

L'atto politico nel diritto amministrativo. Fondamenti, teoria, applicazioni

Prof. Aldo Sandulli

RELATORE

Prof.ssa Silvia De Nitto

CORRELATORE

Tancredi Bendicenti

CANDIDATO

A Papà e Mamma, a tutte le volte in cui mi hanno portato a conoscere il ghiaccio, e a tutto il resto.

A Donato Bendicenti, agli altri trecentotrentaquattro, alla loro Libertà, alla nostra Repubblica.

Allo Zio Augusto, protagonista dei racconti più belli, al suo ultimo baciavano.

A mia Nonna, Enza, alla sua guida spericolata.

A mio Nonno, Giacinto, cui assomiglio, alla sua musica, ai nostri silenzi.

A mio Nonno, A. PIRAS, al suo amore per lo Studio, a tutto il tempo che non abbiamo avuto.

A mia Nonna, Adriana, alla nostra Domenica, che non è mai finita

«By the laws, I mean laws living and armed»

«Per leggi, intendo leggi viventi e armate»

Thomas Hobbes, 1681

«6.53 Die richtige Methode der Philosophie wäre eigentlich die: Nichts zu sagen, als was sich sagen lässt [...] und dann immer, wenn ein anderer etwas Metaphysisches sagen wollte, ihm nachzuweisen, dass er gewissen Zeichen in seinen Sätzen keine Bedeutung gegeben hat [...]»

«6.53 Il metodo corretto della filosofia sarebbe propriamente questo: non dire niente se non ciò che può essere detto [...] e poi tutte le volte che qualcun altro volesse dire qualcosa di metafisico provargli che a certi segni nelle sue proposizioni egli non ha dato alcun significato[...]»

Ludwig Wittgenstein, 1921

«Das juristische Gesamtgebiet ist eines von Definitionen»

«L'intera regione giuridica è definitoria»

Theodor Adorno, 1966

INDICE

Introduzione: L'atto politico, oggi

1. Il problema del metodo, i problemi del metodo: premesse, struttura e fini del lavoro
 - 1.1 *Tre problemi*
 - 1.1.1 *Sulla questione delle fonti*
 - 1.1.2 *Sulla necessità di formulare una definizione dogmatica e concreta di atto politico*
 - 1.1.3 *Sul particolare metodo da impiegare nella formulazione di una tale definizione e sulla molteplicità delle nozioni giuridiche di potere politico*
2. L'atto politico: qualificazioni dottrinali e giurisprudenziali a confronto
 - 2.1 *In generale, sul metodo da impiegare nello studio di orientamenti giurisprudenziali*
 - 2.2 *Sui criteri impiegati nella costruzione del campione di sentenze oggetto di studio*
 - 2.2.1 *In particolare, sul rapporto tra la disciplina dell'atto politico e l'ordinamento eurounitario*
 - 2.3 *Breviter: sulla qualificazione dottrinale prevalente dell'atto politico*
 - 2.3.1 *Definizione dottrinale prevalente di atto politico*
 - 2.4 *Qualificazione giurisprudenziale generale della fattispecie dell'atto politico*
 - 2.4.1 *Sulla necessaria compresenza dell'elemento soggettivo ed oggettivo*

- 2.4.2 *Sulla libertà nel fine dell'atto politico*
- 2.4.3 *Sulla distinzione tra atto politico e atto di alta amministrazione;*
- 2.4.4 *Sulla non lesività dell'atto politico e sulla necessaria assenza di parametri normativi: la dottrina della discrezionalità politica*
- 2.4.5 *Definizione giurisprudenziale generale di atto politico*

3. Gli atti politici particolari. Qualificazioni giuridiche a confronto: case studies

- 3.1 *Il decreto interministeriale di autorizzazione alla cessione di materiale bellico alle Autorità Governative dell'Ucraina ex art. 2-bis, D.L. 25 febbraio 2022, n. 14 convertito con modificazioni con L. 5 aprile 2022, n. 28*
- 3.2 *Il provvedimento di protezione diplomatica adottato dallo Stato nazionale in applicazione della relativa norma consuetudinaria di diritto internazionale efficace nell'ordinamento italiano per interposizione dell'art. 10, comma 1, Cost.*
- 3.3 *Il D.P.R. recante la rideterminazione delle circoscrizioni dei collegi uninominali per le elezioni provinciali ex art. 9, L. 8 marzo 1951, n. 122*
- 3.4 *Il decreto ministeriale che concede l'extradizione ex art. 697 c.p.p.*
- 3.5 *Il decreto ministeriale che individua i paesi di origine sicura ex art. 2-bis, D. Lgs. n. 25 del 2008*
- 3.6 *Il provvedimento di indicazione del punto di sbarco sicuro ("place of safety" - POS) adottato in applicazione della direttiva*

*SOP 009/15, edita nel settembre 2015 dal Comando Generale del
Corpo delle Capitanerie di Porto - Guardia Costiera*

- 3.7 Il provvedimento di conferma espressa dal Presidente del Consiglio dei ministri — a seguito di richiesta da parte dell'autorità giudiziaria procedente — in ordine all'esistenza del segreto di Stato opposto da un indagato o imputato ex art. 41 comma 1 L. 3 agosto 2007 n. 124*
- 3.8 L'atto mediante il quale il Governo presta il proprio consenso all'ampliamento di una base militare U.S.A. ex art. 5, D.P.R. n. 170 del 19/4/2005*
- 3.9 L'autorizzazione a procedere da parte del Ministro della giustizia, ex art. 313 comma 1 c.p.*
- 3.10 La determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica per la nomina del Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ex art. 10, comma 2, della L. 10 ottobre 1990, n. 287*
- 3.11 La direttiva impartita dal Ministro dell'economia per la revoca di un consigliere di amministrazione della RAI S.p.A. ex art. 20 L. 3 maggio 2004, n. 112*
- 3.12 Il rifiuto da parte del Governo di avviare le trattative finalizzate alla stipula di intese con organizzazioni religiose ex art. 8 comma 3 Cost.*
- 3.13 La nomina dell'assessore regionale; la revoca dell'assessore comunale; la nomina della giunta comunale in violazione delle quote rosa; la nomina del segretario generale del Consiglio regionale; l'attribuzione della cittadinanza onoraria da parte di un consiglio comunale*

3.14 *Considerazioni conclusive e tassonomia degli atti politici particolari*

4. Conclusioni: note e definizioni per un'ipotesi di rinnovamento del concetto giuridico di atto politico

4.1 *Breviter: la definizione giuridica generale di atto politico*

4.2 *Sulla recessività della nozione di atto politico: abrogiamo l'art. 7 c.p.a.? L'atto politico e gli artt. 24 e 113 della Costituzione*

4.3 *Discrezionalità, libertà, libertà nel fine: normatività puntuale dell'atto politico e note sul concetto di merito politico e di atto a merito politico*

Introduzione

L'atto politico, oggi

Perché scrivere, oggi, di atto politico? Il diritto non esiste nel vuoto. Non prescinde, cioè, dal suo fine, non è sufficiente a sé stesso. Se ci si pone una domanda, lo si fa per un motivo, per venire incontro ad una necessità, per risolvere un problema. È, al contempo, un «sistema teoretico» e un «sistema pratico¹». La ricerca dogmatica trova senso solo nella comprensione concreta delle questioni che indaga.

Il diritto amministrativo è una disciplina liminale². Sospeso tra più materie, costruito da più logiche, si muove nel sentiero stretto tra interessi pubblici e privati, tra garanzia delle libertà formali ed inveroamento delle tutele sociali. Allo stesso modo l'atto politico abita il chiaroscuro che sfuma la volontà in amministrazione, la discrezionalità in libertà. E se è vero che dal chiaroscuro nascono i mostri, ci si chiede quali siano oggi il significato, e la ragion d'essere, di tale istituto. Se questo ibrido, questa creatura bifronte, abbia ancora senso di esistere, possa ancora essere ritenuto compatibile con i principi propri dello Stato di diritto. Ma la verità del sistema si coglie nell'analisi delle eccezioni:

¹ «Law is two things at the same time: a system of knowledge and a system of action. We can understand it just as much as a text that consists of normative propositions and interpretations, as we can view it as an institution, that is, as a complex of normatively regulated action. Because motivations and value orientations are interwoven with each other in law as an action system, legal norms have the immediate effectiveness for action that moral judgments as such lack. At the same time, legal institutions differ from naturally emergent institutional orders in virtue of their comparatively high degree of rationality; they give firm shape to a system of knowledge that has been doctrinally refined and coupled with a principled morality. Because law is simultaneously established this way at the levels of culture and society, it can offset the weaknesses of a morality that exists primarily as knowledge» J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, Cambridge, Polity Press, 2009, p.114.

² Si ricalca l'espressione «nozione liminale» che Giannini impiega per definire la nozione giuridica di *bene culturale*. Si sceglie, di riferirla, in questa sede, alla scienza del diritto amministrativo nel suo complesso: M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 1, 1976, pp.3-38.

solo mediante la comprensione delle deroghe si giunge a quella della regola generale.

Da una parte, sempre il diritto: l'ordinamento giuridico nazionale sembra aver subito, negli ultimi decenni, almeno otto processi trasformativi (elencati sommariamente, e delineati senza pretesa alcuna di esaustività, ma con fine sintetico-espositivo), che per la loro rilevanza, e per l'estensione degli effetti strutturali che hanno determinato, ci si propone, in questa sede, di configurare quali cambiamenti di paradigma:

- I) la propria *costituzionalizzazione*;
- II) la propria *comunitarizzazione* o, più correttamente, *eurounitarizzazione*;
- III) la propria *internazionalizzazione*;
- IV) la propria *regionalizzazione* (incompleta e incompiuta), e, più in generale, si potrebbe affermare con una licenza linguistica, “sussidiarizzazione”;
- V) la propria *tecnicizzazione*, che si sostanzia da un lato nella necessità pratica, dettata dal progresso tecnologico e dalla complessità dei sistemi economici contemporanei, di produrre norme sempre più dettagliate e aderenti alle singole materie, dall'altro, sul piano della organizzazione amministrativa, nella proliferazione del modello delle *autorità indipendenti*;
- VI) la *crisi dello Stato*³ e delle amministrazioni centrali, conseguente ai processi *esterni* e *verso l'alto* di cui ai punti da II) a III), al processo *interno* e *verso il basso*, di cui al punto IV), ed al processo sia *interno* sia *esterno* e “verso il lato” di cui al punto V);

³ S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bari, GLF Editori Laterza, 2002.

- VII) la *crisi della fattispecie*, con riferimento soprattutto, ma non esclusivamente, al diritto privato: perciò la *decodificazione*⁴ e frammentazione delle discipline;
- VIII) la *privatizzazione del diritto pubblico* (sul piano della disciplina sostanziale, delle tutele processuali e dei modelli organizzativi) e la *pubblicizzazione del diritto privato* (determinata sia dalla crescente rilevanza delle norme costituzionali nella *costituzione, regolazione ed estinzione* dei rapporti intersoggettivi, sia dalla moltiplicazione delle fattispecie di intervento dei poteri pubblici; p.e. normativa *golden power*).

Tali processi hanno agito, al livello del diritto positivo, direttamente sulla produzione delle norme, e, al livello del diritto vivente, ora sulla determinazione degli orientamenti giurisprudenziali, ora sulla formulazione delle teoriche in sede dottrinale.

Dall'altra parte, sempre il potere. Un potere che pare tendere naturalmente alla riduzione dei controlli cui è sottoposto, alla limitazione, quantitativa e qualitativa, dei vincoli che gli sono comandati. Un potere che, concependosi, talvolta, come puro e formale, reclama spazi già erosi di autonomia, dunque di insindacabilità, in nome della propria legittimazione democratica (pur progressivamente indebolita dalla disillusione dell'opinione pubblica e dal conseguente decremento della propensione al voto). La tensione irrisolta che lega questi due termini, diritto e potere, e la conseguente necessità di individuare un punto di equilibrio tra essi, corrisponde, fondamentalmente, all'oggetto della nostra ricerca che, in virtù del significato medesimo della domanda da cui muove, si intende articolare in due momenti logici: il primo *de iure condito*, il secondo *de iure condendo*. Perciò: quali immunità del potere sono state

⁴ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979.

conservate? Quali erose? E ancora: quali immunità del potere occorre conservare? Quali sacrificare? Scrivere oggi di atto politico, dunque, significa interrogare i limiti della nostra disciplina, e studiare, nello specifico, una tra queste immunità. La questione fondamentale resta il rapporto tra tecnica, diritto e politica, tra l'esercizio dei poteri pubblici inteso quale ottimizzazione vincolata dei risultati rispetto alle risorse, come efficientamento dei mezzi atto al raggiungimento dei fini, ed un'interpretazione non mediata del principio democratico: decide chi interpreta la volontà popolare, oltre e a scapito di ogni valutazione ulteriore. *Vox populi, vox dei*. La «decostruzione dello Stato amministrativo⁵» è al contempo programma, strategia, fine e presupposto di molte (e diverse) forze politiche, ed economiche, nel panorama globale.

Il Leviatano freme⁶, scuote le catene che lo stringono. L'incondizionata procedimentalizzazione di tutte le cose⁷, la giuridicizzazione del possibile e la moltiplicazione quasi geometrica delle fattispecie considerate meritevoli di tutela giurisdizionale, processi che hanno accompagnato e definito la *golden age*⁸ ordoliberalista, paiono volgere al termine.

In questo contesto il rapporto tra politica e amministrazione, tra potere e diritto, interroga il nostro pensiero, e, ancor più, la nostra azione. Le linee di demarcazione tra questi concetti/fenomeni hanno, infatti, natura pratica: producono effetti immediati e materiali non solo sul *System*, ma soprattutto nel *Lebenswelt*⁹.

⁵ M. TUSHNET, (a cura di), *The Administrative State in the Twenty-First Century: Deconstruction and/or Reconstruction*, Special issue, *Dædalus* 150, n. 3 (Summer 2021).

⁶ C.R. SUNSTEIN & A. VERMEULE, *Law and Leviathan. Redeeming the administrative state*, Cambridge Massachusetts, The Belknap press of Harvard University press, 2020.

⁷ Si fa una parafrasi della espressione «incondizionata democrazia di tutte le cose»: H. MELVILLE, *Lettera a Nathaniel Hawthorne*, 1 giugno 1851.

⁸ C'è chi afferma, invero, che una nuova *età dell'oro americana* sia appena incominciata: <https://www.whitehouse.gov/articles/2025/03/sunday-shows-the-golden-age-of-america-is-here/>.

⁹ J. HABERMAS. *Between Facts and Norms*, Cambridge, Polity Press, 2009.

Sul tema dell'atto politico, si presentano alcuni quesiti specifici. Senza la pretesa di esporre ognuna delle possibili questioni rilevanti o di circoscrivere le relative aree di ricerca, se ne propongono, a titolo esemplificativo, nove:

- 1) *Sulla indeterminatezza normativa*: in che modo l'assenza di una definizione normativa precisa, e l'incostanza applicativa nella determinazione dei requisiti essenziali della fattispecie elaborati dalla giurisprudenza, incidono sulla coerenza dogmatica e la concreta fenomenologia processuale della categoria di atto politico?
- 2) *Sulla legittimità costituzionale*: come si concilia, infatti, la sussistenza di un'area di insindacabilità *ex lege* con il principio della “pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale” — previsto *specialiter* dall'art. 1¹⁰ del Codice del Processo Amministrativo, e garantito *generaliter* dagli artt. 24¹¹ e 113¹² della Costituzione — nonché, a livello internazionale, dagli artt. 6¹³ e 13¹⁴ della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e

¹⁰ «*Effettività* La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo».

¹¹ «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento (...)».

¹² «Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.

Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti (...)».

¹³ «*Diritto a un equo processo* Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti (...)».

¹⁴ «*Diritto a un ricorso effettivo* Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali».

al livello dell'ordinamento eurounitario, dall'art. 47¹⁵ della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea?

- 3) *Sulla distinzione con la categoria di atto di alta amministrazione*: quali sono i criteri discretivi che consentono di determinare i caratteri dell'*atto politico* rispetto a quelli dell'*atto di alta amministrazione*, e quali sono le conseguenze di tale distinzione ai fini del sindacato del giudice?
- 4) *Sulla tutela dei diritti fondamentali*: in quale misura la *politicalità* di un provvedimento o di un atto emanato dal Governo può giustificare la compressione di diritti costituzionalmente garantiti?
- 5) *Sulla espansione del principio di legalità*: in quale misura l'incremento della normazione secondaria e la già richiamata tendenza generale dell'ordinamento alla *tecnicizzazione* possono determinare l'erosione delle aree di esercizio del potere politico, e la loro sussunzione nell'ambito di quelle di esercizio del potere amministrativo, vincolate, strutturalmente, all'applicazione del principio di legalità?
- 6) *Sui rischi posti dal self-restraint, sui rischi posti dalla mancanza di esso*: la qualificazione di determinate fattispecie quali *atti politici* può rappresentare un arretramento ed una "auto-esenzione" del potere giudiziario da materie che dovrebbero essere soggette, invece, al sindacato giurisdizionale? Di converso: la progressiva erosione giurisprudenziale della categoria può determinare una lesione del principio di separazione dei poteri?

¹⁵ «Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge (...)».

- 7) *Sulla giurisdizione del giudice ordinario*: la non impugnabilità disposta dall'art. 7, comma 1 del Codice del Processo Amministrativo è da considerarsi assoluta? O residua un'ipotesi di giurisdizione del G.O. laddove l'atto politico leda un diritto soggettivo? È plausibile, perciò, che, pur nell'inesperibilità dell'azione di annullamento, ci si possa avvalere di strumenti processuali volti all'integrazione della tutela risarcitoria?
- 8) *Sugli atti politici negli ordinamenti delle Regioni e degli enti locali*: è possibile configurare, al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 7, comma 1 del Codice del Processo Amministrativo (che si limita a disciplinare gli "atti o provvedimenti adottati dal Governo nell'esercizio del potere politico"), l'adozione di atti politici da parte degli organi di indirizzo politico-amministrativo delle Regioni e degli enti locali?
- 9) *Sulla lesività e sull'interesse ad agire*: se la definizione dogmatica di *atto politico* presuppone necessariamente come fine la tutela degli interessi supremi dello Stato, la determinazione di una lesione diretta ed individuale della sfera giuridica di un singolo, perciò lo sviamento in concreto di tale fine, ne comporta la degradazione ad atto amministrativo sindacabile?

La comprensione di cosa l'atto politico sia, di come esso si manifesti e si articoli nell'ordinamento, è un atto interpretativo che risponde ad una molteplicità di fini.

Quattro, quelli che intendiamo sottolineare.

Il primo, teoretico. Viviamo il tempo delle sfumature. Il rigido sistema di distinzioni categoriali che, complessivamente, ha accompagnato e nutrito lo sviluppo delle più varie discipline (naturalistiche, sociali, umanistiche) nel diciannovesimo e nel ventesimo secolo, sembra trovare, ormai, sempre minore

riscontro nella realtà storicamente determinatasi. Tale processo inesorabile di combinazione e compenetrazione dei saperi, di simbiosi e osmosi tra le diverse forme del pensiero, assume particolare evidenza in ambito giuridico, sia internamente (si pensi alla progressiva cedevolezza della distinzione tra *ius publicum* e *ius privatum*), sia esternamente (da notare il dialogo, divenuto virtualmente irrinunciabile, tra scienze sociali e scienze “dure”).

Questo rilievo, di ordine generale, riveste primaria importanza nello studio del Diritto Amministrativo che, come prodotto, in buona misura, della stratificazione razionale (e razionalizzata) di un’opera instancabile e varia di ricostruzioni teoriche, condotta a livello giurisprudenziale e dottrinale, presenta una connaturata ed inevitabile propensione al confronto con discipline e valutazioni altre, di ambito giuridico ed extragiuridico. Perché la scienza del diritto amministrativo, lungi dal rappresentare esclusivamente una struttura teorica astrattamente predeterminata, si pone come normativizzazione adattiva della storia delle istituzioni pubbliche nazionali, e dell’evolversi del loro rapporto con la società civile, il mercato ed i cittadini. Un rapporto che presenta immancabilmente i tratti della biunivocità¹⁶: entrambi gli estremi si

¹⁶ Sul ruolo che la scienza giuridica può e deve svolgere nel rapporto con le altre scienze sociali, e sull’impostazione teorica che il giurista europeo è chiamato ad assumere nell’elaborazione degli strumenti atti al governo di questo nostro tempo: «La piattaforma giuridica è naturalmente ispirata alla conformazione e limitazione delle pulsioni derivanti dalle diverse scienze sociali: il diritto è limite agli istinti primordiali che conducono all'abuso di una scienza sociale sulle altre. E, in tal senso, il diritto svolge un fondamentale ruolo di sintesi delle finalità delle altre scienze in un determinato momento storico, al fine di trasformare in regole dotate dei requisiti di cui si è detto le pulsioni, i bisogni e le rivendicazioni delle altre scienze sociali. [...] L'impegno gravoso al quale la classe accademica è chiamata implica quindi che il ruolo dello studioso del diritto debba essere ridelineato nella direzione di un «realismo utopico», nel senso di una capacità di leggere la prismatica realtà, ma nell'ottica di un atteggiamento proattivo e propositivo, volto a una rinnovata primazia. Un giurista, però, non più isolato nel suo orticello conchiuso, ma pienamente in contatto con le altre scienze sociali e con i loro risultati. Ciò anche in funzione di tessitura del nuovo ordine, al fine di garantire un equilibrio tra le diverse spinte dei “sistemi parziali” derivanti dalle scienze sociali e indirizzare il contenuto del crogiolo che ne deriva verso finalità costituzionali di democrazia

configurano come vere e proprie matrici di cambiamento, in un processo inscindibile e reciproco di etero-determinazione. In questo senso, lo studio dell'atto politico, la più liminale tra le nozioni¹⁷ della più liminale tra le discipline, coincide con l'analisi del diritto amministrativo in quanto scienza, con la determinazione del suo metodo, dei suoi limiti, dei suoi caratteri, della sua collocazione nel sistema più ampio dei saperi sociali.

Il secondo, giuridico. Tra le tematiche classiche della scienza giuspubblicistica, quella dell'atto politico si presta, ancor più di altre, ad uno studio dinamico e d'insieme, che sia capace di coglierne la definizione e le implicazioni teoriche mediante un'ermeneutica orientata alla complessità¹⁸, al tentativo di far

e di giustizia» A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 225-226.

¹⁷ La rilevanza e complessità della questione trovano riscontro già nella dottrina più risalente: «In ogni ramo della scienza del diritto esiste un certo numero di questioni che, nonostante ogni sforzo di penetrazione e di chiarimento, sembrano particolarmente restie ad essere avviate verso una soluzione che possa, senza soverchio semplicismo o superficialità, ritenersi accettabile: sì che esse continuano ad essere dibattute, sempre negli stessi termini e con gli stessi argomenti, ma anche a lasciare in ciascuno che se ne occupi un perenne senso di insoddisfazione. Anche il diritto amministrativo ha i suoi punti neri, i suoi problemi che — nonostante le soluzioni provvisorie ed empiriche sulle quali sono momentaneamente adagiati — debbono onestamente riconoscersi tuttora insoluti. Uno fra questi è certamente il problema relativo agli atti politici, o atti di governo. Rispetto al quale può dirsi che esso, in ragione della sua specifica natura, forse più di ogni altro esaspera la coscienza individuale e stimola la sensibilità dello studioso: in quanto, sorgendo dalla esclusione del sindacato giurisdizionale su una serie di atti del potere esecutivo, troppo facilmente esso lascia l'impressione di dar luogo ad un «arbitrio legalizzato», perché non si senta la necessità assoluta di determinare, almeno, colla massima precisione possibile i limiti entro i quali esso trova campo di esplicazione, il che è quanto dire i casi in cui il cittadino appare dall'ordinamento giuridico lasciato indifeso di fronte allo Stato» E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Archivio di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1937, pp. 265-320/486-556, pp. 320-321.

¹⁸ Sulla *giurisprudenza della complessità*: «Il giurista odierno è costretto a riflettere sul proprio metodo in un contesto in cui molte delle sue categorie stanno modificandosi e la stessa dinamica della vita individuale e sociale ha subito una prepotente accelerazione. Il cambiamento in atto si può osservare anche sotto altri profili, connessi alla recente evoluzione della scienza e delle sue applicazioni tecniche, ed è di proporzioni tali da determinare una vera e propria rivoluzione cognitiva. [...] Se è vero che, in un sistema complesso, le parti sono in uno stato di “disordinata interdipendenza” e l'incertezza è una caratteristica propria del sistema, la regolazione della società complessa non può più basarsi solo su fattispecie (pretesamente) esaustive, ma necessita di principi che segnino la direzione e si traducano in

corrispondere il vero all'intero, non cedendo alla tentazione di riprodurre passivamente *framework* inattuali, ma tenendo fermi i principi fondamentali dell'ordinamento e l'aderenza al dato normativo. Perché, lo dimostrano le notevoli volatilità e discordanze delle posizioni dottrinali assunte sul tema, conferire l'uno o l'altro significato alla nozione di atto politico, è un'operazione cognitiva di ordine fondamentalmente assiologico, oltre che dogmatico. Si tratta, cioè, di comprendere le necessità strutturali che sorgono in relazione alle crisi proprie di un determinato momento storico, e di adeguare la propria opera di interpretazione, conformemente al testo costituzionale, alla tutela ed alla composizione degli interessi pubblici e privati che vengono, di volta in volta, in rilievo.

L'erosione progressiva, giurisprudenziale e normativa¹⁹, della categoria di atto politico non può risolversi nell'estinzione dell'istituto. Ne va della tutela del principio di separazione dei poteri, perciò dell'autonomia in concreto dell'esecutivo rispetto al giudiziario. La tendenza giurisprudenziale prevalente, a nostro avviso non integralmente condivisibile, si è articolata, da un lato, nella conservazione di una categoria "pura" di atto politico, imprescindibilmente insindacabile e astratta nei suoi caratteri, e, dall'altro, nella riconduzione di sempre più fattispecie ora nel *mare magnum* degli atti amministrativi puri e semplici, ora nella sfuggente²⁰ nozione di "atti di alta amministrazione".

regole che dovranno essere costantemente implementate e rimanere in costante comunicazione con la realtà» A. PUNZI, *Prudentia iuris: materiali per una filosofia della giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2025, pp. 10-11.

¹⁹ Cfr. par. 1.1.1.

²⁰ «Al contempo, una volta esclusa la sussistenza dell'atto politico, la categoria dell'alta amministrazione non appare sufficientemente caratterizzata né sul piano funzionale, né sul piano del regime giuridico, rispondendo spesso soprattutto all'esigenza «pratica» di assicurare un controllo meno stringente (ancorché strutturalmente non dissimile) rispetto a quello sugli altri atti amministrativi» A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 1, 2023, pp. 393-439, p. 423.

Tenteremo, soprattutto, di sostenere l'inattualità di quest'ultima, e l'opportunità di sostituirla con la formulazione teorica, più aderente alla realtà, di "atti a merito politico"²¹.

Si renderà necessario, dunque, distinguere tra la definizione generale di "atto politico", quella specifica di "atto politico-governativo" (ex art. 7 del D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104: di seguito "Codice del processo amministrativo", o, abbreviato in c.p.a.), quella ibrida di "atti a merito politico", quella pura di "atto amministrativo".

Sul piano del metodo giuridico da impiegare per addivenire ad una qualificazione sostanziale dell'istituto, la considerazione è evidente: allorché manchi una norma definitoria, si rende necessario elaborarne autonomamente l'argomento. È questo il caso dell'atto politico. Due sono le fonti: lo sviluppo dogmatico dei caratteri dell'istituto, per come desunti dall'ordinamento nel suo complesso, e la ricostruzione concreta del diritto vivente, per come determinato dagli orientamenti giurisprudenziali consolidatisi nel tempo. Al fine di approssimare l'esattezza (per quanto possibile in ambito giuridico) della definizione è necessario individuare la giusta combinazione tra le due.

Sul piano processuale, il sentiero è meno ripido. Si discuteranno quelle tesi volte a sostenere l'azionabilità, in sede civile, della tutela risarcitoria per il danno da atto politico, e si solleveranno, a riguardo, alcuni dubbi interpretativi. Si preciserà poi la relazione tra l'art. 113 Cost. e l'art. 7 c.p.a., esaminando una recente interpretazione, che pur nell'offrire indubbi elementi di interesse, pare configurarsi, in definitiva, quale non integralmente condivisibile²².

Il terzo, economico. Perché la valutazione degli effetti sul mercato e sulle aspettative di imprese e investitori determinati dall'esercizio dei pubblici poteri,

²¹ Cfr. par. 4.3.

²² R. MANFRELLOTTI, *Molto rumore per nulla. Considerazioni sulla problematica dell'atto politico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 2, 2025, pp. 523 ss.

soprattutto quando libero e insindacabile, è questione fondamentale, che non può essere accantonata dal giurista come elemento di poco conto, cedevole rispetto alla perfezione del concetto. È necessario «invece affiancare allo studio del *law in books*, quello del *law in action*; non accontentarsi di conoscere le *paper rules*, ma cercare anche le *real rules*; fare attenzione all'innovazione e alle riforme, guardare ad altre culture»²³, consci del fatto che «il diritto ha rapporti alterni con l'economia [...] [e che] dalla sovranità dello Stato sull'economia si passa ora alla sovranità dell'economia sullo Stato: basta pensare all'influenza che hanno le valutazioni delle agenzie di rating sul finanziamento degli Stati sul mercato, specialmente nei Paesi con alto debito pubblico»²⁴. La tesi che si sostiene sull'intrinseca politicità²⁵ dell'esercizio dei poteri speciali, cosiddetti *golden power*, deve accompagnarsi ad un responsabile apprezzamento del complesso rapporto tra costi e benefici che lo contraddistingue, ed alla ragionevole valutazione di strumenti alternativi (ad esempio il *nudging*²⁶). Sembra opportuno, in questo senso, applicare, con le dovute analogie e divergenze, come agli atti politico-governativi, così agli atti a merito politico, i modelli che la scienza economica ha elaborato per descrivere gli effetti che le scelte di politica monetaria determinano sulla credibilità delle Banche Centrali, e quelli che le variazioni di tale credibilità determinano sull'intensità delle reazioni dei mercati²⁷. Occorre che i concetti giuridici di

²³ S. CASSESE, *Varcare Le Frontiere*, Milano, Mondadori, 2024, pp. 247 ss.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Sul punto, ovviamente, torneremo.

²⁶ R.H. THALER & C.R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, Yale University Press, 2008.

²⁷ Si fa riferimento, ad esempio, ad una più recente rielaborazione del modello di Barro-Gordon: H.W. WOHLTMANN & A. TOTZEK, *Barro-Gordon Revisited: Reputational Equilibria in a New Keynesian Model*, *Kredit und Kapital*, Berlin, Duncker & Humblot, Berlin, Vol. 45, Iss. 1, pp. 27-50, 2012. Per il modello originale: R. J. BARRO & D. B. GORDON, *Rules, Discretion and Reputation in a Model of Monetary Policy*, *Journal of monetary economics*, 1983/12, 1, 101-121, 1983; R. J. BARRO & D. B. GORDON, *A Positive*

discrezionalità e affidamento dialoghino con quelli economici di *discretion* e *reputation*, che le forme dogmatiche comunichino con il loro contenuto sociale. In questo senso, allo studio dell'atto politico quale istituto è connaturato lo studio dell'atto politico quale fenomeno distorsivo del mercato.

Il quarto, assiologico. Perché lo studio dello Stato, delle sue trasformazioni e della sua crisi è sempre informato da principi costituzionali e valori extragiuridici. Sottende una speciale forma di impegno, esistenziale prima ancora che intellettuale. E se è vero che nulla di grande al mondo si è fatto senza passione, e nemmeno nulla di piccolo, l'auspicio è che questa, almeno, non manchi.

Theory of Monetary Policy in a Natural Rate Model, in: *Journal of monetary economics*, 1983/91, 4, 589–610, 1983.

1. *Il problema del metodo, i problemi del metodo: premesse, struttura e fini del lavoro*

1.1 Tre problemi; 1.1.1 Sulla questione delle fonti; 1.1.2 Sulla necessità di formulare una definizione dogmatica e concreta di atto politico; 1.1.3 Sul particolare metodo da impiegare nella formulazione di una tale definizione e sulla molteplicità delle nozioni giuridiche di potere politico

In principio è il metodo²⁸. Vale per ogni sapere che intenda porsi come scienza, dunque anche per il diritto. Ed il metodo giuridico diviene irrimediabilmente «il problema del metodo»²⁹. Questo si articola principalmente nel dissidio tra le forme pure e simmetriche che ci sono state consegnate dalla tradizione

²⁸ Scusandoci per la sovrapposizione dei termini: occorre effettuare una premessa di metodo alla premessa di metodo. Nella stesura del capitolo si sono prese due scelte di stile e sistema, che paiono distinguerlo dal resto del lavoro. Primo: si sono inserite, in nota e nel testo, citazioni molto distese. Ciò per evitare di snaturare, con una rielaborazione meramente compilativa, pensieri che per il loro contenuto costituiscono la cornice gnoseologica entro la quale la nostra indagine è ricompresa e determinata. Secondo: è evidente che queste poche pagine non siano idonee, né in concreto, né tantomeno in astratto, ad esaurire il tema che trattano. È parso fondamentale però, per le specifiche sue esigenze, rendere esplicitamente la problematizzazione di alcune questioni che ci siamo posti, in modo da chiarire l'ambito teoretico nel quale si sono formulate le proposizioni che seguiranno.

Si noterà che si è assai frequentemente impiegata la tecnica dell'enumerazione, pur consapevoli del fatto che possa, talvolta, minare la fluidità della lettura. Se così è stato, ce ne scusiamo. L'intenzione era la chiarezza. Non si è fatto altro che applicare, d'altronde, la quarta ed ultima regola del metodo cartesiano che prescrive «di fare dappertutto enumerazioni così complete e rassegne così generali da essere certo di non omettere nulla» R. DESCARTES, *Discorso del metodo*, Milano, BUR, 2011, *Parte Seconda*.

²⁹ Segue: «Soggetto e oggetto, giurista e norme, lo vogliono [il metodo] dentro di sé, e lo chiamano perentoriamente alla loro intrinseca storicità. Non ci appare più come uno strumento applicabile a tutti i bisogni, pacificante ed acquietante, ma come un modo di essere di noi giuristi. L'impiego del metodo si fa auto-comprensione, un assiduo e ansioso interrogarci sulla nostra temporalità» N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Bari, Editori Laterza, 2014, Cap. I: *Nichilismo e metodo giuridico*.

dogmatica³⁰, e che si pongono alla base anche del Diritto Amministrativo³¹, e l'instabilità di un tempo che sembra averle rese obsolete³². Il "nichilismo giuridico" avanza una soluzione, non facile, né immediata: desistere dal tentativo di imporre alle norme una sistematica che non è loro propria; trovare un senso generale ove possibile; accettare che questo sia solo particolare se necessario, elaborare dunque, di volta in volta, un metodo che possa adeguarsi a questo o quell'oggetto di indagine. Nel condividere le premesse, divergiamo, almeno parzialmente, nelle conclusioni. Se infatti tale argomento aderisce alle trasformazioni intervenute nell'ambito della disciplina privatistica, non trova invece piena conferma con riguardo a quella pubblicistica³³, specialmente nella sua espressione amministrativa. Nello studio delle funzioni e dei poteri pubblici, l'esigenza di coerenza sistematica, lungi dall'assumere i caratteri del bisogno

³⁰ «Noi entriamo nelle norme con l'occhio di concetti, elaborati e trasmessi da secolare tradizione, e non potremmo diversamente. La coscienza della nostra epoca ci ammonisce a non sovrapporli al contenuto normativo, e, dove sia necessario (cioè, dove il testo positivo li neghi e rifiuti), a lasciarli cadere ad uno ad uno, sacrificando una fittizia continuità e accettando il rischio della rottura e della crisi. Nessuna dottrina del metodo può restituirci ciò che è tramontato» *Ivi*.

³¹ Sul punto, Cassese: «La tradizione scientifica italiana è stata positivistica e dogmatica. Ha prestato attenzione all'interpretazione piuttosto che al cambiamento legale. È stata influenzata piuttosto dalla cultura germanica che da altre culture» S. CASSESE; *Varcare Le Frontiere*, Milano, Mondadori, 2024, p. 247.

³² «Si tratta soltanto di rompere la fissità a-storica del metodo, un rifugio evasivo che suscita malessere negli studiosi, risveglia di continuo un'infeconda problematicità, e urta nelle caratteristiche proprie del nostro tempo. Essere giusti verso il passato senza precludersi l'immagine più schietta e veritiera degli anni che ci è dato di attraversare, sicché il metodo si faccia interno a noi, modo di essere della nostra stessa vita» N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Bari, Editori Laterza, 2014, Cap. I: *Nichilismo e metodo giuridico*.

³³ Con ciò non si vuole significare che permanga una separazione rigida, sul piano teoretico e su quello pratico, tra il diritto pubblico e quello privato. Il primo molto ha appreso dal secondo, ed il secondo molto è stato trasformato dal primo. Eppure, per quanto si tenda generalmente, e idealmente, ad un riequilibrio del rapporto tra amministrazione e privati, a favore di questi ultimi (cfr. F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, 1975, pp. 807 e ss.), e dunque ad una «privatizzazione» di esso in particolare, e della scienza del diritto amministrativo in generale (cfr. S. CASSESE; *Amministrare la nazione*, Milano, Mondadori, 2023, pp. 120 e ss.), è nostra opinione che resista ancora una apprezzabile distinzione di sistema e di logica, seppur sfumata, tra le due discipline.

meramente intellettuale, dell'appagamento di un desiderio, interno all'interprete, di simmetria, pare bensì rappresentare un aspetto fondamentale della loro legittimità. Questo per due ordini di ragioni.

Il primo, di tenore positivo: seppur la Costituzione informa³⁴, attraverso i propri principi, virtualmente ogni rapporto di diritto privato, questa non solo informa, ma fonda, delimita e determina, direttamente o indirettamente, ogni rapporto di diritto pubblico. Il potere, soprattutto nella sua espressione amministrativa, deve essere coerente con la sistematica costituzionale. Questa considerazione non è altro che una declinazione della distinzione classica tra ciò che è lecito e ciò che è legittimo³⁵. Sono leciti, dunque, quei rapporti giuridici tra privati che non trovino fondamento nelle norme (a patto che non siano in contrasto con queste); sono illegittimi, invece, quei rapporti di sovraordinazione tra istituzioni e cittadini che da esse non siano esplicitamente o implicitamente presupposti³⁶.

³⁴ Il quantum di tale influenza è dibattibile, e nei fatti molto dibattuto. Basti pensare alla rilevanza che la dottrina della *Drittwirkung* ha avuto negli sviluppi recenti della scienza del diritto civile. Si ricordano, p.e.: E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2017; G. SILVESTRI, *Drittwirkung*, in *Accademia*, 2025.

³⁵ Questa distinzione, d'altro canto, non è stata priva di conseguenze nocive per l'ordinamento nel suo complesso, nell'ambito, soprattutto, del rapporto tra la cultura dell'attività amministrativa e la Legge. Sul punto, Cassese: «L'accezione attualmente dominante del principio di legalità si può riassumere con un'espressione che è stata usata nel 1924 da Guido Zanobini, e che ha dato una forte impronta alla cultura giuridica amministrativa italiana affermatasi nella prima metà del Novecento. Secondo questa concezione, mentre al privato tutto è permesso salvo ciò che è espressamente vietato, alla pubblica amministrazione tutto è vietato eccetto ciò che è espressamente previsto dalle norme. Questo dictum di Zanobini ha sostanzialmente dominato tutta la cultura amministrativa italiana, dove per «cultura amministrativa» si intende non soltanto quella derivante dagli studi di dottrina, ma principalmente quella propria della stessa amministrazione. La pubblica amministrazione ha finito così per percepirsi come completamente vincolata dalla legge, creando un circolo vizioso nella propria capacità di ragionare in termini di risultati, privilegiando la produzione normativa» S. CASSESE, *Amministrare la nazione*, Milano, Mondadori, 2023, pp. 65-66.

³⁶ Non si vuole intendere, con tale affermazione, che l'attività amministrativa si esaurisca nella mera applicazione puntuale di quanto disposto, in modo astratto e generale, delle norme attributive. Occorre che questa mantenga quella funzione creativa, consistente nella ponderazione degli interessi primari con quelli secondari, ricostruita da Giannini. Si sottolinea, altresì, come tale definizione debba essere aggiornata nella direzione recentemente tracciata

Il secondo, di natura storico-pratica: il diritto amministrativo non è regolato da un codice. Il dato normativo resta naturalmente la sua cornice ed il suo presupposto, ma l'elaborazione dottrinale³⁷ e giurisprudenziale³⁸ ne sono da sempre — e continuano ad esserne — le fonti principali (cosicché, non di rado, le innovazioni legislative si configurano quali recepimento positivo di principi e norme elaborati in altra sede³⁹). Il fatto che il diritto amministrativo sia

da Cassese: «Ma il legislatore non sa che l'amministrazione, quando deve provvedere, deve, innanzitutto, stabilire quale dei tanti binari seguire, di quali condizionamenti tener conto, quali controllori temere. La nuova discrezionalità, quindi, consiste nel muoversi tra regole, condizionamenti e controllori. Non è più lo spazio libero da leggi, ma lo spazio occupato da tante regole e da molti controllori. Richiede un bilanciamento diverso dalla ponderazione di cui scriveva Giannini nel 1939, perché include anche il sistema dei controlli. I fattori determinanti di ultima istanza sono proprio gli organi sanzionatori (autorità contabili e penali), che condizionano la scelta di fondo tra azione e inerzia; donde la burocrazia difensiva» S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, p. 727.

³⁷ La ricostruzione storica e giuridica (i due caratteri non paiono essere scindibili tanto che si afferma «se il giurista *deve* essere storico, lo storico *deve* essere giurista» p. XII) più completa e sistematica del ruolo che la scienza del diritto amministrativo ha svolto nella costruzione dello Stato italiano si trova in A. SANDULLI, *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*. Milano, Giuffrè, 2009, e nel contributo in lingua inglese del medesimo autore; A. SANDULLI, *Administrative Law Scholarship in Italy (1800-2010)*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 4, 2010, pp. 1055-1122.

³⁸ «Non ci sono aree sulle quali gli organi di giustizia amministrativa non abbiano lasciato il segno [...]. Le nozioni fondamentali del diritto amministrativo, quali interesse pubblico ed ente pubblico, sono frutto dell'elaborazione giurisprudenziale. E lo stesso può dirsi per i cosiddetti «vizi dell'atto amministrativo» [...]. I giudici amministrativi hanno contribuito alla formazione del diritto amministrativo, ma non l'hanno fatto nello stesso modo del legislatore. In primo luogo, mentre il Parlamento e i consigli regionali hanno elaborato regole, mettendo le basi del diritto amministrativo che possiamo chiamare sostanziale, i giudici hanno costruito i principi, le strutture, i concetti, i paradigmi portanti dell'edificio amministrativo: per esempio, principi come quello di ragionevolezza o quello di proporzionalità» S. CASSESE; *Amministrare la nazione*, Milano, Mondadori, 2023, p. 126.

³⁹ Fenomeno ampiamente documentato, un esempio recente è quello del nuovo “Codice dei Contratti Pubblici” (D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 “Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della Legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici”). Un simile meccanismo si è verificato con riguardo alle modifiche, risalenti al 2021, della Legge 241/1990 “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”, come sottolineato da Cassese: «Principi prima sviluppati in sede giurisdizionale vengono poi trasposti in norme legislative. Per esempio, le ultime modifiche della legge del 1990 sul procedimento amministrativo recepiscono, sostanzialmente, orientamenti giurisprudenziali» *Ibidem*.

creazione⁴⁰ in massima parte dei giuristi, più che del Legislatore, fa sì che esso sfugga, seppur non indenne, alla trappola di quella «volontà dell'uomo [che] — spezzati i vincoli teologici e metafisici; demolite o declinate anche quelle entità, che sembravano tenerne il luogo — [...] si espande illimitata nel diritto e si fa macchina produttrice⁴¹ di norme»⁴².

Riteniamo, perciò, che un metodo sistematico (dunque dogmatico) del diritto pubblico in generale, e del diritto amministrativo in particolare, esista e debba esistere. Riconosciamo, al contempo, che occorra, di volta in volta, adattarlo e calibrarlo⁴³, predisporlo *on a case-by-case basis*⁴⁴, ai singoli oggetti di indagine: renderlo dunque concreto⁴⁵ e non astratto. Affermiamo, soprattutto, che debba

⁴⁰ Non casualmente si usa il verbo *creare* in antitesi a quello, impiegato da Irti per riferirsi allo Stato *machina machinarum*, di *produrre*, infatti: «Le norme perdono ogni tratto di immutabilità e definitività: esse sono prodotte, cioè – per usare il lessico filosofico di Emanuele Severino – vengono dal nulla e possono esser ricacciate nel nulla. Se il criterio della loro validità, del loro valere come norme, sta nel regolare funzionamento della procedura (ad esempio, nell'esser deliberate con una data quantità di voti); se nessun vincolo, estraneo e superiore alla volontà umana, le stringe a predefiniti contenuti; allora esse, le norme giuridiche, vengono dal nulla e tornano nel nulla. Emanate modificate abrogate ripristinate: sono immerse nella contingenza e casualità del divenire» N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Bari, Editori Laterza, 2014, Cap. I: *Nichilismo e metodo giuridico*.

⁴¹ Dello stesso tenore il concetto schmittiano di «legge motorizzata»: C. SCHMITT, *La Situazione Della Scienza Giuridica Europea*, Macerata, Quodlibet, 2020, pp. 48 e ss.

⁴² N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Bari, Editori Laterza, 2014, Cap. I: *Nichilismo e metodo giuridico*.

⁴³ «Lo studioso e l'operatore del diritto non possono illudersi di incasellare casi pratici in schemi normativi già pronti (e dogmaticamente assunti come completi ed esaustivi). Essi devono far aderire il proprio metodo ai fatti e, dunque, aprire gli occhi sulla pulsante realtà del caso che si presenta al loro cospetto e ponderare le ragioni ed aspettative rappresentate dagli attori della controversia di ciascun caso» A. PUNZI, *Prudentia iuris: materiali per una filosofia della giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2025, p. 9.

⁴⁴ Attenuiamo in questo senso la massima espressa da Irti, per la quale «Si tratta soltanto di rompere la fissità a-storica del metodo, un rifugio evasivo che suscita malessere negli studiosi, risveglia di continuo un'infeconda problematicità, e urta nelle caratteristiche proprie del nostro tempo. Essere giusti verso il passato senza precludersi l'immagine più schietta e veritiera degli anni che ci è dato di attraversare, sicché il metodo si faccia interno a noi, modo di essere della nostra stessa vita», *Ivi*, Cap. I: *Nichilismo e metodo giuridico*.

⁴⁵ Il significato della parola “concreto” è ripreso dalla lezione hegeliana. Il metodo della scienza del diritto amministrativo italiana, d'altronde, ha tratto certamente insegnamento dalla logica del concetto e dalla filosofia dello spirito oggettivo, già nella recezione giuridica

dischiudersi ai metodi delle altre scienze (dell'economia, della filosofia, della sociologia, della storia, nonché della statistica, della linguistica e della demografia), non già per smussare il proprio rigore (bisogna «conoscere il proprio lavoro, essere in grado cioè di padroneggiare i ferri del mestiere» tenendo «sempre fermo un piede nella propria disciplina»⁴⁶), ma per informarlo, correggerlo e colmarlo di significato. In un mondo, in un tempo, che sfugge a rigide distinzioni categoriali, il corso da preferirsi è quello, intuito da Santi Romano⁴⁷, inaugurato da Giannini⁴⁸, poi riformato, completato e tracciato da

dell'idealismo crociano e gentiliano, e soprattutto nell'elaborazione dell'istituzionalismo romaniano. «Ma il sostanziale o reale, quello che riunisce assieme, in sé, tutte le determinazioni estratte, ed è la loro schietta ed assolutamente concreta unità, è appunto la ragione logica» G.W.F. HEGEL, *Scienza della logica* (9a ed.), Bari, Editori Laterza, 2008, p. 29.

Sulla importanza del concetto di *concretezza* nella teoria generale del diritto romaniano, basti riportare il primo dei quattro commenti alla definizione di *istituzione* fornita nella prima delle due partizioni dell'*Ordinamento Giuridico*: «L'ente di cui parliamo deve avere un'esistenza obiettiva e concreta, e, per quanto immateriale, la sua individualità deve essere esteriore e visibile: appunto per rendere meglio questo suo carattere l'abbiamo anche detto un "corpo" sociale» S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Macerata, Quodlibet, 2018, p. 44.

⁴⁶ S. CASSESE, *Varcare Le Frontiere*, Milano, Mondadori, 2024, p. 245.

⁴⁷ D'altronde la definizione romaniana di *ordinamento* presuppone necessariamente un alto grado di apertura alle altre scienze: il concetto stesso di *istituzione* implica l'elemento sociale come presupposto logico e storico di quello giuridico.

⁴⁸ In un recentissimo contributo, dedicato al rapporto tra Giannini e il «problema della scienza dell'amministrazione», Sandulli analizza e commenta la vocazione gianniniana per la costruzione di dialoghi tra le scienze sociali ed, in generale, tra la scienza del diritto e le discipline extragiuridiche: «Sin dagli scritti giovanili, Massimo Severo Giannini ha avvertito la necessità, da un lato, di costruire un ponte tra la scienza giuridica e le altre scienze sociali e, dall'altro, di estendere gli studi amministrativi all'organizzazione amministrativa. Sotto il primo versante, è significativo un breve scritto del 1941. Nel commentare un volume di Gaetano Napolitano, rileva che «La scienza del diritto è una scienza esatta, o almeno che aspira ad essere tale; di fronte a questo stato di cose, a poco a poco ha finito nell'invalere, nei giuristi, un sottile disdegno per gli economisti, considerati un intelligente, ma vano genere di ciarlatori». Egli mostra, invece, come lo sguardo del reale che viene assicurato dagli economisti possa essere di grande utilità per i giuristi, per cui «è appunto da una più profonda collaborazione tra giurista ed economista, abbandonando i passati disdegni, che possono trarsi più proficui risultati, per la conoscenza relativa di queste realtà nuova che veniamo pericolosamente elaborando»» A. SANDULLI, *Giannini e il problema della scienza dell'amministrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 4, 2025, pp.1101-1102.

Cassese: varcare le frontiere⁴⁹, insomma, formulare una sintesi tra il rigore dogmatico della scienza giuspubblicistica e l'intrinseca multidisciplinarietà del reale.

1.1 Tre problemi

I metodi *sistematici* che si possono applicare, e che si sono nel tempo applicati, alla scienza giuridica sono molteplici. Non è la sede, questa, per affrontare analiticamente le varie prospettive che si sono alternate, contrastate, fuse e confuse. Ci occuperemo perciò, consci della provvisorietà di quanto si afferma, di presentare solo alcune considerazioni elementari, non su ognuno di essi, ma su quello che, nel confarsi maggiormente al diritto amministrativo, pare adeguato adottare nel corso della nostra indagine, visti gli specifici problemi che essa ha incontrato.

Tale, lo abbiamo anticipato, è quello dogmatico.

Adattato e calibrato, però, in ragione delle esigenze che scaturiscono dal concetto cui è applicato: perciò concreto.

Sul punto, due questioni preliminari.

La prima si risolve nello stabilire cosa con dogmatico desideriamo significare. Fornire una definizione univoca ed universalmente valida di “dogmatica giuridica” pare un proposito assai ambizioso, e che certamente esonda rispetto all'oggetto, ai limiti e ai fini della presente ricerca. Si tratta, invero, di una tra le categorie gnoseologiche fondamentali che determinano le condizioni di esistenza medesime del pensiero giuridico. Per questo ci affidiamo ad una proposizione che non abbia la pretesa di stabilire normativamente e con rigore

⁴⁹ È questa l'espressione scelta da Cassese come titolo per la sua autobiografia intellettuale, che già abbiamo avuto occasione di citare: S. CASSESE; *Varcare Le Frontiere*, Milano, Mondadori, 2024.

di scienza il carattere di tale concetto, ma che si limiti a descrivere ciò che usualmente con esso si voglia intendere. La migliore delle fonti pare essere quella forse più elementare: l'Enciclopedia. Si riporta dunque l'incipit della voce corrispondente:

«Scienza giuridica, sviluppatasi tra l'Ottocento e il Novecento, soprattutto in Germania e in Italia, che procedeva all'elaborazione di concetti generali e astratti sulla base di norme valide solo perché esistenti, aventi in quanto tali la natura di 'dogmi'. Tale formalismo, risalente al normativismo tedesco, condusse allo sviluppo della 'giurisprudenza dei concetti' (*Begriffsjurisprudenz*), un metodo d'interpretazione delle norme basato sull'accorpamento di leggi e istituti in concetti generali, ai quali l'interprete doveva rifarsi rigidamente prescindendo dalla considerazione di qualsiasi elemento eteronomo al diritto proveniente dal corpo sociale (etica, economia, psicologia)»⁵⁰

Se condividiamo il contenuto del primo paragrafo, non includiamo, invece, nel significato che intendiamo conferire alla locuzione "dogmatica giuridica", quello del secondo, relativamente soprattutto a quelle conseguenze "puriste" cui un'impostazione orientata alla "giurisprudenza dei concetti" può condurre, e, storicamente, ha condotto.

Altra nota fondamentale: il metodo dogmatico non può prescindere dall'esame dei precedenti giurisprudenziali, seppur (tendenzialmente) non vincolanti nel nostro ordinamento, che costituiscono la trama di cui è tessuto il diritto vivente. Non a caso, Giannini, già nella "Avvertenza" a *Il potere discrezionale*⁵¹, afferma che «Benché questa opera sia di carattere prevalentemente dogmatico, essa trae ispirazione direttamente da un insieme di decisioni giurisprudenziali,

⁵⁰ *Enciclopedia Treccani*, voce: "Dogmatica Giuridica".

⁵¹ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 5.

che avevo scelto per le esercitazioni pratiche svolte insieme al corso di diritto amministrativo nella R. Università di Sassari, negli ultimi due anni».

Inoltre, non è possibile esimerci dal confronto con le discipline extragiuridiche. A due domande intendiamo rispondere: “cos’è e come si esprime il potere politico del Governo?” e “l’esercizio di tale potere quali effetti giuridici produce in capo all’amministrazione e ai privati?” Con le sole forze della scienza giuridica si può tentare di rispondere alla seconda, ma senz’altro non alla prima. In questo senso, il metodo che si adotta, oltre ad essere dogmatico, si distingue, come già abbiamo affermato, per essere concreto. Integra cioè, negli elementi che ordina e significa, tanto il “diritto vivente”, quanto alcuni input rilevanti, pratici e teoretici, provenienti da discipline altre. Non riteniamo questa sia una contraddizione. Come la scienza matematica, che fonda, in quanto sistema formale, il proprio metodo sull’enunciazione di assiomi e regole di inferenza, contiene necessariamente questioni che non possono essere decise applicando quei medesimi assiomi⁵², così la scienza del diritto, per quanto rigorosa e coerente possa essere l’architettura della sua logica, si trova costretta ad elaborare concetti dogmatici per la corretta definizione dei quali occorre

⁵² È questo il significato elementare del primo dei due teoremi di incompletezza enunciati da Kurt Gödel: «The most comprehensive formal systems yet set up are, on the one hand, the system of Principia Mathematica (PM) and, on the other, the axiom system for set theory of Zermelo-Fraenkel (later extended by, J.v. Neumann). These two systems are so extensive that all methods of proof used in mathematics today have been formalized in them, i.e. reduced to a few axioms and rules of inference. It may therefore be surmised that these axioms and rules of inference are also sufficient to decide all mathematical questions which can in any way at all be expressed formally in the systems concerned. It is shown below that this is not the case, and that in both the systems mentioned there are in fact relatively simple problems in the theory of ordinary whole numbers which cannot be decided from the axioms. This situation is not due in some way to the special nature of the systems set up, but holds for a very extensive class of formal systems, including, in particular, all those arising from the addition of a finite number of axioms to the two systems mentioned» K. GÖDEL, *Über formal unentscheidbare Sätze der Principia Mathematica und verwandter Systeme I* (“On Formally Undecidable Propositions of Principia Mathematica and Related Systems”), Wien, *Monatshefte für Mathematik und Physik*, 1931, v. 38, pp. 173-198 (trad. di B. MELTZER, 1962, New York, Dover Publications, pp. 37-38).

necessariamente muovere da proposizioni extragiuridiche. L'una e l'altra scienza, dunque, si distinguono per la loro intrinseca incompletezza.

La seconda questione preliminare consiste nello stabilire quali siano quelle esigenze, specifiche dell'oggetto della nostra ricerca, che sopra richiamavamo. Queste si pongono dinnanzi a noi, come ogni considerazione teoretica, nella veste di problemi.

Il primo (cfr. par. 1.1.1), di portata puramente descrittiva, è relativo alle fonti, abbondanti in dottrina e giurisprudenza, ma assai carenti tra le disposizioni di Legge e regolamentari.

Il secondo (cfr. par. 1.1.2), che segue necessariamente dal primo, deriva dalla struttura logica di tali norme, che per l'indeterminatezza del loro contenuto, intimano all'interprete di procedere ad una ricostruzione, non già dogmatica e *pura*⁵³, ma dogmatica e concreta dell'istituto.

Il terzo (cfr. par. 1.1.3), integrando il secondo, si riferisce al particolare metodo che si dovrà impiegare, e che verrà più avanti esposto, per operare tale ricostruzione.

1.1.1 Sulla questione delle fonti

Il primo problema è relativo alle fonti. La locuzione “atto politico” (o il suo plurale) nel corpo della normativa nazionale, figura, infatti, assai di rado. In

⁵³ Sul concetto di purezza, Kelsen: «La si definisce dottrina «pura» del diritto perché vorrebbe assicurare una conoscenza rivolta soltanto al diritto e perché vorrebbe eliminare da tale conoscenza tutto ciò che non appartiene all'oggetto esattamente determinato come diritto. Vuole cioè liberare la scienza del diritto da tutti gli elementi che le sono estranei: questo è il suo principio metodologico fondamentale, che di per sé potrebbe sembrare una cosa ovvia» H. Kelsen, *La Dottrina Pura Del Diritto*, Torino, Einaudi, 2021, p. 11

esito ad un'operazione di ricerca su banca dati⁵⁴, questi sono i risultati (evitando di citare, nel testo, le norme abrogate⁵⁵), espressi in ordine gerarchico:

⁵⁴ La ricerca è stata effettuata mediante la banca dati *ONE Legale* di *Wolters Kluwer*. Si sono ricercate le parole “atto” e “politico” unite dal connettore logico *and*, includendo il *sinonimo* “atti politici”, e selezionando il *filtro per tipologia* “Normativa Nazionale”. Si sono esclusi i risultati corrispondenti al filtro “Normativa Regionale”, poiché, lo ricordiamo, l’art. 7 c.p.a. fa esplicito riferimento agli “atti o provvedimenti emananti dal Governo nell’esercizio del potere politico”, escludendo dunque dal proprio ambito di applicazione gli atti o provvedimenti emanati dagli organi regionali di vertice politico-amministrativo.

⁵⁵ Si riportano in nota le norme abrogate.

1-2) L’art. 92 del Regio Decreto 18/06/1931, n. 914 “Testo unico delle disposizioni legislative riguardanti l’ordinamento del corpo reali equipaggi marittimi e lo stato giuridico dei sottufficiali della regia marina”, e l’art. 65 del Regio Decreto Legge 03/02/1938, n. 744 “Norme sul reclutamento ed avanzamento dei sottufficiali e militari di truppa, nonché sullo stato dei sottufficiali della regia aeronautica”: entrambi prevedevano, tra i motivi di retrocessione dei “sottufficiali di carriera, di leva ed in congedo”, il compimento di «atti politici contrari al giuramento».

Tali disposizioni sono da inquadrarsi nel progetto, intrapreso dal regime fascista, di ampliamento del controllo politico esercitato sulle forze armate. Gli atti summenzionati rappresentavano una manifestazione dell’accezione criminale dell’istituto, ormai espunta dall’ordinamento, che ricollegava a comportamenti politico-comunicativi (nella accezione habermasiana) effetti giuridici di portata sanzionatoria.

3) L’articolo 39 del Regio Decreto Legge 27/11/1933, n. 1578, “Ordinamento delle professioni di avvocato e di procuratore” (che riproduce pressoché integralmente il testo dell’articolo 47 della Legge 25/03/1926, n. 453, medesimo titolo, poi abrogata): “I discorsi, gli scritti ed in generale gli *atti politici* non possono formare oggetto di procedimento disciplinare, tranne il caso che costituiscano una manifestazione di attività contraria agli interessi della nazione”.

4) Di interesse, infine, l’art. 9 rubricato “Atti non soggetti a controllo” del D. Lgs. 22/04/1994, n. 320 “Norme di attuazione dello statuto speciale della regione Valle d’Aosta”:

“In aggiunta agli atti che non rientrano nelle categorie indicate all’art. 8 restano esclusi dal controllo di cui al presente decreto gli atti politici, gli atti di organizzazione interna degli organi regionali, nonché i provvedimenti assunti dagli organi regionali nell’esercizio di funzioni di controllo sugli atti adottati dai comuni, dall’unità sanitaria locale e dagli altri enti locali della regione, anche se relativi a materie ad essi delegate o subdelegate dalla regione”

Il D. Lgs. prevedeva l’istituzione di una “Commissione di coordinamento” e di un “Presidente della Commissione di coordinamento” (soppressi dal D. Lgs. 17 marzo 2015, n. 45 “Norme di attuazione dello Statuto speciale della regione Valle d’Aosta/Vallee d’Aoste in materia di abrogazione di disposizioni concernenti la Commissione di coordinamento ed il Presidente della Commissione di coordinamento”) dotati del potere/dovere di «esercitare il controllo di legittimità sugli atti amministrativi della regione». Dagli atti soggetti a controllo erano esplicitamente esclusi, come sopra riportato, gli atti politici. Sembrerebbe essere l’unica disposizione, nell’ambito della normazione statale sulle articolazioni territoriali della Repubblica, a prevedere espressamente tale istituto.

- a) all'art. 2 comma 2 (rubricato "Ambito e limiti di ammissibilità dei ricorsi") Decreto 15/10/2009, n. 781 "Modificazioni al Regolamento per la tutela giurisdizionale dei dipendenti": «Nei casi previsti dal comma 3 dell'art. 1 l'esame dei ricorsi si estende al merito. I provvedimenti degli Organi della Camera aventi contenuto di atto politico o di alta amministrazione, quelli riguardanti le nomine a scelta e le assegnazioni e trasferimenti ai vari Servizi ed uffici di competenza del Presidente, dell'Ufficio di Presidenza, del Collegio dei Questori e del Segretario generale sono impugnabili solo per incompetenza o violazione di legge o regolamento»;
- b) nell'Allegato 1 "Documento di sintesi" al D.P.R. 29/08/1991 "Aggiornamento del Piano generale dei trasporti" dove si afferma «che il Piano [generale dei trasporti] non fu solo un atto politico, più o meno supportato da motivazioni tecniche, ma comunque fine a se stesso: fu il risultato di un ampio ed approfondito processo di elaborazione culturale, che sboccò su un terreno di unanime consenso politico e sociale verificato in sede parlamentare oltre che in sede tecnico-economica»⁵⁶;
- c) nella Delibera 21/11/2018, n. 1074 "Approvazione definitiva dell'Aggiornamento 2018 al Piano Nazionale Anticorruzione" al paragrafo "3. Le Politiche di Coesione finanziate con il Fondo per lo Sviluppo e la Coesione" «si ritiene, altresì, opportuno che siano

⁵⁶ Continua: «Tutto ciò ne fa un documento essenziale di indirizzo e di riferimento per l'intero comparto, il segno di una svolta, un elemento di non ritorno nell'atteggiamento con il quale la comunità nazionale si dispone di fronte a problemi sempre più cruciali per la vita individuale e collettiva, quali i problemi della mobilità delle persone e delle merci. Ma se questo è vero, allora rifarsi al Piano e commisurare ad esso il senso e la scala degli interventi via via oggetto di politica nel comparto non rappresenta un dato di libera scelta, quasi un superfluo da aggiungere ad arbitrio al quadro delle valutazioni e delle opzioni che guidano l'azione in concreto, ma una immancabile componente nella costruzione di una linea nella quale la direzione e la dimensione dei singoli atti non sono più importanti della loro coerenza di insieme e della sinergia che ne può e ne deve derivare».

predisposte adeguate misure per rendere trasparente il coinvolgimento di tutti gli attori che partecipano al processo decisionale ed attuativo a valle di eventuali atti politici, ivi inclusi eventualmente i rappresentanti della società civile. Tali misure di trasparenza possono essere importanti nella fase di monitoraggio dell'attuazione dei programmi».

Questi pochi esempi (sette in tutto, di cui quattro soggetti ad abrogazione) paiono esaurire le menzioni normative della locuzione “atto politico”/“atti politici”. Ci limitiamo ad alcuni rapidi appunti.

In primo luogo, delle tre norme ancora in vigore, nessuna è di rango primario⁵⁷. Ammontano ad un Decreto di modificazione del regolamento della Camera “per la tutela giurisdizionale dei dipendenti” (un regolamento parlamentare cosiddetto “minore”⁵⁸, cioè di organizzazione interna, atto, nel caso di specie, a disciplinare le funzioni di “autodichia”, sostituite alla giurisdizione ordinaria e previste a tutela dei dipendenti), e a due “piani” (l’uno adottato con D.P.R., l’altro emanato da un’autorità indipendente). Va sottolineato, poi, che se sub a) e c) si fa effettivamente riferimento al concetto giuridico di atto politico, sub b) la medesima locuzione viene impiegata senza porre alcun rimando, almeno esplicito, alla relativa disciplina giuridica;

In secondo luogo, delle quattro norme abrogate, tre fanno riferimento ad un concetto giuridico di atto politico, ormai rimosso dall’ordinamento, che si contraddistingueva, come già richiamato in nota, per il fatto di ricollegare a

⁵⁷ Invero, parte della dottrina riconosce anche ai regolamenti parlamentari cosiddetti *minori* la medesima efficacia delle norme primarie, in quanto essi costituirebbero, insieme ai regolamenti generali, un autonomo sottosistema normativo. Eppure, l’esclusiva applicabilità di tali disposizioni a questioni interne di portata organizzativa, fa propendere, in questa sede, per la soluzione opposta. Per la tesi che si rifiuta: A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto* (artt. 1-9 *disp. prel.*), II ed., in *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, Zanichelli/*Il Foro italiano*, 2011.

⁵⁸ N. LUPO & L. GIANNITI, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, Il Mulino, 2018, pp.62-63.

«comportamenti politico-comunicativi (nell’accezione habermasiana) effetti giuridici di natura sanzionatoria». Il fatto che, nell’ordinamento repubblicano, il disvalore attribuito a questo meccanismo normativo sia tale che «lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge»⁵⁹ rende evidente le ragioni della sua espunzione. Va notato che l’articolo 39 del Regio Decreto Legge 27/11/1933, n. 1578, “Ordinamento delle professioni di avvocato e di procuratore” (che riproduce pressoché integralmente il testo dell’articolo 47 della Legge 25/03/1926, n. 453, medesimo titolo, poi abrogata) (cfr. n. 3), nota 55), nel prescrivere che «i discorsi, gli scritti ed in generale gli atti politici non possono formare oggetto di procedimento disciplinare, tranne il caso che costituiscano una manifestazione di attività contraria agli interessi della nazione» disponeva in via generale l’esclusione della responsabilità disciplinare per chi avesse commesso tale genere di atti, derogabile, però, qualora si fossero perfezionati gli elementi costitutivi della relativa fattispecie aggravata;

In terzo luogo, a quanto consta dalla nostra ricerca, la quarta (cfr. n. 4) nota 55) di queste norme abrogate sembrerebbe essere l’unica, nella storia dell’ordinamento italiano, a contemplare positivamente la possibilità di emanare atti politici, dogmaticamente analoghi a quelli ex art. 7 c.p.a., ma riferiti al livello di governo regionale. Si trattava, comunque, è opportuno sottolinearlo, di una regione a statuto speciale.

Tali rilievi muovono da una ricerca giurimetrica volta all’individuazione delle norme in cui ricorra la locuzione “atto politico” o il suo plurale.

È noto, però, che il fondamento positivo e presupposto logico della giurisprudenza in materia di atti politici corrisponda al citato art. 7 c.p.a., che

⁵⁹ Art. 10 comma 3 Cost.

disciplina gli «atti o provvedimenti adottati dal Governo nell'esercizio del potere politico».

Provvisoriamente, i pochi appunti che si sono appena esposti sembrano suffragare la posizione dottrinale, che si giudica maggioritaria, propendente per l'affermazione dell'insussistenza⁶⁰ dell'istituto, o almeno per il riconoscimento⁶¹ della sua recessività. Con la differenza che, usualmente, si fa riferimento con tale fenomeno alla convergenza in tale senso delle pronunce dei TAR e del Consiglio di Stato, mentre a noi pare che esso si estenda, in modo forse ancora più evidente, anche agli interventi, pur da sempre assai rari, del Legislatore. Pare di trovarsi innanzi ad una “fuga dal politico”⁶².

1.1.2 Sulla necessità di formulare una definizione dogmatica e concreta di atto politico

Sulla necessità di una ricostruzione dogmatica della definizione di atto politico, cioè sul secondo di quei problemi, si riprende quanto scritto da Giannini a proposito del potere discrezionale⁶³:

⁶⁰ Posizione assunta già da Guicciardi nei primi anni dell'ordinamento repubblicano: E. GUICCIARDI, *Aboliamo l'art. 31 del T.U. del Consiglio di Stato?*, in *Foro amministrativo*, fasc. II, 1947, pp. 18 ss.

Sull'assorbimento della nozione in quella di *atto costituzionale*: E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti “politici” e atti di “alta amministrazione”*, in *Diritto pubblico*, 2009, pp. 120 ss.

⁶¹ «In un simile contesto di chiara recessività degli atti politici dall'ordinamento, l'esigenza di preservare maggiormente l'autonomia della funzione di governo ha trovato una risposta più rassicurante — e, solo apparentemente, meno problematica — nella categoria degli atti di «alta amministrazione», i quali hanno visto crescere la loro rilevanza nell'ordinamento, ben al di là delle tradizionali ipotesi riconducibili all'esercizio della funzione di indirizzo politico o, comunque, del potere di direttiva finalizzato a orientare (e limitare) l'esercizio dell'attività amministrativa puntuale» A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 1, 2023, pp. 393-439, p. 419.

⁶² Espressione che ricalca quella classica di «fuga dal diritto privato»: S. CASSESE, *Amministrare la nazione*, Milano, Mondadori, 2023, pp. 120 e ss.

⁶³ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, pp. 5 e ss.

«Determinare una nozione dogmatica non significa naturalmente prescindere dalle disposizioni positive, perché non esiste nozione giuridica che non rilevi da norme. Ma vi sono alcuni concetti basilari della scienza del diritto, come quello di volontà, di interesse giuridico, di persona giuridica, ecc., che le norme giuridiche presuppongono, e che disciplinano o ponendo dei limiti, o sviluppando attributi particolari, o disponendo dei segni di riconoscibilità esterna. Fra essi va collocato quello di potere discrezionale. Con ciò noi prescindiamo da qualsiasi soluzione fino a oggi proposta circa la questione delle relazioni fra la dogmatica e i sistemi positivi, né vogliamo in alcun modo occuparcene. Muoviamo piuttosto dall'osservazione, di un ordine scientificamente assai inferiore, che negli ordinamenti giuridici degli Stati attualmente esistenti, da quelli che più si avvicinano a formule strutturali un tempo universali, ad altri che più tendono a rinnovarsi svincolandosi dalle formule strutturali della media attuale, sempre si trova ricorrere il concetto di potere discrezionale. [...] Tutto ciò offre sufficiente fondamento per indurre a credere che si possa determinare un concetto puramente dogmatico del potere discrezionale, cui i diversi diritti positivi e rami di uno stesso diritto positivo si riportano con molteplici specie, proprietà, attributi, così come avviene p.e. per il concetto di norma giuridica, che è un elemento degli ordinamenti giuridici concettualmente unitario, ma positivamente differenziato da ordinamento a ordinamento, e nel seno di un medesimo ordinamento»

Come per il potere discrezionale, così per il potere politico, che è il fondamento positivo, lo si sottolinea, del nostro tema di ricerca, può determinarsi un “concetto puramente dogmatico”. Che del potere politico sia non opportuno, ma indispensabile, dare una definizione giuridica è cosa chiara. Sono infatti le norme (e “non esiste nozione giuridica che non rilevi da norme”) a porre questa necessità. Nel particolare, è proprio, come si diceva, l’art. 7, comma 1 c.p.a. — che riproduce pressoché fedelmente il testo dell’art. 31 del Regio Decreto 26/06/1924, n. 1054 “Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato” — a contenere la locuzione, su cui già abbiamo speso alcune righe, di “potere

politico”. In tal modo, quella che è un’espressione di contenuto irrimediabilmente variabile, propria, *ex plurimis*, del linguaggio comune, filosofico, sociologico ed antropologico, si fa “concetto giuridico indeterminato”⁶⁴ o, più propriamente, con Dworkin, “concetto interpretativo”⁶⁵. Come *res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat*⁶⁶, così la Legge,

⁶⁴ Strumento ermeneutico (*unbestimmter Rechtsbegriff* o *unbestimmter Begriff*, ricorrono entrambe le forme) elaborato dalla dottrina positiva germanica (tra gli altri: BERNATZIK, LEMAYER, FLEINER, HERRNRITT, LAUN) a cavallo tra il diciannovesimo ed il ventesimo secolo, pare essere almeno apparentemente sovrapponibile, nella *jurisprudence* anglosassone, ai *criterial concepts* dworkiniani. Sulla natura e sulla funzione di tali concetti, si legga la ricostruzione fornita da Giannini della “teorica” di Laun intorno al potere discrezionale: «La norma imprecisa lascia veramente un concetto impreciso, un concetto cioè che non trova regole di completamento né nel mondo scientifico, né in quello sociale: più esattamente, considerando il contenuto di questi concetti da un punto di vista filosofico, si dirà che la discrezionalità ricorre quando è rimesso all’autorità il completamento di concetti pratici di valore, ossia di quei concetti concernenti il valore o il disvalore di una realizzazione. [...] La discrezionalità è definita come la delimitazione individuale formatasi senza viziosità e rivestita dal diritto dell’autorità di servir di regola, di un concetto impreciso entro i limiti del concetto stesso, in ordine all’intimo valore o disvalore di una realizzazione» M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, pp. 35-36.

⁶⁵ Si riporta un passaggio definitorio dell’autore: «Some of our concepts function differently still: they function as interpretive concepts that encourage us to reflect on and contest what some practice we have constructed requires. [...] As I explain in Chapter 6 of this book, the central concepts of political and personal morality—the concepts of justice, liberty, equality, democracy, right, wrong, cruelty, and insensitivity—function for us as interpretive concepts as well. People share the concept of justice in spite of sharp disagreements both about the criteria for identifying injustice and about which institutions are unjust» R. DWORKIN, *Justice in Robes*, Cambridge, Massachusetts, Belknap Press, 2008, pp. 10-11.

⁶⁶ «Il giudicato cambia il bianco in nero, crea un principio, eguaglia le cose quadrate a quelle rotonde, trasforma i vincoli di sangue naturali e muta il falso in vero».

in quanto schema qualificativo⁶⁷ coglie l'astratto del discorso teorico, e lo rende concreto, fattivo⁶⁸, e azionabile nella realtà ordinamentale.

1.1.3 Sul particolare metodo da impiegare nella formulazione di una tale definizione e sulla molteplicità delle nozioni giuridiche di potere politico

Sul terzo di quei problemi che sopra abbiamo esposto, occorre soffermarsi brevemente. È possibile anzitutto distinguere tra più nozioni giuridiche di potere politico, ordinabili sia in funzione dell'organo cui esso sia attribuito, sia in ragione della branca del diritto cui ognuna di queste faccia effettivo riferimento. In particolare, per quanto riguarda il primo di questi criteri, nell'ordinamento della Repubblica Italiana, possiamo distinguere⁶⁹ una nozione giuridica:

⁶⁷ «Il fatto in questione ottiene infatti il suo senso specificamente giuridico, il suo particolare significato giuridico, per mezzo di una norma il cui contenuto si riferisce a tale fatto attribuendogli un significato giuridico, cosicché l'atto può essere qualificato in base a questa norma. La norma funge da schema qualificativo. In altre parole, il giudizio con cui si dichiara che un atto del comportamento umano, posto in essere nel tempo e nello spazio, è un atto giuridico o anti-giuridico, è il risultato di una specifica qualificazione, e precisamente di una qualificazione normativa» H. Kelsen, *La Dottrina Pura Del Diritto*, Torino, Einaudi, 2021, p. 14.

⁶⁸ J. HABERMAS. *Between Facts and Norms*, Cambridge, Polity Press, 2009, pp. 9 e ss.

⁶⁹ Enumerare gli organi (aventi natura monocratica o collegiale) cui sia conferito giuridicamente un potere politico da parte dell'ordinamento è operazione non immediata. Alcuni appunti di metodo:

- 1) come criterio, generale si è seguito l'ordine in cui tali organi compaiono nel testo costituzionale, coincidente, d'altronde, con la successione logica mediante la quale, potremo dire con Habermas (J. HABERMAS. *Between Facts and Norms*, Cambridge, Polity Press, 2009, p.151 e ss.), il «potere comunicativo» si fa «potere amministrativo» (ma su questa teorica avremo modo di tornare successivamente);
- 2) i riferimenti inseriti sono relativi alle norme (costituzionali, parlamentari nel caso della lettera b), di rango primario ove non ne siano presenti di costituzionali) che pongono giuridicamente tali organi e che conferiscono loro i rispettivi poteri;
- 3) si sono inclusi, corrispondendo l'ambito di indagine all'ordinamento della Repubblica Italiana nel suo complesso, anche i poteri politici costituiti a livello regionale e locale (lettere f) e g));
- 4) per le medesime ragioni si sono incluse le istituzioni europee (lettera i)) che, ex art. 117 della Costituzione, e dei Trattati, sono da considerarsi quali componenti integranti (e tendenzialmente sovraordinate) dell'ordinamento nazionale;
- 5) si sono esclusi, invece, gli organi facenti capo ad organizzazioni internazionali diverse dall'Unione Europea. Il punto è certamente controverso: se da una parte l'art. 11 Cost.,

- a) di potere politico degli elettori⁷⁰, e dei cittadini associati in partiti⁷¹;
- b) di potere politico del Parlamento riunito in seduta comune⁷²; delle Camere⁷³, dei relativi presidenti⁷⁴ ed uffici (e consigli) di presidenza⁷⁵, dei singoli parlamentari⁷⁶, delle giunte e dei comitati⁷⁷, dei gruppi⁷⁸, della

nel prevedere che «l'Italia [...] consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni», pare determinare la vincolatività giuridica, per la Repubblica, degli atti adottati dalle organizzazioni internazionali (principalmente l'ONU) nell'esercizio dei poteri politici loro conferiti dai rispettivi trattati, dall'altra, nel contesto storico attuale, tale norma costituzionale ha perso ulteriormente di cogenza effettiva. In un'ottica maggiormente orientata all'apprezzamento del dato formale, si potrebbe altresì sostenere l'inidoneità dell'ONU a realizzare quelle «condizioni di parità con gli altri Stati» che la Costituzione qualifica come condizione necessaria ad ogni limitazione di sovranità, nella parte in cui prevede, in modo affatto arbitrario, che siedano nel Consiglio di Sicurezza (unico organo capace di adottare ex art. 25 “Carta delle Nazioni Unite” decisioni che «i Membri delle Nazioni Unite convengono di accettare e di eseguire [...] in conformità alle disposizioni del presente Statuto»), cinque membri permanenti, dotati di potere di veto, e posti dunque in posizione di patente sovraordinazione rispetto ai membri non permanenti;

- 6) si sono poi esclusi tutti quegli organi, nazionali ed internazionali, che esercitano poteri giurisdizionali, per le ragioni che verranno presto esposte;
- 7) come nota generale, pare forse inutile sottolineare quanto la presente enumerazione non integri i caratteri propri della pura scientificità. Perché essa possa essere configurata, si renderebbe necessario trattare estensivamente la struttura, le funzioni e la prassi di ognuno degli organi che sopra si sono citati. Ma una tale operazione dogmatica non pare essere realizzabile, per motivi di economia espositiva, e di opportunità argomentativa, in questa sede. Questa presenta altri due, differenti, caratteri: quello della provvisorietà e quello della sommarietà. Si potrebbe affermare, d'altronde, che l'oggetto fondamentale della nostra ricerca non possa che coincidere con l'esame della nozione giuridica di potere politico di cui alla lettera d).

⁷⁰ Art. 48 Cost.

⁷¹ Art. 49 Cost.

⁷² Art. 55 comma 2 Cost.

⁷³ Art. 55 comma 1 Cost.

⁷⁴ Art. 63 comma 1 Cost.

⁷⁵ Art. 5 ss. Reg. Sen. e art. 5 ss. Reg. Cam.

⁷⁶ Art. 67 Cost.

⁷⁷ Art. 17 ss. Reg. Sen. e art. 16 ss. Reg. Cam.

⁷⁸ Art. 14 ss. Reg. Sen. e art. 14 ss. Reg. Cam.

- conferenza dei presidenti di gruppo⁷⁹, delle commissioni⁸⁰ (permanenti, speciali e bicamerali), delle commissioni di inchiesta⁸¹;
- c) di potere politico del Presidente della Repubblica⁸²;
- d) di potere politico del Governo⁸³, dunque del Consiglio⁸⁴ dei ministri, del suo Presidente⁸⁵ e dei singoli ministri⁸⁶, nonché degli organi previsti dalla Legge 23 agosto 1988 n. 400 “Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri”, Capo I⁸⁷;
- e) di potere politico del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro⁸⁸ (e non degli altri organi ausiliari del Governo)⁸⁹;
- f) di potere politico del Consiglio regionale⁹⁰, dei singoli Consiglieri, della Giunta regionale⁹¹, del suo Presidente⁹² e dei singoli assessori regionali;
- g) di potere politico della conferenza metropolitana, del consiglio metropolitano, dei singoli consiglieri metropolitani e del sindaco

⁷⁹ Art. 53 ss. Reg. Sen. e art. 13 Reg. Cam

⁸⁰ Art. 72 Cost.

⁸¹ Art. 82 Cost.

⁸² Art. 87 Cost.

⁸³ Art. 92 Cost.

⁸⁴ Art. 92 Cost.

⁸⁵ Art. 95 comma 1 Cost.

⁸⁶ Art. 95 comma 2 Cost.

⁸⁷ Il Consiglio di Gabinetto ex art. 6 comma 1, i Comitati di ministri ed interministeriali ex art. 6 comma 2, i Vicepresidenti del Consiglio dei ministri ex art. 8, i ministri senza portafoglio ex art. 9, i Sottosegretari ex art. 10 comma 1 e comma 5, i Viceministri ex art. 10 comma 3, i Commissari straordinari ex art. 11.

⁸⁸ Art. 99 Cost.

⁸⁹ Sono poteri propriamente amministrativi, infatti, e non politici, sia quelli esercitati dal Consiglio di Stato nell'adempimento delle proprie funzioni di consulenza giuridico-amministrativa ex art. 100 comma 1 Costituzione, sia quelli esercitati dalla Corte dei Conti di “controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e [...] successivo sulla gestione del bilancio dello Stato” nonché di partecipazione “nei casi e nelle forme stabilite dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria” ex art. 100 comma 2 Cost. .

⁹⁰ Art. 121 comma 2 Cost.

⁹¹ Art. 121 comma 3 Cost.

⁹² Art. 121 comma 4 Cost.

metropolitano⁹³; dell'assemblea dei sindaci, del consiglio provinciale, dei singoli consiglieri provinciali, della giunta provinciale⁹⁴, e del presidente della provincia⁹⁵; nonché del consiglio comunale, dei singoli consiglieri comunali, della giunta comunale, dei singoli assessori comunali e del sindaco⁹⁶;

- h) di potere politico⁹⁷ della Corte costituzionale⁹⁸;
- i) di potere politico del Parlamento Europeo⁹⁹, del suo Presidente e dell'ufficio di Presidenza¹⁰⁰, dei singoli Parlamentari, del Consiglio europeo¹⁰¹, del suo Presidente¹⁰², del Consiglio¹⁰³ e delle sue varie

⁹³ Art. 1 comma 7 Legge 7 aprile 2014, n. 56 “Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni”.

⁹⁴ Con l'entrata in vigore della summenzionata Legge 7 aprile 2014, n. 56, nota anche come “Legge Delrio”, sono state abolite, in via generale, le giunte provinciali. L'art. 1 comma 53 dispone, però, una deroga per le province autonome di Trento e Bolzano ed alla regione Val D'Aosta.

⁹⁵ Organi già regolati dall'art. 36 comma 1 D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 “Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali”, oggi principalmente dall'art.1 comma 54 Legge 7 aprile 2014, n. 56 “Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni”.

⁹⁶ Art. 36 comma 2 D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 “Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali”.

⁹⁷ A sostegno della tesi secondo la quale le sentenze della Corte costituzionale rientrano nel *genus* degli atti politici, Aldo Mazzini Sandulli in incipit alla IX edizione, la prima postuma, del *Manuale*: «La categoria degli “atti politici” o “di governo”, (o, come altri suggerisce, “costituzionali”) comprende atti di forza giuridica diversa: vi rientrano - tra gli altri - [...] [alcuni] atti con forza giurisdizionale (le pronunce della Corte costituzionale pur esplicando per lo più la propria azione nei confronti di atti legislativi e di altri atti politici e operando allo stesso livello di essi, hanno tuttavia i caratteri formali e l'efficacia propri delle sentenze» A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene Editore, 1989, v. 1, pp. 17-18.

⁹⁸ Art. 134 Cost.

⁹⁹ Art. 14 TUE.

¹⁰⁰ Art. 14 par. 4 TUE .

¹⁰¹ Art. 15 TUE.

¹⁰² Art. 15 par. 6 TUE.

¹⁰³ Art. 16 TUE.

formazioni¹⁰⁴, della Commissione europea¹⁰⁵, dei singoli Commissari, del Presidente della Commissione europea¹⁰⁶.

Pare difficile, d'altro canto, determinare una nozione giuridica di potere politico della magistratura. Questa, infatti, costituisce, ex art. 104 Cost., un “ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere”, e vi si accede, ex art. 106 comma 1 Cost., per concorso pubblico. Della questione, comunque, sarebbe possibile discorrere a lungo, con scarse prospettive di pervenire ad un esito scientifico soddisfacente. Non è questa la sede opportuna per una tale trattazione. Sia sufficiente sottolineare che la tesi da noi sostenuta corrisponda al segno negativo: la magistratura (sia essa ordinaria, amministrativa, o contabile) non esercita un potere politico giuridicamente inteso, secondo i parametri della definizione che forniremo nelle pagine seguenti. Che poi, invece, la giurisdizione *lato sensu* costituisca, filosoficamente, un *modo* del potere politico, sembra proposizione indubbia¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Art. 16 par. 6 TUE.

¹⁰⁵ Art. 17 TUE.

¹⁰⁶ Art. 17 par. 6 TUE.

¹⁰⁷ Infatti, che i giudici esercitino una funzione a carattere *politico* (nel senso di determinazione *normativa* del vivere sociale) è un fatto tanto innegabile quanto inalterabile. La giurisdizione implica interpretazione. E l'interpretazione implica una valutazione assiologica (perciò un bilanciamento tra principi). Per quanto precisa possa essere (e spesso non lo è affatto), la Legge tende a adottare soluzioni logico-dogmatiche che contemplano scientemente (ed includono operativamente) gradi variabili di indeterminatezza: è il caso degli *unbestimmte Rechtsbegriffe* (*concetti giuridici indeterminati*, ossia, come anticipavamo, parametri legislativi che necessitano di un *completamento soggettivo*), e delle *Generalklauseln* (clausole generali). A questi, che sono esempi di indeterminatezza “programmata” si aggiungono poi molteplici casi di indeterminatezza “patologica”: lacune ordinamentali (se non talvolta, contraddizioni) che abbisognano, ove questo sia legittimo, di un intervento ermeneutico talmente estensivo da porsi, spesso, come creativo.

I giudici sono chiamati a decidere dell'indeterminatezza: l'esercizio di tale funzione pubblica, nella misura in cui si pone quale concretazione nel diritto vivente di principi costituzionali, non può non dirsi *politico*.

Non sorprende, perciò, che negli Stati Uniti, buona parte dei magistrati statali sia eletta (o confermata) direttamente dalle proprie *constituencies*. Sorgono, riguardo a tale sistema, alcune perplessità relative alla effettiva imparzialità di un potere giudiziario che persegua fini

Come è evidente, tali considerazioni sono da estendersi anche al Consiglio di Stato e alla Corte dei Conti nell'esercizio delle relative funzioni giurisdizionali, agli altri organi di giustizia amministrativa¹⁰⁸, ai Tribunali regionali delle acque pubbliche¹⁰⁹, al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche¹¹⁰, alle Corti di Giustizia Tributaria di primo¹¹¹ e secondo grado¹¹², e ai Tribunali Militari¹¹³.

Per quanto riguarda invece il criterio distintivo, *ratione materiae*, sopra richiamato, occorre individuare e declinare le nozioni elaborate da tre distinte discipline giuridiche: quella propria del diritto costituzionale, quella propria del diritto amministrativo e quella propria del diritto penale. Come è evidente ci interesseremo preliminarmente della prima, principalmente della seconda, e solo superficialmente della terza, che pare la più lontana dai nostri interessi di ricerca. Sul punto torneremo presto.

Chiarite queste distinzioni, possiamo procedere all'esposizione del metodo che impiegheremo per addivenire a quella definizione giuridica dogmatica e concreta di "potere politico esercitato dal Governo", cioè di atto politico nel senso che la giurisprudenza e la scienza del diritto amministrativo comunemente gli attribuiscono, che abbiamo posto come fine della nostra indagine. Occorre ora elencare i vari momenti, logici ed espositivi, in cui si articolerà questa prima parte del lavoro, che rappresenta il fondamento e presupposto logico di quelle successive:

rielettivi, che tenda, cioè, ad orientare la propria giurisdizione in una dimensione di *appeasement* dell'opinione pubblica.

¹⁰⁸ Art. 103, comma 1 Cost.

¹⁰⁹ Art. 138 Regio Decreto 11 dicembre 1933, n. 1775 "Approvazione del testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e sugli impianti elettrici".

¹¹⁰ Art. 139 Regio Decreto 11 dicembre 1933, n. 1775 "Approvazione del testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e sugli impianti elettrici".

¹¹¹ Art. 1, comma 1, D. Lgs. 14 novembre 2024, n. 175 "Testo unico della giustizia tributaria".

¹¹² Art. 1, comma 2, D. Lgs. 14 novembre 2024, n. 175 "Testo unico della giustizia tributaria".

¹¹³ Art. 103, comma 3.

- I) muovendo dall'esame della dottrina prevalente e della giurisprudenza della Corte costituzionale, della Suprema Corte di Cassazione, del Consiglio di Stato e dei Tribunali Amministrativi Regionali, formulare, coerentemente, una definizione giuridica pratica (o induttiva) di "potere politico esercitato dal Governo", che segua, dunque, dall'esame dei vari atti giuridici in cui esso si concreta: perciò una *definizione dottrinale prevalente dell'atto politico* (cfr. par. 2.3.1) e una *definizione giurisprudenziale generale di atto politico* (cfr. par. 2.4.5);
- II) raffrontare tali definizioni con le particolari applicazioni della disciplina dell'atto politico, attraverso lo studio di singoli casi concreti (cfr. parr. 3.1-3.13), relativi a diverse fattispecie di esercizio del potere pubblico; dunque determinare una pur parziale *tassonomia degli atti politici particolari* (cfr. par. 3.14);
- III) formulare una *definizione*¹¹⁴ *giuridica generale* (cfr. par. 4.1) (nell'ambito delle categorie, dei fini e degli strumenti gnoseologici propri del diritto pubblico nella sua declinazione costituzionale ed amministrativa¹¹⁵) di "potere politico esercitato dal Governo", (cfr. lettera d) nell'elenco di cui sopra) perciò di atto politico; che

¹¹⁴ *Nozione e definizione* non sono termini che si impiegano promiscuamente: se la *nozione* è ingenerata da un procedimento induttivo e ricognitivo, volto al mero accertamento dell'*opinio iuris* che si forma e stratifica intorno ad un determinato istituto, la *definizione* si configura invece quale atto interpretativo a matrice deduttiva, perciò, in una certa misura, volitivo e creativo. La *definizione* muove dalla *nozione*, ma non vi si esaurisce. È pur vero, però, che una *definizione*, se persuasiva e autorevole, agisce nel tempo sulla *nozione*, trasformandola. Si tratta, in ogni caso, non di una distinzione semantica *condivisa* o *obiettiva*, ma di una distinzione concettuale che *si pone*, per chiarezza espositiva, nell'ambito di questa ricerca.

¹¹⁵ In questa come in poche altre materie pare evidente l'imprescindibilità della dialettica tra la scienza giuridica-costituzionale e quella giuridico-amministrativa. D'altronde, per citare una celebre definizione di "diritto amministrativo", questo si risolve nella «concretizzazione del diritto costituzionale»: F. WERNER, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, in *Deutsche Verwaltungsblatt (DVBl)*, 1959, p. 527.

ricomprensione in sé ed integri razionalmente (tenendo conto anche della *tassonomia degli atti politici particolari*) le due che la hanno preceduta.

Come ogni ragionamento, anche questo muove da alcune premesse.

La prima è che la locuzione atto politico, convenzionalmente impiegata nella dottrina e nella giurisprudenza amministrativa, fa riferimento agli «atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico» ex art. 7 c.p.a., che si pongono però come una manifestazione particolare della più generale categoria degli atti politici. Tale espressione si configura quale imprecisa, poiché confonde la specie col genere. Occorrerebbe impiegare, piuttosto, il termine “atto politico-governativo”. Il carattere di unità che contraddistingue l'ordinamento repubblicano necessita logicamente che ad un'espressione linguistica corrisponda un concetto giuridico. Quando tale prescrizione viene disattesa, e ciò accade spesso, la confusione semantica corre il rischio di farsi confusione dogmatica¹¹⁶.

La seconda, e fondamentale, è che, l'aggettivo “politico”, se riferito al sostantivo “atto”, oltre a trovare sporadico riscontro nell'insieme organico delle norme che informano e costituiscono l'ordinamento repubblicano¹¹⁷, non pare fornire una rappresentazione linguistica adeguata del fenomeno che intende significare. Il carattere primario dell'istituto cui esso fa riferimento, infatti, non è, a ben vedere, la politicità, ma, in maniera forse paradossale, la giuridicità, il

¹¹⁶ Sono questi gli *idola fori* esposti da Bacone nel suo *Novum Organum*: «The idols of the market are the most troublesome of all, those namely which have entwined themselves round the understanding from the associations of words and names. For men imagine that their reason governs words, while, in fact, words react upon the understanding; [...] Hence the great and solemn disputes of learned men often terminate in controversies about words and names, in regard to which it would be better (imitating the caution of mathematicians) to proceed more advisedly in the first instance, and to bring such disputes to a regular issue by definitions» F. BACON, *Novum Organum*, 1620, aforisma LIX.

¹¹⁷ Cfr. par. 1.1.1.

suo porsi cioè come “atto giuridico emanato nell’esercizio del potere politico”. La politicità residua nell’atto politico si configura immancabilmente quale politicità giuridificata. Se si potesse trattare di atto politico in senso pieno e puro, non occorrerebbe discuterne in termini giuridici. È questo, il primo carattere dello Stato di diritto: ogni potere che produce effetti giuridici deve necessariamente avere un fondamento giuridico. Lo schema qualificativo sussume il fatto che deve qualificare. L’unico potere politico “puro” (libero, quindi, dal riferimento a norma giuridica alcuna) è quello che non produce effetti giuridici. Ma questo potere politico puro non avrà, per definizione, il carattere della politicità: non sarà, cioè, coattivo e al contempo monopolista nell’esercizio di tale coazione¹¹⁸. È questo il secondo carattere dello Stato di diritto: l’esercizio della violenza, anzi, la sua minaccia credibile, che è la condizione di esistenza di ogni ordinamento statale, deve essere necessariamente subordinato alla Legge. Occorre, cioè, che sia legittimo¹¹⁹.

¹¹⁸ Sul punto, ci serviamo dell’analisi di Bobbio: «Il potere politico si viene così identificando con l’esercizio della forza, e viene definito come quel potere che per ottenere gli effetti voluti (riprendendo la definizione hobbesiana) ha diritto di servirsi, seppure in ultima istanza, come extrema ratio, della forza. [...] Se l’uso della forza è la condizione necessaria del potere politico, solo l’uso esclusivo di questo potere ne è anche la condizione sufficiente» N. BOBBIO, *Stato, governo, società*, Torino, Einaudi, 2013, 3.3 *Lo Stato e il potere*.

¹¹⁹ La «necessaria legittimità» rappresenta, non a caso, lo snodo dogmatico fondamentale nella definizione giuridica di atto politico formulata da Guicciardi: «Se l’indagine condotta distintamente in ordine ai singoli tipi di vizi di legittimità ha confermato quell’asserzione, alla quale ero arrivato dapprima unicamente attraverso un procedimento logico ed astratto, si può a buon diritto concludere che quell’elemento essenziale e caratteristico degli atti politici sotto il profilo della loro legittimità, del quale si era intuita la necessità già alla fine del capitolo III di questo studio, consiste in ciò : che l’atto politico non può mai essere illegittimo, e che se un atto — pur proveniente da un organo di governo — è illegittimo o ha la possibilità di esserlo, esso non è, per ciò solo, un atto politico. E ognuno vede come l’aver potuto assodare un principio di tanta importanza per questa materia, consenta, quale diretta conseguenza, l’eliminazione di tutte le difficoltà, incoerenze e antinomie che si erano riscontrate nel sistema legislativo italiano quanto al sindacato sulla legittimità degli atti politici. Ora si può affermare che ogni forma di tale sindacato, dalla più blanda alla più intensa, da quelle amministrative a quelle contenziose, è esclusa per mancanza di oggetto, per la necessaria legittimità degli atti di cui si tratta, per il fatto che gli organi di governo neppure — se è lecito fare questa ipotesi — volendo potrebbero emanare atti politici in contrasto a norme di legge che non esistono» E.

Il potere politico diviene così potere giuridico. Nella prospettiva formalista della scienza del diritto amministrativo, il politico è fagocitato e annullato dal giuridico, poiché questo, per sua stessa natura, comprende solo ciò che gli è proprio, solo nella misura in cui gli è proprio: il giudice è soggetto soltanto alla Legge¹²⁰.

Quando un giudice emette una pronuncia di rito nella quale riconosce la politicità di un atto, perciò la sua non impugnabilità, lo fa perché è la Legge a prescriverlo¹²¹. Ciò perché l'ordinamento contempla, prevede ed impone alcuni "controlli al controllo" esercitato in sede giurisdizionale. La politica è solo uno di questi. Se ne aggiungono almeno altri due: la "tecnica" ed il "merito".

Il primo si concreta nella questione dell'immunità del potere tecnico-amministrativo, perciò del sindacato giurisdizionale (l'ampiezza del quale è andata nel tempo incrementando) sulla discrezionalità tecnica delle pubbliche amministrazioni. Il fenomeno della moltiplicazione dei saperi scientifici, dell'elaborazione e del perfezionamento di metodi sempre più precisi volti alla

GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Archivio di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1937, pp. 265-320/486-556, pp. 524-525.

¹²⁰ Art. 101, comma 2 Cost.

¹²¹ Lo stesso argomento può essere esteso ad altri fenomeni tipici della giurisdizione amministrativa: p.e. il progressivo ampliamento del sindacato sulla discrezionalità tecnica esercitata dalle pubbliche amministrazioni, o la graduale recessività della nozione di merito amministrativo. Questi concetti si distinguono, d'altronde, proprio per la loro attitudine alla giuridificazione di norme extra-giuridiche: le *leggi scientifiche* nel caso del primo, le *regole sociali* (Mortati) o *extra legem* (Giannini) nel caso del secondo.

Sulla *discrezionalità tecnica*: E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, IV, pp. 44 ss.; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, pp. 42, 71-74, 179; A. PIRAS, voce "*Discrezionalità amministrativa*", in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, CEDAM, 1995; A. MOLITERNI, (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, Napoli, Jovene, 2021.

Sul *merito amministrativo*: C. MORTATI, *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato dir.*, 1941, pp. 131 ss.; M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato dir.*, 1941, p. 439 ss.; più recentemente: S. FOÀ, (a cura di), *Il nuovo merito amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2025.

risoluzione di problemi sempre più complessi, pare aver circoscritto la nozione classica di discrezionalità quale ponderazione dell'interesse pubblico primario rispetto agli interessi, pubblici e privati, secondari. Il momento dell' "apprezzamento politico" (così definito da Giannini¹²², nella qualificazione del potere discrezionale) sembra regredire rispetto a quello dell'apprezzamento tecnico. Il giudizio assiologico, rispetto al giudizio scientifico. Eppure, questi due modi di esercizio del potere pubblico non sono tra loro esclusivi: altresì convivono e si combinano, sovrapponendosi e confondendosi¹²³. Il problema di fondo resta epistemologico: qual è il discrimine tra obiettività e valorialità? Più nello specifico: i modelli¹²⁴ elaborati dalle scienze sociali per descrivere quantitativamente le dinamiche di mercato, fino a che punto si prospettano quali gnoseologicamente idonei a porsi come valutazioni scientifiche non opinabili¹²⁵?

¹²² M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 90

¹²³ Sul punto, celebre l' esempio di Giannini della "lesione di un edificio", e dei possibili provvedimenti che le amministrazioni possano adottare per ovviarvi: *Ivi*, pp. 73-75

¹²⁴ A riguardo, di particolare interesse l'art. 95 del D. Lgs. 16 novembre 2015, n. 180, "Attuazione della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE), n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio", che, da un lato, introduce, al comma 2, una presunzione di "contrarietà all'interesse pubblico" per la sospensione, nei "giudizi avverso le misure di gestione della crisi", dei provvedimenti adottati dalla Banca d'Italia o dal Ministro dell'economia, e, dall'altro, esclude l'applicabilità, nell'ambito del medesimo genere di giudizi, delle disposizioni relative al ricorso al "Verificatore e consulente tecnico" quale «ausiliario del giudice» (art. 19 c.p.a.) nonché di quelle relative alla «verificazione o consulenza tecnica» quale mezzo di prova (art. 63, comma 4, c.p.a.). Tali norme determinano un meccanismo di non opinabilità dei giudizi tecnici operati dalle amministrazioni coinvolte.

¹²⁵ Anche sul tema della "discrezionalità tecnica", ovviamente, si presentano alcuni quesiti specifici. Se ne propongono, a titolo esemplificativo, sette:

- 1) *Sulla sovrapposizione tra i concetti giuridici di discrezionalità tecnica, discrezionalità amministrativa e merito amministrativo*: in che modo la radicata difficoltà, tanto teoretica quanto pratica, nel tracciare un discrimine tra la valutazione puramente tecnica, la ponderazione dell'interesse primario con quelli secondari, ed il

Il secondo si concreta nella questione dell'immunità del "merito amministrativo". La nozione è da sempre incerta, negli elementi fondamentali e nella ricostruzione dogmatica dei suoi caratteri giuridici. Le teoriche classiche (in polemica tra loro), quelle di Mortati e Giannini: il primo riconduce l'istituto

giudizio extra-giuridico di opportunità incide sulla coerenza dogmatica del concetto giuridico di *discrezionalità tecnica*, e quali sono le conseguenze di tale assimilazione ai fini della determinazione dei limiti e dei caratteri del relativo sindacato giurisdizionale?

- 2) *Sui limiti del sindacato giurisdizionale e sul principio di separazione dei poteri*: come si concilia la sussistenza, nella disciplina processuale e nella prassi giurisprudenziale, del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche con l'apprezzamento della cosiddetta "riserva di amministrazione", e in quale misura la possibilità che il giudice si sostituisca alla pubblica amministrazione, nell'esercizio di tale funzione, può determinare una lesione del principio di separazione dei poteri?
- 3) *Sulla opinabilità delle proposizioni scientifiche e sulla distonia epistemologica del sindacato giurisdizionale*: in quale misura il riconoscimento del margine di opinabilità epistemologica che residua successivamente alla applicazione, pur corretta, di regole tecniche, perciò della strutturale incertezza di molte tra le proposizioni scientifiche, e del frequente ricorso a modelli stocastici e non deterministici per la descrizione del mondo naturale quale espressione concreta di tali precedenti due caratteri, può giustificare l'attitudine del sindacato giurisdizionale a *falsificare* (nel senso attribuito al termine da Karl Popper) l'accertamento dell'amministrazione, mediante lo strumento della *consulenza tecnica d'ufficio* ex art. 67 del Codice del Processo Amministrativo, senza che ciò si traduca in un eccesso interpretativo del giudice?
- 4) *Sui criteri discretivi tra sindacato intrinseco ed estrinseco, forte e debole*: qual è il significato di tali distinzioni? Quale la loro coerenza dogmatica? Trovano ancora riscontro concreto negli orientamenti giurisprudenziali contemporanei?
- 5) *Sulla tensione del concetto di discrezionalità tecnica con le garanzie eurounitarie e la dottrina della "full jurisdiction"*: come possono la dottrina della limitazione del sindacato giurisdizionale e della rinuncia al controllo sostitutivo configurarsi quali coerenti con il principio già citato della pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, e con quello, di derivazione eurounitaria, della "full jurisdiction"?
- 6) *Sulla indeterminatezza dei parametri tecnici nella disciplina delle sanzioni amministrative*: in quale misura il ricorso a parametri tecnici opinabili nello svolgimento dei procedimenti di irrogazione di sanzioni amministrative (p.e. in materia *antitrust*) incide sui requisiti di determinatezza e prevedibilità della condotta? È plausibile che tale margine di incertezza debba tradursi in un *favor* per l'operatore, in applicazione del principio di presunzione di innocenza, che si estende, come è noto, alla disciplina delle sanzioni amministrative cosiddette *punitive* o *afflittive*?
- 7) *Sulla irripetibilità strutturale di alcune valutazioni tecniche*: qualora ricorrano fattispecie nelle quali la valutazione tecnica sia connessa ad un fatto non riproducibile (è il caso p.e. delle prove orali nei concorsi pubblici) in che modo la impossibilità di reiterazione dell'evento agisce quale limite epistemologico e pratico alla cognizione del giudice e all'esperibilità di una consulenza tecnica?

all'applicazione, nell'esercizio del potere pubblico, di “regole sociali”, il secondo di regole cosiddette *extra legem*. In ogni caso, il merito amministrativo pare ridursi al momento logico della valutazione sulla “opportunità” pura e semplice del provvedimento. L'extragiuridicità del concetto ne implica la insindacabilità. Ad ogni modo l'orientamento, quasi costante, della giurisprudenza si è concretato nell'erosione della categoria, e nel conseguente ampliamento del sindacato riconosciuto al giudice amministrativo. La recente codificazione del “principio del risultato”¹²⁶, nel determinare una almeno parziale giuridificazione di quel giudizio di opportunità che si è appena menzionato, pare aver ulteriormente limitato l'ambito di applicazione dell'istituto¹²⁷.

¹²⁶ Art. 1, D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, “Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici”.

¹²⁷ Anche sul tema del “merito amministrativo”, a titolo esemplificativo, sette quesiti inerenti alla trattazione del concetto giuridico di merito amministrativo:

- 1) *Sulla erosione del concetto di merito amministrativo e sulla espansione del sindacato di legittimità*: In che modo il processo di progressiva *giuridificazione* delle valutazioni di opportunità riservate alle pubbliche amministrazioni può determinarne la soggezione al sindacato giurisdizionale?
- 2) *Nello specifico, sul principio del risultato quale parametro di legittimità*: in quale misura, la positivizzazione, sopra richiamata, del *principio del risultato* rende decisioni amministrative, già ritenute espressione di mere valutazioni di opportunità, soggette a parametri normativi di legittimità?
- 3) *Sulla incidenza dei principi di derivazione eurounitaria*: come si concilia la *immunità* del merito amministrativo con la applicazione dei principi di proporzionalità e di “buona amministrazione” (art. 41 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea) di derivazione eurounitaria, e in quale misura tali parametri determinano un ampliamento del sindacato giurisdizionale?
- 4) *Ancora sul principio di separazione dei poteri*: qual è il limite oltre il quale il sindacato giurisdizionale sulla irragionevolezza e sulla mera inopportunità di un provvedimento della pubblica amministrazione determina una lesione del principio di separazione dei poteri?
- 5) *Sulla comparazione degli interessi in sede cautelare*: è plausibile ritenere che la comparazione tra interessi pubblici e privati operata in sede cautelare rappresenti una forma di apertura implicita al sindacato sul merito, consentendo al giudice di formulare una valutazione *provvisoria* ma comunque idonea ad incidere direttamente sul nucleo della scelta amministrativa originaria?

Tornando sulla questione dell'atto politico: la Legge non prescrive cosa la "politicalità" sia. Questo vuoto viene colmato mediante l'interpretazione, interpretazione che deve necessariamente porsi come giuridica, cioè fondata sulla Legge (l'unico vincolo a cui l'interprete è costituzionalmente sottoposto). Questo il paradosso: il giudice è chiamato a decidere della politicalità (che è comunque politicalità giuridificata) impiegando strumenti che di politico, almeno nella forma, non hanno nulla.

Gli elettori si recano al voto per scegliere i propri rappresentanti: esercitano certamente un potere politico. Il Parlamento produce le Leggi: esercita certamente un potere politico. Il Governo, in ragione della fiducia accordatagli dal Parlamento, indirizza, anima e propelle l'attività delle pubbliche amministrazioni: esercita certamente un potere politico. Ma questi poteri politici possono essere legittimamente esercitati esclusivamente nelle forme e nei modi posti dalle norme. Si trasfigurano in poteri giuridici.

Parrebbe, allora, che il politico esista solo come giuridico.

Eppure, sappiamo che così non è. Che è vero, anzi, il contrario. Che è il politico a porre, il giuridico, che il primo è precedente logico e storico del secondo. Che i fatti piegano le norme alle loro esigenze, che la forma, tramite l'esercizio della pura volontà, cioè della pura violenza, è costretta ad adeguarsi al proprio

-
- 6) *Sulla codificazione preventiva del merito amministrativo in sistemi algoritmici*: in che modo la prospettazione teoretica dell'esercizio di poteri discrezionali mediante l'applicazione di sistemi algoritmici presuppone la ponderazione matematizzata ed aprioristica della sua *opportunità*? È possibile, cioè, configurare preventivamente, attraverso la attribuzione di determinati pesi a determinate variabili, il merito di una decisione amministrativa?
- 7) *Sulla "burocrazia difensiva" e sui confini tra illecito amministrativo-contabile e merito amministrativo*: in quale misura l'introduzione di istituti volti alla limitazione della responsabilità amministrativa (cosiddetto "scudo erariale") incide sulla distinzione tra insindacabilità del merito amministrativo ed illiceità della condotta gestoria?

contenuto. Ciò vale, per impiegare una vecchia distinzione di matrice hegeliana, come per il «diritto statutale interno», così per il «diritto statutale esterno».

Perché il diritto è pensiero, pensiero infaticabile che tenta di dare un senso alle norme anche qualora non lo abbiano, che ordina l'inordinabile, che razionalizza l'irrazionale. Ma la realtà non è il solo pensiero.

Un'aporia dunque: da una parte un diritto che contempla il potere nella sola misura della sua giuridicità, dall'altra un potere che quella giuridicità tenta di domarla, spezzarla e rimpiazzarla. È una dialettica che non trova soluzione, una *Realrepugnantz* tra concetti che vorrebbero vicendevolmente annullarsi.

Formulare una definizione dogmatica e concreta del “potere politico esercitato dal Governo”, significa navigare queste intemperie, trovare un compromesso volatile tra due opposte esigenze: applicare il rigore della scienza giuridica, colmandolo dei significati espressi dalla realtà sociale, dunque storica. Adeguare la forma al contenuto, il contenuto alla forma.

Ma tutti gli incipit si somigliano non meno delle famiglie felici. Perciò, cominciamo.

2. L'atto politico: qualificazioni dottrinali e giurisprudenziali a confronto

2.1 In generale, sul metodo da impiegare nello studio di orientamenti giurisprudenziali; 2.2 Sui criteri impiegati nella costruzione del campione di sentenze oggetto di studio; 2.2.1 In particolare, sul rapporto tra la disciplina dell'atto politico e l'ordinamento eurolunitario; 2.3 Breviter: sulla qualificazione dottrinale prevalente dell'atto politico; 2.3.1 Definizione dottrinale prevalente di atto politico; 2.4 Qualificazione giurisprudenziale generale della fattispecie dell'atto politico; 2.4.1 Sulla necessaria compresenza dell'elemento soggettivo ed oggettivo; 2.4.2. Sulla libertà nel fine dell'atto politico; 2.4.3 Sulla distinzione tra atto politico e atto di alta amministrazione; 2.4.4 Sulla non lesività dell'atto politico e sulla necessaria assenza di parametri normativi: la dottrina della discrezionalità politica; 2.4.5 Definizione giurisprudenziale generale di atto politico

Posti i fondamenti teoretici e di metodologia generale, giungiamo al merito della questione. Le prime due definizioni del concetto giuridico di atto politico che occorre elaborare non potranno che avere natura pratica (o induttiva): devono muovere, cioè, da un lato, dall'esame della dottrina prevalente, dall'altro dall'analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale, della Suprema Corte di Cassazione, del Consiglio di Stato e dei Tribunali Amministrativi Regionali. Ciò al fine di astrarre dalla pluralità delle fattispecie il significato che tale istituto effettivamente assume nel "diritto vivente", dunque la rappresentazione concreta dell'aspettativa di giustiziabilità ingenerata nei consociati. Pare evidente che una tale operazione, per il suo carattere induttivo, e per i limiti materiali da essa presentati, non possa credibilmente prospettarsi quale esaustiva o dotata di rigore di scienza: quanto ne risulterà, non potrà che essere, per sua medesima struttura, provvisorio.

Occorre, perciò, fare alcune premesse, dirette, soprattutto, a chiarire i criteri ed il metodo impiegati nello studio delle pronunce.

2.1 In generale, sul metodo da impiegare nello studio di orientamenti giurisprudenziali

Si esamineranno complessivamente venticinque sentenze. Queste si pongono, nei confronti della totalità delle pronunce aventi ad oggetto la fattispecie dell'atto politico, in un rapporto che rassomiglia (ma non riproduce in termini matematici) quello, proprio della scienza statistica, di “campione¹²⁸” a “popolazione¹²⁹”. Si pone il problema di come e quanto un tale campione possa effettivamente configurarsi quale rappresentativo. Non sfuggirà la difficoltà di applicare alla pratica giurisprudenziale che, per sua struttura, non può non possedere il carattere della quasi esclusiva qualitatività (perciò linguisticità), criteri¹³⁰ sviluppati per lo studio di fenomeni contraddistinti da una maggiore

¹²⁸ Sulla nozione di campione: «Definizione 1.3: *Un campione è un sottoinsieme delle unità della popolazione ottenuto mediante un processo di selezione con l'obiettivo di studiare le caratteristiche della popolazione*» G. CICHITELLI, P. D'URSO, M. MINOZZO, *Statistica: principi e metodi* (quarta edizione), Milano, Pearson, 2017, p. 11. E ancora: «Definizione 17.1: *Si chiama campione casuale di ampiezza n una collezione di n variabili casuali, $(X_1, X_2, \dots, X_n)$, Indipendenti e aventi la stessa distribuzione di probabilità*» *Ibidem*. Si sottolinea infatti che: «Il concetto di campione casuale implica quello di popolazione. In linea di principio, il termine popolazione dovrebbe essere utilizzato solo quando un campione è fisicamente estratto da una totalità reale di elementi, cioè da una popolazione finita. Ma è anche comunemente usato quando si tratta di dati generati da esperimenti per indicare i risultati ipotetici di una sequenza infinita di ripetizioni indipendenti dell'esperimento in condizioni identiche. (...) Una tale sequenza infinita viene denominata popolazione infinita. Nel caso di popolazioni finite, la Definizione 17.1 vale solo se il campione è estratto con ripetizione; non vale quindi se il campione è estratto con una qualsiasi delle tecniche di campionamento per indagini campionarie menzionate (...) [precedentemente]: campione casuale semplice, campione sistematico, campione stratificato e campione a grappoli» *Ivi*, p. 359.

¹²⁹ «Definizione 1.2: *Una popolazione è l'insieme dei casi individuali in cui si manifesta il fenomeno oggetto di studio*. Esempi di popolazione sono un insieme di oggetti, persone, eventi, transazioni ecc.» *Ivi*, p. 11

¹³⁰ Sulle principali tecniche campionarie: «*Campione casuale semplice*. Le unità del campione sono selezionate con un meccanismo aleatorio tale da assicurare a tutte le unità della popolazione la stessa probabilità di essere inserite nel campione. (...) *Campione stratificato*. Supponendo di avere informazioni aggiuntive sulla popolazione, si suddivide in base a queste la popolazione stessa in sottopopolazioni o strati, ognuno dei quali contiene unità tra loro omogenee secondo un certo criterio. Poi, da ciascuno strato si estrae un campione casuale semplice di opportuna ampiezza. *Campione a grappoli*. Si suppone che la popolazione sia suddivisa in un determinato numero di sottoinsiemi chiamati grappoli; di tali grappoli si prende un campione casuale e si considerano tutte le unità appartenenti ai grappoli prescelti.

attitudine all'essere quantitativamente espressi (sia nel loro complesso sia per quanto attiene alle parti che li compongono ed alle relazioni che tra esse intercorrono). È pur vero che i più recenti progressi in ambito tecnologico, e nello specifico informatico, hanno alimentato lo sviluppo di metodi e strumenti (quali, ad esempio, i “Large Language Model”) che, pur certo con alcune lacune, paiono idonei ad ordinare e rappresentare vettorialmente (risultato che d'altronde già si era riusciti ad ottenere attraverso la tecnica del cosiddetto *word embedding*¹³¹) la struttura ed i caratteri del linguaggio naturale. E, posto che anche il diritto si configura, nella sua essenzialità, quale modalità del linguaggio naturale (cioè come matrice che a segni fa corrispondere significati, e mediante questi fornisce una raffigurazione del mondo: raffigurazione che, nella specie, vuole esprimere il *Sollen*¹³² e non il *Sein*), non parrebbe invero implausibile

Campione a due stadi. Può essere visto come un campione a grappoli in cui, anziché rilevare la totalità delle unità all'interno del singolo grappolo selezionato, si limita la rilevazione a un campione casuale di tale grappolo. In questo modo, si hanno due stadi di campionamento: al primo stadio si estraggono i grappoli, al secondo le unità statistiche oggetto di studio» Ivi, p.17.

¹³¹ «L'ipotesi distribuzionale è efficacemente sintetizzata dall'espressione “Conoscerai una parola dalla compagnia che frequenta” (Firth 1957). È proprio tale assioma che fornisce l'intuizione per riconciliare linguaggio e reti neurali artificiali nei cosiddetti *word embedding* (Mikolov *et alii* 2013), letteralmente l'immersione delle parole in uno spazio di vettori densi, ovvero i cui elementi possono assumere gli infiniti valori del continuo. La chiave per questa rappresentazione si trova nelle unità di una rete neurale addestrata a prevedere, per ogni occorrenza di una parola in un corpus linguistico, il contesto dato dai termini che la circondano. La rappresentazione del lemma diventa quindi il corrispondente vettore di attivazione dei neuroni della rete così addestrata, realizzando il radicamento simbolico nell'attività neuronale artificiale osservato in precedenza per il caso biologico. I termini diventano così punti di uno spazio continuo di vettori che tendono alla vicinanza spaziale tanto più sono semanticamente affini» D. BACCIU, *Reti neurali e linguaggio. Le insidie nascoste di un'algebra delle parole*, in *Treccani Magazine*, 2019l.

¹³² Sulla distinzione tra *Sein* e *Sollen*, e tra *Seins-Ordnung* e *Soll-Ordnungen*, nel pensiero giuridico: «Quindi non c'è contraddizione fra la causalità dell'ordinamento naturale e la libertà in un ordinamento morale e giuridico; così come non esiste e non può esistere un contrasto fra l'ordinamento naturale, da un lato, e l'ordinamento morale e giuridico, dall'altro, poiché l'uno è un ordinamento dell'essere (*Seins-Ordnung*), mentre gli altri sono ordinamenti del dover essere (*Soll-Ordnungen*) ed una contraddizione logica può esistere soltanto fra un «essere» ed un «essere» oppure fra un «dover essere» (*Sollen*) ed un «dover essere» (come oggetto di

tentare di applicare¹³³ proprio tali metodi e strumenti al nostro studio. Questo proposito incontra però un ostacolo che, allo “stato della tecnica”¹³⁴, non pare opportuno omettere: la complessità del linguaggio giuridico (frutto, non di rado, della sua imprecisione) e del sistema giurisdizionale, il carattere umano, perciò incline all’errore, di entrambi questi fenomeni, nonché delle costruzioni dogmatiche che regolano il primo ed informano l’attività del secondo, rendono preferibile, ad un approccio empirico-quantitativo fondato sui principi della *data science* che, proprio per la loro impostazione matematica, corrono il rischio di trascurare o sottovalutare la rilevanza in concreto di taluni elementi o nozioni (soprattutto se non esplicitati nel testo), un’impostazione ermeneutica concettuale (perciò fondamentalmente qualitativa) orientata, pur nel suo minore rigore formale, alla preservazione razionale dei caratteri originali del fenomeno oggetto di studio. Con ciò non si intende formulare una proposizione di ordine generale, né proporre una gerarchia di sistemi che si prospetti applicabile alla scienza giuridica in sé e per sé: si indica piuttosto quale via si sia scelto di percorrere nella nostra specifica ricerca, giustificandone i presupposti non sulla base di criteri obiettivi ed ordinabili, su una preferenza, se non un’affinità che, nel limitarsi ad esprimere una valutazione di opportunità teoretica, non

asserzioni), ma non fra un «essere» ed un «dover essere» (Sollen)» H. Kelsen, *La Dottrina Pura Del Diritto*, Torino, Einaudi, 2021, cap. 3 *Diritto e scienza*.

¹³³ *Ex multis*, in particolare sulla estrazione e sintetizzazione mediante sistema AI BERT (*Bidirectional Encoder Representations from Transformers*) di massime da sentenze: «In this work, we propose an automatic holding extraction model, based on the use of Italian-LEGAL-BERT, to support judges in this delicate activity, trying to save their time and reduce errors. Our approach provides a concise and accurate summary of the key points of a legal decision, making it easier for legal practitioners to quickly understand and analyze the case. This can be particularly useful in a large corpus of legal documents, where reading and summarizing each case would be really time-consuming and error-prone» D. LICARI & P. BUSHIPAKA & G. MARINO & G. COMANDÉ & T. CUCINOTTA, *Legal Holding Extraction from Italian Case Documents using Italian-LEGAL-BERT Text Summarization*, in *Nineteenth International Conference on Artificial Intelligence and Law (ICAIL 2023) June 19 Braga Portugal*, New York, ACM, 2023.

¹³⁴ Art. 46, comma 1, D. Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, “Codice della proprietà industriale”.

suggerisce né la perfezione di un metodo, né l'erroneità dell'altro. Si auspica, anzi, che presto si applichi anche allo studio dell'atto politico quell'approccio empirico-quantitativo, con speciale riferimento all'esame della giurisprudenza, che si è sopra assai brevemente descritto.

2.2 Sui criteri impiegati nella costruzione del campione di sentenze oggetto di studio

Le sentenze che esamineremo, perciò, sono state individuate con il fine di rappresentare, in un buon grado di approssimazione, le principali tendenze ed i caratteri fondamentali della nozione di atto politico e della sua tassonomia applicativa, per come ricostruiti dalla giurisprudenza amministrativa (di primo e secondo grado), dalla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione in materia di «questioni inerenti alla giurisdizione¹³⁵», e dalla giurisprudenza costituzionale.

I criteri che si sono orientativamente impiegati sono di seguito esposti.

In primo luogo, quello temporale: a pronunce più risalenti se ne sono preferite di più recenti, salvo che queste ultime non riproducessero “passivamente” e mediante esplicito rimando il contenuto delle prime.

In secondo luogo, quello gerarchico: a pronunce di primo grado emesse dai TAR (che, non di rado, in casi inerenti alla disciplina dell'atto politico, sono soggette ad annullamento) si sono aggiunte, e predilette, pronunce di appello emesse dal Consiglio di Stato. Si è riconosciuta non trascurabile rilevanza alle sentenze della Suprema Corte di Cassazione in materia di “questioni inerenti alla giurisdizione” ex art. 111, comma 8, Cost.: la giurisprudenza di questa, in effetti, ha mantenuto nel tempo un orientamento ermeneutico in materia di atto

¹³⁵ Art. 111 comma 8 Cost.: “Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”.

politico costante. Eppure, non di rado, le pronunce emesse dall'uno o dall'altro giudice paiono risolversi nell'adeguamento (se non nel cedimento) dei caratteri generali dell'istituto alle necessità contingenti che, di volta in volta, il singolo caso presenta¹³⁶. Una tale impostazione corre il rischio di produrre due effetti che qui si giudicano nocivi per l'ordinamento nel suo complesso: *in primis*, ad una giurisprudenza che approssima, o tenta di approssimare, aderenza al dato normativo se ne sostituisce una "equitativa", che predilige la giustizia nel caso concreto alla certezza della norma generale e astratta; *in secundis*, sono rese labili, in tal modo, le fondamenta discreitive dell'intero edificio istituzionale repubblicano (è proprio nei casi inerenti all'istituto dell'atto politico, infatti, che si rendono manifesti e si esprimono i confini tra i poteri dello stato). Si sottolinea che non manca, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, uniformità dogmatica (o teoretica) — la ricostruzione condivisa, cioè, dei caratteri e della struttura logica dell'istituto — quanto piuttosto uniformità applicativa, o pratica (come tali caratteri e struttura logica qualificano effettivamente i singoli casi). È pur vero, per contro, che una tale incostanza applicativa non può che derivare,

¹³⁶ Tendenza, questa, riconosciuta già da risalente dottrina: «La terza via d'uscita che il problema degli atti politici presenta, è la più semplice e la più sbrigativa, poiché consiste addirittura nella radicale negazione dell'esistenza del problema. Secondo tale opinione, la «*théorie des actes de gouvernement*» è stata una creazione della giurisprudenza francese, determinata da particolari contingenze storiche e necessità politiche, ma ormai tali contingenze e necessità non sussistono più, e anche la teoria degli atti politici ha quindi fatto il suo tempo. Esistono, è vero, degli atti del potere esecutivo che sono sottratti al sindacato giurisdizionale; ma la ragione per la quale essi sfuggono a tale controllo non deve cercarsi in una pretesa peculiarità della loro natura, tale da farne una categoria a sè, che, per ragioni di carattere eccezionale, viene sottratta a quello che è il regime comune di tutti gli altri atti del potere esecutivo. Non esistono dunque degli atti politici, contraddistinti da un particolare atteggiamento della loro causa oggettiva o soggettiva, ma soltanto esistono degli atti amministrativi, per nulla diversi dagli altri, sui quali però il sindacato giurisdizionale non può esplicarsi per ragioni di impossibilità giuridica, consistenti generalmente nel fatto che manca nella specie taluno dei presupposti processuali necessari perché quel sindacato si possa esplicare; e quindi per ragioni affatto accidentali, e non inerenti all'intrinseca natura ed essenza degli atti di cui si tratta» E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Archivio di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1937, pp. 265-320/486-556, pp. 280-282

almeno parzialmente, dalla imprecisione dell'impianto dogmatico che si adopera. Infine, si è prestata particolare attenzione alla sentenza n. 81/2012 della Corte costituzionale, pronunciata in sede di decisione sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello stato ex art. 134¹³⁷, Cost., e all'influenza particolarmente rilevante che ha esercitato sul successivo sviluppo della giurisprudenza dei giudici comuni.

2.2.1 In particolare, sul rapporto tra la disciplina dell'atto politico e l'ordinamento eurounitario

In terzo luogo, il criterio statuale (prevalente su quello unionale¹³⁸): non si intende di certo affermare che la disciplina dell'atto politico non sia in alcun modo determinata o quantomeno informata dall'ordinamento internazionale ed eurounitario. Questo ultimo rileva, *in primis*, relativamente alla necessaria conciliazione tra la sussistenza di un'area di insindacabilità *ex lege* ed il principio della "pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale" — previsto *specialiter* dall'art. 1¹³⁹ del Codice del Processo Amministrativo, e garantito *generaliter* dagli artt. 24¹⁴⁰ e 113¹⁴¹ della Costituzione — nonché, a livello

¹³⁷ «La Corte costituzionale giudica: (...); sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni; (...)».

¹³⁸ Cogliamo questa occasione (consistente, superficialmente, nella enumerazione dei criteri impiegati nella costruzione del campione di sentenze in seguito oggetto di studio) per trattare la questione del rapporto tra ordinamento eurounitario e disciplina degli atti politici ex art. 7 c.p.a.

¹³⁹ «*Effettività* La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo».

¹⁴⁰ «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento (...)».

¹⁴¹ «Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.

Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti (...)».

internazionale, dagli artt. 6¹⁴² e 13¹⁴³ della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, e al livello dell’ordinamento eurounitario, dall’art. 47¹⁴⁴ della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea. Ciò che si intende affermare, perciò, è che, per la natura medesima del fenomeno giuridico oggetto d’indagine, rappresentato concretamente dal rapporto intercorrente tra il potere politico esercitato in sede di attività di governo¹⁴⁵ ed il potere amministrativo esercitato in sede di attività propriamente esecutiva, non sia possibile configurare, anche solo in astratto, una normazione super-nazionale se non in termini di “normazione per principi”. Non parrebbe plausibile, infatti, nell’attuale assetto costituzionale (o amministrativo?¹⁴⁶) dell’ordinamento

¹⁴² «*Diritto a un equo processo* Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti (...)».

¹⁴³ «*Diritto a un ricorso effettivo* Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un’istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell’esercizio delle loro funzioni ufficiali».

¹⁴⁴ «*Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale* Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell’Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge (...)».

¹⁴⁵ Sulla opportunità di distinguere attività di governo ed attività esecutiva, nella specifico orizzonte teorico dell’atto politico, si consultino, in generale: E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961; A. LOLLO, *Atto politico e Costituzione*, Napoli, Jovene, 2020; L. DIOTALLEVI, *Atto politico e sindacato giurisdizionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024.

¹⁴⁶ «Despite a dominant paradigm that seeks to understand the EU in autonomously democratic and constitutional terms, the legitimacy of EU governance as a whole remains primarily derivative of the member states, *qua* constitutional ‘principals’, which choose to delegate regulatory and disciplinary power to EU institutions to act as its ‘agents’. This is not to deny that European integration involves ‘politics’ or has profound ‘constitutional’ implications for its member states or citizens (so too did the expansion of administrative power on the national level over the course of the twentieth century, by the way). (...) The ‘administrative, not constitutional’ label is meant only to stress that the legitimacy of EU rulemaking, enforcement, and adjudication comes closer to the sort of administrative legitimacy that is mediated through national executives, national courts, and national parliaments to a much greater extent than is

eurounitario, concepire un intervento diretto ad “armonizzare” la disciplina degli atti politici (o di governo) nei vari ordinamenti nazionali. Le ragioni, evidenti: si andrebbe ad incidere in tal modo su quel nucleo fondamentale di prerogative, espressione della sovranità *stricto sensu* intattamente riservata agli Stati membri, che i trattati, in applicazione del principio di attribuzione¹⁴⁷, implicitamente a questi ultimi attribuiscono in via esclusiva. Interessante, in questo senso, la almeno parziale sovrapponibilità semantica e concettuale tra l’espressione «funzioni essenziali dello Stato» di cui all’art. 4 TUE, e quella, non di rado impiegata dalla giurisprudenza e dalla dottrina nella determinazione del requisito oggettivo della fattispecie di atto politico, di «interessi supremi dello Stato». Se risulta agevole far corrispondere ad ogni «funzione essenziale» un «interesse supremo» (con la conseguente configurabilità, almeno in astratto, di singoli atti politici, emanati al livello di governo dello Stato, in ognuno dei relativi ambiti), si prospetta più ardua l’operazione inversa. Vari infatti, paiono essere i settori di competenza concorrente (ex art. 4 TFUE) nei quali possa effettivamente formarsi un “interesse supremo dello Stato”, pur non essendo la relativa funzione annoverabile tra quelle “essenziali” ex art. 4 TUE:

commonly supposed» P. L. LINDSETH, *Reflections on the ‘Administrative, Not Constitutional’ Character of EU Law in Times of Crisis*, in *Perspectives on Federalism*, Vol. 9, issue 2, 2017.

¹⁴⁷ Art. 4 TUE: «1. In conformità dell’articolo 5, qualsiasi competenza non attribuita all’Unione nei trattati appartiene agli Stati membri. 2. L’Unione rispetta l’uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell’integrità territoriale, di mantenimento dell’ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro (...).» E ancora, art. 5 TUE: «1. La delimitazione delle competenze dell’Unione si fonda sul principio di attribuzione. L’esercizio delle competenze dell’Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità. 2. In virtù del principio di attribuzione, l’Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all’Unione nei trattati appartiene agli Stati membri (...).».

«(...) L'Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri nei principali seguenti settori:

- a) mercato interno,
- b) politica sociale, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente trattato,
- c) coesione economica, sociale e territoriale,
- d) agricoltura e pesca, tranne la conservazione delle risorse biologiche del mare,
- e) ambiente,
- f) protezione dei consumatori,
- g) trasporti,
- h) reti transeuropee,
- i) energia,
- j) spazio di libertà, sicurezza e giustizia,
- k) problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente trattato (...))»

Si sottolineano, in questa sede, i settori di cui alle lettere a), e), i), k), j): si tornerà, nel corso della trattazione dei singoli casi concreti, sull'analisi di questi se e per quanto rilevante. Sistemizzando:

- I) l'art. 7 del c.p.a. sottrae al sindacato giurisdizionale alcuni “atti e provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico”;
- II) la giurisprudenza e la dottrina qualificano tale nozione di “potere politico” con il ricorrere di due elementi: il primo soggettivo (relativo cioè all'organo da cui tale potere promana), il secondo oggettivo (relativo alla “supremazia” dell'interesse tutelato, e alla «libertà nel fine» del potere esercitato);
- III) il TUE ed il TFUE sottraggono all'ambito di competenza eurounitario, in applicazione del principio di attribuzione, le «funzioni essenziali dello Stato». Occorre sottolineare come, tra tali funzioni essenziali (enumerate in un elenco di valore esemplificativo

e non vincolante) l'unica espressamente configurata quale competenza esclusiva degli Stati membri sia quella di (tutela e preservazione della) «sicurezza nazionale». Per quanto riguarda le restanti si ingenera in capo all'Unione un semplice obbligo di «rispetto»: ma che cosa ciò voglia concretamente significare non appare ben chiaro. Fermo il fatto che, in applicazione del principio di attribuzione, l'esclusione degli ambiti corrispondenti alle «funzioni essenziali» dall'alveo delle competenze attribuite in via esclusiva o concorrente all'Unione (di cui, rispettivamente, agli artt. 3 e 4 TFUE) equivale effettivamente, ex art. 5 comma 1 TUE, alla loro implicita riconduzione nell'ambito delle competenze esclusive attribuite agli Stati membri.

La corrispondenza tra «funzioni essenziali» e «interessi supremi» (quali oggetto di tutela dell'esercizio del potere politico) dello Stato sembrerebbe, ad una prima valutazione, escludere, formalmente, la possibilità di una normazione al livello di governo eurounitario degli atti politici. D'altro canto, paiono configurabili fattispecie nelle quali ad un «interesse supremo» corrisponda una funzione, non essenziale, ma relativa piuttosto ad un ambito di competenza concorrente. In tal caso, è plausibile che l'esercizio del potere politico sia soggetto anche a norme particolari di provenienza unionale. Questo rappresenta un problema. Il fondamento dogmatico della nozione di atto politico per come attualmente intesa è tutt'oggi sostanziato dalla teorica elaborata da Guicciardi. Per essa:

«Gli atti politici sono sempre legittimi perché non vi sono norme che li riguardino (...) [Ciò] però non significa che non vi possa essere una norma che riguarda un atto politico, pur non potendo essere violata nella emanazione di esso: che anzi una tale norma sussiste sempre necessariamente per ogni atto politico, ed è tale che la sua inosservanza fa perdere, come si è

visto, all'atto la sua qualifica facendolo considerare come un comune atto amministrativo ed assoggettandolo, come tale, al regime che per tali atti è posto dall'art. 26 del T. U. sul Consiglio di Stato, e sottraendolo all'eccezione posta al riguardo dall'art. 31. Tale norma è precisamente 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 ; ed appunto per questo la sua inosservanza impedisce che l'atto possa considerarsi come esplicazione di quel potere, e quindi come atto politico, giustificandosi così l'asserzione che l'atto politico, che rimanga tale, non può violare neppure questa norma, l'unica che l'ordinamento giuridico cioè contenga a suo riguardo»¹⁴⁸

Secondo questa impostazione, perciò, l'atto politico è tale in quanto disciplinato dalla sola norma attributiva del potere, la violazione della quale ne determina la degradazione a “comune atto amministrativo”, pertanto sindacabile. Ma cosa avviene quando, alla norma attributiva del potere (di rango costituzionale o primario) si affianca (o sovraordina) una norma di derivazione eurounitaria (perciò a sua volta di rango costituzionale, per interposizione dell'art. 117 Cost.) che specifica o informa in una qualche sua parte l'esercizio del relativo potere? Due le possibili soluzioni: o si limita l'ambito di applicazione dell'art. 7 c.p.a. a quei soli settori riconducibili all'esercizio delle funzioni essenziali dello Stato di cui all'art. 4 TUE (facendo sì in tal modo che la nozione di funzione e di interesse essenziale si prospettino quali interamente e biunivocamente sovrapponibili), o si ammette l'esistenza di interessi supremi dello stato in ambiti soggetti a competenza concorrente. Il secondo caso si articola in tre ipotesi ulteriori. Queste si ordinano in ragione di un presupposto giuridico fondamentale: la natura della norma attributiva del potere politico, perciò la sua posizione nell'ambito della gerarchia delle fonti.

¹⁴⁸ E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Archivio di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1937, pp. 265-320/486-556, p. 525.

Se infatti la norma è di rango costituzionale:

- 2.1) si considera prevalente la norma europea su quella nazionale: ne consegue che il potere perde il proprio carattere di politicità, perciò di insindacabilità, in quanto informato nel suo contenuto da prescrizioni che ne delimitano il fine e ne ordinano l'esercizio. La libertà si fa discrezionalità: l'atto è soggetto a sindacato giurisdizionale, non è "coperto" dall'art. 7 c.p.a.;
- 2.2) si considera prevalente la norma nazionale su quella europea: la prima funge da "controlimite"¹⁴⁹ alla seconda (d'altronde, pur essendo tale

¹⁴⁹ Celebre, in tal senso, la Ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale: «Dopo aver messo a fuoco gli specifici profili di incompatibilità esistenti tra la regola che la sentenza resa in causa Taricco ha tratto dall'art. 325 del TFUE e i principi e i diritti sanciti dalla Costituzione, è necessario chiedersi se la Corte di giustizia abbia ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla regola anche quando essa confligge con un principio cardine dell'ordinamento italiano. Questa Corte pensa il contrario, ma reputa in ogni caso conveniente porre il dubbio all'attenzione della Corte di giustizia. In base all'art. 4, paragrafo 3, del Trattato sull'Unione europea (TUE), come modificato dal Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, ratificato e reso esecutivo con legge 2 agosto 2008 n. 130, ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009, i rapporti tra Unione e Stati membri sono definiti in forza del principio di leale cooperazione, che implica reciproco rispetto e assistenza. Ciò comporta che le parti siano unite nella diversità. Non vi sarebbe rispetto se le ragioni dell'unità pretendessero di cancellare il nucleo stesso dei valori su cui si regge lo Stato membro. E non vi sarebbe neppure se la difesa della diversità eccedesse quel nucleo giungendo ad ostacolare la costruzione del futuro di pace, fondato su valori comuni, di cui parla il preambolo della Carta di Nizza. Il primato del diritto dell'Unione non esprime una mera articolazione tecnica del sistema delle fonti nazionali e sovranazionali. Esso riflette piuttosto il convincimento che l'obiettivo della unità, nell'ambito di un ordinamento che assicura la pace e la giustizia tra le Nazioni, giustifica una rinuncia a spazi di sovranità, persino se definiti da norme costituzionali. Al contempo la legittimazione (art. 11 della Costituzione italiana) e la forza stessa dell'unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 del TUE) nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE). In caso contrario i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri. Queste considerazioni sono sempre state alla base dell'azione, sia di questa Corte, quando ha rinvenuto nell'art. 11 Cost. la chiave di volta dell'ordinamento europeo, sia della Corte di giustizia, quando, precorrendo l'art. 6, paragrafo 3, del TUE, ha incorporato nel diritto dell'Unione le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Ne consegue, in linea di principio, che il diritto dell'Unione, e le sentenze della Corte di giustizia che ne specificano il significato ai fini di un'uniforme applicazione, non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi

formulazione giurisprudenziale stata storicamente applicata in via principale a quelle aree di tutela incompressibile riservate ai diritti fondamentali ed inviolabili dell'uomo, il concetto giuridico di «principi supremi dell'ordine costituzionale» enunciato nell'Ordinanza 17/2024, C. cost. potrebbe invero anche configurarsi quale idoneo ad includere le norme relative all'attribuzione e distribuzione dei poteri, e più nello specifico del potere politico, tra i vari organi dello Stato). Il potere politico rimane intatto nei suoi caratteri fondamentali e costitutivi; gli atti o provvedimenti adottati dal governo restano insindacabili dai giudici nazionali. Non sono azionabili, perciò, le tutele relative agli interessi legittimi o ai diritti soggettivi lesi dal potere esercitato. L'unico strumento residuo è quello di un eventuale ricorso per inadempimento (ex art. 258 TFUE¹⁵⁰) dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. È evidente, però, come la riserva di legittimazione processuale spettante alla Commissione Europea nel giudizio succitato determini la natura sostanzialmente politica di una tale forma di ricorso, volta ad irrogare sanzioni nei confronti dello stato membro inadempiente, e non

supremi del suo ordine costituzionale. Naturalmente, la Corte di giustizia non è sollevata dal compito di definire il campo di applicazione del diritto dell'Unione, né può essere ulteriormente gravata dall'onere di valutare nel dettaglio se esso sia compatibile con l'identità costituzionale di ciascun Stato membro. È perciò ragionevole attendersi che, nei casi in cui tale valutazione sia di non immediata evidenza, il giudice europeo provveda a stabilire il significato della normativa dell'Unione, rimettendo alle autorità nazionali la verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento nazionale. Compete poi a ciascuno di questi ordinamenti stabilire a chi spetti tale verifica. La Costituzione della Repubblica italiana, a tale proposito, la rimette in via esclusiva a questa Corte, e bene hanno perciò fatto i rimettenti a investirla del problema, sollevando una questione di legittimità costituzionale».

¹⁵⁰«Articolo 258: La Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni. Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di giustizia dell'Unione europea».

a conferire garanzie concrete ai soggetti lesi dall'inadempimento medesimo.

Se invece la norma attributiva del potere consiste in una legge ordinaria:

2.3) il giudice disapplica la norma nazionale nella parte in cui confligge con l'ordinamento eurounitario. Il potere attribuito dalla legge ordinaria viene privato in tal modo del carattere della politicità, e degradato a "comune atto amministrativo".

La tentazione sarebbe quella di percorrere la strada più semplice: optare per la prima soluzione (che limita l'ambito di applicazione dell'art. 7 c.p.a. a quei soli settori riconducibili all'esercizio delle funzioni essenziali dello Stato di cui all'art. 4 TUE, facendo sì in tal modo che la nozione di funzione essenziale e quella di interesse si prospettino quali interamente e biunivocamente sovrapponibili). Sarebbe certamente coerente con la già citata tendenza alla "recessività"¹⁵¹ dell'atto politico. Ma la complessità dei tempi pare intimarci la complessità nelle risposte: una tale limitazione del concetto giuridico oggetto del nostro studio non è coerente con l'evoluzione presente dell'ordinamento nazionale. Tra le tre sub-ipotesi derivanti dalla seconda soluzione proposta, la 2.2 è, a nostro parere, la più convincente.

Si pone infine un problema ulteriore, relativo non all'applicazione del principio di attribuzione, ma alla tutela eurounitaria del «valore» dello Stato di diritto¹⁵².

¹⁵¹ Sulla quale concordano massima parte della giurisprudenza e della dottrina.

¹⁵² La tutela del «valore» dello Stato di diritto trova un proprio fondamento costituzionale (nella misura in cui è possibile ed opportuno definire una costituzionalità eurounitaria) già all'articolo 2 del TUE: «1. L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini». Su un piano operativo-sanzionatorio l'enunciato di cui all'art. 2 trova una specifica e pratica tutela giuridica nella disciplina dettata dall'articolo 7, di seguito riportata sinteticamente: «1. Su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione europea, il Consiglio, deliberando alla maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri previa

Preliminarmente si rende opportuno fornire una definizione di Stato di diritto. Impieghiamo in questa sede, la formulazione sintetica (priva ovviamente di qualsivoglia valore di cogenza, ma efficace nella propria funzione didascalica) presentata nel glossario reperibile sul portale pubblico EUR-Lex¹⁵³, cui è affidato il compito di rendere accessibile a cittadini ed operatori economici il diritto dell'Unione:

«Lo Stato di diritto è sancito dall'articolo 2 del trattato sull'Unione europea come uno dei valori comuni a tutti gli Stati membri dell'UE. Nello Stato di diritto, tutti i poteri pubblici agiscono sempre entro i limiti stabiliti dalla legge, in conformità con i valori della democrazia e dei diritti fondamentali e sotto il controllo di tribunali indipendenti e imparziali. Il rispetto dello Stato di diritto è essenziale per il funzionamento stesso dell'Unione europea (Unione): per l'efficace applicazione del diritto dell'Unione, per il funzionamento appropriato del mercato interno, per il mantenimento di un ambiente favorevole agli investimenti e per la fiducia reciproca.»

Se si accetta una siffatta definizione (e, pur ribadendone il carattere indisputabilmente sommario, non pare vi siano ragioni per fare altrimenti) lo Stato di diritto è caratterizzato dal simultaneo soddisfacimento di tre condizioni:

approvazione del Parlamento europeo, può constatare che esiste un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'articolo 2. (...) 2. Il Consiglio europeo, deliberando all'unanimità su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione europea e previa approvazione del Parlamento europeo, può constatare l'esistenza di una violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'articolo 2, dopo aver invitato tale Stato membro a presentare osservazioni. 3. Qualora sia stata effettuata la constatazione di cui al paragrafo 2, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può decidere di sospendere alcuni dei diritti derivanti allo Stato membro in questione dall'applicazione dei trattati, compresi i diritti di voto del rappresentante del governo di tale Stato membro in seno al Consiglio. Nell'agire in tal senso, il Consiglio tiene conto delle possibili conseguenze di una siffatta sospensione sui diritti e sugli obblighi delle persone fisiche e giuridiche. Lo Stato membro in questione continua in ogni caso ad essere vincolato dagli obblighi che gli derivano dai trattati. (...)».

¹⁵³ Per la definizione completa: <https://eur-lex.europa.eu/IT/legal-content/glossary/rule-of-law.html>.

la sottoposizione dell'esercizio del potere pubblico a limiti legislativi, la conformità di questo ai «valori della democrazia e dei diritti fondamentali», la sua soggezione ad un sindacato giurisdizionale che sia operato da un giudice indipendente ed imparziale. Non sfuggerà la rilevanza di tali tre requisiti dinanzi alla disciplina nazionale degli «atti o provvedimenti adottati dal Governo nell'esercizio del potere politico» di cui all'art. 7 c.p.a. Lo Stato di diritto si caratterizza infatti per la sottoposizione di «tutti» i poteri pubblici a limiti legislativi: da questa dovrebbe discendere necessariamente anche la giustiziabilità di tutti gli atti (non endoprocedimentali) adottati nell'esercizio di questi. E poiché il potere politico è certamente un potere pubblico (si potrebbe affermare, il potere pubblico per eccellenza) non si comprende, *ictu oculi*, per quale ragione esso dovrebbe essere, anche solo in astratto, sottratto al sindacato giurisdizionale. Segue che il regime nazionale di non impugnabilità degli atti politici agisce strutturalmente quale deroga alla disciplina del valore dello Stato di diritto posto a livello unionale. Varie le possibili *rationes* che possono essere avanzate al fine di giustificare una tale deroga: la più convincente, sul versante della dogmatica costituzionale, e della pragmatica istituzionale, pare essere quella della tutela nazionale, egualmente rilevante, del principio di separazione dei poteri, configurantesi, in questa o quella versione¹⁵⁴, quale presupposto

¹⁵⁴ D'altronde non esiste una teoria univoca della separazione dei poteri, né una universale condivisione del principio. Tra i critici più insigni (come ricordato in S. CASSESE, *Esiste in Italia una separazione dei poteri?* in S. CASSESE (a cura di), *La separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2023, pp. V ss.) Kelsen: «La dottrina della separazione dei poteri è stata per lungo tempo un argine contro ogni sconfinamento del principio democratico dal campo strettamente legislativo. [...] Soltanto la miopia dei teorici o la malafede politica hanno potuto gabellare per democratico il principio della divisione dei poteri. Desunto — a quanto si pretende — da Montesquieu dalla costituzione inglese — ma sarebbe stata opera vana ai suoi tempi il ricercarlo — esso viene giustificato come una garanzia della libertà. Ma il suo vero significato è, molto probabilmente, quello di assicurare al monarca, che dall'assolutismo è stato respinto nelle strettoie del costituzionalismo, un'ultima possibilità di prevalere sulla volontà del popolo concentrata nel parlamento» H. Kelsen, *Natura e valore della democrazia*, in H.

logico-strutturale di ogni democrazia compiuta. Eppure, un tale principio non trova esplicita enunciazione nel corpus delle norme pattizie o secondarie dell'ordinamento eurounitario. Come conciliare, dunque, la disciplina del valore dello Stato di diritto di cui agli artt. 2 e 7 TUE, con la disciplina degli atti politici di cui all'art. 7 c.p.a.?

Le strade percorribili paiono essere due: la prima, simmetrica a quella pocanzi enunciata, tenderebbe a far ricadere la tutela della separazione dei poteri, ed il conseguente mantenimento di un'area non giustiziabile di esercizio del potere politico, nell'ambito della «identità nazionale insita nella (...) struttura fondamentale, politica e costituzionale [degli Stati membri]»; la seconda invece, offrendo un grado di integrazione giuridica forse maggiore, si sostanzierebbe nel riconoscimento dell'istituto dell'atto politico (o di governo) quale «tradizione costituzionale comune» ex art. 6 par. 3 TUE¹⁵⁵. Questa seconda strada non è, però, scevra di ostacoli. A far «parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» sono «i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri». Si configurano quali oggetto di questa amplissima clausola, dunque, quei diritti sviluppatisi contro le «immunità del potere»¹⁵⁶. Farvi ricadere un istituto che si

KELSEN, *Due saggi sulla democrazia in difficoltà (1920-1925)*, a cura di M. G. LOSANO, Torino, Aragno, 2018, p. 36.

¹⁵⁵ «3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

¹⁵⁶ Nel 1962, Eduardo García de Enterría scrisse, per la *Revista de Administración Pública*, il saggio *La lucha contra las inmunidades del poder en,.-. el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*: E. GARCIA DE ENTERRIA, *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo*, in *Revista de Administración Pública*, 1962, n. 38, pp. 159-208. Nel 2009 Sabino Cassese ne riprese il titolo, impiegandolo per esprimere sinteticamente il significato del “terzo polo” (liberale ed *ex parte civis*) del diritto amministrativo quale scienza ed esperienza sociale: “Il terzo polo del diritto amministrativo opera “ex parte civis”, è quello funzionale alla “lucha contra las inmunidades del poder”. Qui si fa sentire la componente storica liberale. Essa detta i limiti del potere, ispira la giustizia amministrativa, obbliga l'amministrazione a rispettare il principio di trasparenza e

pone *in re ipsa* quale limitazione della tutela giurisdizionale avverso l'esercizio lesivo del potere pubblico correrebbe il rischio di abusare e travisare radicalmente la ratio della norma. D'altro canto, si potrebbe sostenere che la preservazione di un'area di insindacabilità sia atta mediatamente, in sé e non per sé, alla garanzia del principio democratico e della sovranità popolare, certamente configurabili quali tradizioni costituzionali comuni. La universale sottoposizione dei poteri pubblici a *judicial review* correrebbe a sua volta il rischio di minare l'equilibrio tra la volontà dei cittadini (espressa tramite voto libero ed eguale) ed il potere giudiziario. Sarebbe invero possibile argomentare, per contro, che i giudici, nell'essere «soggetti soltanto alla Legge», dunque alla massima espressione mediata della sovranità popolare, esercitino una funzione imprescindibile di garanzia del principio democratico: che non vi sia dunque necessità di operare un bilanciamento tra il potere “tecnico” della magistratura e quello politico del Governo. È evidente che la questione appena tratteggiata non possa essere risolta univocamente: vengono in rilievo alcuni tra i principi fondamentali del sistema giuridico eurounitario, nella sua interazione con quelli nazionali. Sia sufficiente sottolineare che, ad oggi, l'art. 7 c.p.a. non sia mai stato oggetto né di procedura di infrazione ex art. 258 TFUE, né di procedimento «per gravi e ripetute violazioni dei valori fondamentali» (enumerati all'art. 2 TUE) ex art. 7 TUE, né di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE da parte del G.O., del G.A. o tantomeno della Corte costituzionale. Ma si sa: «che il sole domani sorgerà è un'ipotesi; e questo vuol dire: non sappiamo se sorgerà»¹⁵⁷. Gli orientamenti giurisprudenziali mutano e si evolvono quasi senza soluzione

a motivare le sue decisioni” S. CASSESE, *Le droit tout puissant et unique de la société: paradossi del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, pp. 878-902.

¹⁵⁷ L. WITTGENSTEIN, *Tractatus Logico-Philosophicus*, in *Annalen der Naturphilosophie*, 1921, proposizione n. 6.3631.

di continuità, segnatamente allorquando, come in questo caso, si configurino quale espressione non di un'interpretazione astratta e generale del complesso normativo, ma di un difficile equilibrio pragmaticamente raggiunto tra poteri e livelli di governo diversi. Se in futuro si dovesse osservare un ampliamento del potere esecutivo esercitato in ambito unionale, una speculare e conseguente compressione di quello esercitato dai governi nazionali, e, in generale, una centralizzazione e statalizzazione dell'ordinamento eurounitario, non parrebbe assurdo paventare la sopravvenuta incompatibilità dell'art. 7 c.p.a. rispetto a quest'ultimo.

Pervenendo ad una conclusione: la disciplina nazionale degli atti politici, da un lato, ingenera alcuni problemi interpretativi inerenti alla nozione medesima di potere politico, alla sua caratterizzazione giurisprudenziale, e, soprattutto, alla sua interazione e coerenza relativamente alle norme pattizie o secondarie, dall'altro, rappresenta una deroga al «valore dello Stato di diritto» sancito dall'art. 2 TUE, non dogmaticamente e sistemicamente giustificata dall'ordinamento eurounitario, quanto piuttosto risultante dalla attitudine compromissoria dell'attuale assetto politico-istituzionale.

Riprendendo il principio del nostro discorso: la provenienza della giurisprudenza, perciò del «diritto vivente», relativa all'atto politico si configura quale quasi esclusivamente statuale, dunque nazionale, e, per le questioni su esposte, non pare possa essere altrimenti. Ne consegue l'opportunità di presentare un campione di sentenze che comunichi efficacemente tale caratteristica.

2.3 Breviter: sulla qualificazione dottrinale prevalente dell'atto politico

Obiettivo di questo paragrafo non è certamente la completa ricostruzione storica, perciò diacronica, delle varie e numerose posizioni dottrinali che si sono

succedute nel tempo intorno all'atto politico. Un tale studio risulta essere già stato proficuamente condotto in non meno di due occasioni. Non sfuggirà il riferimento alle principali opere monografiche sul tema: la prima, di Guicciardi, risalente al 1937¹⁵⁸, la seconda di Cheli¹⁵⁹, risalente al 1961. Esistono, ovviamente, anche lavori più recenti, in particolare: la monografia di Di Gaspare del 1984¹⁶⁰, poi quella di Dell'Acqua del 1990¹⁶¹, di Lollo del 2020¹⁶², di Giomi del 2022¹⁶³, di Diotallevi del 2024¹⁶⁴. Una prima osservazione: non si è concretato un particolare dibattito di ordine storiografico intorno alle molteplici teoriche che si sono nel tempo articolate e confrontate. Vi è, invero, una quasi perfetta sequenzialità, che a partire dall'opera di Guicciardi si sviluppa prima in quella di Cheli e poi nelle successive. A riprova di ciò, si inseriscono e si confrontano in schema le parti degli indici relative all'esposizione sintetica delle dottrine sull'atto politico.

¹⁵⁸ E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Archivio di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1937, pp. 265-320/486-556.

¹⁵⁹ E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961.

¹⁶⁰ G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, Milano, Giuffrè, 1984.

¹⁶¹ C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padova, CEDAM, 1990.

¹⁶² A. LOLLO, *Atto politico e Costituzione*, Napoli, Jovene, 2020.

¹⁶³ V. GIOMI, *L'atto politico e il suo giudice. Tra qualificazioni sostanziali e prospettive di tutela*, Milano, FrancoAngeli, 2022.

¹⁶⁴ L. DIOTALLEVI, *Atto politico e sindacato giurisdizionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024.

E. GUICCIARDI, <i>L'atto politico</i> , in <i>Archivio di diritto pubblico</i>	E. CHELI, <i>Atto politico e funzione di indirizzo politico</i>	A. LOLLO, <i>Atto politico e Costituzione</i>	L. DIOTALLEVI, <i>Atto politico e sindacato giurisdizionale</i>
IL PROBLEMA DEGLI ATTI POLITICI NELLA DOTTRINA E NELLA GIURISPRUDENZA. 1. Le soluzioni proposte dalla dottrina: a) la teoria del movente politico, o della causa soggettiva. Origini storiche, sviluppo, abusi e decadenza di essa. Sua inconfessata sopravvivenza nella giurisprudenza. Critica: agiuridicità della teoria, che tende solo a mascherare l'arbitrio dell'esecutivo, e la debolezza del giudice di fronte ad un Governo autoritario. 2. b) la teoria della causa obbiettiva nelle sue varie formulazioni. La distinzione fra Amministrazione e Governo. Critica: assoluta inconcludenza e incapacità della teoria a risolvere i casi dubbi. 3. c) la teoria che nega l'esistenza del problema. La inammissibilità del ricorso contro i cosiddetti atti politici come dovuta alla mancanza dell'uno o degli altri dei presupposti processuali necessari per l'impugnativa degli atti amministrativi in genere. Conseguente inutilità dell'art. 31. Critica: la teoria prescinde dal diritto positivo. 4. L'atteggiamento del Consiglio di Stato: i criteri empirici di cui esso si vale nelle sue decisioni. 5. L'elenco degli atti politici secondo l'opinione dominante in dottrina e in giurisprudenza.	SVOLGIMENTO DELLA PROBLEMATIC RELATIVA ALL'ATTO POLITICO 1. Esigenza di determinare in sede dottrinale la nozione di atto politico al fine di precisare l'estensione del limite posto al controllo del giudice amministrativo 2. Esame delle teorie sull'atto politico: a) teoria del movente o della causa soggettiva b) ...della natura dell'atto. c) ...della causa oggettiva. d) ...della esecuzione della costituzione. e) ...della discrezionalità assoluta f) ...empirica. g) ...negativa. h) ...del Guicciardi 3. Valore storico e valore dogmatico delle teorie sull'atto politico .	TEORIE SULL'ATTO POLITICO 1. Necessità di elaborare una dogmatica dell'atto politico per precisare il limite posto al sindacato del giudice amministrativo 2. Teorie «soggettive» 2.1. Teoria del «movernte politico» o della «causa soggettiva» 2.2. Teoria della «discrezionalità assoluta» 3. Teorie «oggettive» 3.1. Teoria della «natura dell'atto» 3.2. Teoria della «causa oggettiva» 3.3. Teoria dell'«atto costituzionale» 3.4. Teoria dell'«atto extra iuris ordinem» 4. Teorie «storiciste» 5. Teoria della «legittimità necessaria» L'ATTO POLITICO NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE PROFILI TEORICI 1. Estraneità del concetto di atto politico rispetto alla categoria degli atti amministrativi 2. L'atto politico quale atto di governo 3. Critica della teoria che identifica l'atto politico con l'atto di governo 4. L'atto politico quale «atto costituzionale libero nel fine» 5. Critica della teoria dell'«atto costituzionale libero nel fine» 6. L'atto politico in un recente indirizzo dottrinale: rilievi critici» 7. Prime notazioni conclusive	LE ORIGINI DELLA NOZIONE DI ATTO POLITICO E LA SUA EVOLUZIONE NEL DIBATTITO DOTTRINALE 1. Le origini della nozione di atto politico in Francia 2. Le origini della nozione di atto politico in Italia Il contributo della dottrina 3.1. Le teorie "soggettive" 3.1.1. (Segue): a) la teoria del "movernte" 3.1.2. (Segue): b) la teoria della discrezionalità "pura e assoluta" 3.2. Le teorie "oggettive" 3.2.1. (Segue): a) La teoria della "natura" dell'atto 3.2.2. (Segue): b) la teoria della "causa oggettiva" 3.2.3. (Segue): c) la teoria dell'"atto di esecuzione della Costituzione" 3.3. Le teorie "storiciste" 3.1.1. (Segue): a) la teoria "empirica" 3.1.2. (Segue): b) la teoria "negativa" 4. La teoria della "legittimità necessaria" 5. L'entrata in vigore della Costituzione: la teoria dell'"atto costituzionale libero nel fine" nel prisma della dogmatica dell'indirizzo politico

Si rendono necessarie, come è evidente, alcune precisazioni inerenti al contenuto dello schema su rappresentato.

Intanto, una premessa: si è ritenuto opportuno escludere, da questo primo raffronto, l'opera di Di Gaspare, Dell'Acqua e Giomi.

Per quanto riguarda la prima, la ragione dell'esclusione è inerente all'oggetto ed al metodo dell'indagine: il carattere fondamentalmente storiografico di questa, unito alla sua vocazione comparatistica, ne hanno determinato una struttura non paragonabile a quella degli altri studi citati. In essa, infatti, la trattazione delle varie teoriche e degli orientamenti giurisprudenziali attraversa

l'opera nella sua interezza, non risolvendosi in un unico capitolo introduttivo, e sviluppandosi, perciò, in una prospettiva puramente diacronica. Segnatamente il contenuto ricalca in massima parte quello delle opere richiamate nello schema di cui sopra, con una rilevante differenza: la limitazione dell'indagine all'esperienza storica dello «Stato liberale» determina una speculare limitazione nella trattazione alle teorie cosiddette «soggettive», «oggettive» o «storiciste», non essendovi ricomprese, per evidenti ragioni, quelle sviluppatesi successivamente agli anni Venti del secolo ventesimo, a partire dall'opera di Guicciardi.

Per quanto riguarda l'opera di Dell'Acqua la ragione dell'esclusione è inerente al fine dell'indagine (nonché alla specifica disciplina giuridica di inquadramento): questo infatti non si concreta nella ricostruzione generale e astratta dell'istituto, né nell'individuazione dei suoi caratteri unificanti; si incarica piuttosto di studiare una singola modalità della fenomenologia della fattispecie, inerente all'esercizio del potere politico in quanto «potere estero» (e relativa, perciò, più che alla dottrina ed ai metodi del diritto amministrativo, a quelli propri del diritto internazionale). La ricostruzione delle più rilevanti teorie in materia di atto politico riveste, nell'ambito di questo studio, secondaria importanza.

Per quanto riguarda l'opera di Giomi la ragione dell'esclusione è inerente alla struttura dell'indagine: questa non si occupa infatti di fornire una ricostruzione storica dell'istituto (se non in termini sommari), prediligendo invece una trattazione puramente attualizzata della questione.

Addivenendo al merito dei contenuti nello schema: non passerà inosservata la sostanziale corrispondenza tra le quattro impostazioni presentate. La struttura elementare è quella già formulata da Guicciardi: «teoria del movente politico», «teoria della causa obbiettiva», «teoria che nega l'esistenza del problema». A

queste si aggiunge la dogmatica, elaborata nella prima metà del Novecento dal Consiglio di Stato, e presentata nel quarto paragrafo del secondo capitolo della monografia, della bipartizione degli atti politici in «atti *extra iuris ordinem*»¹⁶⁵ e «atti emanati secondo il diritto positivo, sia che assumano forma e sostanza di atti amministrativi veri e propri, sia che si tratti di atti che vengono posti in essere in virtù di poteri straordinari concessi agli organi del potere esecutivo per i casi di necessità e di urgenza (...) [: questo genere di] atti (...) non sono, per loro stessa natura, atti politici, ma divengono tali, a sensi dell'art. 31, se la loro causa obbiettiva, e cioè lo scopo per cui sono emanati, è "politica"»¹⁶⁶.

Cheli accetta in massima parte gli esiti di tale studio. Interviene, altresì, su tre ambiti: in primo luogo articolando in modo maggiormente schematico ed estensivo quelle teoriche fondamentali già individuate da Guicciardi, in secondo luogo ampliandone il numero ed ulteriormente distinguendole, in terzo luogo ordinandole per tratti comuni. Nello specifico Cheli conferisce maggiore importanza alla «teoria dell'esecuzione della Costituzione» e a quella della «discrezionalità assoluta» (quella «empirica» e quella «negativa» sono afferenti invece, sebbene non del tutto sovrapponibili, alla «teoria che nega l'esistenza del problema» richiamata nella monografia del 1937). Entrambe erano state lapidariamente trattate e confutate da Guicciardi: nel caso della prima in nota¹⁶⁷,

¹⁶⁵ «Intendendo come tali il decreto-legge, il decreto delegato e il decreto di stato d'assedio. In tali casi, il potere di cui l'atto costituisce esercizio è manifestamente anomalo, in quanto si esplica su materia di competenza degli organi legislativi, ed è quindi sciolto da vincoli formali quando venga esercitato dagli organi del potere esecutivo. Data questa sua natura, l'atto non può essere sottoposto al sindacato giurisdizionale, perché questo può funzionare solo per la tutela dei diritti e interessi dei cittadini riconosciuti dall'ordinamento giuridico con la statuizione di limiti obbiettivi alla azione del potere esecutivo» E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Archivio di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1937, pp. 265-320/486-556, pp. 284-285.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ «Per un'ampia rassegna dei tentativi compiuti dalla dottrina per stabilire un criterio distintivo fra attività di governo e amministrazione, cfr. DENDIAS, *La fonction gouvernementale et les actes de son exercice. Les actes de gouvernement*, Paris, 1936, pag. 15 e segg.. Questi, a sua volta, dimostrata l'insufficienza di tali tentativi al fine proposto, ne

nel caso della seconda, invece, non nel corso dello svolgimento del secondo capitolo (dedicato alla rassegna delle varie posizioni dottrinali e giurisprudenziali formatesi e succedutesi nel tempo in materia di atto politico: nello schema di cui sopra è riportato il sommario) ma nel corso del terzo¹⁶⁸ (consistente nello studio della «impostazione dogmatica del problema degli atti

propone uno proprio, secondo il quale la funzione governativa sarebbe la continuazione e il complemento della funzione costituente, esplicantesi «surtout en exécution de dispositions constitutionnelles immédiates» (pag. 25), e intesa a « viser à l'ensemble de l'État, à la sauvegarde des intérêts suprêmes et à l'harmonisation de l'exercice des pouvoirs constitués » (pag. 29). Osservo che questa opinione avrebbe il merito di ricondurre gli atti di governo nell'ambito della legge (pag. 33), e di dimostrare la loro necessaria presenza in ogni ordinamento, per quanto evoluto e perfetto (pag. 37) : ma anche che essa non sembra aderire al diritto positivo, poiché ci sono atti politici che non possono dirsi immediata esecuzione di disposizioni costituzionali, e che, nella formulazione più sopra riportata, essa non costituisce nulla di nuovo, ma si riconduce in pieno a quella teoria detta della causa obbiettiva che, come si vedrà tosto, è oggi dominante in Italia» *Ivi*, p. 277. A proposito di questa interpretazione (che poggia sulla distinzione istituzionale e dogmatica tra attività di governo ed attività amministrativa), Guicciardi cita anche, differenziandone la posizione pur riconoscendo l'appartenenza ad un comune filone dottrinale: T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif et de droit public*, VII ed.. Vol. II, Paris, 1897, p. 88 ; M. LE COURTOIS, *Des actes de gouvernement*, Paris, 1899, p. 96 ; R. CARRE' DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Vol. I, Paris, 1920, pp. 523 e ss. ; e, soprattutto, con riferimento alla dottrina italiana, G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, 1936, p. 7 : « l'attività di governo è ... una funzione superiore (rispetto all'amministrazione), che trova nella direzione suprema dello Stato il suo fondamento e la sua causa giuridica».

¹⁶⁸ Nel senso che gli atti politici costituiscano una specie degli atti discrezionali cfr. (...) soprattutto FERRARIS, *Diritto ammin.* cit.. Vol. I, pag. 238 e seg., che costruisce per gli atti politici la categoria della discrezionalità assoluta accanto a quelle della discrezionalità generica o pura e della discrezionalità specifica o tecnico-amministrativa» *Ivi*, p. 318. In più occasioni Guicciardi ribadisce l'erroneità delle teorie che configurano il grado assoluto di discrezionalità quale carattere fondante e discreto dell'atto politico: «Esattamente ritengono che gli atti politici non siano distinguibili sulla base della loro discrezionalità M. HAURIOU, *Précis de dr. admin. cit.*, pag. 422; G. SCHLOSSER, *Les actes diplomatiques cit.*, pag. 8 e segg.; D. CARUSO-INGHILLERI, *Politica, amministrazione cit.*, pag. 355 ; F. D'ALESSIO, *Istituzioni di dir. Ammin.*, cit., Vol. II, pag. 400» *Ivi*, p. 319; «Tali interrogativi, ai quali i risultati, cui l'indagine condotta fino a questo punto ha consentito di arrivare, non sanno dare risposta, dimostrano come l'interprete dell'art. 31 non possa ritenere esaurito il suo compito con l'asserzione e dimostrazione che gli atti politici sono atti discrezionali. Questa asserzione è, ritengo, esatta (...) Gli atti politici quindi, pur essendo atti discrezionali, e tipicamente discrezionali, debbono presentare qualche elemento caratteristico oltre a quello della loro discrezionalità: e questo elemento deve necessariamente essere tale, da riguardare non il merito, ma la legittimità di tali atti, in modo da offrire il fondamento ed insieme la giustificazione dell'eccezione posta per essi alla regola generale dell'art. 26» *Ivi*, p. 320.

politici»). Ultima ed ovvia distinzione: Cheli annovera tra le teoriche oggetto del suo studio anche quella «del Guicciardi».

L'esame delle due monografie più recenti (di Lollo e Diotallevi) è più agevole: entrambe ricalcano accuratamente (e tra loro in modo pressoché identico) la tassonomia introdotta nel 1961, mediante la ripartizione in teorie «soggettive», «oggettive» e «storiciste». Non pare vi siano distinzioni meritevoli di discussione: l'uno e l'altro autore procedono all'esame delle teoriche già trattate nella monografia di Cheli, attraendo ulteriormente tra queste, come è naturale, anche la teorica elaborata da Cheli medesimo (usualmente indicata quale dogmatica dell'«atto costituzionale libero nel fine»).

Dinnanzi ad una tale concordanza di ricostruzioni storiografiche, nonché, soprattutto, all'evidente mancanza di sviluppi innovativi e rilevanti interni al dibattito dottrinale (rilevante il dato cronologico: tra il 1961 ed il 2020 non pare siano stati pubblicati lavori monografici sul tema dell'atto politico, eccezion fatta per quelli di Di Gaspare e Dell'Acqua, caratterizzati però dalle distinzioni e specificità metodologiche e tematiche che sopra abbiamo esposto), pare opportuno e conveniente evitare di procedere, in questa sede, ad una compilazione, che si prospetterebbe fondamentalmente quale passiva riproduzione, delle varie teoriche succedutesi nel tempo. Per questo fine si fa esplicito rimando alle opere succitate, in particolare a quella di Cheli¹⁶⁹ (che ha determinato e continua a determinare il canone di questo specifico ambito di ricerca) e a quella di Diotallevi¹⁷⁰ (la più completa e recente). Si riporta, comunque, uno schema che ordini e dia sintesi all'insieme delle impostazioni storiografico-dottrinali già richiamate.

¹⁶⁹ E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 27-42.

¹⁷⁰ L. DIOTALLEVI, *Atto politico e sindacato giurisdizionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, pp. 28-74.

1) Teorie soggettive	<i>1.1) Teoria del movente politico</i> <i>1.2) Teoria della discrezionalità assoluta</i>
2) Teorie oggettive	<i>2.1) Teoria della natura dell'atto</i> <i>2.2) Teoria della causa obbiettiva</i> <i>2.3) Teoria dell'atto costituzionale</i> <i>2.4) Teoria dell'atto extra iuris ordinem</i>
3) Teorie storiciste	<i>3.1) Teoria empirica</i> <i>3.2) Teoria negativa</i>
4) Teoria della compresenza dell'elemento soggettivo ed oggettivo e della legittimità necessaria nell'atto	<u>Opera di riferimento:</u> E. GUICCIARDI, <i>L'atto politico</i> , in <i>Archivio di diritto pubblico</i> , Padova, CEDAM, 1937, pp. 265-320/486-556.
5) Teoria dell'atto costituzionale libero nel fine	<u>Opera di riferimento:</u> E. CHELI, <i>Atto politico e funzione di indirizzo politico</i> , Milano, Giuffrè, 1961.

Sia sufficiente ribadire la compiuta recessività delle teorie di cui ad 1), 2) e 3). D'altro canto, risulta utile sottolineare come la nozione oggi prevalente di atto politico si sostanzi non in una teorica nuova, o comunque altra rispetto a quelle precedenti, ma in una sintesi, anzi, in un «superamento» (assumendo la traduzione crociana del termine *Aufheben*) di queste, dunque nella loro negazione, sublimazione ed affermazione razionale.

La domanda che pare naturale porsi è la seguente: non vi sono stati dunque, nell'ultimo mezzo secolo, apporti dottrinali rilevanti volti ad aggiornare e perfezionare la nozione dogmatica di atto politico sviluppatasi nel dialogo tra l'impostazione di Guicciardi e quella di Cheli? La risposta è no, non ve ne sono stati. Si potrebbe affermare, in realtà, che non ve ne è stato nemmeno il tentativo.

Per trenta anni esatti (questo il tempo intercorso tra la pubblicazione del lavoro di Dell'Acqua e di quello di Lollo), lo anticipavamo, non si sono scritte, almeno a nostra conoscenza, monografie sul tema. Non riteniamo che questo dato debba sorprendere. Quel trentennio è coinciso, in massima parte, con lo slancio verso la prospettiva del normativismo liberale e liberista, della supremazia del diritto sul potere, anzi, dell'annullamento del potere nel diritto: il sogno di un mondo in cui il mercato, inteso come virtuoso e sconfinato luogo di incontro tra bisogni e soluzioni, avrebbe determinato le sorti dei popoli. In quel mondo non vi era certamente bisogno di atti politici, né di porsi il problema della loro qualificazione giuridica, se non nell'applicazione di un'impostazione interamente recessiva. Ma quel mondo, ammesso che sia mai esistito, non esiste più. Il recente risveglio della dottrina giuridica italiana dal *dogmatischer Schlummer* (dogmatico, d'altronde, in entrambi i sensi, e sia come oggettivo che soggettivo) di kantiana memoria non è stato, certamente, privo di apporti rilevanti. Oltre ai lavori monografici già citati vari sono stati i contributi brevi meritevoli di interesse¹⁷¹. Eppure, se si dovesse individuare un elemento generale che li accomuni, e con il quale non si ritenga di concordare, è il loro

¹⁷¹ Se ne citano alcuni a titolo meramente esemplificativo: F. BILANCIA, *Ancora sull' "atto politico" e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria al tramonto?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 2, pp. 1163 e ss.; F. BLANDO, *"Atto Politico"*, *"Stato di Diritto"* nella sentenza n.81 del 2012 della Corte costituzionale, in www.forumcostituzionale.it, 2012; F. BLANDO, *Fine dell'atto politico?*, in *Nuove autonomie*, 1, 2015, pp. 87 e ss.; L. BUSCEMA, *Atti Politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, in *Rivista AIC*, 1, 2014; M. CALDIRONI, *Is there a Political Question Theory in Italy?*, in *DPCEonline*, 1, 2022; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti 'politici' e atti' di alta amministrazione*, in *Diritto pubblico.*, 3, 2009, pp. 101 e ss.; R. DICKMAN., *L'atto politico questo sconosciuto*, in forumcostituzionale.it, 2012; R. MANFRELOTTO, *Molto rumore per nulla. Considerazioni sulla problematica dell'atto politico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2025, pp. 523 e ss.; G. MONTEDORO, *L'atto politico*, in *Giustizia insieme*, 11 ottobre 2023; M.G. PULVIRENTI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico. Riflessioni per un percorso ricostruttivo*, in *Nuove autonomie*, 2023, 1203; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Diritto amministrativo*, n. 3/2012, pp. 332 e ss.

retroterra assiologico e “fondamento” logico, nel senso di *Grund*. La dottrina, infatti, ha percorso la strada dell’annullamento concettuale ed effettuale dell’istituto: con argomentazioni talvolta convincenti, talvolta meno, si asserisce o la pressoché generale giustiziabilità¹⁷² degli atti o provvedimenti emanati nell’esercizio del potere politico (risultante dall’applicazione ipertrofica dell’art. 113 Cost. e della teoria della necessaria “non lesività”¹⁷³ di questi ultimi), nonché la risarcibilità¹⁷⁴ dei danni da essi causati¹⁷⁵ (secondo tale dottrina l’esperimento della relativa azione processuale sarebbe comunque

¹⁷² «A essere battuta in breccia, in altri termini, è proprio la ratio storicamente sottesa a tale norma, la quale, quindi, diviene, sì, "superflua", ma in quanto sostanzialmente ricognitiva — non già della diversa natura dell'atto politico stesso rispetto a quello amministrativo, bensì — del principio generale per cui il controllo giurisdizionale sugli atti dei pubblici poteri non può spingersi sino al "merito" delle valutazioni realizzate dall'organo decisore", e cioè, sino agli "spazi riservati alla scelta politica", di cui sempre la Corte costituzionale discorre nella sentenza n. 81 del 2012. Resta fermo, però, che, al di fuori di tali spazi, nei quali si verifica la preventiva selezione dei fini dell'azione pubblica, e dei mezzi per conseguirli, i "principi dello Stato di diritto", evocati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 81 del 2012, impediscono di ravvisare atti dei pubblici poteri immuni ex se dal sindacato giurisdizionale» L. DIOTALLEVI, *Atto politico e sindacato giurisdizionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, pp. 191-192.

¹⁷³ «Nessun atto dei pubblici poteri produttivo di effetti diretti lesivi di situazioni protette di soggetti terzi (diritti e interessi legittimi ai sensi dell'art. 113 Cost.), può essere considerato (...) "atto politico" e perciò non impugnabile davanti al giudice amministrativo (...)» V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti "di alta amministrazione"*, in *Diritto pubblico*, fasc. 3, 2009, pp. 101 e ss., p. 121.

¹⁷⁴ Sul punto, la questione pare mal posta: l’atto politico, per definizione, è non lesivo e necessariamente legittimo. Qualora si configurasse quale lesivo, subirebbe, come presto avremo modo di vedere, la degradazione del proprio regime processuale a quello dell’atto amministrativo. Eppure, esso è idoneo a configurarsi come lesivo soltanto qualora vi sia una norma che ne disciplini, in parte, il fine e le modalità di esercizio, giuridificandole. Risarcibile può essere, logicamente, solo il danno causato dall’atto politico nella parte in cui non è politico; perciò, nella parte in cui è passibile di illegittimità, e soggetto agli artt. 24 e 113 Cost. Nelle restanti ipotesi, l’atto politico sarà sempre legittimo, dunque gli eventuali danni da esso causati non saranno mai ingiusti: viene a mancare, perciò, uno dei requisiti costitutivi della responsabilità aquiliana per come disciplinata all’art. 2043 c.c.

¹⁷⁵ «Può dirsi, in merito, che al giudice ordinario non sia preclusa la cognizione sul rimedio risarcitorio per i diritti incisi dall'atto politico; che la questione possa essere impostata e risolta con gli attuali mezzi disponibili in quel contesto processuale; che, infine, nell'esame della questione, il giudice amministrativo non sia tenuto a conoscere del tipo di potere esercitato, avendo giurisdizione limitatamente agli effetti» V. GIOMI, *L'atto politico e il suo giudice. Tra qualificazioni sostanziali e prospettive di tutela*, Milano, FrancoAngeli, 2022, p. 264.

possibile esclusivamente innanzi al G.O., e non al G.A.¹⁷⁶) , o la pratica insussistenza del problema¹⁷⁷, o si invoca, *in extremis*, l'abrogazione¹⁷⁸ dell'art. 7 c.p.a. Senza entrare nel merito della questione e delle argomentazioni proposte, preme sottolineare l'origine "regolativa" (anche qui nel senso kantiano) del problema. La pur nobile tendenza teorica ed assiologica di massima parte della dottrina giuspubblicistica all'ampliamento progressivo del sindacato giurisdizionale sull'esercizio dei poteri pubblici si scontra da una parte con un diritto positivo che non pare con esso interamente coerente, dall'altra con una valutazione extragiuridica da non trascurarsi: che la moltiplicazione inerte delle tutele non equivale necessariamente al

¹⁷⁶ «Mentre continua ad essere sostenibile impostare davanti al giudice amministrativo la richiesta di accertamento, ai fini della conoscibilità, della reale esistenza del potere politico perché rispetto ad essa il g.a. si configura come "giudice naturale", la praticabilità di un sindacato del giudice amministrativo su questioni inerenti il ristoro di danni patiti in conseguenza dell'esistenza dell'atto politico, va negativamente risolta. Così come presumibile esito negativo, in punto di giurisdizione, potrà avere tale richiesta risarcitoria esperita al g.a., contestualmente o subito successivamente al previo esperimento di un'azione di accertamento, al cui esito va a riconnettersi la pretesa oggetto di indagine sotto il profilo della spettanza del ristoro per il pregiudizio patito dall'atto politico» *Ibidem*.

¹⁷⁷ «Ancorché l'interpretazione sistematica di tale disposizione contrasti con la sua ratio storica e ne riduca parecchio la portata applicativa, essa è l'unica che ne fughi ogni dubbio di compatibilità con la Costituzione. Per parafrasare l'impetoso giudizio di Benedetto su Ero nella commedia del Poeta inglese, alla categoria dommatica dell'atto politico solo questo può riconoscersi di buono, che se fosse diversa da come è sarebbe illegittima, e che, essendo come è, appare di utilità assai limitata rispetto agli sforzi ricostruttivi ad essa dedicati» R. MANFRELOTTI, *Molto rumore per nulla. Considerazioni sulla problematica dell'atto politico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2025, pp. 523 e ss., p. 532.

¹⁷⁸ «In un simile contesto ordinamentale, la norma che prevede l'insindacabilità degli atti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico sembra rappresentare un antico feticcio tramandatosi, in maniera più o meno tralatizia, dal periodo statutario in poi. E che, a ben vedere, non ha più ragion d'essere nell'attuale ordinamento giuridico (...) A seguito della giurisdizionalizzazione dei rapporti di rango costituzionale, la nozione di atto politico insindacabile non sembra riguardare più la sfera del diritto. La circostanza, infine, che, sebbene «appannata» nelle sue ricadute pratiche, la norma contenuta dall'art. 7 del codice del processo amministrativo continui ad essere impropriamente evocata dalla politica, a guisa di un comodo alibi per affrancarsi dal rispetto delle regole costituzionali, ne rende auspicabile la definitiva abrogazione» A. LOLLO, *Atto politico e Costituzione*, Napoli, Jovene, 2020. Non è una idea nuova, d'altronde; si ricordi: E. GUICCIARDI, *Aboliamo l'art. 31 del T.U. del Consiglio di Stato?*, in *Foro amministrativo*, II, 1947, pp. 18 ss.

rafforzamento dell'ordinamento costituzionale. Il rischio è quello di disarmare il potere esecutivo in un tempo in cui, forse, sarebbe opportuno evitarlo, di privarlo degli strumenti politici necessari a rendere viva e concreta la suprema libertà espressa mediante l'esercizio del diritto-dovere di voto, incentivando, in tal modo, l'ulteriore decremento della propensione al voto e l'erosione della fiducia nelle istituzioni democratiche. Di giuridicizzare e giurisdizionalizzare quanto, forse, sarebbe meglio lasciare fuori del diritto.

Ciò detto, addiveniamo alla breve e congiunta trattazione delle due teoriche sull'atto politico ancora effettuali e rilevanti. Parranno presto evidenti le ragioni della scelta di giustapporre e far precedere, nella presente trattazione, all'esame della giurisprudenza quello della dottrina: in questo come in pochi altri casi si manifesta la radicata influenza che la scienza del diritto amministrativo ha esercitato, nel tempo, sulla risoluzione dei casi concreti e sulla formazione dei risultati e corrispondenti orientamenti ermeneutici.

La prima di queste è quella elaborata da Guicciardi, e si sostanzia nell'affermazione della compresenza di due requisiti costitutivi dell'atto politico su un piano dogmatico: uno soggettivo ed uno oggettivo. Non si tratta, in questa sede, l'altra parte, meno fortunata, ma forse più originale, della teorica guicciardiana: la succitata ipotesi della «necessaria legittimità dell'atto politico». L'eleganza formale ed il rigore logico che la distinguono si scontrano con una rigidità¹⁷⁹ e una difficile compatibilità con l'ordinamento costituzionale. Avremo, comunque, modo di argomentare se vi possa essere,

¹⁷⁹ «Le formule ed i teoremi guicciardiani, d'altra parte, proprio perché derivanti da utilizzo astratto della logica giuridica, finivano talvolta per produrre effetti distorti in sede di trasposizione dell'impianto teorico nella realtà sociale: si veda, ad esempio, la tesi dell'atto politico quale atto amministrativo necessariamente legittimo e, perciò, insindacabile da parte del giudice» A. SANDULLI, *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*. Milano, Giuffrè, 2009, p. 225.

effettualmente, qualcosa da salvare in tale formulazione. Ma torniamo, per il momento, alla trattazione principale.

Ci affidiamo direttamente al testo, al fine di garantire che sia presentato con la massima precisione il pensiero dell'autore:

«Orbene, quanto il giudice amministrativo deve compiere prima di dichiarare inammissibile un ricorso perché proposto contro un atto di governo, è chiaramente indicato dall'art. 31, il quale contiene al riguardo una formula abbastanza esplicita per far stupire che essa non abbia attratto in maggiore misura l'attenzione degli interpreti, o che questi non abbiano cercato di spiegarla attribuendo alle espressioni che essa contiene il loro preciso significato tecnico. L'art. 31 dice infatti che il ricorso non è ammesso contro gli atti «emanati dal governo nell'esercizio del potere politico»: e ciò è quanto basta per dedurre che il giudice amministrativo, per dichiarare inammissibile un ricorso perché proposto contro un atto politico, dovrà accertare la presenza nell'atto di cui si tratta dei seguenti due requisiti:

- a) un requisito, che può chiamarsi soggettivo, consistente nella provenienza dell'atto da un organo di governo;
- b) e un requisito, che può chiamarsi obbiettivo, consistente in ciò, che l'atto deve essere emanato dall'organo di governo nell'esercizio di un potere conferitogli dalla legge, e che questa chiama potere politico.

In base ai criteri fissati dall'art. 31, e cioè attraverso il riscontro della presenza dei due requisiti indicati, il giudice deve essere dunque in grado di riconoscere in concreto gli atti di governo, a patto, naturalmente, che si sia determinato a quali organi dello Stato debba attribuirsi la qualifica di organi di governo, e cosa debba intendersi per potere politico»¹⁸⁰

Si evince, intanto, la stretta aderenza di Guicciardi al «metodo giuridico» (termine che si impiega qui *stricto sensu*), appreso dal maestro Donato Donati¹⁸¹. Egli irrompe (questo pare il verbo adeguato, considerati il vigore e

¹⁸⁰ E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Archivio di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1937, pp. 265-320/486-556 pp. 299-300.

¹⁸¹ «Enrico Guicciardi fu l'allievo prediletto di Donato Donati e traslò il rigore logico matematico donatiano nel campo del diritto amministrativo, conseguendo risultati significativi

l'essenzialità degli argomenti addotti) nel dibattito dottrinale del suo tempo, non ignorando, ma di certo ridimensionando adeguatamente la fitta "mistica" di elaborazioni più o meno astratte, e perennemente lontane se non avulse dal dato testuale, susseguitesì e dibattutesì nei decenni precedenti: prima in Francia, poi in Germania, infine in Italia. A riprova dell'efficacia di una tale soluzione dogmatica, sia sufficiente presentare un dato, che pur non supportato da rigorosa evidenza statistica, potrà agevolmente trovare riscontro nella successiva trattazione di alcune pronunce: tutt'oggi, la giurisprudenza amministrativa e della Suprema Corte di Cassazione, fonda la motivazione delle proprie decisioni in materia di atto politico in massima parte sulla distinzione sopra esposta. Sul punto torneremo a breve.

Esaminiamo ora, celermente e singolarmente, i due requisiti presentati. Anche in questo caso, affidarsi al testo originale pare la soluzione più efficace ed atta a riportare il contenuto del ragionamento nella sua autenticità. Sul requisito soggettivo:

«Quello che frattanto importava stabilire e sottolineare, è la possibilità che atti di governo vengano emanati non soltanto dal Governo del Re, ma anche da altri organi statuali, e in particolar modo dal Re e dal Prefetto, quando risulti da una disposizione di legge che l'atto del Re o del Prefetto sia, sostanzialmente, imputabile al Governo del Re, sì che ad esso incomba la responsabilità dell'atto. Ed un esame del diritto positivo italiano permette di ravvisare parecchi casi in cui il Re o il Prefetto hanno attribuita la competenza alla emanazione di atti,

in diversi settori e, in particolare, negli studi di giustizia amministrativa. Ciò che caratterizza l'opera di Guicciardi è, come in Donati, « il preciso tecnicismo dell'indagine, il collegamento logico tra i concetti, la possibilità di ridurre come su una lavagna le cose dette in elementi collegati fra di loro, come in un grande modello matematico, secondo indicazioni vettoriali. (...) Certo è che mediante questo tipo di lettura delle norme si è dimostrato come, ed era la qualità precipua del Guicciardi, si possano costruire dei sistemi logicamente coerenti » (citazione tratta da: F. BENVENUTI, *Presentazione*, in E. GUICCIARDI, *Il demanio*, ristampa anastatica del volume del 1934, Cedam, Padova, 1989, IX-X» A. SANDULLI, *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*. Milano, Giuffrè, 2009, pp. 221-222.

ma in tal guisa che alla formazione di essi non è estranea la cooperazione del Governo: il che si verifica tutte le volte che, secondo la lettera della legge, l'uno o l'altro dei due organi nominati provvede all'emanazione dell'atto su deliberazione del Consiglio dei Ministri, coll'assenso del Capo del Governo, per delegazione del Ministro dell'Interno, e via dicendo. In ordine al requisito soggettivo degli atti politici, può dunque concludersi che esso sussiste tutte le volte che un atto, anche se dal punto di vista formale debba ascriversi ad un organo diverso, sia sostanzialmente imputabile ad uno degli organi che compongono il Governo del Re ; Capo del Governo, Ministri e Consiglio dei Ministri»¹⁸²

Il criterio da impiegarsi nella verifica giurisdizionale sulla sussistenza del requisito soggettivo, dunque, non ha natura meramente formale, ma si concreta piuttosto nella «sostanziale imputabilità» al Governo dell'atto oggetto di impugnazione.

Almeno due appunti di interesse. In primo luogo, Guicciardi non si pone, ovviamente, la questione della configurabilità quali atti politici dei provvedimenti adottati dagli organi di vertice politico-amministrativo regionale: non esistevano le Regioni. Tratta invece la questione, che parrà forse inusuale all'interprete contemporaneo, della politicità degli atti prefettizi: la soluzione offerta è di segno positivo, a patto che sia soddisfatta la condizione che sopra si è indicata. Si ritiene, di contro, che, nell'ordinamento costituzionale, non siano contemplati atti politici del prefetto poiché, da un lato, questi è privo di legittimazione democratica, diretta o indiretta, requisito che pare oggi necessario alla configurabilità della fattispecie, e, dall'altro, essa è attribuita, nel governo dei territori, ad altri organi, appunto le Regioni¹⁸³ (e in misura nettamente minore le Province¹⁸⁴) per come istituite dall'art. 114 Cost.

¹⁸² E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Archivio di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1937, pp. 265-320/486-556 p. 308.

¹⁸³ Cfr. par. 1.1.3 lettera f).

¹⁸⁴ Cfr. par. 1.1.3 lettera g).

In secondo luogo, pare che l'argomentazione sviluppata a sostegno della natura politica di alcuni atti regi possa essere agevolmente trasposta nella forma di Stato repubblicana e nella forma di governo parlamentare: la stessa vale, infatti, anche per gli atti formalmente presidenziali e sostanzialmente governativi, perciò a controfirma ministeriale.

Sul requisito oggettivo, invece:

«Occorre, infatti, prendere le mosse dalla considerazione che scopo di un atto, causa giuridica o immediata, contenuto di esso, sono termini stretti fra loro da una relazione di intima e necessaria interdipendenza; cosicché, anche in considerazione della riconosciuta tipicità degli atti amministrativi, non è possibile, per nessuna specie di questi, affermarne la giuridica irrilevanza. Nella massima parte dei casi, anzi, il contenuto dell'atto discrezionale in genere, e anche in ispecie dell'atto di governo, è determinato dalla legge, e precisamente dalla norma stessa che attribuisce il potere di emanare l'atto che si considera, mentre la libera scelta dell'organo agente riguarda non il contenuto dell'atto, ma l'apprezzamento dei fatti e la loro valutazione al fine di decidere se sia o meno il caso di usare del potere di emanare l'atto avente quel contenuto particolare che la legge ha determinato. Il che è quanto dire che negli atti discrezionali, dal punto di vista del diritto, la libertà di cui gode l'organo agente non riguarda — o solo di rado riguarda — il contenuto dell'atto, e quindi la causa giuridica di esso; bensì l'apprezzamento e valutazione delle circostanze in base alle quali si forma la volontà dell'organo, e quindi i motivi, o causa naturale, dell'atto. Quelli dunque che nell'attività discrezionale possono considerarsi giuridicamente irrilevanti, nel senso di indipendenti da ogni norma giuridica e di giuridicamente incontrollabili, sono i motivi dell'atto. Quanto si è detto permette di concludere, in ordine al requisito obbiettivo degli atti di governo, che esso sussiste quando un atto viene emanato nell'esercizio del potere politico, il che è quanto dire quando nell'emanazione di esso la volontà dell'agente si forma in base a motivi indicati dai principii della politica, ma non determinati né apprezzabili dal punto di vista giuridico»¹⁸⁵

¹⁸⁵ E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Archivio di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1937, pp. 265-320/486-556 pp. 313-314.

Come già si era accennato, Guicciardi qualifica l'atto politico come specie dell'atto discrezionale¹⁸⁶. In questo il requisito oggettivo si sostanzia non nell'arbitraria determinazione del contenuto dell'atto, ma nella libera ponderazione dei suoi fini e perciò dei motivi determinanti la scelta tra le varie configurazioni possibili dell'esercizio del potere, fermi i limiti, costituzionali più che legislativi, posti dall'ordinamento. Tali fini-motivi corrispondono, in concreto, a quegli interessi supremi dello Stato che già abbiamo avuto modo di trattare. Ancora sul rapporto col potere discrezionale:

«Corrispondentemente, il potere politico è quello nell'esplicazione del quale i principi della politica servono di guida all'organo che lo esercita data l'assenza di norme giuridiche al riguardo; e significa quindi potestà attribuita ad un organo di determinare liberamente le direttive per l'esercizio delle proprie attribuzioni. Il potere politico si presenta quindi come una manifestazione del potere discrezionale, ed anzi come la manifestazione più intensa, anche se non sempre più completa, di esso»¹⁸⁷

Questo passaggio risulta di particolare interesse, rappresentando un “ponte” tra la dogmatica precedente alla Costituzione del 1948 dell'atto politico e quella successiva. Assume primaria rilevanza, infatti, il requisito della «assenza di norme giuridiche» che informino l'esercizio del potere. Questo rappresenta, oltre che lo snodo fondamentale¹⁸⁸, della argomentazione sviluppata dalla Corte

¹⁸⁶ In questo senso, tra l'opera di Guicciardi del 1937 sull'atto politico e quella di Giannini del 1939 sul potere discrezionale, sembra esservi una forma di continuità, se non complementarità. Non sorprende, perciò, che Giannini accolga, almeno relativamente, la tesi guicciardiana, soprattutto nella parte in cui rifiuta la teoria della «discrezionalità assoluta» e dimostra che «il problema dell'atto politico va posto diversamente (...) e riguarda la discrezionalità solo indirettamente» M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 157.

¹⁸⁷ E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Archivio di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1937, pp. 265-320/486-556 p. 311.

¹⁸⁸ «A ben guardare, però, tale centralità conduce la Corte costituzionale a elaborare un itinerario parzialmente diverso rispetto a quello svolto del Consiglio di Stato: contrariamente

costituzionale nella sentenza n. 81 del 2012¹⁸⁹ (precedente dal quale la Consulta non si è ancora discostata, avendo al contrario riprodotto fedelmente, in pronunce successive, le motivazioni di questa), il presupposto logico della dottrina dello «atto costituzionale libero nel fine» poi sviluppata da Cheli. Questa rappresenta, insieme alla teorica della compresenza del requisito soggettivo e di quello oggettivo appena trattata, il terzo, ed ultimo, argomento fondante della giurisprudenza formatasi in materia di atti politici. Anche in questo caso, il modo di presentare i caratteri della questione più efficace pare essere l'esegesi ed il commento della fonte primaria:

«Il punto da cui sembra opportuno muovere va individuato nel carattere strumentale della Costituzione formale rispetto alle forze politiche operanti nel sistema: occorre, a questo proposito, ancora una volta rilevare come nella Costituzione le forze di maggioranza identifichino lo strumento fondamentale che consente di tradurre sul terreno giuridico il contenuto di determinate scelte politiche; le forze di minoranza, lo strumento essenziale atto a garantire la sopravvivenza e la possibilità di una trasformazione della minoranza in maggioranza. In ogni caso, per tutte le forze politiche operanti alla base dell'ordinamento, la Costituzione *non rappresenta un fine da realizzare, o, comunque, non il fine unico e primario, ma essenzialmente lo strumento giuridico fondamentale* attraverso cui risulta possibile

a quest'ultimo, infatti, per la Corte costituzionale, la presenza di parametri giuridici - siano essi di rango costituzionale o legislativo - comporta bensì la sindacabilità dell'atto, fungendo, per l'appunto, da suo "requisito di legittimità e di validità", ma non ne modifica la "natura politica"» L. DIOTALLEVI, *Atto politico e sindacato giurisdizionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, p.132.

¹⁸⁹ «L'affermazione della ricorrente, quanto all'esistenza di spazi riservati alla scelta politica, è condivisibile e suffragata da elementi di diritto positivo. Ciò nondimeno, gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto. Nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate» Corte cost., sent. n. 81/2012, *Considerato in diritto*: 4.2.

perseguire gli innumerevoli, concreti, contingenti fini politici connessi alle elaborazioni programmatiche dei gruppi e dei partiti presenti nel sistema. Ove si trasferisca il contenuto di questa osservazione sul terreno formale delle competenze costituzionali, la conseguenza più evidente è che per gli organi d'indirizzo politico, espressione diretta delle forze politiche di maggioranza, la Costituzione non si presenta come il fine primario da realizzare, ma come il *limite*, cioè come lo schema normativo entro cui è necessario procedere per poter concretare legittimamente, sul terreno giuridico, le particolari e contingenti finalità connesse alle scelte dei gruppi politici dominanti (...). L'indirizzo politico è dunque funzione *limitata negativamente ed esternamente* dalla Costituzione formale, *ma non vincolata, positivamente ed internamente*, al perseguimento dei fini posti nella Costituzione formale: se la funzione d'indirizzo mira, in concreto, al perseguimento di questi fini, ciò avviene non istituzionalmente, ma occasionalmente, nella misura in cui si determina, di volta in volta, una coincidenza tra i fini dei gruppi politici dominanti e i fini costituzionali»¹⁹⁰

A riguardo, è certamente utile effettuare due premesse, tra loro strettamente legate. In primo luogo, bisogna sottolineare che la teorica elaborata da Cheli abbia natura costituzionale, non amministrativa: tende all'assorbimento della nozione di atto politico (storicamente sviluppatasi come problema di ordine processuale in seno al *Conseil d'État* francese e successivamente trattato dal Consiglio di Stato italiano¹⁹¹) in quella di atto costituzionale (già elaborata dalla dottrina giuspubblicistica, come atto di «esecuzione della Costituzione» ma con caratteri invero diversi¹⁹²). In secondo luogo: lo strumento dogmatico mediante il quale si perviene ad un tale assorbimento è il concetto giuridico di «indirizzo

¹⁹⁰ E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 108-109.

¹⁹¹ Sul punto il lavoro più esaustivo resta fuori di dubbio G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, Milano, Giuffrè, 1984.

¹⁹² In questo senso : T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif et de droit public*, VII ed., Vol. II, Paris, 1897 ; M. LE COURTOIS, *Des actes de gouvernement*, Paris, 1899 ; R. CARRE' DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Vol. I, Paris, 1920 ; V.M. REGLADE, *L'exception d'illégalité en France*, *Rev. dr. publ.*, 1923 ; M. DENDIAS, *La fonction gouvernementale et les actes de son exercice*, Paris, 1936 ; L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, 1918, 110 ss.

politico», che nel 1961 era ancora, si potrebbe dire, relativamente “nuovo”, poiché delineato, nel corso del ventennio fascista, da Crisafulli¹⁹³ e Mortati¹⁹⁴. Il risultato della combinazione di tali due elementi è la costituzionalizzazione della nozione di atto politico. Questa, però, si scontra inevitabilmente con la realtà effettivamente amministrativa cui si riferisce. Se, da una parte, la determinazione della Costituzione formale quale limite «negativo» ed «esterno» risulta porsi tutt’oggi quale fondamento non prescindibile della dogmatica dell’indirizzo politico, dall’altra, l’adozione della teorica della «libertà nel fine» quale criterio discretivo tra atti amministrativi e politici pare incontrare alcune non irrilevanti problematiche. Ma di ciò avremo modo di discorrere nel quarto capitolo.

Abbiamo così brevemente esaminato le due teoriche oggi maggiormente rilevanti, poiché quasi pedissequamente impiegate dalla giurisprudenza: la loro

¹⁹³ «[Gli organi costituzionali] non trovano certamente tutti i precetti politici necessari a guidarne l'azione già bell'e formulati e codificati in un trattato o in un massimario, né possono unicamente foggarsi sempre da sé medesimi derivandoli dall'esperienza e dalle conoscenze rispettivamente proprie e dei loro titolari. Per assicurare l'unità, la coerenza e la migliore opportunità dell'azione statale l'ordinamento degli stati moderni vuole, invece, che i principali di tali precetti ossia la scelta e la determinazione dei fini ultimi e più generali o comunque più rilevanti per l'intera unità dello stato, siano fatti da uno o più organi a ciò particolarmente competenti e con un'efficacia che è appunto disciplinata in varia misura da norme di diritto positivo» V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, 1939, pp. 115-116.

¹⁹⁴ «[Per] la ricerca di una nozione obiettiva dell'attività di governo occorre risalire al concetto della natura dello Stato, inteso come unità politica di un popolo. Tale unità non è di carattere naturale, non è data, ma di essenza spirituale; essa è il prodotto della fusione di una molteplicità di voleri in un volere unico, che, trascendendo le volizioni particolari, si pone come volere di un ente distinto dagli elementi che lo compongono e avente propria personalità». L'attività di esercizio dei poteri pubblici deve essere dunque «preceduta da una predeterminazione dei fini dell'operare: l'unità della personalità essendo appunto unità teleologica, coordinazione di ogni sua attività ai fini stessi» poiché la «prima, fondamentale funzione dello Stato è (...) quella di porre in modo concreto le direttive generali della sua azione, di predeterminare il suo programma», per cui la «determinazione dei fini, nel senso considerato, precede il frazionarsi dell'attività statale nelle particolari funzioni, che sono rivolte ad attuare e rendere concreti i fini stessi (...)» C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1931, pp. 9-10.

combinazione, come si mostrerà di seguito, pare idonea a spiegare la motivazione di ognuna delle sentenze prese in esame. È evidente che non si intenda con ciò affermare la diretta derivazione dell'orientamento giurisprudenziale dall'elaborazione dottrinale: come spesso accade il rapporto è informato piuttosto alla reciproca determinazione ed all'adeguamento biunivoco.

2.3.1 Definizione dottrinale prevalente dell'atto politico

Si può tentare di formulare, comunque, una definizione sommaria di atto politico fondata esclusivamente sull'esame della dottrina prevalente:

- 1. L'atto politico è un atto formalmente o sostanzialmente imputabile al Governo e preposto alla tutela degli interessi supremi della Repubblica.*
- 2. Si configura quale espressione puntuale della funzione di indirizzo politico, e si contraddistingue per la libertà, ingenerata dall'assenza di vincoli legislativi interni, attribuita all'organo esercente il potere nella determinazione della propria motivazione, perciò dei propri fini.*
- 3. Trova il proprio unico limite, negativo ed esterno, nel disposto della Costituzione formale*

La proposizione 1. contiene la definizione di Guicciardi, le proposizioni 2. e 3. quella di Cheli. Dotati di un tale strumento (che ha valore didattico-espositivo e non di certo dogmatico) procediamo finalmente all'esame di alcune pronunce che ineriscono, generalmente, alla qualificazione della fattispecie dell'atto politico.

2.4 Qualificazione giurisprudenziale generale della fattispecie dell'atto politico

Nell'ordinare l'esame delle seguenti pronunce si è determinato di impiegare il criterio dell'organo giurisdizionale di provenienza. Si sono incluse, infatti,

sentenze del G.A. (includendo ovviamente sia TAR che Consiglio di Stato) e della Suprema Corte di Cassazione in materia di «questioni inerenti alla giurisdizione» ex art. 111, comma 8, Cost. Non si sono incluse, quale oggetto di autonomo esame, pronunce della Corte costituzionale, in particolare la sentenza n. 81/2012. Principalmente uno, il motivo. Questa, infatti, è ripresa in massima parte delle pronunce successive: il principio di diritto in essa enunciato è stato sussunto, se non assorbito e fatto proprio, dalla giurisprudenza dei giudici comuni; per ragioni di economia espositiva, dunque, non è parso opportuno o utile duplicare l'esame dei medesimi argomenti.

Sul piano del metodo si è scelto di non trattare le decisioni una ad una (procedimento che avrebbe senza dubbio implicato una certa ridondanza) raggruppando piuttosto in paragrafi tematici passaggi simili e rilevanti¹⁹⁵ di diverse sentenze.

2.4.1 Sulla necessaria compresenza dell'elemento soggettivo ed oggettivo

Sul punto della necessaria compresenza del requisito soggettivo ed oggettivo affinché si perfezioni la fattispecie dell'atto politico, si riportano i seguenti passaggi di pronunce, in ordine cronologico e gerarchico:

- a) «Si è sottolineato inoltre che essi sono caratterizzati da due profili: l'uno soggettivo, *dovendo provenire l'atto da organo di pubblica amministrazione, seppure preposto in modo funzionale e, nella specifica vicenda, all'indirizzo e alla direzione al massimo livello della cosa pubblica*, e l'altro oggettivo, *dovendo riguardare la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione*»¹⁹⁶

¹⁹⁵ Tutti i successivi corsivi di questo paragrafo sono aggiunti in sede redazionale e non integrano, dunque, il testo originale delle pronunce considerate.

¹⁹⁶ TAR Puglia, Bari, sez. III, 18 maggio 2009, n. 1183.

- b) «Ed invero, secondo il costante indirizzo giurisprudenziale, la sottrazione al sindacato giurisdizionale di atti aventi, pur se formalmente amministrativi, natura politica, ribadita anche dall'art. 7, comma 1, del cod. proc. amm., si fonda sul presupposto che gli stessi costituiscono espressione della fondamentale funzione di direzione e di indirizzo politico del Paese; pertanto, alla nozione di atto politico concorrono due requisiti, l'uno soggettivo e l'altro oggettivo; *occorre, da un lato, che si tratti di atto o provvedimento emanato dal Governo, e cioè dall'Autorità amministrativa cui compete la funzione di indirizzo politico e di direzione al massimo livello della cosa pubblica; dall'altro, che si tratti di atto o provvedimento emanato nell'esercizio del potere politico, anziché nell'esercizio di attività meramente amministrativa*»¹⁹⁷
- c) «L'atto politico, invero, si connota per un requisito soggettivo, ovverosia *la promanazione dell'atto da un organo di vertice della Amministrazione, preposto all'indirizzo e alla direzione dell'Ente*, e per un requisito oggettivo, *vale a dire l'attenere l'atto alla costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione*»¹⁹⁸
- d) «Per orientamento consolidato, la qualificazione di un atto come politico è condizionata alla compresenza di due requisiti: il primo a carattere soggettivo, *consistente nel promanare l'atto da un organo preposto all'indirizzo e alla direzione della cosa pubblica al massimo livello*; il secondo a carattere oggettivo, *consistente nell'essere l'atto libero nei fini perché riconducibile alle "supreme scelte in materia di costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri"*»¹⁹⁹
- e) «Deve peraltro escludersi che gli atti politici costituiscano un numero chiuso e predeterminato dal diritto positivo, poiché deve invece farsi riferimento, per la loro perimetrazione, ai due generali criteri di individuazione rinvenibili: nella necessità che *gli atti siano emanati dagli organi costituzionali (apicali) dello Stato nell'esercizio delle loro superiori funzioni di governo (criterio soggettivo)*; nella esigenza che essi

¹⁹⁷ TAR Umbria, Perugia, sez. I, 19 novembre 2013, n. 530.

¹⁹⁸ TAR Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 18 gennaio 2016, n. 15.

¹⁹⁹ TAR Lazio, Roma, sez. III, 7 gennaio 2019, n. 176.

si connotino per essere atti *"liberi nel fine"*, fatto salvo il solo rispetto delle norme e dei principi costituzionali (criterio oggettivo-funzionale)»²⁰⁰

- f) «Come è noto, la qualificazione di un atto come politico è condizionata alla compresenza di due requisiti: il primo a carattere soggettivo, *consistente nel promanare l'atto da un organo preposto all'indirizzo e alla direzione della cosa pubblica al massimo livello*; il secondo a carattere oggettivo, *consistente nell'essere l'atto libero nei fini perché riconducibile alle supreme scelte in materia di costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri*»²⁰¹
- g) «Al riguardo, la nozione di atto politico viene ricondotta dalla giurisprudenza tradizionale alla concorrenza di due requisiti: l'uno di carattere soggettivo, coincidente col fatto *che "si tratti di atto o provvedimento emanato dal Governo, e cioè dall'Autorità amministrativa cui compete la funzione di indirizzo politico e di direzione al massimo livello della cosa pubblica"*, l'altro di natura oggettiva, espresso dall'essere l'atto *"riconducibile alle supreme scelte in materia di costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione"* e dunque libero nei fini»²⁰²
- h) «Osserva il Collegio come nel diritto vivente sussistano tre concezioni dell'atto politico. Secondo la ormai minoritaria c.d. teoria della causa oggettiva, l'atto politico si inserisce nel quadro delle supreme funzioni statali che, nell'ambito delle relazioni internazionali o dei rapporti tra organi costituzionali, postulano un'ampia sfera di libertà, garantita attraverso forme di controllo esclusivamente politico. La prevalente interpretazione giurisprudenziale ravvisa la politicità di un atto in relazione al requisito soggettivo (*l'atto deve promanare da un organo di governo, preposto all'indirizzo e alla direzione della cosa pubblica al massimo livello*) e quello oggettivo (*l'atto deve risultare libero nei fini perché riconducibile alle supreme scelte in materia di costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri*). Altra parte della

²⁰⁰ TAR Lazio, Roma, sez. I, 20 dicembre 2022, n. 17159.

²⁰¹ Consiglio di Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, sent. n. 808.

²⁰² Consiglio di Stato, sez. V, 28 febbraio 2023, Sent. n. 2071.

giurisprudenza aggiunge a tali requisiti la necessità di verificare l'insussistenza di una norma che disciplini o circoscriva l'esercizio del potere e di escludere che l'atto abbia l'attitudine a ledere situazioni giuridiche individuali»²⁰³

- i) «La nozione di atto politico - in disparte le scelte operate dal Parlamento per legge - non riceve una delimitazione diretta ad opera della legge. In effetti, è stato l'andamento della giurisprudenza, anche se non sempre lineare e coerente, a precisarne i termini. Deve, peraltro, escludersi che gli atti politici costituiscano un numero chiuso e predeterminato dal diritto positivo, poiché deve invece farsi riferimento, per la loro perimetrazione, ai due generali criteri di individuazione rinvenibili *nella necessità che gli atti siano emanati dagli organi costituzionali (apicali) dello Stato nell'esercizio delle loro superiori funzioni di governo* (criterio soggettivo); nell'esigenza che essi si connotino per essere *atti "liberi nel fine"*, fatto salvo il solo rispetto delle norme e dei principi costituzionali (criterio oggettivo-funzionale)»²⁰⁴

- j) «Per qualificare un atto come politico, la giurisprudenza richiede due requisiti:
- sotto il profilo soggettivo, *l'atto deve provenire da un organo preposto all'indirizzo e alla direzione della cosa pubblica al massimo livello;*
 - sotto il profilo oggettivo, *l'atto deve essere libero nel fine perché riconducibile a scelte supreme dettate da criteri politici, deve concernere, cioè, la costituzione, la salvaguardia o il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione.*
- È ritenuto tale non l'atto amministrativo che sia stato emanato sulla base di valutazioni specificamente di ordine politico, ma solo l'atto che sia esercizio di un potere politico»²⁰⁵

Dall'esame dei passaggi precedenti (contrassegnati con lettere minuscole per garantire la più agevole lettura possibile) scaturiscono non pochi rilievi di

²⁰³ Consiglio di Stato, sez. VI, 1° dicembre 2023, sent. n. 10418.

²⁰⁴ Consiglio di Stato, sez. VI, 28 agosto 2024, sent. n. 7275.

²⁰⁵ Cassazione civile, sez. un., 6 marzo 2025, ord. n. 5992.

interesse. Il primo, e più evidente: le formule impiegate per definire il requisito soggettivo ed oggettivo paiono sempre configurarsi quali tra loro identiche (escluse b), e) e f), che si discostano non per diversità nel contenuto, ma per inferiore grado di precisione) eccezion fatta per qualche più che minore distinzione lessicale. Sia sufficiente un dato: le definizioni formulate nella sentenza TAR Puglia, Bari, sez. III, 18 maggio 2009, n. 1183 e quelle formulate nell'ordinanza Cassazione civile, sez. un., 6 marzo 2025, n. 5992 sono pressoché indistinguibili. È da notare, poi, che le sentenze Consiglio di Stato, sez. IV, 29 settembre 1996, n. 217 e 12 marzo 2001, n. 1397 riproducevano, a loro volta, il medesimo contenuto (si tratta delle pronunce più risalenti recanti tali espressioni che siamo stati in grado di individuare, non è escluso che ve ne siano di ancora precedenti). Ciò significa che, negli ultimi tre decenni, la definizione massimamente accettata di atto politico quale fattispecie non è mutata: non soltanto su un piano sostanziale, ma anche formale-letterale. Possiamo riportare, *verbatim*, la formulazione di tali requisiti recentemente ed autorevolmente fornita dalla Suprema Corte di Cassazione:

- I) *requisito soggettivo*: «l'atto deve provenire da un organo preposto all'indirizzo e alla direzione della cosa pubblica al massimo livello»;
- II) *requisito oggettivo*: «l'atto deve essere libero nel fine perché riconducibile a scelte supreme dettate da criteri politici, deve concernere, cioè, la costituzione, la salvaguardia o il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione».

Alcune veloci riflessioni. Per quanto riguarda I): degne di nota l'oscillazione della giurisprudenza tra l'inclusione e l'elisione del termine «governo», e l'incostanza mostrata nella determinazione della grafia da impiegare («Governo», con la «g» maiuscola, riferendosi perciò all'organo costituzionale

disciplinato dagli artt. 92 ss. Cost., oppure «governo», con la «g» minuscola, quale attività di esercizio di un pubblico potere). Da queste determinazioni apparentemente estetiche dipende, effettivamente, l'ambito di applicazione dell'art. 7 c.p.a. (che, lo ricordiamo, opta per la «G» maiuscola), soprattutto con riguardo agli organi di indirizzo politico delle Regioni e degli enti locali. Di interesse anche l'impiego del termine «cosa pubblica», ancora più ampio, per capacità di individuazione di fattispecie concrete, della crasi latinizzata «Repubblica». Intorno a II), ciò che colpisce è l'indeterminatezza (certo, inevitabile) dell'espressione: vi è una grande difficoltà nel definire e nel delimitare gli spazi del potere politico. Pare che la scienza giuridica sia condannata, anche e soprattutto relativamente a tale disciplina, alla maledizione delle clausole generali, se non generalissime. Arduo, infatti, riuscire nell'impresa di dare ai termini «costituzione, la salvaguardia o il funzionamento dei pubblici poteri», «loro organica struttura» e «loro coordinata applicazione» un significato preciso, tale da ingenerare certezza nei consociati. La locuzione «criteri politici» sembra, paradossalmente, la più facile da comprendere (riprende, d'altronde, la lezione guicciardiana).

Si impiega, infine, talvolta sì talvolta no (ma più spesso sì che no, soprattutto in pronunce più recenti), l'espressione «libero nel fine» quale elemento costitutivo e determinante del requisito oggettivo. Si addivene, in tal modo, alla sintesi che sopra si è tratteggiato tra la teoria di Guicciardi e quella di Cheli. Non è scontato sia così: in non poche pronunce o il riferimento è del tutto omissso (si preferisce il parametro degli «interessi supremi dello stato», che già richiamavamo soprattutto con riguardo alla questione del rapporto dell'art. 7 c.p.a. con l'*acquis*), oppure è posto, addirittura, quale terzo requisito²⁰⁶. La seconda di tali

²⁰⁶ Così TAR Puglia, Bari, sez. III, 18 maggio 2009, n. 1183: «Non vi è dubbio che il d.p.r. impugnato in questa sede volto a rideterminare i collegi uninominali provinciali della Provincia di Bari in vista delle ormai imminenti elezioni amministrative ridefinendo, tra l'altro,

soluzioni risulta dubbia negli effetti che determina: apparentemente occorrerebbe o rifiutare la teoria della libertà nel fine *tout court*, oppure integrarla nella dogmatica della necessaria compresenza dei requisiti soggettivo e oggettivo. Conferirle la dignità di autonomo requisito rappresenta un'evoluzione ulteriore della sistematica oggetto del nostro studio, e forse non del tutto corretta. Pare infatti che la libertà nel fine integri e specifichi l'elemento della tutela degli interessi supremi della Repubblica, configurandosene quale presupposto, piuttosto che cumulandosi ad esso.

2.4.2. Sulla libertà nel fine dell'atto politico

Proprio tale incertezza, ci dà l'occasione per sviluppare qualche altra riflessione sulla questione.

- a) «È stato al riguardo precisato 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 che essi 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»²⁰⁷

le circoscrizioni dei collegi uninominali n. 24 (Collegio di Molfetta I) e n. 34 (Collegio di Terlizzi Giovinazzo) presenti congiuntamente i tre requisiti predetti necessari alla configurazione dell'atto "politico" ex art. 31 r.d. n. 1054/1924. Trattasi infatti di atto promanante da un organo preposto all'indirizzo e alla direzione al massimo livello della cosa pubblica (nel caso di specie Ministro dell'Interno quale soggetto proponente e Presidente della Repubblica quale soggetto emanante); il d.p.r. in esame riguarda poi il funzionamento di un pubblico potere nella sua organica struttura (i.e. elezione del Consiglio provinciale di Bari). Infine, va evidenziato che è atto indubbiamente libero nella scelta dei fini rimessi alla valutazione insindacabile (se non con riferimento all'osservanza dei parametri costituzionali che nel caso di specie, come si vedrà, non risultano violati) dell'organo lato sensu "politico"».

²⁰⁷ TAR Puglia, Bari, sez. III, 18 maggio 2009, n. 1183.

- b) «Come noto, l'atto politico è caratterizzato dalla sussistenza di una libertà nel fine che impedisce, data la mancanza di un parametro giuridico di riferimento, il sindacato di legittimità»²⁰⁸
- c) «In altri termini *gli atti politici costituiscono espressione della libertà (di azione politica) che spetta, sulla base della 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*, diversamente dagli atti amministrativi che, anche ove connotati da assai ampia discrezionalità (si pensi ai c.d. atti di "alta amministrazione"), devono comunque rispettare i limiti e le finalità poste dalla legge e, pertanto, sono soggetti al sindacato giurisdizionale di legittimità imposto dall'art. 113 Cost.»²⁰⁹
- d) «In altri termini, gli atti politici costituiscono *espressione di libertà (di azione politica) che spetta, sulla base della 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*, diversamente dagli atti amministrativi che, anche ove connotati da assai ampia discrezionalità (si pensi ai c.d. atti di alta amministrazione), devono comunque rispettare i limiti e le finalità poste dalla legge e, pertanto, sono soggetti al sindacato giurisdizionale di legittimità imposto dall'art. 113 Cost»²¹⁰
- e) «La differenza dagli atti amministrativi si rinviene dunque nella *estrema libertà del fine* che caratterizza questi atti. Infatti, per quanto ampia possa presentarsi la discrezionalità amministrativa della pubblica amministrazione, *quest'ultima sarà sempre vincolata dal necessario perseguimento delle finalità pubbliche, nonché nell'impossibilità di utilizzare un atto per fini diversi da quelli per i quali il potere stesso è stato concesso, mentre negli atti politici i fini sono liberi*»²¹¹

Anche in questo caso si presenta all'interprete un'espressione ricorrente, identica in tre distinte pronunce. Si prosegue la numerazione di cui al paragrafo

²⁰⁸ TAR Umbria, Perugia, sez. I, 19 novembre 2013, n. 530.

²⁰⁹ TAR Lazio, Roma, sez. I, 20 dicembre 2022, n. 17159.

²¹⁰ Consiglio di Stato, sez. VI, 28 agosto 2024, sent. n. 7275.

²¹¹ TAR Lazio, Roma, sez. III, 4 dicembre 2017, n. 11955

precedente, in modo da facilitare, e rendere maggiormente intellegibile, la operazione di sintesi definitoria che effettueremo a chiusura del capitolo:

- III) *libertà nel fine*: «gli atti politici costituiscono espressione della libertà (di azione politica) che spetta, sulla base della 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»

Il primo esempio di impiego, almeno per quanto risultante dalla nostra ricerca, di questa definizione risale, addirittura, al 1981 (Consiglio di Stato, sez. IV, 14 aprile 1981, sent. n. 340). In quarantacinque anni, dunque, rimanendo invariata, si è propagata e moltiplicata tra le giurisdizioni. Per il resto, poche le notazioni rilevanti: la locuzione «supremi organi decisionali dello Stato» pare escludere l'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 7 c.p.a. alle Regioni e agli enti locali; la locuzione «esigenze unitarie ed indivisibili» è contraddista da un certo grado di indeterminatezza, e non sembra potersi porre attendibilmente quale parametro di valutazione in sede giurisdizionale. Ma la giurisprudenza della «libertà nei fini» funge, poi, soprattutto, quale criterio discrezionale tra atti politici e atti di alta amministrazione.

2.4.3 Sulla distinzione tra atto politico e atto di alta amministrazione

Si tratta di una *quaestio* tanto *vexata* quanto *annosa*. Per il momento, ci limitiamo alla rapida presentazione di tre pronunce.

- a) «A sua volta, l'atto di alta amministrazione, pur *vincolato nei fini a differenza dell'atto politico*, si caratterizza per *l'amplissima discrezionalità* (tipica, ad esempio, negli atti di nomina) (...) Anche gli atti di alta amministrazione soggiacciono *all'obbligo generale di motivazione* posto dall'articolo 3 L. n. 241 del 1990(...). Tutti gli atti amministrativi, ad eccezione di quelli normativi e di quelli a contenuto generale (e tale

non è quello qui in esame), devono indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato l'Amministrazione. Non esistono nel nostro ordinamento atti amministrativi cd. a motivo libero»²¹²

- b) «Per parte sua anche il Consiglio di Stato - premessa la distinzione degli atti politici quale espressione *della libertà (politica) riconosciuta dalla Costituzione ai supremi organi decisionali dello Stato per la soddisfazione di esigenze unitarie ed indivisibili ad esso inerenti e, quindi, liberi nella scelta dei fini*, dagli atti di alta amministrazione che, seppure espressione di *ampia discrezionalità*, sono comunque soggetti, ex art. 113 cost., al sindacato giurisdizionale - ha rimarcato la valenza tendenzialmente residuale dell'atto (costituzionale) politico»²¹³
- c) «La nozione di atto politico è di stretta interpretazione e ha carattere eccezionale, perché altrimenti si svuoterebbe di contenuto la garanzia della tutela giurisdizionale, che la Costituzione assicura come indefettibile e con i caratteri della effettività e della accessibilità. Il diritto vivente conferma la recessività della nozione di atto politico, che coincide con gli atti che attengono alla direzione suprema generale dello Stato considerato nella sua unità e nelle sue istituzioni fondamentali»²¹⁴

Due i caratteri dell'atto di alta amministrazione: «vincolatezza nei fini» e «amplissima» (o ampia) discrezionalità. Occorre sottolineare come il concetto di atto di alta amministrazione esista e sussista solo in dinamica oppositiva e discretiva rispetto a quello di atto politico. Non a caso, come in c), alla «recessività [e residualità] della nozione di atto politico» è corrisposta la moltiplicazione delle fattispecie attratte nell'ambito della disciplina degli atti di alta amministrazione. La questione fondamentale è una: l'atto di alta amministrazione resta, effettivamente, un atto amministrativo. Da questo (non) si distingue limitatamente all'aspetto quantitativo: risulta infatti soggetto ad un

²¹² TAR Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 18 gennaio 2016, n. 15.

²¹³ Consiglio di Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, sent. n. 808.

²¹⁴ Cassazione civile, sez. un., 6 marzo 2025, ord. n. 5992.

sindacato giurisdizionale di intensità inferiore, informato dal riconoscimento dell'ampiezza del potere discrezionale conferito dalla norma attributiva, pur comunque sottratto alla clausola di non impugnabilità di cui all'art. 7 c.p.a. Tale determinazione spetta al giudice, il cui apprezzamento è, in questo caso, connotato da un grado di discrezionalità almeno equivalente (ma nei fatti superiore) a quello che potrebbe in astratto riconoscere all'amministrazione procedente. Sostanzialmente: è il giudice, in mancanza di parametri legislativi, a decidere, di volta in volta, da una parte la qualificazione di un determinato atto quale atto di alta amministrazione, dall'altra la estensione del proprio sindacato su di esso, che è inversamente proporzionale al margine di discrezionalità riconosciutogli e riservatogli. L'atto di alta amministrazione pare esistere, perciò, solo quale simulacro²¹⁵ dell'atto politico.

2.4.4 Sulla non lesività dell'atto politico e sulla necessaria assenza di parametri normativi: la dottrina della discrezionalità politica

Entriamo ora nel cuore della “questione costituzionale” inerente all'atto politico. Non a caso, nei successivi passaggi, si renderà segnatamente palese l'influenza esercitata dalla sentenza Corte costituzionale n. 81/ 2012 sulla giurisprudenza dei giudici comuni.

- a) «La politicità dell'atto è tale per cui non si configurano *a fronte dello stesso soggetti lesi interessati all'annullamento del medesimo*, data peraltro l'assenza di parametri normativi alla cui stregua valutarne la legittimità (se non le disposizioni di rango costituzionale)»²¹⁶

²¹⁵ Si fa riferimento al termine greco *εἰδωλον* che qui si traduce, appunto, con il sostantivo «simulacro». Celebre il suo utilizzo nell'*Encomio di Elena* di Gorgia.

²¹⁶ TAR Puglia, Bari, sez. III , 18 maggio 2009, n. 1183.

- b) «Se infatti, in ragione del principio di separazione dei poteri, va riconosciuta una sfera di insindacabilità delle decisioni politiche in sede giurisdizionale, i limiti di tale immunità, tenuto conto del principio di effettività della tutela giurisdizionale, devono essere individuati in maniera rigorosa al fine di evitare la creazione di indebiti vuoti di tutela giudiziale che possano porsi in contrasto con i valori costituzionali stabiliti dall'art. 24 e dall'art. 113 della Costituzione. Come infatti ha osservato la Corte costituzionale *quando sono individuati specifici canoni di legalità, ad essi la politica deve comunque attenersi*, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto; ciò in quanto ove *"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"* (Corte cost. 81/2012)»²¹⁷
- c) «In questo quadro di principio la materia delle relazioni e della politica internazionali esprime ontologicamente una funzione politica, attribuita ad un organo costituzionale che, per sua natura, *è tale da non potersi configurare, in rapporto ad essa, una situazione di interesse protetto a che gli atti in cui si manifesta assumano o non assumano un determinato contenuto*»²¹⁸
- d) «Come infatti ha chiarito la Corte costituzionale, *gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo*; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto. *Nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate*»²¹⁹

²¹⁷ TAR Lazio, Roma, sez. III, 7 gennaio 2019, n. 176.

²¹⁸ TAR Lazio, Roma, sez. I, 20 dicembre 2022, n. 17159.

²¹⁹ Consiglio di Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, sent. n. 808.

- e) « L'insindacabilità in sede giurisdizionale dell'atto va esclusa in presenza di "una norma che predetermini le modalità di esercizio della discrezionalità politica o che, comunque, la circoscriva": con la specifica conseguenza sul piano ricostruttivo, a ben vedere, non già di restringere lo spettro degli atti impugnabili, ma di affermare che *"sotto il profilo più squisitamente processuale sarà ... impugnabile quell'atto - pur promanante dall'autorità amministrativa cui compete la funzione di indirizzo politico e di direzione al massimo livello della cosa pubblica - la cui fonte normativa riconosce l'esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'Amministrazione"* (Cons. Stato, n. 2483 del 2019, cit., 8)»²²⁰
- f) «*L'area della immunità giurisdizionale risulta pertanto esclusa allorquando l'atto sia vincolato ad un fine desumibile dal sistema normativo, anche se si tratti di atto emesso nell'esercizio di ampia discrezionalità*»²²¹
- g) «La chiave di volta ai fini del giudizio di insindacabilità di un atto del potere pubblico è costituita, in generale, dalla *manca di specifici parametri giuridici protesi a riconoscere posizioni di vantaggio meritevoli di protezione*. Viene in rilievo, infatti, l'art. 101, secondo comma, Cost., il quale, nel fissare il principio della soggezione dei giudici soltanto alla legge, individua nella legge il fondamento e la misura del sindacato ad opera del giudice. *Ciò significa che, in assenza di un parametro giuridico alla politica, il sindacato deve arrestarsi*: per statuto costituzionale, il giudice non può essere chiamato a fare politica in luogo degli organi di rappresentanza. Lo preclude il principio ordinamentale della separazione tra i poteri. La "zona franca" è il riflesso della presenza di una politicità dell'atto che non si presta ad una rilettura giuridica. L'insindacabilità è il predicato di un atto non sottoposto dall'ordinamento a vincoli di natura giuridica. Ove, viceversa, vi sia predeterminazione dei canoni di legalità, quello stesso sindacato si appalesa doveroso. La giustiziabilità dell'atto dipende dalla regolamentazione sostanziale del potere. Se dunque esiste una norma che disciplina il potere, che ne stabilisce limiti o regole di esercizio, per quella parte l'atto è suscettibile di sindacato. (...) Con la sentenza n. 81 del 2012, la Corte costituzionale ha stabilito

²²⁰ Consiglio di Stato, sez. V, 28 febbraio 2023, Sent. n. 2071.

²²¹ Cassazione civile, sez. un., 19 maggio 2016, n. 10319.

che gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto. *Nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate*²²²

- h) «Il giudice amministrativo è giunto alla conclusione che l'insindacabilità in sede giurisdizionale dell'atto va esclusa in presenza di una norma che predetermina le modalità di esercizio della discrezionalità politica o che comunque la circoscrive: è impugnabile l'atto, pur promanante dall'autorità amministrativa cui compete la funzione di indirizzo politico e di direzione al massimo livello della cosa pubblica, la cui fonte normativa riconosce l'esistenza di una situazione giuridica attiva protetta dall'ordinamento riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'amministrazione»²²³

La questione appare complessa. I principi di «non lesività» e di «necessaria assenza di parametri normativi» rientrano invero nel canone dottrinale sviluppatosi intorno alla nozione di atto politico. Non si tratta, perciò, di una innovazione dogmatica²²⁴ introdotta dalla Consulta nella già menzionata sentenza n. 81/2012. Siamo dinnanzi, piuttosto, ad una patente manifestazione del potere persuasivo e direttivo che la Corte costituzionale riesce ad esercitare sull'ordinamento nel suo complesso, nonostante la mancanza di norme cogenti che prescrivano la vincolatività “a cascata” e generale del suo *dictum* (se non in caso di declaratoria di incostituzionalità di una norma). Pur trattandosi di una

²²² Cassazione civile, sez. un., 6 marzo 2025, ord. n. 5992.

²²³ Cassazione civile, sez. un., 6 marzo 2025, ord. n. 5992.

²²⁴ Come abbiamo già avuto modo di constatare entrambi i principi trovavano enunciazione *in nuce* nell'opera di Guicciardi, e sostanzialmente compiuta in quella di Cheli.

decisione su conflitto di attribuzione (perciò con statuizione ad efficacia *inter partes* e non *erga omnes*) tra «lo Stato e le Regioni» ex art. 134 comma 2 Cost., non essendo perciò risultata oggetto di censura la legittimità costituzionale di norma alcuna, e pur decidendo la Corte per la inammissibilità del ricorso promosso dalla Regione Campania, la pronuncia ha esercitato una influenza particolarmente rilevante sul successivo sviluppo della giurisprudenza dei giudici comuni.

In particolare, la seguente espressione è stata ripresa ed assorbita nelle pronunce tanto del G.A. quanto della Suprema Corte di Cassazione:

- IV) *Sindacabilità del potere politico in presenza di norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio*: «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»

L'argomento è il seguente:

- i) un atto è politico ed insindacabile in quanto disciplinato dalla sola norma attributiva del potere, senza che essa informi o ordini i parametri valutativi da impiegare nell'esercizio dello stesso (è questo un'ipotesi accettata già da Guicciardi, come sopra si è mostrato);
- ii) se vi è una norma ulteriore rispetto a quella attributiva, o questa ultima non si limita all'attribuzione del potere, ma si incarica effettivamente di «segnarne i confini e indirizzarne l'esercizio», il potere attribuito, pur mantenendo il carattere della politicità, perde quello dell'insindacabilità. Infatti, «ove (...) vi sia predeterminazione dei canoni di legalità, quello stesso sindacato si appalesa

doveroso. La giustiziabilità dell'atto dipende dalla regolamentazione sostanziale del potere. Se dunque esiste una norma che disciplina il potere, che ne stabilisce limiti o regole di esercizio, per quella parte l'atto è suscettibile di sindacato»; iii) il carattere predeterminante della norma attributiva inerisce anche alla questione della lesività dell'atto. Infatti, «è impugnabile l'atto, pur promanante dall'autorità amministrativa cui compete la funzione di indirizzo politico e di direzione al massimo livello della cosa pubblica, la cui fonte normativa riconosce l'esistenza di una situazione giuridica attiva protetta dall'ordinamento riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'amministrazione».

Si determina, in questo senso, il capovolgimento della concezione risalente di atto politico, sopravvissuta in qualche misura anche nella lezione guicciardiana sulla sua «necessaria legittimità»: se, da un lato, questo si configurava originariamente quale formalmente e aprioristicamente non lesivo, non rilevandone l'attitudine in concreto a cagionare la compressione illegittima della sfera giuridica soggettiva di privati; dall'altro, nell'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali, e ancora prima nella elaborazione dogmatica di Cheli, si è affermata la necessità di operare il giudizio sulla lesività dell'atto *a posteriori*. Sinteticamente: non si tratta più di atto non lesivo in quanto politico, ma di atto politico in quanto non lesivo.

Infine, pare opportuno effettuare un ulteriore rilievo: la sentenza n. 81/2012 Corte costituzionale, e le successive pronunce dei TAR, del Consiglio di Stato e della Suprema Corte di Cassazione che ne hanno ripreso favorevolmente argomenti e contenuto impiegano l'espressione «discrezionalità politica». Una tale determinazione, lungi dal configurarsi quale mera opzione lessicale, presuppone necessariamente due proposizioni: che non vi sia differenza tra potere discrezionale e potere politico, o meglio, che il secondo non sia altro che

specie del primo; che non vi sia libertà, né in concreto, né in astratto, nell'esercizio dell'attività di governo. La prima proposizione è in realtà condivisa, almeno in astratto, da buona parte della dottrina, e da Guicciardi *in primis*, come sopra abbiamo mostrato. La seconda proposizione ha forse carattere più romantico che razionale, più nominalistico che pratico. La discrezionalità, d'altronde, non è altro che una forma mediata della libertà, libertà mediata, sul piano del diritto, dalla presenza di norme sovraordinate che ne disciplinino l'esercizio. Si potrebbe affermare, forse, che la libertà non solo non esista nel mondo giuridico, ma non esista nemmeno in quello extragiuridico: che ogni scelta, al fondo, sia vincolata, per una ragione o per l'altra, che ciò che usualmente chiamiamo libertà non sia altro che arbitrio, e che ciò che usualmente chiamiamo discrezionalità non sia altro che libertà. Eppure, si sa, le «parole sono importanti»²²⁵, e non sono riducibili, forse, al significato che razionalmente loro attribuiamo. Soprattutto quando la parola è libertà.

2.4.5 Definizione giurisprudenziale generale di atto politico

Giungiamo infine, all'enunciazione di quella definizione giurisprudenziale generale di atto politico che rappresenta la sua nozione nell'ambito del diritto vivente. Tenteremo di impiegare, per quanto possibile, esclusivamente quelle formule ampiamente ripetute e condivise che sopra abbiamo elencato. Perciò:

1. L'atto politico deve provenire da un organo preposto all'indirizzo e alla direzione della cosa pubblica al massimo livello e deve essere libero nel fine perché riconducibile a scelte supreme dettate da criteri politici, deve concernere, cioè, la costituzione, la salvaguardia o il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione.

²²⁵ NANNI MORETTI, *Palombella rossa*, Sacher Film, 1989.

2. Costituisce espressione della libertà (di azione politica) che spetta, sulla base della Costituzione, ai supremi organi decisionali dello Stato per la soddisfazione di esigenze unitarie ed indivisibili a questo inerenti ed è libero nella scelta dei fini.

3. 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.

Vi è dunque sostanziale sovrapposibilità tra questa definizione e quella di cui al paragrafo 2.3.1. L'unica differenza notevole pare sostanziarsi nella ulteriore degradazione della nozione di atto politico, e sfibramento della relativa disciplina, di cui alla proposizione 3., determinati dall'influenza ermeneutica esercitata dalla sent. 81/2012 C. cost. Eppure, non pare, come già si indicava, che questa possa configurarsi quale interpretazione autenticamente innovativa, o comunque di rottura effettuale con il passato: la «sindacabilità del potere politico in presenza di norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio» poteva già essere desunta dal sistema dogmatico proposto da Guicciardi e poi “costituzionalizzato” da Cheli.

3. Gli atti politici particolari. Qualificazioni giuridiche a confronto: case studies

3.1 Il decreto interministeriale di autorizzazione alla cessione di materiale bellico alle Autorità Governative dell'Ucraina ex art. 2-bis, D.L. 25 febbraio 2022, n. 14 convertito con modificazioni con L. 5 aprile 2022, n. 28; 3.2 Il provvedimento di protezione diplomatica adottato dallo Stato nazionale in applicazione della relativa norma consuetudinaria di diritto internazionale efficace nell'ordinamento italiano per interposizione dell'art. 10, comma 1, Cost.; 3.3 Il D.P.R. recante la rideterminazione delle circoscrizioni dei collegi uninominali per le elezioni provinciali ex art. 9, L. 8 marzo 1951, n. 122; 3.4 Il decreto ministeriale che concede l'estradizione ex art. 697 c.p.p.; 3.5 Il decreto ministeriale che individua i paesi di origine sicura ex art. 2-bis, D. Lgs. n. 25 del 2008; 3.6 Il provvedimento di indicazione del punto di sbarco sicuro ("place of safety" - POS) adottato in applicazione della direttiva SOP 009/15, edita nel settembre 2015 dal Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di Porto - Guardia Costiera; 3.7 Il provvedimento di conferma espressa dal Presidente del Consiglio dei ministri — a seguito di richiesta da parte dell'autorità giudiziaria procedente — in ordine all'esistenza del segreto di Stato opposto da un indagato o imputato ex art. 41 comma 1 L. 3 agosto 2007 n. 124; 3.8 L'atto mediante il quale il Governo presta il proprio consenso all'ampliamento di una base militare U.S.A. ex art. 5, D.P.R. n. 170 del 19/4/2005; 3.9 L'autorizzazione a procedere da parte del Ministro della giustizia, ex art. 313 comma 1 c.p.; 3.10 La determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica per la nomina del Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ex art. 10, comma 2, della L. 10 ottobre 1990, n. 287; 3.11 La direttiva impartita dal Ministro dell'economia per la revoca di un consigliere di amministrazione della RAI S.p.A. ex art. 20 L. 3 maggio 2004, n. 112; 3.12 Il rifiuto da parte del Governo di avviare le trattative finalizzate alla stipula di intese con organizzazioni religiose ex art. 8 comma 3 Cost.; 3.13 La nomina dell'assessore regionale; la revoca dell'assessore comunale; la nomina della giunta comunale in violazione delle quote rosa; la nomina del segretario generale del Consiglio regionale, l'attribuzione della cittadinanza onoraria da parte di un consiglio comunale; 3.14 Considerazioni conclusive e tassonomia degli atti politici particolari

Non occorre tentare una enumerazione, che abbia pretesa di esaustività, degli atti politici particolari contemplati effettivamente ed in concreto

dall'ordinamento. Vi si dedicò Guicciardi²²⁶, ma non risulta né agevole né proficuo procedere ad un esame analitico dell'elenco allora stilato, né instaurare un raffronto sintetico con un ipotetico corrispettivo attualizzato. Il collasso della

²²⁶ «I requisiti caratteristici ed essenziali degli atti politici concorrono, a quanto si può desumere dai testi legislativi indicati, per i seguenti atti : *a*) i decreti reali, promossi dal Ministro per le Finanze, su deliberazione del Consiglio dei Ministri, per la prelevazione di somme dal «Fondo di riserva per le spese impreviste» (...); *b*) le destinazioni dei rappresentanti di S. M. il Re all'estero in qualità di ambasciatori o ministri, dei primi presidenti, presidenti di sezione e procuratori generali delle Corti d'appello, dei comandanti di corpi d'armata e di divisioni militari, dei comandanti in capo dei dipartimenti marittimi, e dei prefetti (R. D. 14 novembre 1901, art. 2, nn. 5, 6, 7, 8); *c*) il collocamento in aspettativa o a riposo per ragioni di servizio dei rappresentanti di S. M. il Re all'estero in qualità di ambasciatori o ministri, e degli altri funzionari indicati sub *b*), nonché le loro dimissioni, dispense dal servizio e destituzioni, il collocamento in disponibilità degli ufficiali generali e dei comandanti di corpo e capi di servizio, il collocamento a riposo per ragioni di servizio degli agenti diplomatici e consolari (R. D. 1901, art. 2); *d*) le questioni di ordine pubblico e di alta amministrazione, che l'art. 1, n. 1, del R. D. 14 novembre 1901 deferisce alla deliberazione del Consiglio dei Ministri, che pur non essendo dalla legge, per ovvie ragioni di materiale impossibilità, determinate nel loro possibile contenuto, saranno tuttavia riconoscibili per atti politici quando risulti l'inesistenza di ogni norma diretta a vincolare in qualsiasi modo il Consiglio dei Ministri nelle sue deliberazioni rese ai sensi delle citate disposizioni; *e*) la convocazione del Consiglio dei Ministri stesso (L. 24 dicembre 1925, art. 3); *f*) l'adesione del Capo del Governo all'ordine del giorno delle Camere legislative (L. 24 dicembre 1925, art. 6, 1° comma), qualora non si attribuisca a tale atto, come a quello sub *g*), natura legislativa, considerandolo esercizio delle attribuzioni regie nel potere legislativo; *g*) la richiesta del Capo del Governo perché sia rimessa in votazione, quando siano passati almeno tre mesi dalla prima votazione, una proposta di legge rigettata da una delle Camere, o perché una proposta di legge, rigettata da una delle Camere, sia egualmente trasmessa all'altra e da questa esaminata e messa ai voti (L. 24 dicembre 1925, art. 6, 2° e 3° comma); *h*) la designazione da parte del Capo del Governo del Ministro che lo sostituisce in caso di assenza o impedimento (L. 24 dicembre 1925, art. 8); *i*) la convocazione e la fissazione dell'ordine del giorno del Gran Consiglio del Fascismo da parte del Capo del Governo (L. 9 dicembre 1928, art. 2); *l*) la revoca del Segretario del Partito per decreto reale su proposta del Capo del Governo (L. 9 dicembre 1928, art. 14, in relazione alla L. 14 dicembre 1929, n. 2099, art. 7); *m*) l'atto con cui il Capo del Governo vieta la pubblicazione delle norme emanate dal Consiglio Nazionale delle Corporazioni (L. 20 marzo 1930, art. 12); *n*) l'atto con cui il Capo del Governo dà il proprio assenso a che la Corporazione eserciti la sua funzione normativa anche su richiesta di una sola delle Associazioni professionali interessate (L. 5 febbraio 1934, art. 8); *o*) l'espulsione da parte del Ministro dell'Interno, di concerto col Ministro degli Affari esteri e con l'assenso del Capo del Governo, dello straniero per motivi di ordine pubblico (T. U. 17 giugno 1931, art. 150); *p*) la dichiarazione dello stato di pericolo pubblico o dello stato di guerra da parte del Ministro dell'Interno, con l'assenso del Capo del Governo, o da parte del Prefetto, per delegazione del Ministro con l'assenso del Capo del Governo» E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Archivio di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1937, pp. 265-320/486-556 pp. 552-555.

dittatura fascista, l'entrata in vigore della Costituzione, ed i successivi ottanta anni di storia repubblicana hanno infatti determinato trasformazioni ordinamentali così profonde e complesse da rendere un simile tentativo tanto arduo quanto, ai fini del presente studio, che ha ad oggetto il diritto positivo e la sua vivente interpretazione, infruttuoso²²⁷. Vi è poi una questione teoretica e metodologica: non sembra che la strada della enumerazione dei casi particolari possa condurre a risultanze dogmatiche soddisfacenti. Due dati: da un lato la assenza di disposizioni che precisino, di volta in volta, la natura amministrativa o politica di determinati atti, dall'altro, e per contrasto, la sussistenza nell'ordinamento di una norma processuale che statuisce astrattamente sui requisiti costitutivi della fattispecie generale. Lo studio analitico di questa ultima pare porsi quale strumento scientifico maggiormente adatto non solo alla soluzione delle questioni ermeneutiche desumibili dal diritto positivo ma anche alla qualificazione giuridica e concreta dell'istituto nelle sue molteplici manifestazioni particolari. Infatti «deve peraltro escludersi che gli atti politici costituiscano un numero chiuso e predeterminato dal diritto positivo, poiché

²²⁷ La stessa giurisprudenza evita, usualmente, di stilare elenchi di atti politici particolari. Qualora, invece, se ne incarichi, lo fa con le dovute cautele, ed a titolo meramente esemplificativo: «È questo il caso, per esempio, del provvedimento con il quale il Governo ha autorizzato l'ampliamento di una base militare U.S.A. nel nostro Paese (Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2008, n. 3992) o del diniego del Consiglio dei ministri sull'istanza finalizzata all'avvio delle procedure per la conclusione di un'intesa ai sensi dell'art. 8 Cost. (Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2022, n. 4636, cit.); o, ancora, della determina con cui i Presidenti dei due rami del Parlamento hanno provveduto a nominare, ai sensi della L. n. 287 del 1990, art. 10 il presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (TAR Lazio, 16 luglio 2020, n. 8162). Rientra nella categoria dell'atto politico la decisione di concentrare in un'unica data le elezioni amministrative ed Europee (TAR Catania, 10 ottobre 2014, n. 2725, sulla base del rilievo che si tratta di una espressione della funzione di direzione e di indirizzo politico del Paese alla quale sono connesse pure esigenze di contenimento della spesa pubblica). Per contro, in molteplici casi nei quali si è posto il problema di applicare l'art. 7 cod. proc. amm. (o il precedente art. 31 del testo unico sul Consiglio di Stato) sull'atto politico a fronte di atti produttivi di effetti che pure presentavano elementi di politicità, si è escluso detto carattere, affermandone la sindacabilità in sede giurisdizionale» Cassazione civile, sez. un., 1° giugno 2023, n. 15601.

deve invece farsi riferimento, per la loro perimetrazione, ai due generali criteri di individuazione rinvenibili [nell'art. 7 c.p.a.]»²²⁸. Ciò considerato, si procede all'esame di alcune pronunce inerenti alla configurabilità quali atti politici di particolari fattispecie di esercizio del potere pubblico. Un esame che avrà, per specifica intenzione redazionale, vocazione ricognitiva, sintetica ed espositiva. Ci si incaricherà cioè, non di ripercorrere gradualmente le argomentazioni sviluppate dalle Corti in ogni momento logico che le compone, ma di astrarne sommariamente i caratteri più rilevanti per la qualificazione dogmatica dell'istituto, qualora di essi non si sia già trattato adeguatamente nei paragrafi dedicati allo studio dell'atto politico quale fattispecie generale. I testi²²⁹ riportati si commenteranno, perciò, brevemente e solo allorquando necessario.

3.1 *Il decreto interministeriale di autorizzazione alla cessione di materiale bellico alle Autorità Governative dell'Ucraina ex art. 2-bis, D.L. 25 febbraio 2022, n. 14 convertito con modificazioni con L. 5 aprile 2022, n. 28*

Si prende in esame la sentenza TAR Lazio, Roma, sez. I, 20 dicembre 2022, n. 17159, avente ad oggetto la configurabilità quale atto politico del «decreto [inter]ministeriale di autorizzazione alla cessione di materiale bellico alle Autorità Governative dell'Ucraina» ex art. 2-bis, D.L. 25 febbraio 2022, n. 14 convertito con modificazioni con L. 5 aprile 2022, n. 28.

- I. « Alla luce degli elementi obbiettivi sopra passati in rassegna non è revocabile in dubbio che l'atto ministeriale che il C. ha impugnato attiene certamente alla gestione delle relazioni internazionali e della politica estera in un contesto di crisi estrema dei rapporti internazionali *che ha visto il "blocco occidentale" (UE, Stati Uniti, NATO),*

²²⁸ TAR Lazio, Roma, sez. I, 20 dicembre 2022, n. 17159.

²²⁹ Gli eventuali corsivi sono aggiunti in sede redazionale.

al quale lo Stato italiano politicamente appartiene, intervenire in aiuto dell'Ucraina contro l'attacco militare perpetrato dalla Federazione R., con varie iniziative concordate anche nell'ambito del Consiglio Europeo, tra le quali sono stati previsti, oltre che aiuti umanitari, anche forniture di armi e di equipaggiamenti militari»

Di interesse, in nota *a latere*, che una sentenza, perciò un atto promanante da un organo esercente il potere giudiziario, accerti, o comunque assuma esplicitamente, l'appartenenza dello Stato italiano al «blocco occidentale (UE, Stati Uniti, NATO)». La questione è come, cioè mediante quali presunzioni o strumenti istruttori, possa un giudice verificare in concreto tale informazione: se questa si ponga quale sorta di “massima di esperienza” desunta dal contesto politico attuale, o se, più semplicemente, la si sia configurata quale «nozione di fatto che rientra nella comune esperienza» (il cosiddetto “fatto notorio” ex art. 115 comma 2, c.p.c.). Certo è che se l'appartenenza alla NATO, ad esempio, è un dato giuridico incontrovertibile, risultante dalla sottoscrizione di una convenzione internazionale, la appartenenza ad un “blocco”, qualunque cosa esso sia²³⁰ o possa essere sul piano del diritto, è questione decisamente più ardua da risolvere.

- II. «Il decreto ministeriale impugnato è stato adottato sulla base dell'art. 2-bis del D.L. n. 14 del 2022 e della risoluzione parlamentare del primo marzo 2022 sopra riportata: sia il primo che la seconda si limitano a definire un orizzonte di obiettivi di massima la cui realizzazione è affidata al Governo, *al quale si lasciano assai ampi margini di manovra, certamente, quanto ai mezzi ma, ad avviso di questo Collegio, anche per quanto concerne la concreta definizione di scopi e obiettivi*»

²³⁰ Si potrebbe immaginare, ad esempio, che un “blocco” internazionale sia risultante, e perciò desumibile, da una combinazione complessa di rapporti giuridici, commerciali e culturali tra nazioni, nonché dalla appartenenza ad una medesima alleanza militare. Eppure, tale ultima condizione non pare porsi di per sé quale sufficiente: si pensi alla Turchia, p.e., che, pur parte della NATO, non viene usualmente annoverata tra gli stati componenti il “blocco occidentale”.

Si introduce il criterio della libertà nel fine quale requisito di cui verificare la sussistenza ai fini della definizione del giudizio. Il Tribunale prende dunque in esame la specifica norma attributiva²³¹ del potere di adozione del decreto ministeriale, nonché una inerente risoluzione di indirizzo²³² adottata, nel marzo 2022, da Camera e Senato. La considerazione di questi parametri svolge una precisa funzione: delineare il margine di «discrezionalità politica» riservato ai ministeri (Difesa, MAE e MEF), non soltanto nella determinazione del contenuto della attività amministrativa cui provvedere per l'attuazione dell'indirizzo politico espresso dal Parlamento, o nella concretazione esecutiva di fini giuridici posti dalla Legge, ma anche nella formulazione autonoma di fini extragiuridici, e nella loro relativa (giuridica) attuazione mediante l'esercizio del potere pubblico.

Il ricorrente, peraltro, aveva eccepito la violazione e falsa applicazione della succitata norma attributiva del potere per la mancata previa acquisizione (prescritta dalla norma medesima) del relativo «atto di indirizzo delle Camere». Da una parte il Tribunale sottolinea come degli atti di indirizzo, ma non quello specificamente necessitato dal D.L. 25 febbraio 2022, n.14 per la adozione del decreto interministeriale, fossero già stati compiuti (sottintendendone la capacità sanante): segnatamente, le «risoluzioni della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica del 1 marzo 2022» con le quali «il Parlamento ha impegnato espressamente il Governo ad "assicurare sostegno e solidarietà al

²³¹ Art. 2-bis del D.L. 25 febbraio 2022, n. 14 convertito con modificazioni con L. 5 aprile 2022, n. 28.

²³² «Basti pensare alle espressioni utilizzate dalla doppia risoluzione di indirizzo di Camera e Senato del primo marzo 2022 che si riferisce, senza ulteriori precisazioni, a "tutte le azioni necessarie a fornire assistenza umanitaria, finanziaria, economica e di qualsiasi altra natura, nonché - tenendo costantemente informato il Parlamento e in modo coordinato con gli altri Paesi europei e alleati - la cessione di apparati e strumenti militari"» TAR Lazio, Roma, sez. I, 20 dicembre 2022, n. 17159.

popolo ucraino e alle sue istituzioni attivando, con le modalità più rapide e tempestive, tutte le azioni necessarie a fornire assistenza umanitaria, finanziaria, economica e di qualsiasi altra natura, nonché - tenendo costantemente informato il Parlamento e in modo coordinato con gli altri Paesi europei e alleati - la cessione di apparati e strumenti militari che consentano all'Ucraina di esercitare il diritto alla legittima difesa e di proteggere la sua popolazione"»²³³. Dall'altra, afferma che:

- III. «È pertanto del tutto formalistico parlare di un atto meramente esecutivo o attuativo. Al contrario esso costituisce un momento essenziale, al pari del D.L. e della risoluzione parlamentare (oltre che degli atti assunti nei contesti internazionali), dell'azione di politica internazionale che lo Stato italiano ha intrapreso per affrontare la crisi ucraina, *come dimostra il fatto che un ipotetico annullamento giurisdizionale del decreto ministeriale in oggetto (ovvero degli analoghi che in futuro potranno essere adottati ai sensi del comma 2 dell'art. 2-bis che parla di "uno o più decreti") renderebbe inefficace e bloccherebbe l'intera "azione" eminentemente politica nel suo complesso intrapresa dal governo italiano*»

Nella ricostruzione operata dal TAR Lazio di tale particolare fattispecie, il potere politico non si esaurisce a livello parlamentare, ma è per Legge attribuito al Governo, senza che da essa vengano disposti i parametri giuridici atti a regolarne l'esercizio. In assenza di questi, l'atto risultante si configura quale insindacabile.

- IV. «Per quanto precede il decreto impugnato costituisce atto politico da un punto di vista oggettivo *in quanto atto "libero nei fini", adottato per la soddisfazione di esigenze unitarie ed indivisibili dello Stato in materia di politica estera*»

²³³ TAR Lazio, Roma, sez. I, 20 dicembre 2022, n. 17159.

Non ci dilunghiamo sul criterio soggettivo, la cui sussistenza non sembra porre particolari dubbi interpretativi.

3.2 Il provvedimento di protezione diplomatica adottato dallo Stato nazionale in applicazione della relativa norma consuetudinaria di diritto internazionale efficace nell'ordinamento italiano per interposizione dell'art. 10, comma 1, Cost.

Si prende in esame la sentenza TAR Lazio, Roma, sez. III, 4 dicembre 2017, n. 11955 avente ad oggetto la configurabilità quale atto politico del «provvedimento di protezione diplomatica adottato dallo Stato nazionale in applicazione della relativa norma consuetudinaria di diritto internazionale» efficace nell'ordinamento italiano per interposizione dell'art. 10, comma 1, Cost.

- V. «L'eventuale provvedimento di protezione diplomatica adottato dallo Stato nazionale ha, quindi, natura di atto politico come tale sottratto al sindacato del giudice amministrativo (...). La scelta dello Stato italiano di avvalersi del rimedio della protezione diplomatica si inserisce nell'ambito di relazioni con altri Stati mediante il ricorso ad una soluzione che incide su rapporti di politica estera non rimessi a determinazioni puntuali ex lege di modo da risolversi in una determinazione libera nei fini e, quindi, traducendosi in un atto di natura politica sottratto alla giurisdizione del giudice amministrativo»
- VI. «Nella specie ricorrono entrambi i requisiti: la protezione diplomatica è atto di competenza del Ministro degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale (e non dell'Ambasciata d'Italia all'estero, come erroneamente indicato dall'amministrazione, là dove afferma di avere dato risposta al ricorrente con specifica nota), organo di massimo vertice del Governo italiano; la protezione diplomatica è, poi, atto libero nei fini in quanto a contenuto e fini indeterminati (dalla restrizione dei rapporti commerciali, al risarcimento dei danni, alla dichiarazione di guerra), *facendo*

valere lo Stato non il diritto del cittadino, ma un diritto suo proprio e spendendo le proprie relazioni internazionali»

Non risulta sorgano particolari questioni interpretative. Di interesse la configurazione della posizione giuridica soggettiva dello Stato conferitore della protezione diplomatica quale «diritto suo proprio» esercitato mediante la spendita delle «proprie relazioni internazionali», e non quale potere estero puro e semplice. Pare sopravvivere, in questa pronuncia, almeno in una dimensione linguistica, la tendenza ottocentesca e primonovecentesca all'antropomorfismo statuale.

3.3 Il D.P.R. recante la rideterminazione delle circoscrizioni dei collegi uninominali per le elezioni provinciali ex art. 9, L. 8 marzo 1951, n. 122

Si prende in esame la sentenza TAR Puglia, Bari, sez. III, 18 maggio 2009, n. 1183 avente ad oggetto la configurabilità quale atto politico del «D.P.R. recante la rideterminazione delle circoscrizioni dei collegi uninominali per le elezioni provinciali» ex art. 9, L. 8 marzo 1951, n. 122, *Norme per l'elezione dei Consigli provinciali*.

VII. «L'atto impugnato *rappresenta indiscutibilmente un atto "politico" ai sensi dell'art. 31 r.d. n. 1054/1924* (Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato) in forza del quale "Il ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale non è ammesso se trattasi di atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico" (norma da ritenersi tuttora vigente)»

VIII. «Non vi è dubbio che il d.p.r. impugnato in questa sede volto a rideterminare i collegi uninominali provinciali della Provincia di Bari in vista delle ormai imminenti elezioni amministrative ridefinendo, tra l'altro, le circoscrizioni dei collegi uninominali n. 24 (Collegio di Molfetta I) e n. 34 (Collegio di Terlizzi-Giovinazzo) *presenti*

congiuntamente i tre requisiti predetti necessari alla configurazione dell'atto "politico" ex art. 31 r.d. n. 1054/1924. Trattasi infatti di atto promanante da un organo preposto all'indirizzo e alla direzione al massimo livello della cosa pubblica (nel caso di specie Ministro dell'Interno quale soggetto proponente e Presidente della Repubblica quale soggetto emanante); il d.p.r. in esame riguarda poi il funzionamento di un pubblico potere nella sua organica struttura (i.e. elezione del Consiglio provinciale di Bari). Infine, va evidenziato che è atto indubbiamente libero nella scelta dei fini rimessi alla valutazione insindacabile (se non con riferimento all'osservanza dei parametri costituzionali che nel caso di specie, come si vedrà, non risultano violati) dell'organo lato sensu "politico"»

- IX. *«La politicità dell'atto è tale per cui non si configurano a fronte dello stesso soggetti lesi interessati all'annullamento del medesimo, data peraltro l'assenza di parametri normativi alla cui stregua valutarne la legittimità (se non le disposizioni di rango costituzionale)»*

Di interesse la formulazione mediante tre requisiti costitutivi della fattispecie di atto politico: variante giurisprudenziale di cui sopra abbiamo già avuto occasione di trattare con attitudine critica. Rilevante poi, considerata l'antecedenza cronologica del caso rispetto alla sentenza n. 81/2012 Corte cost., l'inclusione del criterio valutativo della «assenza di parametri normativi» e di quello della «non lesività», che, pur essendo già stati formulati, come abbiamo mostrato, da risalente dottrina, hanno incominciato a ricoprire un ruolo maggiormente preminente nelle argomentazioni giurisprudenziali solo successivamente alla pubblicazione della predetta pronuncia della Consulta.

3.4 Il decreto ministeriale che concede l'extradizione ex art. 697 c.p.p.

Si prende in esame la sentenza Consiglio di Stato, sez. III, 4 aprile 2024, n. 3095 avente ad oggetto la configurabilità quale atto politico del «decreto del Ministro della Giustizia che concede l'extradizione» ex art. 697 c.p.p.

- X. «Sul punto, è stato efficacemente statuito che il decreto di estradizione non ha, a differenza degli atti di stipula e adesione a Trattati o Convenzioni in materia, natura di atto politico, trattandosi di una determinazione, sia pure latamente discrezionale, che non coinvolge immediatamente interessi superiori dello Stato, *ma provvede su un oggetto specifico e circoscritto, disponendo in modo diretto e immediato di interessi essenzialmente individuali*»

Si afferma il principio secondo il quale un atto, per godere della eccezione di insindacabilità di cui all'art. 7 c.p.a., dovendo per definizione coinvolgere in modo non mediato «interessi superiori dello Stato», non sia idoneo a disporre direttamente di interessi individuali; e non possa ledere, perciò, situazioni giuridiche soggettive. Nel caso in cui una tale circostanza si dovesse invece verificare, si assisterebbe, almeno in applicazione del già citato orientamento della Corte cost., ad una degradazione processuale e non sostanziale dell'atto politico ad atto amministrativo.

- XI. «Pertanto, trattandosi di atto di alta amministrazione esso è sindacabile da parte del giudice amministrativo, ma all'interno di due limiti, potendo detto sindacato riguardare *i soli aspetti del provvedimento che siano discrezionali e quindi lesivi di interessi legittimi*, non sussistendo in materia alcuna ipotesi di giurisdizione esclusiva, *ma non potendo comunque investire direttamente il merito di una scelta che l'ordinamento configura come latamente discrezionale*»

Il «decreto del Ministro della Giustizia che concede l'extradizione» ex art. 697 c.p.p. viene perciò inquadrato nella fattispecie dell'atto di alta amministrazione,

il sindacato sul quale è limitato ai soli profili discrezionali dell'esercizio del potere «non potendo comunque investire direttamente il merito di una scelta che l'ordinamento configura come latamente discrezionale». Fermi, i dubbi e le considerazioni pocanzi formulati, in generale, su tale istituto.

- XII. «Rimane quindi doverosamente precluso al G.A. *ogni tipo di accertamento che si traduca nel riesame di provvedimenti giurisdizionali adottati dal Giudice penale* (allorché questi ha riscontrato la sussistenza delle condizioni tecnico giuridiche di estradabilità), trattandosi di questioni concernenti lo *status libertatis* e comunque posizioni di diritto soggettivo coinvolte e vulnerate dalla procedura di estradizione. (cfr. per tutte Consiglio di Stato, sez. IV , sent. n. 1996 del 2000)»

Qui riaffermati dal Consiglio di Stato i limiti a cui è sottoposta la giurisdizione amministrativa, in relazione, segnatamente, a provvedimenti del G.O. concernenti lo *status libertatis*.

3.5 Il decreto ministeriale che individua i paesi di origine sicura ex art. 2-bis, D. Lgs. n. 25 del 2008

Si prende in esame la sentenza Cassazione civile, sez. I, 19 dicembre 2024, n. 33398 avente ad oggetto la configurabilità quale atto politico del «decreto ministeriale che individua i paesi di origine sicura» ex art. 2-bis, D. Lgs. n. 25 del 2008.

- XIII. «*L'inserimento di un Paese nella lista di quelli sicuri non è un atto politico*, perché deriva dalla applicazione dei criteri individuati dagli artt. 36 e 37 e dall'allegato I della direttiva 2013/32/UE e dall'art. 2-bis del D. Lgs. n. 25 del 2008»
- XIV. «La nozione di paese di origine sicuro ha carattere giuridico. *L'inserimento di un paese di origine tra quelli sicuri è guidato da requisiti e da criteri dettati dal legislatore europeo e recepiti dalla normativa nazionale*. Tali elementi devono essere considerati

sulla base delle informazioni fornite dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo e da altre fonti qualificate (Stati membri dell'Unione europea, EASO, UNHCR, Consiglio d'Europa, altre organizzazioni internazionali competenti). L'esistenza di una dettagliata disciplina (procedurale e sostanziale) applicabile al relativo potere amministrativo implica che il rispetto di tali requisiti e criteri è suscettibile di verifica in sede giurisdizionale. Se ci trovassimo in assenza di un parametro giuridico, il sindacato giurisdizionale sarebbe destinato ad arrestarsi; ma in presenza di un riferimento normativo quello stesso sindacato diviene doveroso, proprio perché la giustiziabilità dell'atto dipende dalla regolamentazione sostanziale del potere»

L'argomento riproduce quello sviluppato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 81/2012. L'assenza di parametri giuridici si configura, infatti, quale requisito necessario alla sussistenza della fattispecie di cui all'art. 7 c.p.a.

Siamo dinnanzi al caso concreto corrispondente all'ipotesi che si era formulata sub par. 2.2.1, n. 2.3: per cui un atto che si porrebbe in astratto quale politico, viene degradato a «comune atto amministrativo» in ragione della presenza di una norma eurounitaria, perciò di rango costituzionale per interposizione dell'art. 117 Cost., che ne informi e prescriva le modalità di esercizio. Ciò è reso possibile, nello specifico, dalla configurazione dello «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» quale ambito di competenza concorrente ex art. 4 TFUE, par. 2, lettera j).

XV. «Pur dovendosi dare atto che la valutazione ministeriale non è soltanto un'operazione tecnico-giuridica, come se ci trovasse di fronte a un atto totalmente vincolato e surrogabile dal giudice o a un esito a rime obbligate che l'interprete sia chiamato a desumere, tramite le fonti, dal confronto sillogistico di norma e fatto; pur dovendosi dare atto di tutto ciò, *preme, tuttavia, sottolineare che il giudice non sostituisce le proprie valutazioni soggettive a quelle espresse dal decreto ministeriale quando esercita il, doveroso e istituzionale, controllo di legittimità sugli esiti della valutazione effettuata dall'amministrazione e verifica se il potere valutativo sia stato esercitato con manifesto discostamento dalla disciplina europea o non sia ictu oculi più*

rispondente alla situazione reale (come risultante, ad esempio, dalle univoche ed evidenti fonti di informazione affidabili ed aggiornate sul paese di origine del richiedente, ai sensi dell'art. 37 della direttiva 2013/32/UE)»

- XVI. «In altri termini, la nozione di paese di origine sicuro possiede una valenza definente *che è in grado di specificare il concetto giuridico indeterminato del sintagma di cui essa si compone*, di modo che è consentito al giudice di effettuare un test di coerenza della qualificazione nel caso concreto con la norma attributiva del potere. Il giudice, dunque, non si sostituisce all'autorità governativa sconfinando nel fondo di una valutazione discrezionale a questa riservata, ma ha il potere-dovere di esercitare il sindacato di legittimità del decreto ministeriale, nella parte in cui inserisce un certo paese di origine tra quelli sicuri, *ove esso chiaramente contrasti con la normativa europea e nazionale vigente in materia, anche tenendo conto di informazioni sui paesi di origine aggiornate al momento della decisione*, secondo i principi in tema di cooperazione istruttoria»

Di interesse segnatamente la configurazione esplicita della nozione di «paese di origine sicuro» quale «concetto giuridico indeterminato», strumento logico-ermeneutico²³⁴ tipico della teoria del potere discrezionale sviluppatasi in Germania negli ultimi decenni del secolo diciannovesimo.

- XVII. «Si tratta, a questo punto, di precisare quando il sindacato del giudice ordinario può essere esercitato, e con quali effetti, rispetto all'atto amministrativo generale che designa un certo paese di origine come sicuro. A tale riguardo, devono essere considerati due profili. *Il primo aspetto da considerare è che il bene della vita oggetto del giudizio di impugnazione del diniego è il diritto alla protezione internazionale del richiedente*. Il giudizio sulla domanda di protezione internazionale non si esaurisce in un mero sindacato di legittimità dell'atto della Commissione territoriale, ma consiste in un accertamento pieno della sussistenza del diritto. (...) Quando un richiedente dimostra che vi sono validi motivi per non ritenere sicuro tale paese per la sua

²³⁴ Cfr. nota 64.

situazione particolare, la designazione del paese come sicuro non può applicarsi al suo caso»

- XVIII. «Il secondo aspetto da considerare è *che la disapplicazione è un potere processuale che implica, da parte del giudice ordinario, l'accertamento della legittimità dell'atto amministrativo come antecedente logico giuridico per la soluzione della controversia principale*. Al giudice ordinario è affidata la potestà di conoscere della legittimità dell'atto ogni qualvolta tale questione emerga in via pregiudiziale in una controversia che abbia per oggetto diritti soggettivi e purché la detta questione sia un mero antecedente, talché esso possa essere deciso *incidenter tantum* e senza efficacia di giudicato.

I profili da considerare nel determinare la misura ed i caratteri del sindacato giurisdizionale sono, perciò, la natura del bene della vita oggetto del giudizio, e l'accertamento dell'illegittimità dell'atto amministrativo (quale presupposto per la disapplicazione del medesimo ex artt. 4 e 5 L. n. 2248 del 1865, allegato E). Perché il giudice possa disporre questa ultima è necessario che ricorrano due condizioni oggettive:

- XIX. « a) il provvedimento amministrativo non può venire in rilievo come fondamento del diritto dedotto in giudizio, bensì *deve configurarsi quale mero antecedente*, sicché la questione della sua legittimità si prospetti come pregiudiziale in senso tecnico; b) *il provvedimento deve essere affetto da vizi di legittimità lesivi di diritti*, mentre il sindacato è escluso con riguardo alle valutazioni di merito attinenti all'esercizio del potere discrezionale della P.A. Tale operazione non si riflette sulla esistenza formale dell'atto, ma ne impedisce la operatività nel caso concreto. Se il provvedimento è reputato illegittimo, il giudice non ne tiene conto ai fini della decisione del processo»

Non è questa la sede per trattare propriamente la distinzione processualcivilistica tra «fondamento giuridico» e «mero antecedente» di un diritto soggettivo. Sia sufficiente affermare, in relazione al caso concreto, che il

decreto ministeriale conosciuto nel giudizio sia stato configurato dalla Corte, in sede di decisione su rinvio pregiudiziale per la risoluzione di una «questione esclusivamente di diritto» ex art. 363 bis c.p.c., quale «antecedente logico» del diritto alla protezione internazionale del richiedente, e che sia stato ritenuto di esso lesivo. Sussistendo, dunque, le due condizioni oggettive, si può procedere in astratto alla disapplicazione del decreto, con i seguenti effetti:

XX. «Disapplicare, in parte qua, il decreto ministeriale significa che *il giudice ordinario non lo annulla con effetti erga omnes, ma ne prescinde, cioè non tiene conto della qualificazione ministeriale di quel dato paese come sicuro ai fini della decisione del caso concreto*. La valutazione, in concreto e nello specifico, di insicurezza di quel paese, per quanto attiene alla controversia sul riconoscimento in sede giudiziale dell'invocato diritto alla protezione internazionale in favore del cittadino straniero, non è ostacolata dalla diversa qualificazione riveniente dal decreto ministeriale»

Di interesse, infine, che, ex art. 12-bis²³⁵ del D.L. 11 ottobre 2024, n. 145 convertito con modificazioni dalla L. 9 dicembre 2024, n. 187, i paesi di origine sicura non siano oggi più individuati con decreto ministeriale (perciò un atto amministrativo a contenuto generale) ma mediante atto avente forza di legge, determinandone dunque l'inimpugnabilità e sottraendolo alla disciplina di cui agli artt. 4 e 5 L. n. 2248 del 1865, allegato E. Diviene in tal modo possibile, per contro, sia la disapplicazione dell'atto per contrasto con il diritto dell'Unione, sia la proposizione di questione di legittimità costituzionale.

²³⁵ «1. All'articolo 2-bis del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, sono apportate le seguenti modificazioni: (...) d) dopo il comma 4 è inserito il seguente: "4-bis. L'elenco dei Paesi di origine sicuri di cui al comma 1 è aggiornato periodicamente con atto avente forza di legge ed è notificato alla Commissione europea. Ai fini dell'aggiornamento dell'elenco, il Consiglio dei ministri, entro il 15 gennaio di ciascun anno, delibera una relazione, nella quale, compatibilmente con le preminenti esigenze di sicurezza e di continuità delle relazioni internazionali e tenuto conto delle informazioni di cui al comma 4, riferisce sulla situazione dei Paesi inclusi nell'elenco vigente e di quelli dei quali intende promuovere l'inclusione. Il Governo trasmette la relazione alle competenti Commissioni parlamentari"».

3.6 *Il provvedimento di indicazione del punto di sbarco sicuro ("place of safety" - POS) adottato in applicazione della direttiva SOP 009/15, edita nel settembre 2015 dal Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di Porto - Guardia Costiera*

Si prende in esame l'ordinanza Cassazione civile, sez. un., 6 marzo 2025. n. 5992 avente ad oggetto la configurabilità quale atto politico del «provvedimento di indicazione del punto di sbarco sicuro ("place of safety" - POS)» adottato in applicazione della direttiva SOP 009/15, edita nel settembre 2015 dal Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di Porto - Guardia Costiera.

Abbiamo già avuto modo di commentare alcuni passaggi di questa sentenza, tanto recente quanto rilevante, nel corso della trattazione sulla qualificazione giurisprudenziale generale della fattispecie di atto politico (cfr. par. 2.4). Si rende necessario specificare che non è fine del presente paragrafo esaminare analiticamente la questione decisa con la succitata ordinanza 5992. Questa presuppone, infatti, lo studio di un quadro giuridico particolarmente complesso, determinato fondamentalmente dalla sovrapposizione ed intersecazione di varie norme internazionali, sia consuetudinarie sia pattizie, che esula dall'oggetto della nostra ricerca. Ci limiteremo perciò al commento del *dictum* per quanto strettamente relativo alla nozione di atto politico.

- XXI. «Muovendo dunque dalla questione - per quanto detto, logicamente preliminare - posta con il primo motivo del ricorso incidentale, se ne deve rilevare l'infondatezza. Deve, infatti, *escludersi che nei comportamenti indicati a fondamento della pretesa risarcitoria possano ravvisarsi i tratti tipologici dell'atto politico per così dire "puro"*, come tale sottratto al sindacato giurisdizionale.»

Si pone un rilevante problema interpretativo in merito alla natura e configurazione gerarchica della norma attributiva del potere esercitato, o più propriamente non esercitato dal Ministro dell'interno. Questa infatti non ha rango primario, ma si sostanzia piuttosto in una direttiva amministrativa, nello specifico la SOP 009/15, edita nel settembre 2015 dal Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di Porto - Guardia Costiera. Ovviamente non rappresenta l'unica fonte rilevante: si configura infatti quale attuazione di quell'insieme di norme internazionali cui sopra abbiamo accennato²³⁶. Eppure, questo si limita a determinare in via generale gli obblighi giuridici (principalmente di soccorso) che si formano in capo agli stati: non statuiscono sulla predisposizione interna delle operazioni e sulla distribuzione delle relative funzioni amministrative. Ne discende la quasi impossibilità, *a principio*, di qualificare, anche solo in astratto, il provvedimento di indicazione del punto di sbarco sicuro come atto politico: questo trova il proprio fondamento giuridico, infatti, su una ripartizione organizzativa interna alle amministrazioni competenti, e non su disposizione di Legge o avente forza di Legge. A ciò si aggiunge che le norme internazionali in ragione delle quali tale direttiva del CGCCP è stata effettivamente adottata, pur non disponendo sui mezzi dell'adempimento degli obblighi che prescrivono, certamente ne determinano i fini (sommariamente: la tempestività del soccorso e la tutela della salute e dignità umana). Fini che, per interposizione degli artt. 10, 11 e 117 Cost., possiedono rango ed efficacia costituzionale. Si rileva poi, come sostenuto in

²³⁶ Sinteticamente consistente: nella *Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare* (c.d. Convenzione SOLAS, acronimo di Safety Of Life At Sea, del 1974, ratificata dall'Italia con legge 23 maggio 1980, n. 313); nella *Convenzione internazionale sulla ricerca e il soccorso in mare* (c.d. Convenzione SAR, acronimo per Search And Rescue, anche nota come Convenzione di Amburgo: ratificata dall'Italia con legge 3 aprile 1989, n. 147); e nella *Convenzione delle Nazioni Unite di Montego Bay sul Diritto del Mare* del 1982 (c.d. Convenzione UNCLOS, acronimo per United Nations Convention on the Law of the Sea, ratificata dall'Italia con legge 2 dicembre 1994, n. 689).

dottrina²³⁷ che «ai sensi della summenzionata direttiva SOP, l'indicazione del POS costituisce un atto amministrativo endo-procedimentale dovuto, privo di discrezionalità nell'*an*. In capo agli Stati residua, infatti, un margine di "discrezionalità tecnica" solo ai fini dell'individuazione del punto di sbarco più opportuno, tenuto conto del numero dei migranti da assistere, del sesso, delle loro condizioni psicofisiche nonché in considerazione della necessità di garantire una struttura di accoglienza e cure mediche adeguate»²³⁸. Dunque, la mancata adozione del succitato provvedimento da parte del Ministro dell'interno si configura quale violazione e falsa applicazione di un fine giuridicamente vincolato. Perciò:

- XXII. «Alla luce di queste premesse va certamente escluso che il rifiuto dell'autorizzazione allo sbarco dei migranti soccorsi in mare protratto per dieci giorni possa considerarsi quale atto politico sottratto al controllo giurisdizionale. Non lo è perché non rappresenta un atto libero nel fine, come tale riconducibile a scelte supreme dettate da *criteri politici concernenti la costituzione, la salvaguardia o il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione*. Non si è di fronte, cioè, ad un atto che attiene alla direzione suprema generale dello Stato considerato nella sua unità e nelle sue istituzioni fondamentali»

Si impiega, nell'applicazione della definizione giurisprudenziale generale di atto politico che si è astratta in par. 2.4.5, l'espressione «criteri politici», che ricalca quella già impiegata da Guicciardi, e sopracitata, di «principi della politica».

²³⁷ C. CASIELLO, & M.E. VENDITTI, *Il caso Diciotti: tra obblighi di soccorso in mare e garanzia dei diritti fondamentali*, in *DPCE Online*, 39(2), 2019, pp. 955-956.

²³⁸ Prosegue: «Sulla scorta di tanto, ferma restando la doverosità dell'indicazione del luogo sicuro in cui concludere l'evento SAR dichiarato, ritardi nella designazione dello stesso potrebbero essere giustificati alla luce della necessità di individuarne uno adeguato alle esigenze che, caso per caso, si presentano» *Ibidem*.

XXIII. «Si è in presenza, piuttosto, di un atto che esprime una funzione amministrativa da svolgere, sia pure in attuazione di un indirizzo politico, al fine di contemperare gli interessi in gioco e che proprio per questo si innesta su una regolamentazione che a vari livelli, internazionale e nazionale, ne segna i confini. *Le motivazioni politiche alla base della condotta non ne snaturano la qualificazione, non rendono, cioè, politico un atto che è, e resta, ontologicamente amministrativo.* Non vi è dunque difetto assoluto di giurisdizione, e nemmeno relativo, in favore cioè del giudice amministrativo (il che per vero non è nemmeno eccepito dalle amministrazioni ricorrenti), non vertendosi in materia riservata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo»

Si sottolineano la distinzione e l'implicito raffronto operati tra «criteri» e «motivazioni» politiche. I primi hanno natura oggettiva, e si applicano solo in assenza di parametri normativi determinanti le modalità di esercizio del potere. I secondi, soggettiva, pur riferendosi al contenuto della funzione e non alla struttura dell'organo ad essa deputato: non solo non determinano il soddisfacimento dei requisiti costitutivi della fattispecie di cui all'art. 7 c.p.a., ma anzi, allorquando si concretino, come in questo caso, nello sviamento del potere esercitato, ne provocano l'illegittimità. La soggettivazione del requisito oggettivo dell'atto politico ha, in realtà origini risalenti: in ciò si sostanzia infatti la *théorie du mobile politique*²³⁹.

²³⁹ «Questa, che — a volerla nobilitare — si potrebbe chiamare dottrina della «causa soggettiva», ha quale fondamento caratteristico l'affermazione che non solo gli atti politici non costituiscono una specie diversa dagli atti amministrativi, ma che anzi lo stesso atto può doversi considerare come atto politico o come atto amministrativo, secondo che la sua emanazione sia o meno dovuta ad un movente di ordine politico. E quanto all'indagine sulla natura del movente, essa può essere compiuta dallo stesso giudice, che dovrebbe esercitare il controllo sull'atto: ed esso allora si vale di questo suo potere come di uno strumento di politica giurisprudenziale per destreggiarsi nei suoi rapporti con un Governo forte ed autoritario» E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Archivio di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1937, pp. 265-320/486-556, p. 272.

3.7 Il provvedimento di conferma espressa dal Presidente del Consiglio dei ministri - a seguito di richiesta da parte dell'autorità giudiziaria procedente- in ordine all'esistenza del segreto di Stato opposto da un indagato o imputato ex art. 41 comma 1 L. 3 agosto 2007 n. 124.

Si prende in esame la sentenza Cassazione penale, sez. VI, 20 settembre 2011, n. 16362 avente ad oggetto la configurabilità quale atto politico del «provvedimento di conferma espressa dal Presidente del Consiglio dei ministri - a seguito di richiesta da parte dell'autorità giudiziaria procedente- in ordine all'esistenza del segreto di Stato opposto da un indagato o imputato» ex art. 41 comma 1 L. 3 agosto 2007 n. 124.

- XXIV. «Tale [come espressione di indirizzo politico] deve essere ritenuta la natura della decisione confermativa del segreto di Stato prevista dalla L. n. 124 del 2007, art. 41 (e dalla stessa precedente L. 24 ottobre 1977, n. 801) precisata dalla Corte costituzionale (sentenza n. 106/2009 sulla scia della sentenza n. 86/1977), che ha altresì chiarito che *dinanzi ad un atto di siffatta natura deve considerarsi interdetto qualsiasi sindacato giurisdizionale* (anche in termini surrettizi o mediati di disapplicazione) sull'*an* e sul *quomodo* del potere di segretazione»

Si afferma l'interpretazione dell'inimpugnabilità art. 7 c.p.a. (al tempo della pronuncia art. 31 T.U. C.d.S.) quale manifestazione di un difetto assoluto, e non relativo, di giurisdizione. Sul punto pare concorde la giurisprudenza, meno chiara invece la dottrina, soprattutto recente²⁴⁰.

- XXV. «Vale a dire che l'atto politico affermativo (confermativo) del segreto di Stato produce uno "sbarramento processuale" alla conoscenza e all'utilizzazione in sede giudiziaria

²⁴⁰ V. GIOMI, *L'atto politico e il suo giudice. Tra qualificazioni sostanziali e prospettive di tutela*, Milano, FrancoAngeli, 2022, pp. 237 ss.

di notizie (id est fonti di prova) che investano il *supremo interesse della sicurezza dello Stato* e diviene suscettibile di essere assoggettato soltanto ad un sindacato di natura parlamentare ("tale essendo la sede normale di controllo nel merito delle più alte e più gravi decisioni dell'Esecutivo", come afferma il giudice delle leggi). Ne discende, allora - come correttamente argomenta il g.u.p. - che, se la fonte di prova segretata riveste carattere di essenzialità a fini decisori e non sussistono altre diverse fonti di prova, l'autorità giudiziaria non ha altra alternativa se non quella della *declaratoria di improcedibilità* del reato per l'esistenza del segreto di Stato in applicazione del disposto dell'art. 202 c.p.p., comma 3 (come novellato dalla L. n. 124 del 2007)»

Si instaura in tal modo un nesso tra il «supremo interesse della sicurezza dello Stato» tutelato dalla disciplina del segreto, e la “tutela degli interessi supremi dello Stato” quale requisito oggettivo della fattispecie di atto politico. Si sostanzia una forma di politicità *per relationem* dell’atto, determinata cioè dalla specifica natura della situazione oggettiva sulla quale il potere è chiamato ad incidere. Pochi altri provvedimenti tipici, per la stretta aderenza ai requisiti della fattispecie, paiono inquadrarsi tanto coerentemente quanto quello oggetto del presente paragrafo nella disciplina di cui all’art. 7 c.p.a.

3.8 L’atto mediante il quale il Governo presta il proprio consenso all’ampliamento di una base militare U.S.A. ex art. 5, D.P.R. n. 170 del 19/4/2005

Si prende in esame l’ordinanza Consiglio di Stato, sez. IV, 29 luglio 2008, ord. n. 3992 avente ad oggetto la configurabilità quale atto politico dell’«atto mediante il quale il Governo presta il proprio consenso all’ampliamento di una base militare U.S.A.» ex art. 5²⁴¹, D.P.R. n. 170 del 19/4/2005.

²⁴¹ «Art. 5. *Infrastrutture sul territorio nazionale finanziate da Paesi alleati*. 1. La realizzazione di infrastrutture sul territorio nazionale, finanziate da Paesi alleati, è disciplinata da appositi

Posta, anche nel caso di specie, una questione preliminare relativa alla natura della norma attributiva del potere, e della particolare modalità attraverso cui questo è stato effettivamente esercitato. A ricevere la qualificazione di atto politico, infatti, non è la determinazione autorizzatoria del Direttore generale del Ministero della Difesa, che ha natura tecnica, ma il contegno tenuto dal Governo dello Stato italiano, sostanziatosi in una serie di manifestazioni oggettive ed esterne della volontà, tra le quali si annoverano primariamente i memorandum stipulati con gli Stati Uniti d’America (*Accordo bilaterale Italia-Stati Uniti d’America del 20 ottobre 1954, Memorandum d’intesa tra il Ministero della difesa ed il Dipartimento della Difesa degli Stati Uniti del 2 febbraio 1995*), e comunicazioni informali come, p.e., «la lettera del Presidente Prodi al Presidente Bush del 18/5/2007»:

- XXVI. «[Considerato in diritto] che la determinazione autorizzatoria del 17 luglio 2007, come indicato nelle premesse della stessa, trae la propria ragione dal consenso prestato dal Governo italiano al Governo degli Stati Uniti per l’esecuzione del programma, nell’ambito di intervenuti rapporti internazionali fra Stati, confermato in più occasioni dai diversi Governi succedutisi nel tempo e da ultimo formalizzato nella lettera del

memorandum di intesa. 2. Le attività connesse alla realizzazione delle infrastrutture di cui al comma 1, sono espletate da Geniodife sulla base di progetti redatti dal paese alleato, fatti salvi i particolari casi nei quali, su proposta di Geniodife, lo Stato maggiore della difesa autorizzi il paese alleato all’espletamento di tutte le attività connesse alla realizzazione. 3. In entrambi i casi di cui al comma 2, appositi accordi regolano le modalità di controllo da parte delle autorità nazionali e sono applicate le procedure del regolamento con l’eccezione di cui al comma 3, dell’articolo 4». Con D.P.R. 15 novembre 2012, n. 236 *Regolamento recante disciplina delle attività del Ministero della difesa in materia di lavori, servizi e forniture, a norma dell’articolo 196 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163* la materia è stata riformata. Il nuovo art. 7, corrispondente all’art. 5 del precedente Decreto: «*Art. 7 Infrastrutture sul territorio nazionale finanziate da Paesi alleati o da organizzazioni internazionali diverse dalla NATO. La realizzazione di infrastrutture sul territorio nazionale, finanziate da Paesi alleati o da altre organizzazioni internazionali diverse dalla NATO, è disciplinata da appositi memorandum di intesa che regolano tutte le attività tecnico-amministrative, dalla programmazione al collaudo, anche in deroga alle procedure del presente regolamento*».

Presidente Prodi al Presidente Bush del 18/5/2007 e ribadito nella nomina dell' on. Paolo Costa quale Commissario straordinario di Governo per lo svolgimento delle attività necessarie a favorire la realizzazione dell'ampliamento dell'insediamento militare americano all'interno dell'aeroporto "Dal Molin" di Vicenza; *che la natura del consenso prestato, quale atto promanante dal Governo nell'esercizio del potere politico e la sua riconducibilità alle attività di carattere internazionale fra Stati giustificano il regime delle forme proprio dell'ordinamento nel quale l'atto si è formato*; che, pertanto, in ragione della sua natura il consenso appare sottratto al sindacato giurisdizionale di legittimità, secondo quanto disposto dall'art. 31 del R.D. 26 giugno 1924 n. 1054, recante il Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato»

Si configura, perciò, la scissione del procedimento autorizzativo in due distinte fattispecie di esercizio del potere, di natura autonoma, e risultanti in atti puntuali diversi. La prima, avente carattere politico, esaurisce il margine discrezionale inerente all'*an* dell'autorizzazione, e si concreta in una libera determinazione dello Stato-persona, quale attore internazionale. La seconda, avente carattere amministrativo, attua esecutivamente l'indirizzo politico espresso dal Governo, e si rapporta, quale parametro di legittimità, alle sole condizioni previste per l'approvazione del progetto poste dalle succitate norme convenzionali.

- XXVII. «Ritenuto, conclusivamente, sulla base di quanto esposto, che: 1) le attività di cui si discute sono regolate da accordo bilaterale internazionale fra Italia e Stati Uniti d'America; 2) le procedure fissate in tale accordo prevedono il totale finanziamento a carico degli Stati Uniti e l'assegnazione delle commesse sulla base della procedura speciale pattizia e non delle norme interne, salvo che per le norme italiane di carattere generale regolanti le costruzioni; 3) *l'atto di assenso del Governo italiano alla richiesta del Governo statunitense costituisce espressione di potere politico, insindacabile a livello giurisdizionale*; 4) *la determinazione autorizzatoria impugnata è rispettosa delle condizioni previste per l'approvazione del progetto*5) non è prevista negli accordi intervenuti fra i due Governi la consultazione popolare; 6) non appaiono

comprovate ragioni di danno ambientale capaci di costituire ostacolo alla realizzazione delle opere in questione»

3.9 *L'autorizzazione a procedere da parte del Ministro della giustizia, ex art. 313 comma 1 c.p.*

Si prende in esame la sentenza Cassazione penale, sez. I, 28 settembre 2010, n. 45074 avente ad oggetto la configurabilità quale atto politico dell'«autorizzazione a procedere da parte del Ministro della giustizia» ex art. 313 comma 1 c.p.

XXVIII. «Autorizzazione a procedere, richiesta di procedimento e querela costituiscono (...) in linea generale e dal punto di vista oggettivo e funzionale, *condizioni per il promovimento dell'azione penale ed hanno dunque natura non amministrativa ma squisitamente processuale*, pur quando provengano *a parte subiecti* da un organo dell'apparato amministrativo. Come le altre condizioni di procedibilità, l'autorizzazione a procedere trova fondamento, secondo il Giudice delle leggi "nello stesso interesse pubblico tutelato dalle norme penali, in ordine al quale il procedimento penale potrebbe qualche volta risolversi in un danno più grave dell'offesa stessa" (C.cost. nn. 22 del 1959 cit. e 15 del 1969, nonché sentenza n. 91 del 1971) ed implica, per sua natura, una valutazione d'opportunità assolutamente discrezionale e interamente rimessa al soggetto al quale compete, non suscettibile d'autotutela e non revocabile. Del provvedimento o dell'atto amministrativo sindacabile in base, anzitutto, all' art. 113 Cost., non ha dunque alcuna caratteristica, e di essa il giudice può verificare soltanto la ritualità formale, ovverosia la provenienza e la tempestività»

Una particolarità della pronuncia risiede nella simultanea configurazione dell'autorizzazione a procedere ex art. 313 comma 1 c.p. quale «atto squisitamente processuale» e quale atto politico. Si ammette dunque, in detta pronuncia, la sovrapposibilità non contraddittoria delle nozioni. Non è

questa una soluzione ermeneutica a cui si perviene non mediatamente. Sia sufficiente considerare che larga parte della dottrina risalente, Guicciardi *in primis*, qualifica l'atto politico come specie del provvedimento amministrativo discrezionale. Ne segue che questo sia soggetto in astratto, ex art. 113, commi 1 e 2, Costituzione, al regime processuale previsto per le impugnazioni degli atti adottati dalla pubblica amministrazione, ma che vi sia in concreto sottratto dalla deroga di cui all'art. 7 c.p.a. (sulla compatibilità di questa con il succitato art. 113 comma 2, torneremo nello svolgimento delle conclusioni). La configurazione dell'autorizzazione a procedere quale atto meramente processuale, per contro, dovrebbe sottrarla all'applicabilità persino in astratto del regime ordinario della tutela giurisdizionale avverso l'esercizio illegittimo del potere amministrativo. Trattasi di differenza dogmaticamente molto rilevante, pragmaticamente meno (sarebbe comunque il giudice, nei fatti, a dover accertare la natura processuale, perciò l'insindacabilità, dell'atto impugnato). Si potrebbe argomentare d'altro canto, applicando un criterio ermeneutico testualista, che l'espressione «atti della pubblica amministrazione» di cui all'art. 113 non sia sovrapponibile a quella di «atti amministrativi»: che i secondi siano cioè una specie dei primi, questi ultimi ricomprendendo tanto gli atti amministrativi della PA, quanto quelli processuali e di diritto privato. Che perciò il carattere dell'atto, sul lato come formale così funzionale, non rilevi ai fini dell'efficacia diretta ed eccepibilità dell'articolo 113 Cost. In ogni caso, la Corte, pur configurando, come si accennava, l'autorizzazione a procedere quale «atto squisitamente processuale» (e ciò sarebbe stato sufficiente per determinare il difetto di giurisdizione in ordine al merito e al contenuto di questo, sussistendo in capo al giudice il potere di «verificar[n]e soltanto la ritualità formale, ovverosia la provenienza e la tempestività») ne

delinea congiuntamente anche il carattere di politicità, anzi di politicità “duplice”. Questa deriva, infatti, sia dalla struttura generale della autorizzazione a procedere quale istituto:

- XXIX. «Ed essa [l'autorizzazione a procedere], come già osservato da Sez. I, n. 2868 del 24/09/1976, Mancini, compete al Ministro della giustizia proprio in ragione della tipicità e indisponibile diversità dei ruoli propri, rispettivamente, degli Organi della direzione politica e del Presidente della Repubblica, rappresentante dell'unità nazionale ed esterno a quello che suole definirsi "il circuito dell'indirizzo politico-governativo". Perlomeno per quanto concerne l'autorizzazione di cui all' art. 313 cod. pen., comma 1, in relazione all' art. 278 cod. pen., *non può in alcun modo accedersi alla tesi che il Ministro agisca, dal punto di vista soggettivo, come organo amministrativo, seppur di vertice* (per detto limitato aspetto non può condividersi dunque quanto affermato da Cass. sez. I , 18/12/1972, Mussussi, a proposito, per altro, dell'autorizzazione a procedere per il reato di vilipendio delle Forze Armate), *anziché in funzione politica e quale organo di governo meglio qualificato, al di fuori di ogni rapporto di interferenza con l'autorità giudiziaria e con la struttura esecutiva che promana dal suo dicastero, ad assumere la responsabilità del bilanciamento degli interessi istituzionali e di sistema che la norma vuole garantire»*

Sia dalla particolare fattispecie criminosa (la «offesa all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica» ex art. 278 c.p.) in relazione alla quale l'autorizzazione a procedere, nel caso concreto, era venuta in rilievo:

- XXX. «Per l'autorizzazione a procedere prevista dal primo comma dell'art. 313 cod. pen. vale inoltre - e a maggior ragione - quanto ebbe già a rilevare C. cost. n. 17 del 1973 a proposito dell'istituto analogo previsto dall'art. 313 cod. pen., comma 3, seconda ipotesi, in ordine alla natura della valutazione rimessa al Ministro della giustizia. Codesta autorizzazione - che a differenza di altre alle quali si riferiscono le decisioni giurisdizionali citate nel provvedimento impugnato ("TAR Lazio 467/1992, Consiglio di Stato 3286/2007", in materia di estradizione) ha riguardo alla tipologia del reato e

alla veste delle persone offese, non già alla condizione del soggetto attivo - non trova di fronte a sé situazioni soggettive di diritto o di interesse legittimo tutelabili, *non potendosi configurare in tal caso in capo all'imputato "un diritto, od anche solo un interesse giuridicamente protetto ... ad essere, o non essere, sottoposto a procedimento penale", e costituisce "tipicamente una valutazione di politica opportunità" sulla utilità dell'azione penale»*

Una considerazione di ordine generale: l'art. 313, c.p., comma 1 faceva originariamente riferimento a dodici articoli del codice, tutti appartenenti al Titolo I *Dei delitti contro la personalità dello Stato* del Libro II. Due di questi sono stati abrogati, altri due dichiarati incostituzionali. Le fattispecie criminosi ancora applicabili e non espunte dall'ordinamento (art. 244 *Atti ostili verso uno Stato estero, che espongono lo Stato italiano al pericolo di guerra*; art. 245 *Intelligenze con lo straniero per impegnare lo Stato italiano alla neutralità o alla guerra*; art. 265 *Disfattismo politico*; art. 267 *Disfattismo economico*; art. 277 *Offesa alla libertà del Presidente della Repubblica*; art. 278 *Offesa all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica*; art. 287 *Usurpazione di potere politico o di comando militare*; art. 288 *Arruolamenti o armamenti non autorizzati a servizio di uno Stato estero*) ineriscono in massima parte, come è d'altronde agevolmente desumibile dalla relativa collocazione nella struttura codicistica, all'esercizio di quelle «funzioni essenziali» dello Stato ex art. 4, par. 2, TUE, ed in particolare a quella della «sicurezza nazionale», di cui abbiamo già trattato. Fanno eccezione gli artt. 277 e 278 relativi alla tutela dell'onore, del prestigio e della libertà del Presidente della Repubblica quale Capo dello Stato e rappresentante della unità nazionale (non pare infatti che questi beni della vita, di rilevanza certamente pubblica e costituzionale, possano correttamente denominarsi funzioni), e l'art. 290, che è fattispecie speculare di quella di cui all'art. 278, applicabile però agli altri poteri dello Stato, nonché alla Repubblica in generale, e la cui relativa condizione di procedibilità è

disciplinata separatamente all'art. 313 c.p. comma 3 (questo perché «quando il delitto è commesso contro l'Assemblea Costituente ovvero contro le Assemblee legislative o una di queste, non si può procedere senza l'autorizzazione dell'Assemblea, contro la quale il vilipendio è diretto», mentre «negli altri casi non si può procedere senza l'autorizzazione del Ministro per la giustizia»²⁴²). Si instaura, comunque, una forma di politicità *per relationem* (come nel caso sopra affrontato del «provvedimento di conferma espressa dal Presidente del Consiglio dei ministri - a seguito di richiesta da parte dell'autorità giudiziaria procedente- in ordine all'esistenza del segreto di Stato opposto da un indagato o imputato» ex art. 41 comma 1 L. 3 agosto 2007 n. 124) determinata perciò non esclusivamente dalla struttura della norma attributiva del potere, ma anzi integrata dalla natura della situazione di fatto e di diritto su cui esso è chiamato ad incidere.

3.10 *La determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica per la nomina del Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ex art. 10, comma 2, della L. 10 ottobre 1990, n. 287*

Si prende in esame la sentenza TAR Lazio, Roma, sez. I, 16 luglio 2020, n. 8162 avente ad oggetto la configurabilità quale atto politico della «determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica per la nomina del Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato» ex art. 10, comma 2, della L. 10 ottobre 1990, n. 287.

²⁴² Si tratta di una deroga alla disciplina generale dell'autorizzazione a procedere di cui all'art. 313 comma 1, prevista per le sole Assemblee legislative, negli altri casi la disciplina è identica a quella dettata dal comma 1.

XXXI. «Deve, invece, essere approfondita la questione relativa alla sussistenza del requisito oggettivo, vale a dire di un atto qualificabile come "libero nei fini". *Deve, in primo luogo, osservarsi la assoluta peculiarità dell'atto adottato sotto il profilo soggettivo, che non è riconducibile alla volontà di un organo del Governo o comunque di un soggetto che appartiene al potere esecutivo, bensì di organi costituzionali quali sono i presidenti delle due Camere, il cui atto di investitura è di derivazione parlamentare.* Dunque, il potere di nomina è esercitato da organi di vertice delle istituzioni democratiche che sono chiamati a esprimere una "scelta politica" in ragione della posizione di massima imparzialità rivestita nel sistema. Tale posizione di imparzialità non può che riverberarsi anche nel contenuto dell'atto di nomina, in quanto la determinazione assunta congiuntamente dai Presidenti delle due Camere risponde, quanto alle finalità perseguite, esclusivamente al rispetto dei principi di matrice costituzionale, e in primo luogo a quello della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), per la cui tutela vengono istituite autorità indipendenti quali l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato»

Si pone una questione interpretativa di particolare interesse. Come in più occasioni ha ribadito la giurisprudenza²⁴³, la fattispecie di cui all'art. 7 c.p.a. è soggetta ad interpretazione restrittiva, perciò recessivamente applicata. Essa si pone, infatti, quale deroga al principio di generale giustiziabilità degli atti della pubblica amministrazione di cui all'art. 113 Cost. comma 1, ulteriormente rafforzato dal divieto espresso, di cui al comma 2 del medesimo articolo, di sottrarvi, *in toto* o parzialmente, «determinate categorie di atti» o di limitare l'azionabilità della relativa tutela a «particolari mezzi di impugnazione». D'altra parte, come già si è menzionato, l'art. 7 limita testualmente il proprio ambito di applicazione agli «atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico». Per «Governo», con la «g» maiuscola ed articolo

²⁴³ *Ex multis*: TAR Puglia, Bari, sez. III, 18 maggio 2009, n. 1183; Consiglio di Stato sez. IV, 18 novembre 2011, n. 6083; Cassazione civile, sez. un., 19 maggio 2016, n. 10319; Cassazione civile, sez. un., 28 giugno 2016 sent. n. 16305; Consiglio di Stato, sez. V, 28 febbraio 2023, sent. n. 2071.

determinativo, non può che intendersi, su un piano linguistico oltre che giuridico, l'organo costituzionale disciplinato dagli artt. 92 e seguenti della Costituzione. Nel caso di specie, l'atto, qualificato dal TAR come politico, però, è stato adottato per intesa dei Presidenti delle due Camere, che certamente a tale nozione non sono riconducibili. Due le possibilità che, *ictu oculi*, vengono alla mente: o l'art. 7 c.p.a. è da interpretarsi talvolta restrittivamente, talvolta così estensivamente sul lato soggettivo da contrastare col dato normativo, in ragione di criteri non meglio intesi, oppure deve esistere una norma ulteriore che ne produca i medesimi effetti estendendoli ai vertici politici di poteri dello Stato diversi da quello esecutivo. In effetti, nella succitata pronuncia, l'art. 7 non è mai menzionato, né nella motivazione né nel dispositivo. D'altro canto, non si fa riferimento ad alcuna altra norma che disponga un difetto assoluto di giurisdizione per atti emanati nell'esercizio del potere politico da parte di organi diversi dal Governo. Si potrebbe formulare un'ipotesi intorno alla sussistenza di un principio di rango costituzionale, desumibile dall'ordinamento nel suo complesso, che limiti l'estensione del sindacato giurisdizionale sul potere politico, qualsiasi sia il soggetto che legittimamente lo eserciti. Ma di questa, poiché determina non poche problematiche interpretative, tratteremo brevemente nello svolgimento delle conclusioni.

XXXII. «A fronte di una determinazione di portata simile, *impossibile da sussumere nel novero degli "atti amministrativi"*, non sussistono situazioni giuridicamente tutelabili innanzi a questo giudice, neppure avuto riguardo alla eventualità che sia stato previsto l'invio dei curricula da parte degli aspiranti nella fase antecedente alla nomina. Tale circostanza, infatti, rimane circoscritta nell'ambito della trasparenza e di una ipotetica accountability dell'operato degli organi parlamentari, come tale non implicante conseguenze sotto il profilo della validità (e, prima ancora, della scrutinabilità in giudizio) dei relativi atti»

Pare si regredisca, in questo passaggio, alla nozione risalente del principio di non lesività dell'atto politico: questo si configura, nel caso di specie, quale non lesivo in quanto politico, non quale politico in quanto non lesivo (cfr. par. 2.4.4). È cioè la politicità dell'atto a determinare *a priori* l'insussistenza di situazioni giuridicamente tutelabili in capo ai privati.

3.11 *La direttiva impartita dal Ministro dell'economia per la revoca di un consigliere di amministrazione della RAI S.p.A. ex art. 20 L. 3 maggio 2004, n. 112.*

Si prende in esame la sentenza TAR Lazio, Roma, sez. III, 16 novembre 2007, n. 11271 avente ad oggetto la configurabilità quale atto politico della «direttiva impartita dal Ministro dell'economia per la revoca di un consigliere di amministrazione della RAI S.p.A.» ex art. 20 L. 3 maggio 2004, n. 112.

XXXIII. *«La direttiva impartita dal Ministro dell'economia per la revoca di un consigliere di amministrazione della RAI S.p.A. è soggetta al controllo giurisdizionale, non essendo un atto «politico», e le relative controversie sono devolute alla cognizione del giudice amministrativo attesa la preminenza dell'interesse pubblico inerente alla qualità di concessionaria di un pubblico servizio della RAI»*

Due le questioni sorte nel giudizio che paiono maggiormente rilevanti: in primo luogo, quella relativa alla natura privatistica o pubblicistica della direttiva impartita dal Ministro dell'economia per la revoca di un consigliere di amministrazione della RAI S.p.A., dunque il conseguente criterio di riparto della giurisdizione tra G.O. e G.A.; in secondo luogo, la configurabilità di essa quale atto politico.

XXXIV. «Anche a voler prescindere dal particolare ruolo svolto nell'ordinamento dalla RAI S.p.A. - che non solo è una società di cui il Ministero dell'economia e delle finanze è azionista per il 99,56% *ma è anche e soprattutto la concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo* - è assorbente la considerazione che gli atti impugnati con l'atto introduttivo del giudizio non sono, né per il soggetto che li ha adottati né per il loro stesso contenuto, di matrice privatistica. È agevole infatti osservare che la direttiva in questione è emanata da un Ministro e che la qualificazione pubblicistica di detto organo e dei poteri autoritativi che nella vicenda in esame ha esercitato non viene meno per il solo fatto di aver dichiarato di agire quale socio della S.p.A.»

Prevale il criterio sostanziale del rapporto concessionario su quello meramente formale della dichiarazione di agire in qualità di socio della S.p.A.

XXXV. «Nell'ambito di un rapporto concessorio, quale è indubbiamente quello di cui si discute, la giurisprudenza del giudice amministrativo è pacifica nel riconoscere al concedente la possibilità di procedere alla revoca della concessione e, quindi, anche della nomina di un soggetto incaricato insieme ad altri del suo esercizio, se finalizzato a rimuovere nell'interesse generale un intollerabile ostacolo al corretto funzionamento del servizio stesso. *La revoca è peraltro illegittima, per sviamento di potere, se utilizzata per scopi che non hanno nulla a che vedere con le regole di buona e trasparente amministrazione della cosa pubblica, ma perseguono solo gli interessi di un determinato schieramento politico.* La preminenza dell'interesse pubblico alla revoca della concessione o anche del singolo soggetto individuato come responsabile del riscontrato dissesto giustifica, sempre secondo la suddetta giurisprudenza, l'affidamento della controversia al sindacato del giudice della legittimità»

Presente *in nuce* l'argomento, che verrà poi sviluppato dalle sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione, per il quale «le motivazioni politiche alla base della condotta non ne snaturano la qualificazione, non rendono, cioè, politico un atto che è, e resta, ontologicamente amministrativo»²⁴⁴.

²⁴⁴ Cassazione civile, sez. un., 6 marzo 2025, ord. n. 5992.

3.12 *Il rifiuto da parte del Governo di avviare le trattative finalizzate alla stipula di intese con organizzazioni religiose ex art. 8 comma 3, Cost.*

Si prende in esame la sentenza Corte costituzionale, 10 marzo 2016, n. 52 avente ad oggetto la configurabilità quale atto politico del «rifiuto da parte del Governo di avviare le trattative finalizzate alla stipula di intese con organizzazioni religiose» ex art. 8 comma 3, Costituzione.

XXXVI. *«L'atto governativo di diniego all'avvio delle trattative, nella parte in cui nega la qualifica di "confessione religiosa" all'associazione richiedente, non può avere efficacia esterna al procedimento di cui all'art. 8, terzo comma, Cost., e non può pregiudicare ad altri fini la sfera giuridica dell'associazione stessa. Un eventuale atto lesivo, adottato in contesti ovviamente distinti rispetto a quello ora in questione, potrà essere oggetto di controllo giudiziario, nelle forme processuali consentite dall'ordinamento, allo scopo di sindacare la mancata qualificazione di confessione religiosa che pretendesse di fondarsi sull'atto governativo»*

XXXVII. *«In definitiva, un conto è l'individuazione, in astratto, dei caratteri che fanno di un gruppo sociale con finalità religiose una confessione, rendendola, come tale, destinataria di tutte le norme predisposte dal diritto comune per questo genere di associazioni. Un altro conto è la valutazione del Governo circa l'avvio delle trattative ex art. 8, terzo comma, Cost., nel cui ambito ricade anche l'individuazione, in concreto, dell'interlocutore. Quest'ultima è scelta nella quale hanno peso decisivo delicati apprezzamenti di opportunità, che gli artt. 8, terzo comma, e 95 Cost. attribuiscono alla responsabilità del Governo. In quest'ambito circoscritto, e solo in esso, appartiene dunque al Consiglio dei ministri discrezionalità politica, sotto il sempre possibile controllo del Parlamento, cui non può sovrapporsi il sindacato del giudice»*

Tale pronuncia si iscrive compiutamente nell'impostazione ermeneutica adottata dalla Consulta nella precedente sentenza n. 81/2012. Criteri fondanti della motivazione sviluppata sono: il principio di non lesività *a posteriori* dell'atto politico e l'applicazione recessiva dei suoi effetti. La discrezionalità politica attribuita al Governo si esaurisce perciò nella sola determinazione sull'avvio delle trattative finalizzate alla stipula di intese con organizzazioni religiose, non potendo produrre ulteriori effetti in ordine allo status giuridico di queste, prescritto, disciplinato e disposto da inderogabili norme di rango costituzionale.

3.13 *La nomina dell'assessore regionale; la revoca dell'assessore comunale; la nomina della giunta comunale in violazione delle quote rosa; la nomina del segretario generale del Consiglio regionale, l'attribuzione della cittadinanza onoraria da parte di un consiglio comunale*

Si prendono in esame congiuntamente quattro pronunce relative alla configurabilità quali atti politici di alcuni provvedimenti emanati al livello di governo regionale e comunale.

XXXVIII. «Pur dovendosi riconoscere, su un piano generale, la titolarità in capo al Comune di una funzione di indirizzo politico e, di conseguenza, *il potere di compiere, nel proprio ambito, atti politici su un piano di tendenziale parità concettuale con quelli posti in essere dagli altri enti costitutivi della Repubblica*, l'attribuzione della cittadinanza onoraria da parte del Comune non costituisce un atto politico. Dell'atto politico, sottratto al sindacato giurisdizionale, fa difetto il requisito oggettivo, perché il conferimento di quella onorificenza *non è un atto riconducibile a supreme scelte in materia di costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri.*»²⁴⁵

²⁴⁵ Cassazione civile, sez. un., 1° giugno 2023, n. 15601

Si premette che per nessuna delle quattro fattispecie è stata riconosciuta l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 7 c.p.a. In ognuna delle pronunce, altresì, si risolve negativamente la questione per difetto dell'elemento oggettivo. Si propende, invece, per la sussistenza di quello soggettivo (o si ritiene la questione secondaria): non viene esaminata, perciò tantomeno superata, la problematica del contrasto di una tale interpretazione con il dato testuale della succitata disposizione, la quale limita espressamente, come già abbiamo avuto modo di ricordare, l'ambito di applicazione del regime di inimpugnabilità ai soli «atti o provvedimenti emanati dal Governo» nell'esercizio del potere politico. Si ripropone, dunque, la medesima questione di cui si era trattato in merito alla «determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica di nomina del Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato» ex art. 10, comma 2, della L. 10 ottobre 1990, n. 287. Da una parte, la giurisprudenza propende in modo pressoché univoco per l'interpretazione restrittiva della norma e per la recessività dell'istituto, dall'altra ne amplia l'ambito di applicazione sul lato soggettivo, estendendo il privilegio dell'inimpugnabilità a poteri della Repubblica altri rispetto a quello esecutivo-statale. Nel condividere la *ratio* ed il concreto effetto di tale orientamento, non si riesce a comprenderne il fondamento nel diritto positivo, se non mediante la sopraesposta ipotesi della sussistenza di un principio costituzionale implicito, che sottragga l'esercizio di qualsivoglia potere politico al sindacato giurisdizionale, a tutela della separazione dei poteri e del principio democratico.

XXXIX. «È stato eccepito il difetto di giurisdizione, sull'assunto che l'impugnato provvedimento assumerebbe natura di atto politico, come tale insindacabile in sede giurisdizionale. L'eccezione è infondata. L'atto politico è atto libero nei fini, espressione della libertà politica riconosciuta dalla Costituzione ai supremi organi

decisionali dello Stato per la soddisfazione di esigenze unitarie e indivisibili; al contrario, *i provvedimenti di nomina e revoca degli assessori regionali o del vicepresidente regionale, seppure espressione di ampissima discrezionalità, costituiscono atti di alta amministrazione, come tali sottoposti al sindacato giurisdizionale amministrativo*. Le stesse considerazioni valgono per la comunicazione del Presidente della Regione e per la contestata risoluzione del Consiglio regionale, atti connessi al contestato provvedimento di revoca»²⁴⁶

XL. «Il precedente art. 31 [del «Regolamento di organizzazione del Consiglio regionale del Lazio»], intitolato "Atti dirigenziali di gestione", d'altronde, stabilisce che "1. Il segretario generale ed i direttori di servizio esercitano l'attività di gestione finanziaria, tecnica ed amministrativa dell'ente mediante l'adozione di atti e provvedimenti che assumono la denominazione giuridica di determinazione. 2. Il segretario generale conferisce gli incarichi con appositi atti di organizzazione", rendendo palese il ruolo non politico, ma tecnico amministrativo del Segretario generale, come è confermato dal fatto che il menzionato art. 31 è posto subito dopo l'art. 30 che, invece, tratta degli "Atti degli organi preposti all'indirizzo politico-amministrativo", che sono individuati nel Presidente del Consiglio e nell'Ufficio di presidenza. *Peraltro, con riferimento proprio al Presidente del Consiglio e all'Ufficio di Presidenza, il detto art. 31 chiarisce che essi esercitano l'attività di indirizzo politico amministrativo mediante l'adozione di atti di alta amministrazione soggetti al regime giuridico degli atti amministrativi, di cui recano i caratteri formali e sostanziali. Ne deriva che anche la nomina del Segretario generale è soggetta al menzionato "regime giuridico degli atti amministrativi"*»²⁴⁷

XLI. «Secondo la consolidata giurisprudenza di questa Sezione, l'atto di revoca, così come quello di nomina, di un assessore comunale, pur nel rinnovato quadro delle autonomie territoriali tracciato dal D. Lgs. n. 267 del 2000 e dalla legge costituzionale n. 3/2001, è qualificabile come atto di "alta amministrazione" anziché "politico", considerato che lo stesso *"non costituisce espressione della libertà (politica) commessa dalla*

²⁴⁶ TAR Toscana, Firenze, sez. I, 23 settembre 2014, n. 1443.

²⁴⁷ Cassazione civile sez. lav., 07 ottobre 2022, n. 29206.

Costituzione ai supremi organi decisionali dello Stato per la soddisfazione di esigenze unitarie ed indivisibili a questo inerenti", né risulta comunque connotato da libertà nei fini, risultando piuttosto ben "sottoposto alle prescrizioni di legge ed eventualmente degli statuti e dei regolamenti". Si tratta anzi, a ben vedere, di un atto tipicamente espressivo della categoria degli atti di alta amministrazione, riconducibili proprio "in prevalenza agli atti di nomina di organi di vertice di amministrazioni ed enti pubblici", rispetto a cui ben "sono configurabili posizioni giuridiche soggettive per la tutela delle quali è ammesso il diritto di azione" (Cons. Stato, V, 2 agosto 2017, n. 3871; Cons. Stato, V, n. 2071 del 2023)»²⁴⁸

La nomina dell'assessore regionale, la nomina del segretario generale del Consiglio regionale e la revoca dell'assessore comunale costituiscono tutti atti di alta amministrazione. Sono perciò soggetti al regime giuridico degli atti amministrativi: tanto sul lato sostanziale e procedimentale, quanto su quello processuale. Dagli atti amministrativi semplici differiscono per l'ampio/amplissimo margine di discrezionalità che viene loro *on a case-by-case basis* attribuito. L'orientamento giurisprudenziale maggioritario, a questo riguardo, pare da un lato riconoscere in astratto la capacità degli organi di indirizzo politico delle Regioni e degli enti locali di adottare atti politici, dunque insindacabili, dall'altro procede alla loro derubricazione ad atti di alta amministrazione, questa determinata non dalla carenza del requisito soggettivo, ma di quello oggettivo. Sorgono alcuni dubbi interpretativi in merito. Gli atti di nomina, come degli assessori regionali così di quelli comunali, paiono infatti configurarsi quali espressione pressoché piena di discrezionalità politica. Non si prospettano infatti quali subordinati a valutazione comparativa per titoli, a concorsi di ammissione, a criteri tecnici ed obiettivi. Fanno eccezione eventuali disposizioni costituzionali, legislative o statutarie, che determinino per principio

²⁴⁸ Consiglio di Stato, sez. V, 16 marzo 2026, sent. n. 2125.

o immediatamente la composizione delle giunte. È questa ultima l'ipotesi trattata dalla succitata sentenza n. 81/2012 della Corte costituzionale. Va sottolineato, a riguardo, che la Consulta riconobbe il carattere politico dell'atto di nomina degli assessori della Regione Campania affermando che «risult[a], dunque, sindacabile in sede giurisdizionale, se e in quanto abbia violato una norma giuridica» non «altera[ndo] la presenza di alcuni vincoli, di per sé, la natura politica del potere esercitato dal Presidente con l'atto di nomina degli assessori, ma piuttosto delimita[ndone] lo spazio di azione». Qui affermato il principio per il quale è ammesso il sindacato di legittimità sugli atti politici, in deroga all'art. 7 c.p.a., nella parte in cui questi siano soggetti a parametri giuridici ulteriori rispetto ai limiti posti negativamente ed esternamente dalla Costituzione formale (nella definizione di Cheli) e al contenuto fondamentale della norma attributiva (che corrisponde all'attribuzione *sic et simpliciter* del potere, nell'impostazione guicciardiana). Si tende perciò a non condividere per intero le conclusioni a cui sono pervenute le pronunce dei giudici comuni con riguardo alla qualificazione giuridica degli atti di nomina e revoca degli assessori comunali e regionali. Delle due l'una: o, in ossequio ad un'interpretazione restrittiva della fattispecie coerente con l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, gli atti di indirizzo politico adottati ai livelli di governo sub-statali non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 7 c.p.a., oppure, in caso contrario, occorre siano soggetti ai medesimi standard ermeneutici riservati agli atti del Governo quale organo costituzionale ex artt. 92 ss. Cost. Non pare, infatti, si sia mai dubitato del carattere politico dell'atto di nomina dei Ministri da parte del Presidente della Repubblica.

Non si estende tale argomento all'atto di nomina del segretario generale del Consiglio regionale: questi ricopre un ufficio di natura tecnica, l'accesso al

quale è subordinato al possesso di specifici requisiti di professionalità. Condivisibile, perciò, la qualifica di atto di alta amministrazione.

Alla nomina della giunta comunale in violazione delle «quote rosa» si applicano le identiche motivazioni sviluppate dalla Consulta per il corrispettivo regionale. Si riporta un passaggio di relativa pronuncia che, nel decidere per la soggezione dell'atto al regime del provvedimento amministrativo afferma anche la carenza del requisito soggettivo, ritenuto altresì sussistente, o almeno non manifestamente insussistente, nelle pronunce già esaminate, «l'atto sindacale di nomina degli assessori (...) non provenendo da organi di rilievo costituzionale preposti all'indirizzo e alla direzione al massimo livello della cosa pubblica».

- XLII. «Il principio costituzionale di pari opportunità tra donne e uomini nell'accesso agli uffici pubblici deve essere inteso come vincolo per l'azione dei pubblici poteri e come direttiva in ordine al risultato da perseguire. L'atto sindacale di nomina degli assessori non può intendersi come atto politico, non provenendo da organi di rilievo costituzionale preposti all'indirizzo e alla direzione al massimo livello della cosa pubblica. Nella presenza nella giunta di una sola donna non può che vedersi la contrarietà al principio di equilibrata rappresentanza di entrambi i sessi in seno agli organi amministrativi»²⁴⁹

Per quanto riguarda l'attribuzione della cittadinanza onoraria da parte di un consiglio comunale, difetta, certamente, come affermato dalla Suprema Corte di Cassazione, l'elemento oggettivo, ossia l'inerenza, anche solo *lato sensu*, alla tutela di interessi supremi dello Stato.

²⁴⁹ TAR Lazio, Roma, sez. II, 21 gennaio 2013, n. 633.

3.14 *Tassonomia degli atti politici particolari e considerazioni conclusive*

Conclusa la disamina specifica delle pronunce, pare opportuno formulare delle conclusioni, in modo da astrarre, per quanto possibile, delle considerazioni generali dall'esame dei casi particolari. Rappresentiamo in schema²⁵⁰ alcuni dati rilevanti (si tratta in ogni caso di tassonomie parziali, relative cioè ai soli casi esaminati nel presente studio, prive dunque di pretesa alcuna di esaustività o di valenza sistematica):

TASSONOMIA DEGLI ATTI IN FUNZIONE DEL REGIME GIURIDICO LORO APPLICATO

Atti politici	Atti amministrativi
a) <i>Il decreto interministeriale di autorizzazione alla cessione di materiale bellico alle Autorità Governative dell'Ucraina</i> (3.1)	A) <i>Il decreto ministeriale che concede l'estradizione ex art. 697 c.p.p.;</i> (3.4)
b) <i>Il provvedimento di protezione diplomatica adottato dallo Stato nazionale</i> (3.2)	B) <i>Il decreto ministeriale che individua i paesi di origine sicura</i> (3.5)
c) <i>Il D.P.R. recante la rideterminazione delle circoscrizioni dei collegi uninominali per le elezioni provinciali</i> (3.3)	C) <i>Il provvedimento di indicazione del punto di sbarco sicuro ("place of safety" - POS)</i> (3.6)
d) <i>Il provvedimento di conferma espressa dal Presidente del Consiglio dei ministri — a seguito di richiesta da parte dell'autorità giudiziaria procedente — in ordine all'esistenza del segreto di Stato opposto da un indagato o imputato</i> (3.7)	D) <i>La direttiva impartita dal Ministro dell'economia per la revoca di un consigliere di amministrazione della RAI S.p.A.</i> (3.11)
e) <i>L'atto mediante il quale il Governo presta il proprio consenso all'ampliamento di una base militare U.S.A</i> (3.8)	E) <i>La nomina dell'assessore regionale</i> (3.13)
f) <i>L'autorizzazione a procedere da parte del Ministro della giustizia</i> (3.9)	F) <i>La revoca dell'assessore comunale</i> (3.13)
g) <i>La determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica di nomina del Presidente</i>	G) <i>La nomina della giunta comunale in violazione delle quote rosa</i> (3.13)
	H) <i>La nomina del segretario generale del Consiglio regionale</i> (3.13)
	I) <i>La attribuzione della cittadinanza onoraria da parte di un consiglio comunale</i> (3.13)

²⁵⁰ I numeri fanno riferimento ai paragrafi in cui si sono trattati i corrispondenti atti; le lettere svolgono invece la funzione di ordinarli internamente agli schemi proposti.

<i>dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (3.10)</i> h) <i>Il rifiuto da parte del Governo di avviare le trattative finalizzate alla stipula di intese con organizzazioni religiose (3.12)</i>	
---	--

TASSONOMIA DEGLI ATTI POLITICI IN FUNZIONE DELLA SITUAZIONE GIURIDICA
OGGETTO DEL POTERE ESERCITATO

<i>Atti politici inerenti all'esercizio del potere estero ed alla personalità internazionale dello Stato</i>	<i>Atti politici inerenti alla materia elettorale</i>	<i>Atti politici a carattere processuale</i>	<i>Atti politici di nomina o revoca</i>	<i>Atti politici inerenti all'ordinamento delle organizzazioni religiose</i>
a) 3.1 b) 3.2 e) 3.8	c) 3.3	d) 3.7 f) 3.9	g) 3.10	h) 3.12

TASSONOMIA DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI IN FUNZIONE DELLA SITUAZIONE
GIURIDICA OGGETTO DEL POTERE ESERCITATO

<i>Atti amministrativi inerenti all'esercizio del potere estero ed alla personalità internazionale dello Stato</i>		<i>Atti amministrativi a carattere processuale</i>	<i>Atti amministrativi di nomina o revoca</i>	
B) 3.5 C) 3.6		A) 3.4	D) 3.11 E) 3.13 F) 3.13 G) 3.13 H) 3.13 I) 3.13 (lato sensu)	

TASSONOMIA DEGLI ATTI IN FUNZIONE DELL'ORGANO CUI È ATTRIBUITO
L'ESERCIZIO DEL POTERE

	Emanazione da parte del Governo ex art. 92 Cost.: perciò dal Presidente del Consiglio, dai Ministri o dal Consiglio dei ministri	Emanazione da parte degli organi di indirizzo politico delle Regioni e degli enti locali	Emanazione da parte dei Presidenti delle due Camere
Atti amministrativi	A) 3.4 B) 3.5 C) 3.6 D) 3.11	E) 3.13 F) 3.13 G) 3.13 H) 3.13 I) 3.13 (<i>lato sensu</i>)	
Atti politici	a) 3.1 b) 3.2 c) 3.3 ²⁵¹ d) 3.7 e) 3.8 f) 3.9 h) 3.12		g) 3.10

Per quanto riguarda il *genus* degli atti adottati nell'esercizio del potere estero quali manifestazioni della personalità internazionale dello Stato, i *criteria distinctionis* paiono essere quello della lesività *a posteriori* dell'atto e quello della presenza di parametri giuridici rilevanti. Tanto nel caso B) 3. 5 quanto in quello C) 3.6, infatti, la presenza di norme internazionali ed eurounitarie, di rango costituzionale per interposizione degli artt. 10, 11 e 117 Cost., volte a tutelare immediatamente o mediamente situazioni giuridiche soggettive azionabili formatesi in capo ai privati in relazione all'esercizio di un potere pubblico, determina la degradazione processuale dell'atto politico a comune

²⁵¹ Pur trattandosi di atto formalmente adottato con D.P.R., questo è sostanzialmente imputabile al Ministro dell'Interno.

atto amministrativo (in C) 3.6) si poneva, poi, anche una rilevante questione inerente allo sviamento applicativo della norma attributiva).

Intorno agli atti a un tempo politici e processuali, invece, il criterio pare essere quello, che si è tentato di tratteggiare, della politicità *per relationem* (cfr. d) 3.7, f) 3.9): rileva cioè, oltre alla struttura ed alla modalità di esercizio del potere, anche la specifica natura della situazione oggettiva sulla quale questo è chiamato ad incidere. Nel caso concreto (cfr. A) 3.4) che si è preso in esame in merito alla configurabilità del provvedimento di estradizione quale atto politico, infatti, occorre sottolineare che questo fosse stato adottato in merito ai capi di imputazione di «omicidio di secondo grado e mutilazione di cadavere», ai quali non sembra applicarsi, almeno in astratto²⁵², la deroga prevista dall'art. 697 comma 1-bis, c.p.p. («il Ministro della giustizia non dà corso alla domanda di estradizione quando questa può compromettere la sovranità, la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato»). Eppure, è forse possibile ipotizzare che, allorquando ricorrano i presupposti di cui alla disposizione succitata, il provvedimento di estradizione perda il proprio carattere di atto di alta amministrazione, acquisendo, per contro, quello di atto politico. Una tale politicità sarà determinata simultaneamente dalla struttura della norma attributiva del potere e dalla particolare situazione criminosa cui essa in concreto venga riferita.

Sugli atti di nomina, fermo quanto si ha già avuto modo di dire, si rileva che l'orientamento generale della giurisprudenza pare propendere per la loro costante qualificazione come atti di alta amministrazione. Fa eccezione, per le motivazioni che sopra si sono espone, la determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica per la

²⁵² Salvo non si tratti di omicidio determinato da motivi politici, o comunque idoneo ad inficiare il funzionamento dello Stato e a ledere i suoi interessi essenziali.

nomina del Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (g) 3.10). Non pochi i dubbi interpretativi a riguardo. Questo è infatti anche l'unico atto, tra quelli esaminati, configurato quale politico pur non promanando dal Governo *stricto sensu*.

4. Conclusioni: note e definizioni per un'ipotesi di rinnovamento del concetto giuridico di atto politico

4.1 Breviter: la definizione giuridica generale di atto politico; 4.2 Sulla recessività della nozione di atto politico: abroghiamo l'art. 7 c.p.a.? L'atto politico e gli artt. 24 e 113 della Costituzione; 4.3 Discrezionalità, libertà, libertà nel fine: normatività puntuale dell'atto politico e note sul concetto di merito politico e di atto a merito politico

Giunti alla fine della trattazione possiamo tentare di formulare una definizione giuridica generale di atto politico (inteso quale atto politico-governativo, perciò quale espressione puntuale del potere politico esercitato dal Governo ex art. 7 c.p.a.).

4.1 Breviter: la definizione giuridica generale di atto politico

Questo si caratterizza per la sussistenza di due requisiti:

- a) il primo, soggettivo: deve provenire da un organo preposto all'indirizzo e alla direzione della cosa pubblica al massimo livello;
- b) il secondo oggettivo: deve concernere la costituzione, la salvaguardia o il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione.

In merito al requisito oggettivo, l'atto politico, sulla base di quattro criteri ermeneutici distinti ma tra loro strettamente connessi:

- b₁) deve essere libero nel fine;
- b₂) deve essere irriferribile a parametri giuridici ulteriori rispetto al contenuto essenziale della norma attributiva del potere, e adottato perciò solo in applicazione di criteri politici;
- b₃) deve essere preposto alla soddisfazione di esigenze unitarie ed indivisibili, perciò alla tutela degli interessi supremi dello Stato;
- b₄) deve essere non lesivo a posteriori di alcuna situazione giuridica soggettiva.

In sintesi:

Si dice politico l'atto concernente la costituzione, la salvaguardia o il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione, emanato da un organo preposto all'indirizzo e alla direzione della cosa pubblica al massimo livello, che sia libero nel fine, irriferribile a parametri giuridici ulteriori rispetto al contenuto essenziale della norma attributiva del potere, e preposto, in applicazione di criteri politici, alla soddisfazione di esigenze unitarie ed indivisibili, perciò alla tutela degli interessi supremi dello Stato, non potendo in nessun caso configurarsi quale lesivo *a posteriori* di situazioni giuridiche soggettive.

Tale è la definizione giuridica generale che pare corretto formulare al fine di rappresentare in termini dogmatici la nozione di atto politico concretamente valida ed efficace nell'ambito del diritto vivente.

4.2 Sulla recessività della nozione di atto politico: abroghiamo l'art. 7 c.p.a.?

L'atto politico e gli artt. 24 e 113 della Costituzione

La questione di fondamento sottesa al nostro studio si articola in due quesiti: se la disciplina dell'atto politico di cui all'art. 7 c.p.a. sia compatibile con l'ordinamento costituzionale, e se, operando un giudizio *de iure condendo* e non *de iure condito*, sia opportuno che lo sia.

Si incomincia dal secondo che, nel configurarsi quale questione assiologica più che logica, trova immediato riscontro. Riteniamo che l'ordinamento repubblicano, come in generale ogni ordinamento democratico, abbia bisogno dell'atto politico. È un fatto di *checks and balances*, perciò di efficace mantenimento della divisione e dell'equilibrio tra i poteri dello Stato, nonché, come si è avuto modo di accennare, di tutela del principio democratico. Ciò non significa ammettere, né promuovere, la generale immunità dalla giurisdizione degli organi costituzionali che esercitano la funzione di governo, o il

travisamento di questa in puro arbitrio. Ma delineare, con il rigore che è possibile, i confini di una fattispecie che, nel porsi al crocevia tra molte discipline, si pone quale presupposto di ognuna di esse.

Rispetto al primo, invece, paiono delinearsi tre possibili soluzioni.

Innanzitutto, il postulato che il difetto assoluto di giurisdizione previsto dalla norma succitata sia costituzionalmente illegittimo, poiché in contrasto con gli artt. 24²⁵³ comma 1, e 113²⁵⁴ commi 1 e 2. Per quanto riguarda questo ultimo, il sillogismo è di immediata comprensione: a) contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale; b) gli atti politici sono atti della pubblica amministrazione; c) contro gli atti politici è sempre ammessa la tutela giurisdizionale. Specularmente, ma con portata applicativa minore, intorno all'art. 24: aa) tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi; bb) gli atti politici sono idonei a ledere diritti ed interessi legittimi; cc) qualora un atto politico leda un diritto o interesse legittimo, l'interessato può agire in giudizio per ottenerne la tutela. La minore portata applicativa è determinata dal fatto che non frequentemente si possano ravvisare situazioni giuridiche soggettive correlative all'esercizio del potere politico. Il secondo di questi sillogismi è quello formulato dalla Consulta con pronuncia n. 81/2012: come già si è potuto vedere, la lesività non determina la non configurabilità della fattispecie particolare quale atto politico, ma la sua degradazione sul versante processuale, non potendosi eccepire il difetto assoluto di giurisdizione. Se si accettano le due premesse minori, perciò che gli atti politici siano atti della pubblica amministrazione e che siano idonei a ledere

²⁵³ «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi».

²⁵⁴ «Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti».

diritti ed interessi legittimi, l'incompatibilità costituzionale dell'art. 7 c.p.a. non è questione soggetta ad interpretazione ma proposizione logicamente necessitata dal combinato disposto degli artt. 24 e 113 (ed invero, sarebbe sufficiente anche il solo art. 113 per determinare tale inefficacia).

La seconda delle possibili soluzioni, già accennata, si configura fuor di dubbio quale la più inconsueta sul piano ermeneutico. Questa afferma che si debba presumere la sussistenza di un principio costituzionale non scritto, desumibile però dal disposto della Legge fondamentale, per il quale l'espressa attribuzione di un potere politico (di cui, p.e., agli artt. 70 e 95 Cost.) ad uno specifico organo costituzionale ne determini tacitamente l'insindacabilità giurisdizionale. Se così non fosse, infatti, la norma attributiva verrebbe di volta in volta resa inefficace, determinando, da un lato una supremazia del potere giudiziario su quello esecutivo e legislativo che non trova causa nel dettato costituzionale, dall'altro l'ingiustificata prevalenza e sovraordinazione dell'art. 113 rispetto ad altre norme di pari rango. Se nel caso del potere politico esercitato del Governo la questione si pone in termini di contraddizione (o sussiste un tale principio non scritto che deroghi alla generale giustiziabilità degli atti amministrativi, o l'art. 7 c.p.a. è incompatibile con l'art. 113) nel caso di quello esercitato da altri organi costituzionali il problema è di diverso tenore: l'art. 113 si riferisce infatti ai soli «atti della pubblica amministrazione». Categoria alla quale non appartengono certamente, p.e., gli atti adottati nell'esercizio del potere politico dalle Assemblee legislative, dalle loro Commissioni o dai loro Presidenti: il principio non è pertanto loro applicabile. Ciò non vuol significare, però, che questi siano *ipso facto* sottratti a sindacato giurisdizionale, soprattutto nell'ipotesi in cui si configurino quali idonei a comprimere la sfera giuridica soggettiva di un privato: viene in rilievo, così, l'art. 24 Cost. a norma del quale la lesività dell'atto ne determina sempre la sindacabilità. È comunque necessario, perciò,

che sussista un principio costituzionale non scritto che li sottragga al sindacato giurisdizionale. Esso avrà nel caso del Governo carattere derogatorio (rispetto all'art. 113), e meramente affermativo in quello degli altri organi di cui all'elenco stilato al par. 1.1.3.

La terza soluzione è coerente e potenzialmente complementare alla seconda, ma sussiste anche senza che questa sia accettata. Muove da un presupposto elementare: Governo e pubblica amministrazione non sono nozioni identiche, né assimilabili. Ciò sembra pacifico. Non si pone, perciò, la questione della compatibilità tra l'art. 113 Cost. e l'art. 7 c.p.a.: il primo, infatti, fa riferimento agli «atti della pubblica amministrazione», il secondo agli «atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico». Non condividendo le fattispecie l'oggetto, si distinguono nettamente anche gli ambiti di applicazione. D'altro canto, sono certamente contemplati dall'ordinamento «atti emanati dal Governo» che hanno, per il regime procedimentale loro relativo, per gli effetti che producono e per i fini che perseguono, natura analoga agli «atti della pubblica amministrazione». Riguardo a tale ultima espressione bisogna distinguere ulteriormente due possibili interpretazioni: quella, stretta, e più aderente al dato linguistico, di “atti posti in essere dalla pubblica amministrazione”, e quella, più macchinosa sul piano testuale, e certamente maggiormente estensiva, di “atti soggetti al regime giuridico degli atti amministrativi”. Non pare che “atti posti in essere dalla pubblica amministrazione” e atti amministrativi siano concetti sovrapponibili, rilevando nei primi il criterio della mera provenienza formale, e nei secondi l'applicabilità di uno speciale regime giuridico. Sia sufficiente sottolineare che tra gli “atti posti in essere dalla pubblica amministrazione” si possano certamente annoverare anche atti di natura privatistica o, come si è visto, processuale; perciò non configurabili quali atti amministrativi. L'altra questione rilevante si

sostanza nella qualificazione dogmatico-tassonomica dell'atto politico: specie di quello amministrativo discrezionale, o genus autonomo? Guicciardi propendeva per la prima ipotesi, la dottrina degli atti costituzionali, che ha trovato in Cheli un'autorevole incarnazione, per la seconda. Pare utile rappresentare le variabili ermeneutiche prese in esame attraverso una matrice:

	«Atti della pubblica amministrazione» quali “atti posti in essere dalla pubblica amministrazione”	«Atti della pubblica amministrazione» quali “atti soggetti al regime giuridico degli atti amministrativi”
Atto politico quale specie dell'atto amministrativo discrezionale	a) L'art. 7 c.p.a. è compatibile con l'art. 113 Cost. <i>Gli atti politici sono atti amministrativi non promananti dalla pubblica amministrazione, perciò esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 113 Cost.</i>	b) L'art. 7 c.p.a. <u>non</u> è compatibile con l'art. 113 Cost. <i>Gli atti politici sono atti amministrativi, in quanto tali inclusi nell'ambito di applicazione dell'art. 113 Cost.</i>
Atto politico quale genus autonomo	c) L'art. 7 c.p.a. è compatibile con l'art. 113 Cost. <i>Gli atti politici sono atti costituzionali non promananti dalla pubblica amministrazione; perciò esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 113 Cost.</i>	d) L'art. 7 c.p.a. è compatibile con l'art. 113 Cost. <i>Gli atti politici sono atti non amministrativi ma costituzionali, in quanto tali esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 113 Cost.</i>

Si propende per la soluzione tratteggiata nel riquadro contrassegnato dalla lettera **c)**. Da un lato, infatti, non convince l'interpretazione estensiva dell'art. 113, che pare troppo distante dal dato testuale, dall'altro non si ritiene che gli atti politici abbiano natura di atti amministrativi “speciali”. Il problema è di fondamento: se sia possibile scindere attività esecutivo-amministrativa e attività

di governo²⁵⁵, quale sia, eventualmente, il criterio del distinguo, e se questo risulti nell'adozione di atti formalmente diversi.

4.3 *Discrezionalità, libertà, libertà nel fine: normatività puntuale dell'atto politico e note sul concetto di merito politico e di atto a merito politico*

La questura concede a Tizio la licenza di porto d'armi. Il Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti rilascia a Caio una patente di guida. Il Governo autorizza la cessione di materiale bellico ad una nazione alleata²⁵⁶. Le Camere deliberano sullo stato di guerra²⁵⁷. Qual è la differenza? Tutte sono manifestazioni dell'esercizio di un potere²⁵⁸: cioè, nella definizione di Robert

²⁵⁵ Sul punto Cheli, nel fare riferimento all'opera di Crisafulli: «D'altro canto l'impostazione unitaria impressa all'ordinamento favorisce, sul piano teorico, la possibilità di evidenziare l'attività di governo come quarta funzione dello Stato. Il «governo», si afferma, non appartiene né per il profilo oggettivo, né per quello soggettivo, ad alcuna delle tre funzioni tradizionali, perché rappresenta il principio di unità posto accanto ed al disopra del principio di divisione e, pertanto, non può essere individuato ove si rimanga nell'ambito di quest'ultimo principio. Per quel che riguarda il contenuto dell'azione di governo, si rileva dalla stessa dottrina, se lo Stato è unità politica di un popolo, l'attività dello Stato, come quella di ogni soggetto autocosciente e razionale, deve essere preceduta da una determinazione dei fini dell'operare: in questa determinazione va individuato il primo momento della funzione affidata al «governo». In un secondo momento il «governo» provvede a coordinare l'attività dei diversi poteri e dei diversi organi operanti nello Stato, imprimendo ad essi la direzione necessaria ed opportuna per il conseguimento dei fini inizialmente stabiliti: pertanto, mentre ogni funzione dello Stato agisce come parte di un complesso unitario, ma tende a realizzare l'unità solo indirettamente, mirando in via diretta al perseguimento di obbiettivi particolari, il «governo» ha come scopo diretto ed immediato l'unità dell'ordinamento e agisce come il principio motore di tutto il complesso dell'attività statale» E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 59-60.

²⁵⁶ Cfr. par. 3.1.

²⁵⁷ Art. 78 Cost.

²⁵⁸ Su cosa sia il potere, e sulle varie teorie che intorno a tale problematica si sono sviluppate: «Nella filosofia politica il problema del potere è stato presentato sotto tre aspetti, in base ai quali si possono distinguere tre teorie fondamentali del potere, sostanzialistica, soggettivistica e relazionale. Nelle teorie sostanzialistiche il potere viene concepito come una cosa che si possiede e si usa come un qualsiasi altro bene. Tipica interpretazione sostanzialistica del potere è quella di Hobbes secondo cui «Il potere di un uomo... sono i mezzi che ha al presente per ottenere qualche apparente bene futuro» (...). Tipica interpretazione soggettivistica del potere è quella esposta da Locke [1694, II, XXI]. Il quale per 'potere' intende non la cosa che serve a raggiungere lo scopo ma la capacità del soggetto di ottenere certi effetti, per cui si dice che

Dahl, di «una relazione tra attori, nella quale un attore induce gli altri attori ad agire in un modo in cui altrimenti non agirebbero»²⁵⁹. Ma la nozione generale non ne è il minimo comune denominatore. È possibile restringere ulteriormente l'ambito dell'analogia, individuare, perciò, un carattere condiviso che possieda una maggiore attitudine distintiva, una specifica modalità della categoria che ne spieghi più precisamente il comportamento: tutte, infatti, sono manifestazioni del potere politico. Non ideologico²⁶⁰-egemonico²⁶¹, economico²⁶² o

«il fuoco ha il potere di fondere i metalli» allo stesso modo che il sovrano ha il potere di fare le leggi e facendo le leggi di influire sulla condotta dei suoi sudditi. Questo modo d'intendere il potere è quello adottato dai giuristi per definire il diritto soggettivo: che un soggetto abbia un diritto soggettivo significa che l'ordinamento giuridico gli ha attribuito il potere di ottenere certi effetti. Peraltro, l'interpretazione più accolta nel discorso politico contemporaneo è la terza, che si rifà al concetto relazionale di potere e per la quale quindi per 'potere' si deve intendere una relazione tra due soggetti di cui il primo ottiene dal secondo un comportamento che questi altrimenti non avrebbe compiuto» N. BOBBIO, *Stato, governo, società*, Torino, Einaudi, 2013, 3.3 *Lo Stato e il potere*.

²⁵⁹ R. A. DAHL, *Modern Political Analysis*, Englewood Cliffs (N.J.), Prentice Hall, trad. it. Bologna, Il mulino, 1967, p. 68.

²⁶⁰ «Il potere ideologico è quello che si vale del possesso di certe forme di sapere, dottrine, conoscenze, anche soltanto d'informazioni, oppure di codici di condotta, per esercitare un'influenza sul comportamento altrui e indurre i membri del gruppo a compiere o non compiere un'azione. Da questo tipo di condizionamento deriva l'importanza sociale di coloro che sanno, siano i sacerdoti nelle società tradizionali, siano i letterati, gli scienziati, i tecnici, i cosiddetti «intellettuali», nelle società secolarizzate, perché attraverso le conoscenze che essi diffondono o i valori che predicano e inculcano si compie il processo di socializzazione di cui ogni gruppo sociale ha bisogno per poter stare insieme» N. BOBBIO, *Stato, governo, società*, Torino, Einaudi, 2013, 3.3 *Lo Stato e il potere*.

²⁶¹ «“Potere” è una parola sfuggente, nonostante sia una nozione primaria della filosofia, della scienza politica, del diritto. Bobbio scrive che appartiene alla categoria delle parole paravento, usate per nascondere la difficoltà di comprenderne i significati. In effetti confina con potenza, forza, autorità, violenza, dominanza, ma può voler dire anche consenso e partecipazione, nonché influenza. Max Weber indica nel potere la capacità di influire sugli altri per ottenerne l'obbedienza e vincerne l'opposizione, imporre regole e assicurarne il rispetto; ma, appunto, il potere si può ottenere anche solo con il consenso. Occorre quindi liberarsi del pregiudizio che tende a identificare il potere con il comando, perché il potere è anche quello che Antonio Gramsci ha definito egemonico» S. CASSESE, *Le strutture del potere*, Bari, Laterza, 2023, p.3.

²⁶² «Il potere economico è quello che si vale del possesso di certi beni, necessari o percepiti come tali, in una situazione di scarsità, per indurre coloro che non li posseggono a tenere una certa condotta, consistente principalmente nell'esecuzione di un lavoro utile. Nel possesso dei mezzi di produzione risiede un'enorme fonte di potere da parte di coloro che li possiedono nei riguardi dei non possidenti, proprio nel senso specifico di capacità di determinare il comportamento altrui. In qualsiasi società dove vi siano proprietari e non proprietari, il potere

familiare²⁶³, ma politico²⁶⁴. Concessione della licenza di porto d'armi, rilascio di una patente di guida, autorizzazione alla cessione di materiale bellico ad una nazione alleata, delibera sullo stato di guerra: ognuno di tali atti trova la propria condizione di esistenza sostanziale e storica nel «monopolio dell'uso legittimo della forza fisica»²⁶⁵ attribuito allo Stato. Disposizione etica all'obbedienza, adesione utilitaria ad un sistema di norme vantaggioso, semiconsapevole applicazione di un insieme di consuetudini sociali: fenomeni tutti reali, ma non

del proprietario deriva dalla possibilità che la disposizione esclusiva di un bene gli dà di ottenere che il non proprietario (o proprietario soltanto della sua forza-lavoro) lavori per lui e alle condizioni da lui poste» N. BOBBIO, *Stato, governo, società*, Torino, Einaudi, 2013, 3.3 *Lo Stato e il potere*.

²⁶³ «La tipologia classica tramandata per secoli è quella che si trova nella Politica di Aristotele dove vengono distinti tre tipi di potere in base al criterio della sfera su cui si esercita: il potere del padre sui figli, del padrone sugli schiavi, del governante sui governati. Aristotele aggiunge che i tre tipi di potere si possono anche distinguere in base al diverso soggetto che dell'esercizio del potere si avvantaggia: il potere paterno è esercitato nell'interesse dei figli, quello padronale o dispotico nell'interesse del padrone, quello politico nell'interesse di chi governa e di chi è governato (dove le forme corrotte di reggimento politico ove il governante, diventato tiranno, governa solo a proprio vantaggio)» *Ibidem*.

²⁶⁴ « Il potere politico si viene così identificando con l'esercizio della forza, e viene definito come quel potere che per ottenere gli effetti voluti (riprendendo la definizione hobbesiana) ha diritto di servirsi, seppure in ultima istanza, come extrema ratio, della forza (...). L'uso della forza fisica è la condizione necessaria per la definizione del potere politico, non ancora la condizione sufficiente (...). Se l'uso della forza è la condizione necessaria del potere politico, solo l'uso esclusivo di questo potere ne è anche la condizione sufficiente» *Ibidem*.

²⁶⁵ «Naturalmente l'uso della forza non costituisce il mezzo normale e nemmeno l'unico di cui disponga lo stato – su questo non vi sono dubbi. Esso rappresenta piuttosto il suo mezzo specifico. Soprattutto ai giorni nostri la relazione tra lo stato e l'uso della forza è particolarmente stretta. Nel passato i più diversi gruppi sociali – a cominciare dal gruppo parentale – hanno conosciuto l'uso della forza fisica come un mezzo del tutto normale. Oggi, al contrario, dovremmo dire che lo stato è quella comunità di uomini che, all'interno di un determinato territorio – un elemento, questo del territorio, che è tra le sue componenti caratteristiche –, pretende per sé (con successo) il monopolio dell'uso legittimo della forza fisica. Questo, infatti, è il dato specifico dell'epoca presente: che a tutti gli altri gruppi sociali o alle singole persone si attribuisce il diritto all'uso della forza fisica soltanto nella misura in cui sia lo stato stesso a concederlo per parte sua: esso rappresenta la fonte esclusiva del «diritto» all'uso della forza. Dunque, «politica» per noi significherà aspirazione a partecipare al potere o a esercitare una qualche influenza sulla distribuzione del potere, sia tra gli stati sia, all'interno di uno stato, tra i gruppi di uomini che esso comprende entro i suoi confini» M. WEBER, *La scienza come professione, La politica come professione*, Torino, Einaudi, 2014, *La politica come professione*.

sufficienti a spiegare l'esistenza e la sussistenza dell'ordinamento statale. Il gioco della persuasione agisce tra e sui consociati se e solo se si prospettano persuasive anche le sanzioni comminate per la violazione delle sue regole. La concreta minaccia che la propria autonomia (personale, economica, politica, et cetera) possa subire un'effettuale cancellazione, riduzione o sospensione si pone quale requisito necessario al funzionamento di ogni società. Non esistono stati disarmati. Non esistono Leggi disarmate.

Esiste, però, la libertà, che in principio e per definizione è puro assoluto: si limita ed ordina, articola e determina, facendosi da astratto concreto, da potenza atto. Le istituzioni, e con esse ogni formazione sociale, sono il risultato di tale processo di progressiva autonormazione. Come il monopolio legittimo dell'uso della forza è la condizione di esistenza dello Stato, così la libertà è quella del diritto. Se il mondo umano condividesse il determinismo di quello naturale il diritto non avrebbe senso di esistere: le regole di condotta sarebbero già di per loro note, valide ed efficaci. Così non è.

L'ordinamento giuridico è perciò la sintesi, fondata in ultima istanza sul monopolio legittimo della forza, dell'insieme delle norme cogenti e delle istituzioni che le emanano. Un gruppo di individui dotato della migliore delle costituzioni possibili, ma privo della organizzazione e degli strumenti materiali necessari a garantirne l'efficacia, non è una società, non un ordinamento, non uno stato. Un gruppo di individui dotato della peggiore delle costituzioni possibili, ma provvisto dell'organizzazione e degli strumenti materiali necessari a garantirne la efficacia, è una società, un ordinamento ed anche uno stato²⁶⁶.

²⁶⁶ Scrisse Agostino: «Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia? *quia* et latrocinia quid sunt nisi parva regna? Manus et ipsa hominum est, imperio principis regitur, pacto societatis astringitur, placiti lege praeda dividitur. Hoc malum si in tantum perditorum hominum accessibus crescit, ut et loca teneat sedes constituat, civitates occupet populos subiuguet, evidentius regni nomen assumit, quod ei iam in manifesto confert non adempta cupiditas, sed addita impunitas. Eleganter enim et veraciter Alexandro illi Magno quidam

Quid sunt regna nisi magna latrocinia? Quia et latrocinia quid sunt nisi parva regna? Il potere politico prescinde, in astratto, dalle proprie giustezza e giustizia.

Queste le considerazioni generali sulla sua natura e fenomenologia. Occorre adesso farle particolari, comprendendone il significato concreto nell'ordinamento della Repubblica Italiana. Come in ogni stato democratico, o almeno liberale, la condizione di legittimità dell'*imperium* è l'esistenza di una legge fondamentale che svolga la funzione di distribuirlo e di determinarne le modalità di esercizio.

Prima dell'entrata in vigore della Costituzione, in una prospettiva formale e non storica, il potere politico non esiste quale fenomeno giuridico: sussiste, per contro, nella sua forma più pura e pregiuridica, cioè come «potere costituente»²⁶⁷, o «essere politico concreto». Questo rappresenta una forma «unitaria e indivisibile» (si ricalca, non casualmente, l'espressione «esigenze unitarie e indivisibili [allo Stato] inerenti» impiegata dalla Giurisprudenza per qualificare l'atto politico nel proprio requisito oggettivo) del potere politico²⁶⁸.

comprehensus pirata respondit. Nam cum idem rex hominem interrogaret, quid ei videretur, ut mare haberet infestum, ille libera contumacia: *Quod tibi, inquit, ut orbem terrarum; sed quia id ego exiguo navigio facio, latro vocor; quia tu magna classe, imperator*» AGOSTINO DA IPPONA, *De civitate Dei*, IV, *Latrocinia sunt regna et piratarum infestatio*.

²⁶⁷ «Potere costituente è una volontà politica il cui potere o autorità è in grado di prendere la decisione concreta fondamentale sulla specie e la forma della propria esistenza politica, ossia di stabilire complessivamente l'esistenza dell'unità politica. Dalle decisioni di questa volontà si fa discendere la validità di ogni ulteriore disciplina legislativa costituzionale. Le decisioni in quanto tali sono qualitativamente diverse dalle normative legislative costituzionali regolate sul loro presupposto. Una costituzione non si basa su una norma, la cui giustezza sarebbe il motivo della sua validità. Essa si basa su una decisione politica, derivante dal suo essere politico, sulla specie e la forma del suo proprio essere. La parola « volontà » indica - in contrapposizione ad ogni dipendenza da una giustezza normativa o astratta - l'esistenziale oggettivo di questo fondamento di validità. Il potere costituente è volontà politica, cioè essere politico concreto» C. SCHMITT, *Della Costituzione*, a cura di A. CARACCILO, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 109-110.

²⁶⁸ «Il potere costituente è unitario ed indivisibile. Esso non è un ulteriore potere coordinato accanto ad altri poteri distinti (legislativo, esecutivo e magistratura). Esso è il fondamento comprensivo di tutti gli altri poteri e divisioni di poteri» *Ivi*, p. 112.

In tal senso pare nozione non dissimile da quella di attività di governo per come formulata da Mortati (con il concetto di «unità teleologica» richiamato alla nota n. 194) e precisata da Cheli (come già richiamato alla nota n. 255, infatti, «il «governo», si afferma, non appartiene né per il profilo oggettivo, né per quello soggettivo, ad alcuna delle tre funzioni tradizionali, perché rappresenta il principio di unità posto accanto ed al disopra del principio di divisione e, pertanto, non può essere individuato ove si rimanga nell'ambito di quest'ultimo principio»).

Con l'entrata in vigore della Costituzione tale potere politico assoluto e pregiuridico, che abbiamo denominato «potere costituente» (come assoluta e pregiuridica è la libertà del soggetto²⁶⁹ che lo esercita), impone a sé stesso dei vincoli mediante l'emanazione di norme valide e cogenti, perciò traducendosi ed articolandosi nelle varie sue modalità (elencate in funzione del criterio soggettivo al par. 1.1.3). Eppure, esse sono tutte modalità giuridiche di esercizio del potere politico, perché disciplinate da regole e principi, che seppur di rango costituzionale, giuridiche rimangono, ed anzi massimamente giuridiche.

Al livello statuale, le Camere, esercitando questo potere-comando fattosi potere-diritto, emanano norme di rango primario, sulla base e nei limiti prescritti dalle quali il Governo, nell'esercizio della propria potestà regolamentare, ne adotta di secondarie. Speculare il rapporto tra Consiglio e Giunta regionale.

Così il potere costituente, che è l'unica forma pura e perfetta del potere politico, estranea perciò al diritto, si traduce nei poteri pubblici, che non possiedono più, invero, il carattere pieno e autentico della politicità (ma, piuttosto, una sua forma attenuata dall'esistenza di norme²⁷⁰).

²⁶⁹ Nel caso della Repubblica tale soggetto è il «popolo» ex art. 1 comma 2. Cost.

²⁷⁰ In questo senso coincidono pura libertà e pura politicità.

Allo stesso modo quella libertà assoluta e pregiuridica che ne rappresenta il fondamento, trapassa nella sua forma giuridica, che definiamo discrezionalità, cioè libertà mediata da norme. È discrezionale il potere esercitato dal Parlamento (il contenuto delle Leggi non è libero, ma soggetto a vincoli costituzionali, e per interposizione di essi anche eurounitari ed internazionali, che paiono farsi progressivamente più stretti), quello esercitato dal Governo (soggetto, oltre che alla Costituzione, anche alla Legge), quello esercitato dai giudici («soggetti soltanto alla Legge»), e così via per ognuno degli elementi di cui all'elenco 1.1.3. Maggiori sono i gradi di separazione dell'organo che esercita il potere discrezionale da quello che esercita il potere costituente (cioè il «popolo», cui appartiene la sovranità), minore è, o dovrebbe essere, la sua ampiezza. Perché uno stato possa dirsi autenticamente democratico, non è sufficiente che la sovranità sia esercitata esclusivamente a monte (nel momento perciò dell'adozione della carta costituzionale): questa deve essere rinnovata, nutrita ed alimentata, mediante periodiche consultazioni elettorali. Per contro, anche il potere-diritto di eleggere i propri rappresentanti non possiede il carattere della libertà, ma quello della discrezionalità (si pensi, ad esempio, alla norma che impone il divieto di riorganizzare sotto qualsiasi forma il disciolto partito fascista²⁷¹, o a quelle imposte per la presentazione delle liste elettorali). Possiamo tentare, ora, di formulare una risposta al quesito posto in principio del paragrafo: non vi è alcuna differenza, apparentemente, o almeno non di carattere qualitativo. Concessione della licenza di porto d'armi, rilascio di una patente di guida, autorizzazione alla cessione di materiale bellico ad una nazione alleata, delibera sullo stato di guerra: sono tutte fattispecie di esercizio di un potere discrezionale (perciò, *in nuce*, politico); a variare, parrebbe essere soltanto il *quantum* del margine di autonomia riservato. In questo senso vi è indifferenza

²⁷¹ XII Disposizione transitoria e finale, Cost.

tra potere politico ed amministrativo: si può affermare che il secondo sia una specie del primo, distinta per la vincolatezza nei fini che persegue²⁷². Ma il bilanciamento di interessi, o, più propriamente, il contemperamento dell'interesse primario con quelli secondari, si configura certamente quale momento di «apprezzamento politico»²⁷³ (termine impiegato, non a caso, da Giannini²⁷⁴). Ogni spazio di discrezionalità che non abbia carattere tecnico implica l'esercizio di un potere politico²⁷⁵.

Si rende perciò necessario distinguere tra due modalità di esso: quella *lato sensu*, appena esposta, e connessa al concetto di discrezionalità che si è tratteggiato, e quella *stricto sensu* ex art. 7 c.p.a., definita dal carattere dell'insindacabilità e specie della prima.

In questo senso, gli atti politici sono atti discrezionali (secondo la definizione che sopra abbiamo esposto) ma non amministrativi, perché, si direbbe, non vincolati nel fine. Eppure, non riteniamo che quello della libertà nel fine sia un criterio sufficiente, poiché, in concreto, di ardua definizione ed alterno riscontro. E, sempre in tal senso e direzione, non pochi sono i casi in cui un atto legittimo persegua un fine in concreto diverso da quello astrattamente predeterminato dall'ordinamento.

D'altra parte, non vi sono ragioni per rifiutare la dottrina, già citata, della «attività di governo» quale quarto e separato *genus* di potere dello Stato. Si tratta perciò di definire questa con un criterio distinto da quello della libertà nel fine.

²⁷² O, più propriamente, come si vedrà, per la mancanza del carattere della normatività puntuale.

²⁷³ In questo senso, una fattispecie di esercizio del potere amministrativo può dirsi perfettamente apolitica solo qualora sia perfettamente vincolata.

²⁷⁴ Cfr. nota n. 122.

²⁷⁵ Perciò tutti gli atti amministrativi discrezionali possiedono un comune fondamento politico; ma con ciò non si vuole significare che essi siano atti politici, perciò soggetti al relativo regime. Nella analogia tra le due fattispecie, la normatività puntuale (come specifica modalità del potere politico, estranea agli atti amministrativi) si pone quale criterio discrezionale tra l'applicabilità e la non applicabilità del regime di insindacabilità di cui all'art. 7 c.p.a.

L'unico che pare idoneo è quello della normatività²⁷⁶ puntuale²⁷⁷ (tramite il quale si può forse addivenire ad una coerente distinzione tra le quattro fattispecie concrete prese ad esempio). Politico ex art. 7 c.p.a. (perciò politico *stricto sensu*), dunque, è l'atto che non si limita ad adeguare descrittivamente²⁷⁸ una situazione di fatto a quella definita in diritto, ma che produce la norma a partire dal caso concreto, non applicando diritto, ma creandolo. Esso agisce, in tal senso, quale espressione del potere costituente: la libertà nel fine (sarebbe forse più corretto impiegare il concetto di discrezionalità nel fine, per quanto sopraesposto) ne è solo un indice. Viene in rilievo primariamente il criterio, più

²⁷⁶ La questione della normatività dell'indirizzo politico (e non degli atti in cui sostanza) è stata trattata da Cheli: «A questo punto, l'esigenza di garantire alla funzione d'indirizzo politico una effettiva operatività nei confronti degli organi statuali pone alla dottrina il problema della efficacia della funzione stessa. In ordine a questo problema l'accentramento delle competenze direzionali e la spinta unitaria impressa all'ordinamento favoriscono, come è ovvio, quelle soluzioni che attribuiscono all'indirizzo politico una precisa rilevanza giuridica, o più esattamente, un'efficacia normativa e vincolante, pur con diverse sfumature circa il modo d'interpretare il grado d'intensità di questa efficacia, che da taluni autori è eguagliata a quella di una norma giuridica vera e propria, da altri, invece, a quella, più flessibile e attenuata, di una norma a carattere tecnico o politico. Si giunge così ad affermare « l'esistenza in ogni Stato moderno di un principio generale di diritto, prescrivente agli organi costituzionali di collaborare all'indirizzo politico che sia stato legittimamente adottato »; principio che, a seconda delle sfumature innanzi rilevate, è da taluni interpretato come precettivo, o assolutamente vincolante, nei confronti di tutti gli organi statuali, da altri come meramente direttivo, o relativamente vincolante. almeno nei confronti degli organi costituzionali cui si vorrebbe mantenere una certa sfera di autonomia e la possibilità, sia pure eccezionale, di discostarsi, in vista di necessità connesse alla valutazione dell'interesse pubblico, dall'indirizzo politico preventivamente tracciato» E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 63-64. La questione viene poi ripresa a pp.166 ss., distinguendo tra una accezione «passiva» ed una «attiva» di normatività, che non pare invero inerente alla presente trattazione.

²⁷⁷ Alla obiezione per la quale *normatività puntuale* costituirebbe una contraddizione in termini, rispondiamo in questo senso: in assenza di una norma generale e astratta, si qualifica come valida ed efficace soltanto quella particolare, ed è, sufficiente, in tal caso il suo mero configurarsi quale dover essere non determinato da fonti di rango pari o superiore, perché si possa attribuirle il carattere di normatività. D'altronde, generalità e astrattezza sono criteri gradualmente, e non discretivamente, determinati.

²⁷⁸ Anche la discrezionalità amministrativa (che possiede sicuramente, come si affermava, un fondamento politico) ha portata descrittiva: il contemperamento degli interessi in gioco, infatti, si svolge interamente nell'ambito del quadro e dei vincoli, interni e positivi, imposti dalla Legge.

volte citato, dell'assenza di parametri giuridici: assenza alla quale il potere di governo, emanando atti politici, provvede mediante l'autonoma creazione di norme puntuali, dunque, di *Sollen* applicabili ai casi concreti, non rilevandone di altre.

Eppure, la realtà ordinamentale offre di rado distinzioni così nette. Vari sono infatti i casi, ne abbiamo trattati alcuni, in cui un atto è riconosciuto come politico, perciò come libero nel fine, o diremmo noi, normativo-puntuale, ma comunque disciplinato in una sua parte da una norma legislativa. A riguardo, come si è visto, la soluzione adottata dalla Consulta è stata quella della degradazione, solo nel profilo processuale, ad atto amministrativo sindacabile. Nel concordare con la premessa, se ne accennano le conseguenze. Affermiamo, infatti, che il carattere politico *stricto sensu* di un atto non sia disgiuntivo o alternativo rispetto al suo carattere amministrativo. Che possa esistere cioè un atto amministrativo, soggetto dunque al relativo regime giuridico, che abbia simultaneamente carattere di normatività puntuale rispetto a taluni profili (connotati dall'assenza di relativi parametri giuridici) e di atto amministrativo puro e semplice (perciò descrittivo) rispetto a talaltri. È il caso p.e. di quella fattispecie che usualmente si denomina "atto di alta amministrazione", ma che parrebbe più corretto definire, forse, atto a merito politico, in cui per merito politico si intende proprio il margine politico riservato, in assenza di parametri applicabili, alla normatività puntuale (si impiega il concetto di merito specularmente al significato che viene ad esso attribuito nel contesto dell'istituto del merito amministrativo: come nel caso di questo, infatti, l'elemento determinante della fattispecie è il riferimento a principi extragiuridici).

Amministrativi, dunque, sono gli atti descrittivi; politici²⁷⁹, quelli normativo-puntuali; a merito politico, quelli descrittivi per alcuni profili, normativo-puntuali per altri. Su queste note, concludiamo.

²⁷⁹ *Stricto sensu.*

Bibliografia

- AGOSTINO DA IPPONA, *De civitate Dei*, IV, *Latrocinia sunt regna et piratarum infestatio*.
- ALLAN T.R.S., *Justiciability and Jurisdiction: Political Questions and the Scope of Judicial Review*, in ALLAN T.R. S. *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, 2003, 161.
- AZZARITI G., *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, CEDAM, 1989.
- BACCIU D., *Reti neurali e linguaggio. Le insidie nascoste di un'algebra delle parole*, in *Treccani Magazine*, 2019.
- BARILE P., *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 223.
- BARKOW, R. *More Supreme than Court: The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, in *Columbia law review*, 2, 2002, pp. 237 e ss.
- BARRO R. J. & GORDON D. B., *A Positive Theory of Monetary Policy in a Natural Rate Model*, in: *Journal of political economy*, 1983/91, 4, 589–610, 1983.
- BARRO R. J. & GORDON D. B., *Rules, Discretion and Reputation in a Model of Monetary Policy*, *Journal of monetary economics*, 1983/12, 1, 101–121, 1983.
- BASSANINI F. & NAPOLITANO G. & TORCHIA L., *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, Il Mulino, 2021.
- BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, CEDAM, 1975, pp. 807 e ss.

- BILANCIA F., *Ancora sull' "atto politico" e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria al tramonto?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 2, pp. 1163 e ss.
- BIN R., *Halloween! Il Caso Diciotti e il fantasma dell'atto politico*, in *lacostituzione.info*, 2019.
- BLANDO F., *"Atto Politico", "Stato di Diritto" nella sentenza n. 81 del 2012 della Corte costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2012.
- BLANDO F., *Fine dell'atto politico?*, in *Nuove autonomie*, 1, 2015, pp. 87 e ss.
- BOBBIO N., *Dal Potere al Diritto e viceversa*, in *Rivista di filosofia*, 73, 1982, pp. 346 e ss.
- BOBBIO N., *Stato, governo, società*, Torino, Einaudi, 2013.
- BOBBIO N., *Teoria della Norma Giuridica*, Torino, Giappichelli, 1958.
- BUSCEMA L., *Atti Politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, in *Rivista AIC*, 1, 2014.
- CALDIRONI M., *Is there a Political Question Theory in Italy?*, in *DPCEonline*, 1, 2022.
- CANE P., *Prerogative Acts, Acts of State and Justiciability*, in *International and comparative law quarterly*, 1980, pp. 680 e ss.
- CANNADA BARTOLI E. , *La tutela giudiziale del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1964.
- CARLASSARE L., *Politica e amministrazione nella costituzione italiana*, in M. AINIS & A. RUGGERI & G. SILVESTRI & L. VENTURA, (a cura di), *Indirizzo politico e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1998.
- CARRE' DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, Vol. I, Paris, 1920.

- CARUSO G., *Merito insindacabile e giudice amministrativo (note a margine di una codificazione “leggera”)*, *lexitalia.it*, 11, 2009.
- CARUSO-INGHILLERI D., *Politica, amministrazione e giurisdizione amministrativa*, in *Studi in occasione del centenario del Consiglio di Stato*, Vol. II, Roma, 1932.
- CASERTA M., *Democrazia e Costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, Milano, Roma, Aracne Editrice, 2006.
- CASIELLO C. & VENDITTI M. E., *Il caso Diciotti: tra obblighi di soccorso in mare e garanzia dei diritti fondamentali*, in *DPCE Online*, 39(2), 2019.
- CASINI L., *Lo Stato (Im)mortale. I pubblici poteri tra globalizzazione ed era digitale*, Milano, Mondadori, 2022.
- CASSESE S., *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in Aa. Vv., *Analisi economica e diritto amministrativo, Atti del convegno annuale AIPDA, Venezia, 28-29 settembre 2006*, Milano, 2007, 87.
- CASSESE S., *Tre maestri del diritto pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.
- CASSESE S., *Amministrare la nazione*, Milano, Mondadori, 2023.
- CASSESE S., *Esiste in Italia una separazione dei poteri?* in CASSESE S. (a cura di), *La separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2023, pp. V ss.
- CASSESE S., *Il diritto amministrativo. Storia e prospettive*, in *Quaderni fiorentini*, 90, 2010, 3.
- CASSESE S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009.
- CASSESE S., *Il governo dei giudici*, Bari, Editori Laterza, 2022.
- CASSESE S., *La crisi dello Stato*, Bari, Editori Laterza, 2002.

- CASSESE S., *La nuova discrezionalità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022.
- CASSESE S., *Le droit tout puissant et unique de la société: paradossi del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, pp. 878-902.
- CASSESE S., *Le strutture del potere*, Bari, Laterza, 2023.
- CASSESE S., *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna, Il Mulino, 2016.
- CASSESE S., *Varcare Le Frontiere*, Milano, Mondadori, 2024, pp. 247 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Costituzione, politica, amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.
- CERULLI IRELLI V., *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *diritto pubblico*, 2011, 33.
- CERULLI IRELLI V., *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, Pescara, Italica, 1979.
- CERULLI IRELLI V., *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, Giappichelli, 2019.
- CERULLI IRELLI V., *La funzione amministrativa tra politica e amministrazione*, in *www.sintesidialettica.it*, 2008.
- CERULLI IRELLI V., *Legittimazione soggettiva e legittimazione oggettiva ad agire nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2, 2014, pp. 341 e ss.
- CERULLI IRELLI V., *Politica e amministrazione tra atti 'politici' e atti' di alta amministrazione'*, in *Diritto pubblico.*, 3, 2009, pp. 101 e ss.
- CERULLI IRELLI V., *Sugli atti di alta amministrazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, pp. 1377 e ss.

- CHELI E., *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961.
- CICCHITELLI G. & D'URSO P. & MINOZZO M., *Statistica: principi e metodi* (quarta edizione), Milano, Pearson , 2017.
- D'ALESSIO F., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1934 .
- DAHL, R. A. [1963], *Modern Political Analysis*, Englewood Cliffs (N.J.), Prentice Hall, trad. it. Bologna, Il mulino, 1967.
- DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, CEDAM, 1995.
- DELL'ACQUA C., *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padova, CEDAM, 1990.
- DESCARTES R., *Discorso del metodo*, Milano , BUR, 2011.
- DI GASPARO G., *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, Milano, Giuffrè, 1984.
- DICKMAN R., *L'atto politico questo sconosciuto*, in *forumcostituzionale.it*, 2012
- DICKMAN R., *La sindacabilità degli atti dei gruppi parlamentari in quanto comunità politiche*, in *Federalismi*, 10, 2021.
- DIOTALLEVI L., *Atto politico e sindacato giurisdizionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024.
- DUCROCQ T., *Cours de droit administratif et de droit public*, VII ed., Paris, 1897.
- DWORKIN R., *Justice in Robes*, Cambridge, Massachusetts, Belknap Press, 2008.
- FOÀ S., (a cura di), *Il nuovo merito amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2025.

- GARCIA DE ENTERRIA E., *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo*, in *Revista de Administración Pública*, 1962, n. 38, pp. 159-208
- GARRONE G.B., *Atto politico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, I, 1987.
- GIANNINI M.S. & PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della Pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 229 e ss.
- GIANNINI M.S., *I beni culturali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 1976.
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della Pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939.
- GIANNINI M.S., *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato dir.*, 1941, pp. 439 e ss.
- GIOMI V., *L'atto politico e il suo giudice. Tra qualificazioni sostanziali e prospettive di tutela*, Milano, FrancoAngeli, 2022.
- GÖDEL K., *Über formal unentscheidbare Sätze der Principia Mathematica und verwandter Systeme I* ("On Formally Undecidable Propositions of Principia Mathematica and Related Systems"), Wien, *Monatshefte für Mathematik und Physik*, 1931, v. 38, pp. 173-198 (trad. di B. MELTZER, 1962, New York, Dover Publications, pp. 37-38).
- GROSSI P., *Oltre la legalità*, Bari, Editori Laterza, 2020.
- GROTTANELLI DE' SANTI G., *Atto politico e atto di governo*, in *Enciclopedia giuridica*, XVIII, Roma, Treccani, 2009
- GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1949.

- GUICCIARDI E., *Aboliamo l'art. 31 del T.U. del Consiglio di Stato?*, in *Foro amministrativo*, II, 1947, pp.18 ss.
- GUICCIARDI E., *L'atto politico*, in *Archivio di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1937, pp. 265-320/486-556
- HABERMAS J., *Between Facts and Norms*, Cambridge, Polity Press, 2009.
- HAURIU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, XII Ed, 1934.
- HAYEK F.A., *Ordine giuridico e ordine sociale*, in *Il Politico*, 1968, vol. 33, 4, 690.
- HEGEL G.W.F., *Scienza della logica* (9a ed.), Bari, Editori Laterza, 2008.
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979
- IRTI N., *Nichilismo giuridico*, Bari, Editori Laterza, 2014.
- Kelsen H., *La Dottrina Pura Del Diritto*, Torino, Einaudi, 2021.
- Kelsen H., *Natura e valore della democrazia*, in Kelsen H., *Due saggi sulla democrazia in difficoltà (1920-1925)*, a cura di LOSANO M. G. , Torino, Aragno, 2018.
- LE COURTOIS M., *Des actes de gouvernement*, Paris, 1899.
- LEDDA F., *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in *Scritti giuridici*, Padova, CEDAM, 2022, pp. 242 e ss.,
- LICARI D & BUSHIPAKA P. & MARINO G. & COMANDÉ & G. CUCINOTTA T., *Legal Holding Extraction from Italian Case Documents using Italian-LEGAL-BERT Text Summarization*, in *Nineteenth International Conference on Artificial Intelligence and Law (ICAIL 2023) June 19 Braga Portugal*, New York, ACM, 2023.

- LINDSETH P. L., *Reflections on the 'Administrative, Not Constitutional' Character of EU Law in Times of Crisis*, in *Perspectives on Federalism*, Vol. 9, issue 2, 2017.
- LOLLO A., *Atto politico e Costituzione*, Napoli, Jovene, 2020.
- LUPO N. & GIANNITI L., *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, Il Mulino, 2018.
- MANFRELOTTI R., *Molto rumore per nulla. Considerazioni sulla problematica dell'atto politico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2025, pp. 523 e ss.
- MATTARELLA B.G., *Il provvedimento*, in CASSESE S. (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 360 e ss.
- MOLITERNI A., (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, Napoli, Jovene, 2021.
- MOLITERNI A., *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2023, pp. 393-439.
- MONTEDORO G., *L'atto politico*, in *Giustizia insieme*, 11 ottobre 2023.
- MORTATI C., *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941, pp. 131 ss.
- NAVARRETTA E., *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2017.
- ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, Milano, Giuffrè, 2005.
- PEPE G., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento*, in *Federalismi.IT*, 22 novembre 2017.

- PIRAS A, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I e II, Milano, Giuffrè, 1962.
- PIRAS A. voce “Discrezionalità amministrativa”, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964.
- PIZZORUSSO A., *Fonti del diritto (artt. 1-9 disp. prel.)*, II ed., in *Commentario del codice civile*, Bologna, Zanichelli/il foro italiano, 2011.
- PRESUTTI E., *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giurisprudenza italiana.*, 1910, IV, pp. 44 e ss.
- PUNZI A., *Prudentia iuris: materiali per una filosofia della giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2025.
- RANELLETTI O. & AMORTH A., *Atti politici (o di governo)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol.I, 1958, pp. 1511 e ss.
- RANELLETTI O., *Diritti subiettivi ed interessi legittimi*, in *Foro italiano*, 1893, I, 470.
- RANELLETTI O., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1937.
- RANELLETTI O., *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, L. Pierro, 1912.
- RANELLETTI O., *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano, Giuffrè, 1945
- RESCIGNO G. U., *Responsabilità politica e responsabilità giuridica*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 3, 2012, pp. 333 e ss.
- ROEHRSEN G., *L'atto di potere politico e la sua sindacabilità in sede giudiziaria*, in *Rivista di diritto pubblico.*, 1936, pp. 557 e ss.
- ROMANO S., *Corso di diritto costituzionale*, Padova, CEDAM, 1941.

- ROMANO S., *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale*, in *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 107 e ss.
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Macerata, Quodlibet, 2018.
- ROMANO S., *Poteri e potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, in ultima edizione in CROCE M. & GOLDONI M. (a cura di), Macerata, Quodlibet, 2019.
- ROMANO S., *Sui decreti leggi e lo stato d'assedio in occasione dei terremoti di Messina e di Reggio Calabria*, in *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 294 e ss.
- ROMANO TASSONE A., *Atto politico e interesse pubblico*, in CONTIERI A. & FRANCARIO F. & IMMORDINO M. & ZITO A., (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, pp. 312 e ss.
- ROMANO TASSONE A., *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali della facoltà di economia e commercio dell'università di Messina*, 1982, pp. 423 e ss.
- ROMANO TASSONE A., *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2008, pp. 517 e ss.
- SACCO R., *Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law*, *The american journal of comparative law*, Volume 39, Iss. 1, Winter 1991, pp. 1–34.
- SANDULLI A., *Esercizio dei poteri speciali e sorte dell'impresa strategica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4, pp. 463-467.
- SANDULLI A., *Administrative Law Scholarship in Italy (1800-2010)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2010, pp. 1055-1122.
- SANDULLI A., *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*. Milano, Giuffrè, 2009.

- SANDULLI A., *Giannini e il problema della scienza dell'amministrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2025.
- SANDULLI A., *Gli orizzonti della discrezionalità amministrativa dalla libertà discrezionale alla discrezionalità interstiziale*, in *annuario AIPDA 2022, Discrezionalità e amministrazione, Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, pp. 3-21.
- SANDULLI A., *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, FrancoAngeli, 2018.
- SANDULLI A., *La febbre del golden power*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2022, pp. 743-764.
- SANDULLI A., *Le relazioni fra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Diritto pubblico*, 2, 2020, pp. 405 e ss.
- SANDULLI A., *Recensione a Mariano Croce e Andrea Salvatore, Che cos'è lo stato di eccezione* (Roma, Nottetempo, 2021), in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 2022, pp. 877-881.
- SANDULLI A., *Santi Romano, Orlando, Ranelletti e Donati sull'«eclissi dello Stato» (sei scritti di inizio secolo XX)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2006.
- SANDULLI A.M., *Atto politico ed eccesso di potere*, in *Giurisprudenza completa cassazione civile*, 1946, 521.
- SANDULLI A.M., *Governo e amministrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1966, pp. 737 ss.
- SANDULLI A.M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940.

- SANDULLI A.M., *Manuale di Diritto amministrativo*, v. 1, Napoli, Jovene Editore, 1989.
- SANDULLI A.M., *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi*, in *Rassegna di diritto pubblico*, fasc. 1, 1948, pp. 29 e ss.
- SCHLOSSER A.G., *Les actes diplomatiques*.
- SCHMITT C., *Della Costituzione*, a cura di CARACCIOLO A., Milano, Giuffrè, 1984.
- SCHMITT C., *Le categorie del politico*, Bologna, Il Mulino, 2014.
- COCA F.G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017.
- SILVESTRI G., *Drittwirkung*, in *Accademia*, 2025.
- SUNSTEIN C.R. & VERMEULE A., *Law and Leviathan. Redeeming the administrative state*, Cambridge Massachusetts, The Belknap press of Harvard University press, 2020.
- THALER R.H. & SUNSTEIN C.R., *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, Yale University Press, 2008.
- TROPEA G., *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Diritto amministrativo*, n. 3/2012, pp. 332 e ss.
- TUBERTINI C., *Atti politici e di alta amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da CASSESE S., Milano, Giuffrè, 2006, pp. 516 e ss.
- TUSHNET M., (a cura di), *The Administrative State in the Twenty-First Century: Deconstruction and/or Reconstruction*, Special issue, *Dædalus* 150, no. 3 (Summer 2021).

- VON BOGDANDY A., *La condizione attuale della scienza giuridica europea alla luce del saggio di Carl Schmitt*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 1, 2020, pp. 996 e ss.
- VON JHERING R., *La giurisprudenza è una scienza?*, traduzione italiana di BEHREND O., Napoli, E.S.I., 2022.
- WEBER M., *La scienza come professione, La politica come professione*, Torino, Einaudi, 2014.
- WERNER F., *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, in *Deutsche Verwaltungsblatt (DVBl)*, 1959, pp. 527 e ss.
- WITTGENSTEIN L., *Tractatus Logico-Philosophicus*, in *Annalen der Naturphilosophie*, 1921.
- WOHLTMANN H.W. & TOTZEK A., *Barro-Gordon Revisited: Reputational Equilibria in a New Keynesian Model*, *Kredit und Kapital*, Vol. 45, Iss. 1, Berlin, Duncker & Humblot, 2012, pp. 27-50.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1936.