Cfr. F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit.

Il presente lavoro, nel suo taglio storico-comparato, vuol quindi essere una riprova dell'attualità di tale tesi, che peraltro oggi – se possibile – ancor meglio permette di cogliere i nuovi equilibri fra poteri dello Stato e fra regole e principi.

L'*excursus* storico-comparato, seppure molto parziale, ci ha mostrato come l'impostazione "storicista" possa considerarsi, nella centralità che affida alla giurisprudenza nei vari tornanti storico-istituzionali, un'invariante di fondo in un sistema così decostruito, e in quanto tale rappresentare un interessante punto di vista che, se certo non risolve i molteplici problemi in gioco, quanto meno consente di meglio percepirli.

Non solo. Si tratta di una impostazione anche metodologicamente opportuna perché, come abbiamo detto, è la stessa nozione di indirizzo politico che può essere inquadrata secondo categorie storiche, se non addirittura "scettiche". E, proprio in quest'ordine di idee, lo stesso principio di separazione dei poteri si ridefinisce implicando un sempre maggior rilievo delle *istituzioni di garanzia* (non necessariamente giurisdizionali).

In ogni caso, a nostro avviso sono queste ultime le strade che in modo più plausibile la giurisprudenza dovrebbe oggi nel nostro ordinamento percorrere, a fronte di un dato normativo che continua a parlare di atti del Governo non impugnabili.

Non ci sembra dunque possibile ammettere la "copertura" giuridica di un atto politico²⁶². In questi casi si tratterà pur sempre di atti amministrativi, anche se tendenzialmente caratterizzati da latissima discrezionalità, quindi in linea di principio impugnabili, e insindacabili solo a patto di comprenderli nel c.d. merito

²⁶² Come invece sembra ritenere la Corte cost., nella sentenza n. 81/2012. Ad avviso di chi scrive bisogna distinguere fra atto politico insindacabile ed atto politico non impugnabile (davanti al giudice amministrativo). Naturalmente sarà ben possibile ammettere la sindacabilità dell'atto politico in sedi diverse da quelle giurisdizionali. Si pensi – ancora – alla nomina dei senatori a vita (atto "sostanzialmente presidenziale", ma utilizzabile per l'esempio). Tale atto non è certo impugnabile dinanzi al giudice amministrativo, in quanto non lede alcun interesse legittimo. Ma è teoricamente sindacabile "nelle sedi appropriate", poiché il Senato potrebbe sollevare conflitto di attribuzione per menomazione e il Presidente potrebbe essere messo in stato di accusa, qualora la gravità del fatto configuri un attentato alla Costituzione. Sennonché la Corte sembra andare oltre tale constatazione, là dove invece parla anche di atto politico sindacabile in sede giurisdizionale, se e in quanto abbia violato una norma giuridica. Altro discorso ancora dovrebbe essere fatto con riguardo al tema della sindacabilità dell'atto politico da parte della stessa Corte costituzionale. Sul tema appare particolarmente emblematica la questione della gestione del segreto di Stato nel processo penale, che esula però dall'oggetto della nostra trattazione. Come è noto, la legge n. 124 del 2007, nel ribadire i limiti che il segreto di Stato può opporre al giudice penale, ha cura di negarne ogni opposizione nei giudizi di fronte alla Corte costituzionale. In questi termini, quindi, dovrebbe distinguersi, quanto al controllo in concreto sull'uso del segreto, tra giudice ordinario e giudice costituzionale (come sembrava emergere già dalla nota sentenza n. 86/1977). Tuttavia la più recente giurisprudenza della Corte (cfr. sentt. n. 106/2009 e 40/2012, entrambe in www.cortecostituzionale.org), dinanzi alla nuova regolamentazione degli artt. 40 e 41 della legge n. 124 del 2007, assume un atteggiamento di *self restraint*, e sembra generalizzare l'ambito di applicazione del principio contenuto nel precedente del 1977 quanto al carattere necessariamente solo politico-parlamentare del suddetto controllo. In tal senso si circoscrivono i limiti di intervento della Corte in sede di conflitto alla mera valutazione della <<sussistenza o insussistenza dei presupposti del segreto>>, mentre si esclude il potere di verificare la conformità dell'opposizione del segreto all'autorità giudiziaria sotto il profilo dei principi di legalità e di proporzionalità, poiché la Corte considera una tale verifica come <<una valutazione di merito sulle ragioni e sul concreto atteggiarsi>> della gestione del segreto nel caso che ha provocato il ricorso al conflitto di attribuzioni da parte del giudice precedente. Sottolinea la dissonanza fra tale giurisprudenza e la sentenza n. 81/2012, A. ANZON DEMMIG, *La Corte abbandona definitivamente all'esclusivo dominio dell'autorità politica la gestione del segreto di Stato nel processo penale*, in www.rivistaaic.it.

amministrativo, con tutela limitata agli aspetti di legittimità²⁶³, ovvero, ma sempre in seconda battuta, ritenere insussistenti le condizioni dell'azione nel caso specifico.

Sotto questo profilo restano oggi aperte – e quindi affidate alla “politica” giurisprudenziale – due rilevanti questioni di fondo.

La prima consiste in una più chiara delimitazione del requisito *soggettivo* dell'atto politico. E' evidente che la categoria degli atti “costituzionali”, ancor più di quella degli atti internazionali, in quanto tendenzialmente più ampia di quella degli atti politici del Governo, impone un chiarimento intorno alla portata dell'art. 7, co. 1, c.p.a. Lo stesso può dirsi per alcuni atti di Regioni ed enti locali. Probabilmente la persistente incertezza su questo aspetto si è scaricata sulla recente ricostruzione effettuata dalla Corte costituzionale.

Tale auspicabile chiarimento aiuterebbe pure a sgombrare il campo dalle tensioni che crea la seconda questione, che è quella delle situazioni legittimanti. Lungi dal prefigurare una possibile coesistenza fra interessi protetti ad atti politici non impugnabili, contrastante coi principi costituzionali²⁶⁴, il problema delle situazioni legittimanti andrebbe semmai posto in un secondo tempo, nel sindacato sull'atto amministrativo. Ma in questo caso, come si è visto, si pone un'ulteriore rilevante questione di “politica” giurisprudenziale, posto che l'estensione – talora – non sorvegliata della legittimazione può incidere sulla pressoché pacifica connotazione soggettiva del processo amministrativo²⁶⁵.

In ogni caso tale approccio invita lo studioso ad intraprendere il cammino di un'analisi più completa ed esaustiva delle ideologie e delle “politiche” giurisprudenziali del giudice amministrativo, alla luce di “nuove” parole chiave, quali: *effettività della tutela, concorrenza, mercato, giustizia come servizio pubblico, sussidiarietà orizzontale*, rilevanza sempre più spiccata dei diritti fondamentali negli ordinamenti multilivello²⁶⁶, nonché di quei nuovi poteri che consentono al giudice amministrativo sempre più spesso di tornare a fare quel che faceva all'origine, quando ancora non era organo giurisdizionale: amministrare²⁶⁷.

Tutto ciò nella consapevolezza che la funzione creatrice del giudice amministrativo non è affatto venuta meno, nonostante il c.p.a. e nonostante i rafforzati poteri nomofilattici dell'Adunanza Plenaria, ex art. 99 c.p.a.²⁶⁸. Semmai è

²⁶³ E' la conclusione alla quale giunge V. FANTI, *L'«atto politico» nel governo degli enti locali*, cit., 518, dopo aver escluso che il dettato contenuto nell'art. 31 del T.U. del 1924 (ed oggi dobbiamo dire dell'art. 7, co. 1, c.p.a.) possa estendersi agli atti emessi da organi diversi dal Governo.

²⁶⁴ Essenzialmente per tale ragione la tesi negativa mantiene una sua attualità.

²⁶⁵ Basti pensare alle opposte conclusioni cui giungono Cons. St., sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502, cit., in tema di nomina degli assessori di una Giunta regionale, e Tar Lazio, ord. sez. II-bis, 8 aprile 2011, n. 1302, cit., in tema di indizione del referendum abrogativo (v. *supra*, § 9).

²⁶⁶ Sul trattamento dei diritti costituzionali da parte della giurisprudenza amministrativa v., da ultimo, AA.VV., *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, cit., *passim*.

²⁶⁷ Sia consentito ancora il rinvio a G. TROPEA, *L'«ibrido fiore della conciliazione»: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, cit.

²⁶⁸ Sul tema v., da ultimo, S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, Padova, 2011. Secondo E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it*, 20-21: «In sostanza, l'Adunanza Plenaria diventa, da un lato, un freno all'evoluzione giurisprudenziale e, dall'altro, un punto fermo nell'interpretazione e nella posizione di principi. Il sistema, quando si esprime l'Adunanza Plenaria, si “ingessa” e si cristallizza, per cui più numerosi e più ampi sono i principi dettati nelle

quest'ultima ad esprimere, più che in passato, tale "politica" giurisprudenziale²⁶⁹, sfruttando anche il "grimaldello" dei primi tre articoli del c.p.a., relativi ai "principi", che tuttora consentono al giudice ampi margini di manovra²⁷⁰, a volte peraltro intesi in modo eccessivamente spregiudicato²⁷¹.

In questo senso l'atto politico, nella sua persistenza, non fa che confermare l'attualità della chiave di lettura in base alla quale fu inquadrato originariamente, richiedendo che da qui si parta per trattare, con metodo se possibile complementare rispetto a quello giuspositivo, tanti altri profili di persistente criticità del nostro diritto pubblico.

sentenze dell'Adunanza Plenaria e più ridotti sono gli spazi delle Sezioni del Consiglio di Stato e, di fatto, dei Tribunali Amministrativi Regionali>>; d'altra parte, sempre secondo tale Autore: <<... l'Adunanza Plenaria deve usare *self-restraint* per evitare che un eccesso di principi soffochi il naturale evolversi della giurisprudenza>> (22).

²⁶⁹ Si pensi alle molto argomentate, diremmo "dottrinali", sentenze n. 3/2011 (in tema di pregiudiziale amministrativa), n. 4/2011 (sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale), n. 15/2011 (in tema di tutela del terzo rispetto alla s.c.i.a.).

²⁷⁰ Secondo la previsione di L. TORCHIA, *I principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1120-1121.

²⁷¹ Si pensi, per restare alla giurisprudenza più recente, alla sentenza che afferma la possibilità per il giudice amministrativo di evitare di annullare un atto illegittimo, quando tale annullamento rischierebbe di pregiudicare interessi primari: Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, in *Urb. e app.*, 2011, 927 ss., con nota critica di A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, e in *Dir. proc. amm.*, 2012, 260 ss., con note di C.E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, e di A. GIUSTI, *La "nuova" sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*. Per alcuni rilievi critici intorno agli eccessi della creatività giurisprudenziale del giudice (non solo) amministrativo v. pure F. SAITTA, *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, in *Dir. amm.*, 2005, 585 ss., e, più di recente, G. TROPEA, *L'interesse strumentale a ricorrere: una categoria al bivio?*, cit.; S. VALAGUZZA, *Alcune perplessità sul richiamo ai principi di diritto amministrativo europeo e, in particolare, alla CEDU, nella recente giurisprudenza amministrativa: la mancata ricognizione dei significati*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 552 ss.; G. VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, cit.; R. CAPONI-D. DALFINO-A. PROTO PISANI-G. SCARSELLI, *In difesa delle norme processuali*, in *Foro it.*, 2010, I, 1794; A. ODDI, *La Corte di Cassazione e l'utilizzo spinto, in chiave ermeneutica, del principio costituzionale della <<ragionevole durata>> del processo (ovvero: di due casi emblematici di <<eccesso>> di... interpretazione costituzionalmente conforme)*, in www.costituzionalismo.it; G. SORRENTI, *La tutela dell'affidamento leso da un overruling processuale corre sul filo della distinzione tra natura creativa e natura dichiarativa della giurisprudenza*, in www.rivistaaic.it.