

**ANCORA SULL'“ATTO POLITICO” E SULLA SUA PRETESA INSINDACABILITÀ GIURISDIZIONALE.  
UNA CATEGORIA TRADIZIONALE AL TRAMONTO?\***

1. La vicenda da cui ha preso le mosse il conflitto di attribuzioni deciso dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 81 del 2012 è piuttosto tipica. Il Presidente della Giunta regionale della Campania, con distinti decreti, aveva provveduto alla nomina dei propri assessori in palese violazione delle disposizioni legislative a garanzia della rappresentanza di genere<sup>1</sup>, in particolare dell'art. 46 comma 3 dello Statuto della Regione Campania che impone il “pieno rispetto del principio di un'equilibrata presenza di donne e uomini” nella Giunta. Su ricorso di un'interessata il TAR prima, e il Consiglio di Stato poi, avevano infatti rispettivamente annullato uno di tali decreti e confermato in appello poi la decisione, seppur limitandosi la censura all'ultimo di tali provvedimenti di nomina, quello cioè che, nel sostituire un assessore dimissionario con altro sempre di sesso maschile, “ha reiterato il disequilibrio già determinatosi in occasione della prima tornata di investiture, tra componenti di sesso femminile e componenti di sesso maschile”, appunto in violazione espressa dell'art. 46, comma 3 dello Statuto. Come già nei motivi di appello al Consiglio di Stato la difesa della Regione Campania ha fondato il proprio ricorso per conflitto di attribuzioni nei confronti dello Stato, avverso la decisione del Consiglio di Stato, sull'assunto della assoluta insindacabilità del provvedimento di nomina dell'assessore regionale in quanto “atto politico” ai sensi dell'art. 7 del codice sul processo amministrativo, riprodotto del celebre art. 31 del T.U. del 1924 n. 1054. Su questi presupposti correttamente la Corte costituzionale ha dichiarato la inammissibilità del conflitto per avere la Regione Campania fatto valere in quella sede “semplici *errores in iudicando*” utilizzando, quindi, il conflitto di attribuzioni quale “improprio mezzo di gravame” avverso la sentenza del Consiglio di Stato, che avrebbe semmai dovuto essere impugnata, in tal caso, dinanzi alla Corte di Cassazione lamentando il difetto assoluto di giurisdizione (ai sensi dell'art. 111, u.c. Cost. e 362, comma 1 c.p.c.)<sup>2</sup>. Oltre l'argomentazione meramente funzionale alla decisione di inammissibilità del conflitto, peraltro, la Corte costituzionale si addentra nel merito della questione sottoposta dalla Regione ricorrente, formulando alcune interessanti considerazioni circa la natura del c.d. “atto politico”<sup>3</sup> e, soprattutto, i limiti della asserita insindacabilità degli “atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico”<sup>4</sup>.

2. La prima osservazione è stimolata già dalle stesse formule utilizzate dalla Corte. A fronte della indicazione da parte della ricorrente di tale area di insindacabilità come identificabile, secondo tradizione, nella configurazione dell'atto impugnato in sé quale “atto politico”, infatti, la Corte riconduce l'oggetto della

\* In corso di pubblicazione su *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 2 del 2012.

<sup>1</sup> La questione del rispetto delle c.d. “quote rosa” nelle giunte regionali e degli enti locali non è specifico oggetto di attenzione in queste brevi note. Per un'aggiornata rassegna critica della più recente giurisprudenza amministrativa in materia rinvio al lavoro di M. Cerroni, *Il principio di pari opportunità nell'accesso alle cariche elettive alla luce della giurisprudenza amministrativa del 2011 (nota alla sentenza del TAR Sardegna, sez. II, 2 agosto 2011, n. 864)*, in *Federalismi.it*, n. 13/2012. Una rassegna di tale giurisprudenza è disponibile all'indirizzo <http://www.federalismi.it/AppI MostraDoc.cfm?Artid=18651>. Si v. ancora, da ultimo Cons. Stato, IV, sent. n. 3670 del 2012 con riferimento alla Giunta della Regione Lombardia.

<sup>2</sup> Pti 3, 4 e 4.1 del *Considerato in diritto*. Sulla questione già E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, 193, nt. 38).

<sup>3</sup> Virgolette nel testo della sentenza.

<sup>4</sup> Art. 7, u.c., del d. lgs. n. 104 del 2010, contenente il c.d. “Codice del processo amministrativo”. V. anche 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*, 13/2012.

problematica a ben più circoscritte “aree sottratte al sindacato giurisdizionale, in quanto espressive di attività politica”; o “spazi riservati alla scelta politica”<sup>5</sup>, così suffragando la diversa impostazione teorica secondo cui ad essere eventualmente sottratti al sindacato giurisdizionale non siano gli atti in quanto tali ma semmai specifici elementi di tali atti in quanto più propriamente pertinenti a scelte configurabili quali esercizio di discrezionalità politica. In poche righe la Corte costituzionale riassume, infatti, l'essenza della problematicità del c.d. “atto politico”, ribadendo i fondamentali effetti che sulla stessa natura di tale tipo di atto, e più in generale sulla discrezionalità politica, sono esercitati, nei regimi fondati sui principi dello stato di diritto – e ancor più, come vedremo, nei sistemi costituzionali contemporanei – dai limiti giuridici posti dall'ordinamento. Con l'effetto di ridurre in maniera drastica i confini della pretesa insindacabilità giurisdizionale, fin quasi a farla sparire del tutto e comunque a ricondurla nei ristretti limiti degli spazi di decisione comunque non espressamente sottoposti dall'ordinamento a vincoli di natura giuridica. Per usare le parole della Corte, quindi, “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 dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate”<sup>6</sup>. Questa espressione riporta l'ardito tentativo di sottrarre il decreto di nomina dell'assessore alla sindacabilità giurisdizionale nel corretto alveo della tradizione giuridica, risalente alla stessa introduzione del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi<sup>7</sup>, a dir poco rafforzata dall'attuale assetto dei rapporti tra poteri frutto dell'avvento del sistema costituzionale contemporaneo.

Con ciò si intende innanzi tutto ricordare che nell'attuale assetto costituzionale è considerato normale persino il sindacato sugli atti di natura legislativa assumendosi la possibilità che la Corte verifichi addirittura, per fare un esempio tra i tanti, la effettiva sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza alla cui sola presenza la Costituzione giustifica l'adozione, da parte del Governo e “sotto la sua responsabilità”, di un decreto-legge<sup>8</sup>. Laddove in passato uno degli argomenti a favore dell'insindacabilità degli atti politici risiedeva proprio nella constatazione della “mancanza di un'autorità superiore a quelle che in massima possono emanare atti politici”<sup>9</sup>. Ma per restare ai provvedimenti amministrativi e, tra questi, agli atti politici in senso tecnico, il valore essenziale dell'assenza di un qualunque parametro giuridico perché sia anche solo astrattamente ipotizzabile una sfera di insindacabilità – di fatto, quindi, prima che in diritto – nell'ambito della discrezionalità politica delle autorità di governo era già acquisito alla cultura giuridica degli anni '30 del secolo scorso. Anzi Guicciardi proprio in ciò identificava l'essenziale connotato dell'atto come “politico”. Oltre il limite definito dalla norma attributiva della competenza ad emanare un atto politico, e nei confini giuridici di tale presupposto, qualunque altra norma giuridica contenente vincoli, limiti o condizioni di legittimità del provvedimento avrebbe fatto perdere ad esso la natura di atto politico, la cui sostanza risiede infatti proprio nell'assenza di limiti giuridici, di qualsivoglia parametro di legalità<sup>10</sup>. L'unica norma che possa ad essi fare riferimento essendo “quella che attribuisce all'organo di governo il potere di emanare l'atto di cui si tratta, stabilendo al tempo stesso i presupposti ed i limiti per l'esistenza e l'esercizio di tale potere”<sup>11</sup>; “gli atti politici sono sempre legittimi perché non vi sono norme che li riguardino e che possano essere violate”<sup>12</sup>. Dal che si

<sup>5</sup> Pto 4.2 del *Considerato in diritto*.

<sup>6</sup> Pto 4.2 del *Considerato in diritto*, ultimo periodo.

<sup>7</sup> Rinvio per semplicità alle ricostruzioni di E. Cheli, *Atto politico*, cit., 22 ss., 26; V. Cerulli Irelli, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti di «alta amministrazione»*, in *Dir.pubbl.*, 2009, 101 ss., spec. 115 ss. V. anche C. Tubertini, *Atti politici e di alta amministrazione*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 516 ss.

<sup>8</sup> Si v., almeno, le sentenze 171 del 2007 e 83 del 2010. Per non parlare della vera e propria funzionalizzazione al rispetto del diritto UE e comunitario da tempo sancita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nei confronti della stessa attività legislativa degli Stati membri. Ma sui limiti giuridici degli atti costituzionali si veda *infra*.

<sup>9</sup> Ovvio, qui, il riferimento alla ricostruzione critica di cui al noto saggio di E. Guicciardi, *L'atto politico*, in *Arch.dir.pubbl.*, 1937, (77) 507, 110 ss. (540 ss.).

<sup>10</sup> E. Guicciardi, *op.ult.cit.*, 91 ss. (521 ss.). “Quell'atto non sarebbe un atto politico, per la sola ragione della presenza di quella norma”, 93 (523).

<sup>11</sup> *Op.ult.cit.*, 95 (525).

<sup>12</sup> *Op.loc.ult.cit.*

deduce che gli atti politici sono sindacabili ogni qualvolta travalichino i limiti della competenza giuridicamente attribuita dall'ordinamento al titolare del potere di emanarli; e che la presenza di ogni altro parametro giuridico sottragga il relativo atto dal novero stesso degli atti politici, consentendone pertanto la sindacabilità in sede giudiziaria<sup>13</sup>. Tradizione giuridica su cui si appoggia oggi la motivazione della sentenza, allorché comunque non ritenendo accettabile la nozione tradizionale di "atto politico" assunta dalla Regione ricorrente, ribadisce che con riferimento alla stessa discrezionalità politica, "quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto"<sup>14</sup>. Per tacere del fatto che lo stesso Guicciardi escludesse la insindacabilità come qualità dell'atto politico ogni qualvolta fosse in questione un diritto di terzi, che è poi proprio il caso da cui muove la vicenda di cui al presente giudizio per conflitto di attribuzioni originato da un giudizio amministrativo introdotto da una cittadina privata, controinteressata nel procedimento di nomina<sup>15</sup>. E del resto la stessa nozione di insindacabilità non può contenersi nei medesimi termini di allora al cospetto dell'attuale consistenza del diritto alla tutela giurisdizionale nella Costituzione repubblicana<sup>16</sup>.

3. Il tenore dell'art. 113 della Costituzione e la circostanza che esso espressamente vieti che la tutela dei diritti e degli interessi legittimi, sempre ammessa, possa essere "esclusa o limitata...per determinate categorie di atti" hanno da subito indotto la dottrina ad interrogarsi sulla sopravvivenza stessa della nozione di "atto politico" come atto amministrativo insindacabile<sup>17</sup>. Così come la collocazione nel sistema degli "organi costituzionali" politici ha aperto la riflessione alla necessità di distinguere tra loro l'atto di governo in senso proprio come "atto costituzionale", da una parte; e l'atto politico quale categoria appartenente al più ampio genere degli atti formalmente amministrativi, forse distinto (ma forse no) dai c.d. atti di "alta amministrazione"<sup>18</sup>, dall'altra. Il superamento di questa sintesi, di questa confusione di atti un tempo riconducibili ad un unico tipo non è più plausibile nel regime costituzionale contemporaneo, e rende pertanto oggi non più utilizzabile a fini pratici la vecchia categoria di sintesi degli "atti di governo emanati nell'esercizio del potere politico" di cui al citato T.U. del 1924. Mentre appare ormai molto più funzionale alla comprensione dell'attuale regime costituzionale la diversa classificazione di tali atti in tipi distinti, a seconda che si tratti di atti amministrativi veri e propri – i c.d. "atti politici", salvo quanto sopra richiamato con riferimento al problema della loro sindacabilità in sede giurisdizionale – e atti di governo in quanto "atti costituzionali"<sup>19</sup>, non assimilabili ai primi in virtù della posizione del Governo, organo costituzionale, nel sistema dei poteri sovrani. Il che sposta di molto la questione dei limiti alla sindacabilità della discrezionalità politica, separando le sorti degli atti amministrativi da quelle degli atti di governo, effetto del diretto esercizio della funzione di indirizzo politico. Sottoposti, i primi, al controllo del giudice amministrativo ogni volta che l'esistenza di un parametro di legalità li escluda dal novero dei tradizionali "atti politici" – categoria invero recessiva<sup>20</sup> – ; soggetti al sindacato della Corte costituzionale in quanto atti comunque tenuti al rispetto di un parametro normativo superiore, i secondi, seppur nei limiti degli strumenti processuali previsti

<sup>13</sup> Ancora *op.locc. ultt.citt.*, nonché 116 ss. (546 ss.).

<sup>14</sup> Per la citazione completa v. quanto riferito *supra*, alla nota 5).

<sup>15</sup> *Op.cit.*, 65 ss. (495 ss.), seppur con riferimento ad un contesto di differente riparto di giurisdizione rispetto all'oggi.

<sup>16</sup> Ne riferisce da ultimo ancora V. Cerulli Irelli, *Politica e amministrazione*, cit., 116 ss.

<sup>17</sup> Per tutti si veda P. Barile, voce *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc.dir.*, Milano, 1959, 224 ss.

<sup>18</sup> Il che riaprirebbe forse la riflessione con riferimento ai limiti di un possibile sindacato di merito sugli atti amministrativi di questo tipo, secondo il tenore problematico dell'analisi a suo tempo proposta dall'ormai classico studio di V. Ottaviano, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Annuario di dir.comp.e di studi legisl.*, 1946, spec, 355 ss., 369 ss., 380 ss.

<sup>19</sup> P. Barile, *Op.ult.cit.*, 224 ss.; E. Cheli, *Atto politico*, cit., 40 s., 69 s., 88 s., 187 ss., che riconduce la trasfigurazione delle funzioni di governo dalla matrice originariamente amministrativa a quella costituzionale, appunto di "indirizzo politico", già all'avvento dello stato autoritario fascista, 56 ss.

<sup>20</sup> V., infatti, già P. Barile, *Op.ult.cit.*, 224, 226; A.M. Sandulli, *Atto politico ed eccesso di potere* (1946), ora in *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990, 27 ss.; E. Cheli, *Op.ult.cit.*, 184 ss.; ancora V. Cerulli Irelli, *Politica e amministrazione*, cit., 116 ss.

dall'ordinamento e con l'ulteriore cautela della possibile garanzia di una sfera di decisione politica comunque sottratta ad un sindacato di merito in quanto esercizio di attività, come si diceva un tempo, "libera nel fine"<sup>21</sup>.

Ma, è bene ribadirlo, anche i c.d. "atti costituzionali" sono soggetti a vincoli giuridici propri<sup>22</sup>, articolati in un complesso sistema di parametri normativi ai quali il titolare del relativo potere deve necessariamente attenersi essendo comunque tutti questi atti sottoposti ad un possibile sindacato per la verifica del rispetto della legalità costituzionale<sup>23</sup>. Il che rende spesso poco plausibile, anche in questo contesto, il ricorso all'espedito di invocare la natura "politica" di tali atti al fine di sottrarli al sindacato del giudice<sup>24</sup> o della Corte costituzionale.

Ma tornando ai limiti della discrezionalità rappresentati dai vincoli posti dall'ordinamento all'esercizio del potere politico, con riferimento al caso deciso dalla sentenza in commento, va ribadito con la Corte costituzionale che la loro presenza non "altera, di per sé, la natura politica del potere esercitato...ma piuttosto ne delimita lo spazio di azione". Per quanto ampia possa essere, pertanto, la discrezionalità politica del Presidente della Giunta regionale nella scelta degli assessori il relativo atto di nomina "risulterà, dunque, sindacabile in sede giurisdizionale se e in quanto abbia violato una norma giuridica"<sup>25</sup>. Del che del resto non è ormai da tempo più lecito dubitare stante la ricchissima casistica giurisprudenziale sulla sindacabilità degli atti aventi natura politica. Con l'esito certo di ritenere ormai non più autonomamente sostenibile la tradizionale categoria dell'"atto politico" di per sé solo insindacabile, almeno in quelle ipotesi in cui – con una tendenza casistica sempre più espansiva – l'ordinamento abbia posto parametri normativi a circoscriverne l'ambito di esplicazione<sup>26</sup>. Esempio mi pare, a tal proposito, la ritenuta sindacabilità dell'atto di revoca/cessazione dalla carica del presidente di assemblea consiliare (con riferimento almeno agli enti locali) a seguito della approvazione di una mozione di sfiducia. Atto di indiscutibile natura politica, come politico deve assumersene il parametro rappresentato dalla fiducia nella correttezza e nella neutralità politica del presidente nell'esercizio delle sue funzioni, tale delibera è stata spesso nella prassi oggetto di verifica da parte del giudice amministrativo, al fine di accertare proprio se le stesse condotte politiche del titolare dell'organo siano state effettivamente idonee a determinare nella maggioranza consiliare la convinzione del venir meno del suo ruolo *super partes*<sup>27</sup>. E ciò proprio in considerazione del fatto che la "neutralità" richiesta al presidente dell'assemblea politica si sostanzia in una serie di prestazioni che, in quanto strumentali al corretto funzionamento dell'organo, sono disciplinate da regole a carattere procedimentale di natura giuridica. La mozione di sfiducia, insomma, "non può essere intesa nel senso che a sorreggere il provvedimento di revoca sia sufficiente una qualsiasi motivazione e, dunque, anche una di natura meramente politica... occorre, in ogni caso, che le ragioni della revoca attengano all'esercizio della funzione propria dell'Ufficio e siano atte a giustificare l'adozione"<sup>28</sup>. Ma proprio per questo esse sono appunto passibili di sindacato giurisdizionale. Ed ancora si segnala il recentissimo caso dell'annullamento da parte

<sup>21</sup> E. Cheli, *Atto politico*, cit., 111 ss., 180 ss., 183, 191 s., 194 ss.

<sup>22</sup> E. Cheli, *Atto politico*, cit., spec. 180 ss., 183, 191 s., 194 ss. Si veda, infatti, l'impostazione della complessa riflessione critica condotta da G. Ferrara, *Gli atti costituzionali*, Torino, 2000.

<sup>23</sup> E. Cheli, *Op. ult. cit.*, 131 ss.

<sup>24</sup> Esempio il caso deciso dalla Corte costituzionale con sent. n. 103 del 1993, in *Giur.cost.*, 1993, 841 ss., pto 2 del *Considerato in diritto*, non a caso citato nella sentenza 81 di quest'anno.

<sup>25</sup> Pto 4.3 del *Considerato in diritto*.

<sup>26</sup> Si veda tra le tante la sentenza del Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2011, n. 2718. Assai di recente, proprio con riferimento alla sindacabilità dell'atto di nomina di un assessore comunale si v. TAR Lazio, II, 20 gennaio 2012 n. 679. Si vedano, ancora, tra le tante Cons. Stato, V, 23 gennaio 2007, n. 209; TAR Lazio, II, 13 luglio 2011, n. 6673. Anche se difficilmente si è ritenuto di poter ascrivere, anche in passato, alla categoria degli atti politici gli atti dei titolari delle funzioni di governo locale. Per tutti si veda, ad esempio, E. Cheli, *Atto politico*, cit., 175. Più di recente si veda l'accurata analisi di V. Cingano, *I 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, 815 ss., spec. 831 ss.

<sup>27</sup> Si veda, tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2006, n. 114, consultabile all'indirizzo [www.eius.it](http://www.eius.it).

<sup>28</sup> Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2002, n. 3187, consultabile all'indirizzo [www.eius.it](http://www.eius.it)

del giudice amministrativo dell'atto di nomina dei vertici di un'autorità c.d. indipendente<sup>29</sup> sul presupposto che, al di là della natura di atto politico o meno del provvedimento, l'autorità di governo sia comunque tenuta, pur nell'esercizio della propria discrezionalità politica, al necessario rispetto dei criteri normativamente definiti che ne disciplinano i presupposti ed il procedimento<sup>30</sup>. Criteri alla cui stregua è quindi ammissibile il sindacato del giudice amministrativo. Casistica questa che rafforza la rilevanza del parametro giuridico quale strumento di qualificazione dei relativi atti come comunque soggetti al sindacato giurisdizionale e, almeno in ciò, quindi sottratti dal novero degli "atti politici" in senso tradizionale. Con ciò confermando la plausibilità della ricostruzione riproposta in queste brevi note.

Con una sola eccezione, almeno così pare di poter dire. Quella rappresentata dall'ipotesi in cui la scelta politica dell'autorità di governo costituisca attuazione di accordi, "anche se avvenuti in forma puramente orale", tra l'Italia e un paese straniero – nella specie gli USA – in riferimento alla localizzazione di una base militare. In tal caso la natura del provvedimento conseguente, qualificabile come politico in quanto fondato su "accordi segreti", determinerà per esso l'insindacabilità in sede giurisdizionale<sup>31</sup>. Ma forse è opportuno escludere dalla presente analisi i casi in cui più che di insindacabilità dell'atto dovrebbe parlarsi di difetto assoluto di giurisdizione in quanto limite della sovranità dello Stato<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> TAR Lazio, sez. I, 5 marzo 2012, n. 2223. Si tratta dell'*Autorità nazionale di regolamentazione del settore postale* istituita con il d.lgs. n. 58 del 31 marzo 2011.

<sup>30</sup> La vicenda è dettagliatamente ricostruita da D. Bolognino, *Il "caso" delle nomine dei membri del collegio dell'Autorità nazionale di regolamentazione del settore postale. L'a.g.a. fa chiarezza sulla natura e sindacabilità dell'atto di nomina*, in corso di pubblicazione in *Dir.proc.amm.* e consultabile in [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it), cui si rinvia altresì per le interessanti riflessioni proprio sulle questioni di fondo qui richiamate.

<sup>31</sup> Il riferimento è alla vicenda della localizzazione della base militare Dal Molin, su cui Cons. Stato, sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3992. Rinvio sul punto alla approfondita analisi critica di F. Cortese, *Decisioni amministrative complesse e hard cases: il caso Dal Molin*, in G. Arena, F. Cortese (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia*, Padova, 2011, 267 ss., spec. 281 ss.

<sup>32</sup> Nel solco della decisione sul difetto di giurisdizione dello Stato italiano in riferimento alla strage del Cermis di cui alla sentenza del Cons. Stato, SS.UU., 3 agosto 2000 n.530.