Valentina Giomi

# L'atto politico e il suo giudice

## Tra qualificazioni sostanziali e prospettive di tutela

FrancoAngeli

Studi di Diritto Pubblico

# STUDI DI DIRITTO PUBBLICO

Collana diretta da **Roberto Bin**, **Fulvio Cortese** e **Aldo Sandulli**
coordinata da **Simone Penasa** e **Andrea Sandri**

**REDAZIONE**
Chiara Bergonzini, Fabio Di Cristina, Angela Ferrari Zumbini, Stefano Rossi

**COMITATO SCIENTIFICO**
Jean-Bernard Auby, Stefano Battini, Daniela Bifulco, Roberto Caranta, Marta Cartabia, Omar Chessa, Mario P. Chiti, Pasquale Costanzo, Antonio D'Andrea, Giacinto della Cananea, Luca De Lucia, Gianmario Demuro, Daria de Pretis, Marco Dugato, Claudio Franchini, Tomàs Font i Llovet, Giulia Maria Labriola, Peter Leyland, Massimo Luciani, Michela Manetti, Alessandro Mangia, Barbara Marchetti, Giuseppe Piperata, Aristide Police, Margherita Ramajoli, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Sandro Stajano, Bruno Tonoletti, Aldo Travi, Michel Troper, Nicolò Zanon

La Collana promuove la rivisitazione dei paradigmi disciplinari delle materie pubblicistiche e l'approfondimento critico delle nozioni teoriche che ne sono il fondamento, anche per verificarne la persistente adeguatezza.
A tal fine la Collana intende favorire la dialettica interdisciplinare, la contaminazione stilistica, lo scambio di approcci e di vedute: poiché il diritto costituzionale non può estraniarsi dall'approfondimento delle questioni delle amministrazioni pubbliche, né l'organizzazione e il funzionamento di queste ultime possono ancora essere adeguatamente indagati senza considerare l'espansione e i modi di interpretazione e di garanzia dell'effettività dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali. In entrambe le materie, poi, il punto di vista interno deve integrarsi nel contesto europeo e internazionale.
La Collana, oltre a pubblicare monografie scientifiche di giovani o affermati studiosi (**STUDI E RICERCHE**), presenta una sezione (**MINIMA GIURIDICA**) di saggi brevi destinata ad approfondimenti agili e trasversali, di carattere propriamente teorico o storico-culturale con l'obiettivo di sollecitare anche gli interpreti più maturi ad illustrare le specificità che il ragionamento giuridico manifesta nello studio del diritto pubblico e le sue più recenti evoluzioni.
La Collana, inoltre, ospita volumi collettanei (sezione **SCRITTI DI DIRITTO PUBBLICO**) volti a soddisfare l'esigenza, sempre più avvertita, di confronto tra differenti saperi e di orientamento alla lettura critica di problemi attuali e cruciali delle discipline pubblicistiche.
La Collana, inoltre, si propone di assecondare l'innovazione su cui si è ormai incamminata la valutazione della ricerca universitaria. La comunità scientifica, infatti, sente oggi l'esigenza che la valutazione non sia più soltanto un compito riservato al sistema dei concorsi universitari, ma si diffonda come responsabilità dell'intero corpo accademico.
Tutti i volumi pubblicati nella collana sono stati pertanto sottoposti a un processo di *double blind peer review* che ne attesta la qualità scientifica.

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati
possono consultare il nostro sito Internet: *www.francoangeli.it* e iscriversi nella home page
al servizio “Informatemi” per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità.

Valentina Giomi

# L'atto politico e il suo giudice

## Tra qualificazioni sostanziali e prospettive di tutela

FrancoAngeli

Studi di Diritto Pubblico

Il volume è stato realizzato con i Fondi di Ricerca di Ateneo imputati alla Prof.ssa Valentina Giomi

Copyright © 2023 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy

*L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.*

# Indice

**Introduzione** pag. 9

**1. Politicità e diritto. Termini, questioni, sfide** » 17
1. Il diritto rilevante per la politicità e la politicità rilevante per il diritto » 17
2. La dimensione politica sul piano costituzionale » 25
3. L'osservazione della realtà come base per un modello di rapporto fra diritto e politica » 32
4. L'immagine giuridica dell'atto politico. Premesse per un diverso sindacato giuridico » 39
5. *(segue)* e nuove prospettive d'indagine » 42
6. Lo spazio politico impermeabile al diritto e la dimensione autonoma della politicità » 48
7. Decisione politica, elemento politico nella decisione amministrativa discrezionale, atto politico espressione del decidere politico » 55

**2. L'atto politico nella prospettiva giuridica del potere: approcci consolidati e profili di attualità** » 61

*Sezione I*
*L'atto politico e l'indagine dottrinaria sul potere. Aspetti critici*

1. La strada seguita dal diritto nell'indagine sull'atto politico. Il potere come percorso comune a piani distinti » 61
2. La logica della lettura amministrativistica dell'atto politico e del potere non conoscibile dal giudice amministrativo » 67
3. *(segue)* I limiti dell'impostazione seguita » 73
4. La lettura costituzionalistica del potere di origine dell'atto politico » 82

5. *(segue)* I limiti delle elaborazioni sviluppate pag. 88
6. La posizione della Corte costituzionale » 94
7. Atto politico, sovranità, potere politico. Linee evolutive di un rapporto e politicità in senso "oggettivo" » 98

*Sezione II*
*L'atto politico e la lettura del potere nell'opera della giurisprudenza amministrativa: fra identificazione e manifestazione*

1. Il ruolo della giurisprudenza nella definizione della fisionomia dell'atto politico » 105
2. Gli indici giurisprudenziali di riconoscibilità dell'atto politico. Profili storico-ricostruttivi » 108
3. Le più recenti decisioni del giudice amministrativo sulla politicità dell'atto. Profili critici » 113
4. La manifestazione dell'atto politico. Atto politico implicito e atto politico occulto » 116
5. L'atto politico può essere considerato un crittotipo? » 121

**3. L'atto politico come fattispecie di diritto. Coordinate per un nuovo paradigma giuridico** » 125
1. Giuridificare l'atto politico ha un senso? La ricerca della logica (giuridica) delle cose » 125
2. Dall'atto politico all'effetto giuridico » 134
   2.1. Presupposti e condizioni per una giuridificazione dell'atto politico » 134
   2.2. La dinamica del processo della giuridificazione dell'atto politico » 137
   2.3 *(segue)* Il valore espresso dalla qualificazione normativa del fatto politico e la giuridicità condizionata dell'effetto » 142
3. L'idea giuridica del potere come componente necessaria del processo di giuridificazione dell'atto politico » 149
4. Atto politico – rilievo giuridico dell'effetto – pretesa soggettiva e modelli processuali di tutela. Verso un nuovo paradigma » 154

**4. L'apertura alla tutela giudiziale davanti all'atto politico. Il potere politico "garantibile" dal diritto** » 159
1. Atto politico, giuridificazione e giustiziabilità. Dall'inversione di logica alle nuove prospettive » 159
2. Atto politico e funzione giurisdizionale » 168

3. Atto politico e spazio giuridico per la tutela pag. 175
4. L'esigenza di tutela per l'atto politico davanti ai vecchi limiti. Dal limite giuridico del potere... » 181
5. *(segue)* ...al limite del sindacato » 184
6. L'atto di alta amministrazione » 187
7. Verso il potere politico "garantibile" dal diritto » 195

**5. L'apertura per un possibile sindacato del giudice amministrativo davanti all'atto politico** » 201
1. Il parametro normativo dell'art. 7 cpa: condizioni e spazi per una rilettura giuridica » 201
2. Dalla non impugnabilità del potere alla giustiziabilità del risultato della fattispecie » 204
3. Oltre l'insindacabilità del potere: la diversa processabilità dell'atto politico » 213
4. Giuridicità della pretesa, rilevanza dell'effetto e ampliamento della prospettiva di tutela... » 219
5. *(segue)* Un dialogo fra sostanza e processo » 224
6. Il processo come luogo della tutela della politicità giuridica » 230

**6. L'atto politico davanti al giudice: elasticità della tutela e confini giurisdizionali** » 237
1. L'abbandono della logica del potere e la ricerca del "giudice giusto" » 237
2. Lo spazio del giudice amministrativo fra atipicità delle azioni e (presunto) limite dei poteri » 245
3. Atto politico e azione di accertamento. Una nuova pregiudiziale invertita? » 250
4. Atto politico e azione di risarcimento. Le aperture al giudice ordinario » 257
5. *(segue)* e le riflessioni di sistema » 260
6. La proposta ricostruttiva alla prova dei fatti » 266

**Bibliografia** » 269

# Introduzione

L'atto politico è un tema antico a impatto moderno.

La spinta a intentare un nuovo studio sul tema è nata dall'interesse nei confronti dei molti nodi irrisolti che permangono intorno ad una figura priva di valenza dogmatica, ma di sempre più frequente e velato utilizzo, ormai destinata a manifestarsi anche in forma crittotipica.

Si è però ritenuto che proseguire lungo la via già tracciata dai numerosi ed accurati approfondimenti dedicati, nel corso dei decenni, all'atto politico, potesse rivelarsi poco proficuo e scarsamente innovativo.

La necessità di differenziarlo dai precedenti percorsi già consolidati, ha costituito la ragione per spostare l'attenzione verso l'approfondimento del diverso piano dell'analisi giuridica delle conseguenze generate nella dimensione soggettiva dei molti destinatari incisi dall'operare di specifici atti politici a contenuto variabile.

La sfida a costruire le basi per proporre una rilettura giuridica dell'atto politico, ha indotto a seguire "percorsi del diritto", alternativi rispetto al passato ed innovativi rispetto alla prospettiva di accrescimento della tutela soggettiva.

Il condotto processo di giuridificazione dell'atto politico, in ragione del quale si è conferito valore giuridico agli effetti da esso scaturiti ed alle pretese di giustiziabilità maturate in capo ai destinatari, ha rappresentato il prodromo per la ricerca delle forme di tutela esperibili dal soggetto inciso, mediante una valutazione degli strumenti processuali impiegabili negli attuali modelli processuali vigenti all'interno del nostro ordinamento.

La prospettiva sintetizzata ha come obiettivo quello di sostenere che, di fronte alla riconosciuta esistenza di una giuridicità non rinnegabile – laddove si interpreti la norma consacratrice dell'atto politico legale secon-

do una logica ancorata all'interesse originario valorizzato dal legislatore –, non possa disconoscersi all'atto politico una giustiziabilità processuale.

L'approdo della prospettiva seguita mira a completare il valore giuridico acquisito dalla reazione opponibile dal soggetto destinatario dell'atto politico, ormai trasformato in fattispecie giuridica, con nuove "forme di tutela" aperte a percorsi processuali al momento non ancora sperimentati, ma non formalmente preclusi sul piano generale.

Ciò perché si è ritenuto che le problematiche ad oggi insolute debbano essere ricondotte ad un dato reale che sollecita l'interesse dell'osservatore (anche non giuridico) verso una crescente esigenza di attenzione giurisdizionale invocata nei confronti delle pretese vantante verso atti politici ad impiego incrementale ed a geometria variabile.

Su di esse si concentra il massimo sforzo teorico per giungere al conferimento di un rilievo giuridico proprio in ragione della concretezza da cui muovono.

La logica seguita ha preso avvio dalla constatazione che l'originaria distanza fra diritto e politica, considerati elementi diversi che vivono e si esprimono attraverso dinamiche relazionali proprie, possa trasformarsi in un rapporto a rilievo giuridico solo all'esito di una precisa scelta che ne definisca le condizioni e le regole di operabilità.

Così è stato per la Costituzione, il cui disegno ordinatorio, frutto di scelte politiche ben ponderate, esprime al suo interno l'esito dell'interazione fra le due componenti.

Al di fuori però di una qualche forma di regolamentazione, lo spazio del diritto e lo spazio della politica rimangono definiti secondo le logiche di appartenenza, almeno fino a che non sorgano necessità che impongano un ripensamento.

Lo spazio dedicato, nella parte introduttiva del lavoro, all'approfondimento di alcune recenti situazioni in cui elemento politico ed elemento giuridico, pur reclamando la propria autonomia, si sono intrecciati in vista della risoluzione di questioni problematiche altrimenti foriere di disequilibri, dimostra che un punto di convergenza, per quanto difficile, possa sempre trovarsi.

Conferma anche che l'ausilio regolatorio del diritto, pur nel rispetto dello spazio politico, vada sempre auspicabilmente orientato verso una logica che mira a risolvere o quanto meno a non trascurare una criticità emergente.

Seguendo tale impostazione si è ritenuto che anche l'atto politico, per come qui associato ad una accezione della politicità che connota, per differenza, il carattere essenziale dell'elemento giuridico, nel rendere la com-

ponente politica distinguibile dalle altre forme di impiego della medesima nei molti processi regolati dal diritto, esprima un preciso compromesso finale di un rapporto fra due processi decisionali distinti.

La formula legale identificativa del punto di equilibrio prescelto è stata varata con un disposto contenuto nella normativa del 1889.

Il precetto è stato trasfuso, senza alcuna alterazione, nell'art. 7 del cpa.

Con esso si dispone che non possa essere impugnato davanti al giudice amministrativo un atto in esercizio del potere politico del Governo.

Argomentando intorno alla logica del precetto, si è preferito ricercare non tanto gli indizi per edificare un fondamento giuridico del potere politico, quanto piuttosto il valore espressivo dell'interesse fatto proprio dal legislatore, attraverso la scelta di riporre l'attenzione del diritto nei confronti del fatto politico.

A sollecitare un ripensamento nei confronti della norma è stata la criticità maturata in seguito alla permanenza ed alla resistenza della medesima all'interno e nei confronti di un contesto ordinamentale variato.

A guidare il ripensamento è l'idea che sussistano spazi ancora utilizzabili dal diritto in funzione di accrescimento della tutela soggettiva: per tale via potrebbe compiersi un passo in avanti verso il rimedio di perduranti questioni innescate in tema di atto politico.

Ponendosi oltre l'interpretazione che riduce la portata della norma alla regolazione del rapporto fra spazio di conoscibilità del potere politico e tipologia di sindacato esperibile dal giudice amministrativo, è possibile rileggere la medesima come espressione della più generale scelta, voluta e deliberata in sede di politica legislativa, di trasformare un fatto politico in un fatto giuridico, così consacrando il suo ingresso nell'ambito del diritto.

Secondo la prospettazione proposta, la previsione legislativa con cui si definisce l'ingresso dell'atto politico nell'ambito giuridico, reca con sé l'intento di avviare un processo di giuridificazione di uno specifico fattore politico.

La trasformazione giuridica del fatto politico espressione di un potere, ricalca lo schema teorico della fattispecie, di cui sposa gli elementi compositivi essenziali ed il meccanismo dinamico di produzione giuridica degli effetti, rendendo in tal modo rilevanti, per il diritto, le conseguenze generate dall'esistenza stessa dell'atto politico.

Solo a condizione di accettare l'identificazione dell'atto politico con una fattispecie giuridica è possibile impostare gli effetti conseguenti in termini di "risultato giuridico".

Affinché il nuovo paradigma di atto politico possa operare come fattispecie giuridica occorre che esso si mantenga all'interno del modello

operativo dalla medesima tracciato, poichè solo nel rispetto del perimetro delineato dalla teorica giuridica generale può avviarsi, anche per l'atto politico, un processo di produzione giuridica dell'effetto, il cui rilievo è teorizzato sul piano del diritto.

Per tale ragione una parte rilevante del lavoro sarà dedicata alla identificazione degli elementi di cui si compone l'atto politico ed alla successiva verifica di tenuta in relazione al generale impianto teorico preso a riferimento.

La valorizzazione dell'efficacia generata dall'esistenza della "fattispecie-atto politico", in quanto conseguenza diretta della rilettura giuridica dell'atto politico, consente di conferire rilievo alla dimensione soggettiva da esso incisa, così attivando forme di protezione operanti sul piano processuale.

È la trasformazione compiuta ad innescare un progressivo distacco dalla linea di indagine seguita dagli studi precedenti, tutti incentrati sull'essenza qualificante il potere politico e sulle dinamiche che ne definiscono l'operare istituzionale, ora in rapporto agli altri poteri, ora in relazione alla conoscibilità giurisdizionale ai fini della tutela degli interessi soggettivi.

L'impostazione qui fatta propria, nel porre al centro la fattispecie dell'atto politico, abbandona la via dell'analisi dell'atto politico condotta mediante la ricostruzione degli elementi connotativi del potere, rispetto a cui sono stati definiti i parametri di esistenza giuridica dell'atto politico.

Si concentra, piuttosto, sull'effetto del rilievo giuridico generato dal suo operare nell'ambito dello spazio in cui l'atto politico è reso visibile dal diritto, per poi convogliare l'attenzione sul modo in cui la tutelabilità prende forma in sede porcessuale.

La giuridicità, dunque, come strumento di perfezionamento della tutela e come via per assicurare la giustiziabilità dell'atto politico.

La nuova via percorsa è preceduta dall'analisi dei limiti incontrati dai precedenti studi.

Per tale ragione si è dato conto dei traguardi parziali conseguiti, sul piano dottrinario e giurisprudenziale, dallo sforzo di intentare la costruzione di un paradigma espressivo del concetto giuridico associato all'atto politico, mediante una tipicizzazione parametrica priva di un supporto legale.

Si è altresì messo in luce il rischio di emersione di un modello crittotipico di atto politico che, stante l'inadeguatezza del supporto legale, finisca per dilatare forme e modi di impiego del medesimo, favorendone una applicazione decontestualizzata dalla logica d'origine.

Non si è neppure trascurato il rapporto fra la figura dell'atto politico e le dinamiche ed i principi costituzionali, così da saggiarne la tenuta in relazione alle garanzie da essa introdotte.

Si è però, al fondo, constatato che, ogni passo condotto nell'approfondimento del potere come ragione giustificativa del limite della politicità opponibile all'esercizio della funzione giurisdizionale esperibile per soddisfare le istanze di tutela maturate dinnanzi all'effetto generato dall'atto, ha finito parimenti con lo scontrarsi con un nucleo inaccessibile alla logica del diritto.

La politicità giuridica si arresta sempre davanti allo scrutinio del giudice teso ad indagare le dinamiche di esercizio di quel potere e volto a ricostruire le valutazioni sottese alla logica seguita da chi quel potere lo ha esercitato.

In ciò consiste l'architrave inespugnabile dell'esistenza giuridica dell'atto politico.

Pur nella differente prospettiva del diritto amministrativo e del diritto costituzionale, la strada della radiografia giuridica della natura e dell'atteggiarsi del potere politico, fonte dell'atto di cui si reclama tutela, non riesce a consegnare al diritto la sfera della dimensione politica in cui la decisione è maturata.

Ciò per doveroso rispetto di un equilibrio istituzionale fra i poteri.

Non giungere mai all'opzione zero implica comprimersi fino al solo punto della sostenibilità giuridica, mai oltre.

La linea tracciata dalla Consulta nelle note pronunce qui richiamate, funge da monito di orientamento e da costante supporto alla giurisprudenza amministrativa che, comunque, aveva già isolato quel nucleo inarrivabile dal giudice, impostando la questione dell'atto politico entro le strette maglie del sindacato di legittimità dell'atto amministrativo.

Il giudice del potere pubblico davanti all'atto politico non poteva procedere oltre nella conoscenza del modo di esercizio del potere perché l'atto politico, se dichiarato tale, si configurava inoppugnabile.

La non processabilità del potere politico sottraeva al giudice il compito di condurre il proprio scrutinio in rapporto al modello processuale nel quale avrebbe esercitato la propria funzione.

Ciò implicava riconoscere, dinnanzi all'atto politico, la frapposizione di un limite alla giustiziabilità; in caso contrario, non essendo considerato l'atto espressione della politicità ostativa, ma ritenuto riconducibile ad una categoria intermedia (cosiddetta di alta amministrazione) poteva consentire al giudice di effettuare un sindacato limitato ai profili minimi di conoscenza dell'esercizio del potere.

Il risultato cui si perviene dalle molteplici direzioni esaminate, consegna un'idea di politicità giuridica che fa salva la valutazione giurisdizionale

del nucleo fondativo del potere politico volto a definire l'oggetto dell'atto politico.

Tale immagine, non riuscendo a scalfire "il fatto politico" posto alla base del fatto giuridico generatore di conseguenze di rilievo per il diritto, si colloca su una differente linea dalla qui proposta lettura che vede l'atto politico come fattispecie giuridica volta ad esprimere l'immagine che il diritto ha voluto fornire all'atto politico.

Qualsiasi indagine che muova dall'essenza del potere, infatti, preclude al diritto l'accesso agli effetti ed alle conseguenze generate dall'atto politico.

Fermo restando il limite di conoscibilità giurisdizionale della connotazione e della dinamica di esercizio del potere politico, qui non discusse, la giustiziabilità si indirizza nei confronti dell'esito dell'esercizio del potere espresso nell'atto.

Avendo accolto la configurazione giuridica dell'atto politico nel suo complessivo essere fattispecie, non si giustificherebbe una preclusione giurisdizionale alla conoscibilità, da parte del giudice, del suo operare nell'ambito del diritto.

Il rilievo acquisito dalla pretesa giuridica alla valutazione, nella sede giurisdizionale "naturale", dell'effetto (giuridico) generato dall'atto politico, attiva la sua giustiziabilità.

È quindi la costruzione, in esito alla acquisita giuridicità dell'atto politico, di una pretesa soggettiva al rispetto della rilevanza giuridica delle conseguenze prodotte dalla stessa esistenza dell'atto politico, a fondare la praticabilità astratta di un percorso di tutela giurisdizionale.

Si sostiene, infatti, che solo una reale giustiziabilità dell'effetto dell'atto politico conduca all'esistenza di un atto politico garantibile dal diritto.

Per aversi reale giustiziabilità si è dovuto allora vagliare i limiti della tenuta interpretativa della norma, per escludere preclusioni esplicite in tal senso e per saggiare la possibilità di orientamento del precetto verso la lettura proposta.

All'esito di tale verifica si è concluso che il significato giuridico della formula testuale non deponeva in senso restrittivo, ben potendo la portata limitatrice dell'accesso al giudice essere circoscritta all'ancoraggio della previsione alla logica specifica su cui è stata pensata, in rapporto al modello processuale originario, incentrato sul giudizio impugnatorio-caducatorio dell'atto.

In assenza di limitazioni esplicite si è allora ritenuto possibile dissociare la previsione della non impugnabilità dell'atto politico dall'idea che dietro

tale precetto si celasse una generica preclusione nei confronti della conoscibilità giurisdizionale dell'atto politico nel suo manifestarsi effettivo.

Si è concluso che l'inoppugnabilità continuasse a rappresentare la corretta garanzia per la non valutabilità giurisdizionale di quel nucleo incomprimibile di politicità del potere pubblico che pertiene all'essenza stessa del nostro ordinamento democratico.

Si è parimenti osservato come il limite all'impugnazione dell'atto politico non fosse idoneo a divenire, in base ad una logica differente, il generico confine dell'accessibilità giurisdizionale per le pretese soggettive maturate davanti all'atto politico giuridificato.

Il processo di giuridificazione intrapreso perderebbe di significato se si arrestasse di fronte alla impraticabilità della tutela richiesta al giudice per valutare, nella sede opportuna, l'esito giuridico dell'esercizio dell'atto politico.

Tale apertura alla giustiziabilità per mezzo della ridefinizione del limite alla accessibilità giurisdizionale davanti all'atto politico è la traduzione, sul piano processuale, della giuridicità della pretesa sostanziale sorta in seguito all'esistenza della fattispecie della politicità giuridica.

Non si tratta, quindi di ripensare in termini pervasivi la processabilità dell'esercizio del potere politico, ma si tratta di estendere la processabilità ad un diverso oggetto, costruito per derivazione dall'esercizio del potere politico mediante l'atto.

Il richiamo alla concretezza sotteso alla proposta formulata impone che lo sforzo condotto si concluda con il rinvenimento, nell'attuale contesto processuale, di possibili strumenti utilizzabili dal titolare della pretesa di giustiziabilità vantata davanti all'atto politico.

La diversa modalità in cui si atteggia l'effetto prodotto dall'atto politico contribuisce a definire l'oggetto della richiesta esperibile al giudice e, di conseguenza, l'ambito giurisdizionale al quale rivolgersi.

La ricerca del "giudice giusto", da condursi nel rigoroso rispetto del perimetro tracciato dai principi giurisdizionali dettati dalla Costituzione, rimette la questione della giustiziabilità dell'atto politico davanti a giudici diversi e affida alla forza creativa dell'operatore giurisdizionale la praticabilità reale dell'accesso alla tutela.

Per un verso, stante l'attuale vigenza di un principio di atipicità delle azioni come asse portante del codice processuale amministrativo, non si ritiene precluso l'esercizio dell'azione di accertamento davanti al g.a in ordine alla richiesta di chiarimento sull'esistenza e sul confine di esercizio del (presunto) potere politico.

Trattandosi, nella specie, di una domanda fondata sul perimetro esterno di esercizio del potere e volta ad ottenere una statuizione dichiarativa sullo stato di esistenza e consistenza del potere pubblico (anche politico), ci è parso che la soluzione potesse essere considerata praticabile e sostenibile.

Ciò specialmente laddove si tenga conto che tale strumento rappresenterebbe l'unico modo per soddisfare l'esigenza di perimetrare l'essenza della pretesa soggettiva dell'istante che, in tal caso, potrebbe configurarsi addirittura in modo autonomo rispetto all'esercizio del potere amministrativo.

Per altro verso, si ritiene invece che ogni volta in cui la pretesa alla rilevanza giuridica dell'effetto generato dall'atto politico si concretizzi nella richiesta di un risarcimento per il pregiudizio patito, non essendo ancorabile ad una situazione di previa conoscenza dell'esercizio, neppure mediato, del potere pubblico-politico, il fatto dannoso non sarebbe idoneo ad essere ricondotto alla giurisdizione del g.a.; l'incisione generata dovrebbe quindi essere resa conoscibile davanti al giudice ordinario; ciò attivando conseguenze non di poco conto di cui si è preso consapevolezza.

I limiti intrinseci all'azionabilità dalla pretesa non paiono però idonei a sconfessare la tesi sostenuta.

L'idea che la assiste muove dal convincimento che, a quadro normativo difficilmente variabile, residui un interessante margine per avviare una sfida giuridica a fare propria una esigenza filtrata da un dato reale: se il diritto non può contenere, regolare o scrutinare l'impiego dell'atto politico o se, per altra via, può continuare ad accettare il permanere di aree di assoluta immunità giurisdizionale davanti all'esercizio di pubblici poteri, non deve sottrarsi alla necessità di porre rimedio alla causa da cui origina l'alea di disvalore ad esso connesso.

In questo senso si ritiene che trascurare gli effetti scaturiti dall'atto politico, aumenti la percezione di opacità del potere.

La costruzione di un percorso di giustiziabilità ci è parso un primo passo nella direzione auspicata.

Siglare il lavoro svolto con la scelta di un titolo dal valore ossimorico non vuole quindi apparire come una provocazione ma vuole aprire al perfezionamento nuovi percorsi giuridici che, sfruttando lo spazio della dimensione giurisdizionale, riconcilino il diritto con le esigenze della realtà.

# 1.
# Politicità e diritto. Termini, questioni, sfide

Sommario: 1. Il diritto rilevante per la politicità e la politicità rilevante per il diritto. - 2. La dimensione politica sul piano costituzionale. - 3. L'osservazione della realtà come base per un modello di rapporto fra diritto e politica. - 4. L'immagine giuridica dell'atto politico. Premesse per un diverso sindacato giuridico. - 5. *(segue)* e nuove prospettive d'indagine. - 6. Lo spazio politico impermeabile al diritto e la dimensione autonoma della politicità. - 7. Decisione politica, elemento politico nella decisione amministrativa discrezionale, atto politico espressione del decidere politico.

## 1. Il diritto rilevante per la politicità e la politicità rilevante per il diritto

In un celebre saggio Norberto Bobbio affermava che «il potere senza diritto è cieco, il diritto senza potere è vuoto»[1].

Eppure, politico e giuridico appartengono a due mondi diversi[2].

1. N. Bobbio, *Dal potere al diritto e viceversa*., in *Riv. Fil*., 73 (1982), 346.

2. Nettezza di mondi che si traduce in separazione degli obiettivi posta alla base delle scelte metodologiche sulle quali si sviluppano molti studi giuridici, vedi L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria della democrazia e del diritto*, Roma-Bari, 2007, dove si pone a base un modello normativo dominato dal fattore legale ed epurato dai giudizi di valore e con scelte ideologico-politiche. Il tema, antico, sconfinato e ricco di implicazioni, ha dominato nei secoli i principali studi delle scienze giuridiche guidando i Padri della filosofia nella costruzione delle dinamiche con cui politica e diritto si rapportano al soggetto per definire gli elementi strutturali del contesto sociale in cui egli si sviluppa: al riguardo, è proprio nel diverso modo di costruire la modalità della prima di essere filtrata con le regole del secondo che si coglie la tensione di associare differenti manifestazione della volontà umana, vedi, per esempio, le opposte letture di Platone e di Aristotele; il primo, che ad una iniziale negazione di una giuridicizzazione della politica sostituisce la teorizzazione dell'arte

Sono entrambi configurabili in termini scientifici[3], ma sono organizzati secondo regole proprie il cui articolarsi dà vita a rapporti espressivi di una molteplicità di modelli che non divengono sempre combinabili[4], né ancor meno sempre ordinabili con le categorie del giurista[5].

Se il fenomeno dell'aspirazione al diverso non è nuovo per il diritto[6], ormai chiamato a misurarsi di continuo con nuovi traguardi rego-

politica entro parametri giuridici che la elevino a custode delle norme e dell'ordinamento giuridico, cfr. E.V. Maltese (a cura di), *Platone*, *Tutte le opere*, traduzione E. Pegone, Roma, 2009; il secondo che sulla dimensione "naturalmente" politica dell'uomo sviluppa la propria concezione giuridica delle forme di governo, cfr. R. Pegone (a cura di), *Politica*, Aristotele, Bari, 2007.

3. In generale sulle basi della rappresentazione scientifica del diritto, A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, VI ed., Milano, 2008, 238. Più nello specifico, con riferimento alla ricostruzione del diritto amministrativo in termini di scienza, rispetto a cui non sono stati mai avanzati dubbi in ordine alla sostenibilità, va tuttavia precisato che qui l'identificazione dell'oggetto del diritto mediante il rigore del sistema scientifico si costruisce attraverso l'intreccio con la questione metodologica, su cui è imprescindibile il rinvio agli studi originari di V.E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Arch. giur.*, XLII, fasc. I, 1889; M.S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, XVIII, 1940,ora in *Quad. fiorentini*, 1973, 2, 179, per la cui analisi congiunta vedi S. Cassese, *Tre maestri del diritto pubblico*, Napoli, 2012 e più in generale A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, in *Quad. fiorentini*, 2009, 84; interessanti spunti al dibattito sono ricavabili anche da G. Azzariti, *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989. In termini meno pacifici è l'applicazione del metodo scientifico alla politica, scevra per definizione a sottostare ad inquadramenti rigorosi per essere ricondotta a categorie predefinite, su cui vedi, ma senza esaustività, M. Cotta – D. Della Porta – L. Morlino, *Scienza politica*, Bologna, 2008 e per una prospettiva dell'applicazione del metodo scientifico allo studio della politica con taglio internazionale W. Clark Roberts – M. Golder – S. Nadanichek Golder, *Principi di scienza politica*, ed. it. a cura di Fabio Franchino, Luigi Curini, Daniela Giannetti, Milano 2022.

4. Imprescindibile il richiamo al celebre discorso pronunciato, in sede monegasca e su invito della sezione locale del Freistudentische Bund, da M. Weber, *Politica come professione*, rinvenibile nella forma completa in M. Weber, *La scienza come professione. La politica come professione*, trad. H. Grunhoff – P. Rossi – F. Tuccari, Torino, 2004.

5. Di recente, sul superamento della inconciliabilità originaria di due elementi assiologicamente differenti che, però, possono funzionalmente convivere, all'interno di un preciso disegno costituzionale, in un intreccio dove l'agire politico (cioè la volontà politica) diviene legittimo nella misura in cui riesce a rapportarsi a quella dimensione democratica perimetrata da valori e principi fissati dal diritto, A. Baldini, *Costituzione e razionalizzazione della politica. Aspetti problematici di un distico dilemmatico in "moto perpetuo"*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020.

6. Non è infrequente allora pensare al diritto come strumento di regolazione di fenomeni non giuridici che impongono un costante adeguamento del primo alle esigenze

latori[7] che aprono la strada a stimolanti sfide per le vecchie categorie ordinanti[8], il rischio che qui si paventava, all'ombra di una possibile unione disfunzionale[9], non è trascurabile.

L'evocato pericolo induce a vigilare su quelle forzature che fanno sorgere ibridazioni pericolose per la tenuta del sistema democratico[10], a meno di non decidere di cambiare prospettiva di osservazione e regole di valutazione[11].

emerse nei vari settori della realtà sociale: si pensi alle sfide avviate dalla commistione del diritto con l'arte, su cui di recente L. Castelli – S. Giudici, *Conversazioni in arte e diritto*, Torino, 2021 o su quelle del cinema, su cui O. Roselli, *Cinema e diritto. La comprensione della dimensione giuridica attraverso la cinematografia. Atti del Convegno* (Firenze, 30 novembre 2020), Torino, 2020 o della fotografia S. Dell'Arte, *Fotografia e diritto*, Padova, 2015.

7. Per interessanti spunti sul tema del mutamento della giuridicità nei suoi caratteri costitutivi in ragione della necessità di rendere il diritto multidimensionale, sfidando dall'interno le stesse categorie in cui opera per adeguarsi ai nuovi bisogni delle altre scienze, vedi di recente O. Roselli, *Un problema di natura costituzionalistica: la ricerca di che cos'è diritto oltre le sole disposizioni. Il contributo di scienze ed arti*, *in Riv. AIC*, 2, 2022.

8. Vedi, di recente, P. Grossi, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020.

9. Che l'unione fra politica e diritto possa creare circuiti disfunzionali è ricordato da D. Panzarola, *Considerazioni sul cd. processo politico*, in *Judicium*, marzo 2021, il quale, nel dar conto di come un certo impiego della connotazione tipica della prima condizioni l'esercizio dell'attività giurisdizionale, si sofferma sul modo in cui il processo, espressione della giurisdizione, da strumento di realizzazione di quell'ordine nella convivenza umana al quale mira la politica, divenga luogo di sovversione degli spazi dei poteri e di affermazione di logiche non giuridiche.

10. Ancora sul rapporto fra l'esercizio dell'attività politica e l'operare del diritto per mezzo dell'impiego della funzione giurisdizionale, si veda una recente rilettura critica da S. Cassese, *Il governo dei giudici*, Bari-Roma, 2022, che si sofferma sugli squilibri generati da una attività politica progressivamente svuotata del significato primario e che finisce per essere svolta in via di supplenza – in ambiti e con strumenti che non le sono propri – da parte di una magistratura sempre più spesso protesa ad occuparsi di questioni che eccedono la funzione giurisdizionale istituzionale; si assiste ad una trasformazione che impatta negativamente su entrambe le sfere, ormai modificate nella natura originaria ed incapaci assolvere ciò cui sono funzionalmente destinate; a conclusioni non dissimili, ma in prospettiva diversa vedi anche G. Verde, *Giustizia, politica, democrazia. Viaggio nel Paese e nella Costituzione*, Catanzaro, 2021.

11. Nell'ottica delle scienze sociali, come ricorda D. Grimm, *Diritto e politica*, in *Enc. Scienze sociali*, 1993, le coordinate per una interrelazione fra diritto e politica si sono sviluppate a seguito della positivizzazione del diritto che ha mutato il processo formativo di quest'ultimo, incidendo sul modo di formazione delle regole da esso prodotte; ciò ha di conseguenza trasformato il rapporto del diritto con la politica ed ha reso la politica il luogo di formazione delle decisioni giuridiche, così ancorando la validità ed il contenuto di queste ultime al momento politico, ormai divenuto un sistema stabilizzato in seguito al perfezionamento del ruolo della politica.

Per impostare il cambiamento senza snaturare il profilo deontologico di ciascuna delle due dimensioni, bisogna attenersi alla logica che spinge verso una lettura unitaria[12] ed escludere che l'obiettivo sia un assoggettamento a-finalistico del fenomeno politico al diritto o viceversa.

La ragione che anima tale commistione origina da un bisogno specifico.

Ricorrendo al diritto per dare un ordine giuridico ad una certa manifestazione dell'attività politica che si presta a non essere confinata entro le regole proprie di quest'ultima[13], si accoglie il bisogno di soddisfare esigenze giuridiche scaturite dal fatto politico.

Il fenomeno è ben visibile nel processo di costruzione della scienza giuridica del diritto europeo, del quale si è evidenziato il rischio di perdita della necessaria razionalità, connesso all'aver affidato l'opera edificatoria alla politica[14].

Il diritto, dunque, come risposta auspicabile dinnanzi alle conseguenze di una certa modalità di manifestarsi della politica e la politica come generatrice di una incidenza su soggetti del diritto (determinabili), che attiva (anche) una connessa esigenza di tutela.

Non a caso è stato osservato come nelle democrazie pluraliste, incentrate sulla supremazia delle Costituzioni rispetto a fonti diverse (come appunto il potere politico), il frutto della progressiva giuridicizzazione che ha investito proprio l'ordine costituzionale dello Stato moderno, ha finito per ridisegnare l'iniziale ruolo della politica.

La politica ha cessato di divenire guida ed interprete di buona parte dei processi che, tramite essa, avrebbero dovuto condurre il diritto

12. Si richiama qui la lettura identitaria di cui parla G. Calogero, *La scuola dell'uomo*, Firenze, 1939, 15, per il quale «la legge non esiste se non come volontà di legge [...] e la politica è sempre un processo di instaurazione di un diritto [...] che dovrà essere valutato con il medesimo criterio della giustizia con cui si valuta la legge».

13. Non diversamente da quanto accaduto in altri contesti, quale quello economico, in cui il diritto, secondo una interessante dottrina, ha rappresentato non un fenomeno originario, ma uno strumento per dar vita, attraverso gli orientamenti politici di cui era portatore, ad una costruzione artificiale fondata sulla tecnica di giuridicizzazione dell'economia in dipendenza di decisioni politiche, vedi N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari-Roma, 1998.

14. Come di recente esplicitato da A. von Bogdandy, *La condizione attuale della scienza giuridica europea alla luce del saggio di Carl Schmitt*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2020, 996, qui 1001, «oggi la costruzione di una scienza giuridica europea è un compito politico; è condotta non tanto dalla scienza, quanto dalla politica». Pur nella diversità di contesto la maturata affermazione offre sostegno all'idea, qui sostenuta, che la combinazione fra diritto e politica non sia mai ispirata ad un prototipo originario che ne caratterizza il procedimento integrativo, ma sia ritagliata sulle singole esigenze che spingono le due sfere a mettersi l'una a servizio dell'altra, accettando i rischi che tale contaminazione attiva.

verso la costruzione di un contesto giuridico adeguatamente rappresentativo delle dinamiche sociali ed economiche, per come raffigurate dal disegno costituzionale e per come espressive dei bisogni della società in evoluzione.

Abdicando al suo ruolo principale, la politica ha cessato, con sempre maggiore frequenza, di essere la spinta portante del diritto proprio in quei settori dove sarebbe stato necessario che lo fosse e tale vuoto, che non poteva permanere a lungo, è stato colmato, per sostituzione, dalla spinta interpretativa offerta dai giudici che delle basi istitutive ordinamentali sono garanti[15].

Ciò ha consentito alla giustizia costituzionale di introdurre impattanti criteri di razionalità materiale nel controllo del "conquistato" processo politico e, all'esito di questa operazione, è stato proprio il processo politico a divenire intelligibile al diritto attraverso le garanzie ed i rimedi predisposti dalla seconda[16].

In questa nuova rete di relazioni dinamiche, non stupisce che gli effetti generati dall'attività posta in essere dalla politica mediante strumenti da essa stessa disponibili in modo esclusivo, si manifestino diacronici rispetto all'operato del diritto e risultino difficilmente inquadrabili nella logica di quest'ultimo.

Si assiste allora ad un riallineamento successivo fra politica e diritto ogni volta in cui l'esito dell'attività della prima, pur con ogni difficoltà e rischio del caso, invochi il soccorso regolatorio del secondo per stabilizzarne gli effetti o per tentare di armonizzare questi ultimi con il contesto giuridico in cui sono destinati ad impattare.

Due recenti esempi inerenti a vicende a forte impatto istituzionale possono divenire emblematiche rispetto a quanto sostenuto.

Il primo riguarda la crescente necessità di dare una forma giuridica al bisogno di tutela dei soggetti iscritti avverso gli atti compiuti dai partiti politici di appartenenza; il secondo concerne la definizione giuridica del perimetro dei cosiddetti "affari correnti" rimessi in capo all'Esecutivo uscente nel periodo intercorrente fra lo scioglimento delle Camere e la formazione del nuovo Governo.

15. Una posizione critica molto forte in relazione al fenomeno descritto è assunta da E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1999.

16. In tali termini si esprime S. Cassese, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015, 32-33, assumendo una posizione critica nei confronti delle Corti costituzionali che utilizzano il diritto per "interessarsi" di politica, così spostando la conflittualità tipica di questo ambito in un terreno giuridico che può essere "dominato".

Nel primo caso, la giuridificazione dell'attività del partito politico è indotta dalla necessità di approdare ad una certa tipologia di tutela[17] di posizioni che hanno acquistato, per mezzo del contesto politico ma al di fuori di esso, un rilievo giuridico[18], tanto da escludere che possa essere evocata la categoria dell'atto politico per giustificare, attraverso l'insindacabilità degli atti, una più generale irresponsabilità[19].

Sullo sfondo sta l'assentito duplice presupposto che tale risposta sia diversa da quella propria del contesto politico[20] e che l'intero contesto politico da cui trae origine sia assoggettabile al diritto[21].

La questione, va rammentato, non è certo avulsa da un più complesso quadro evolutivo e di trasformazione del ruolo della politica e dei luoghi e dei modi in cui essa si manifesta[22].

17. La distinzione è conseguenza della diversità della fonte della responsabilità, che sposta l'oggetto e l'effetto della tutela: si tratta qui di elaborare soluzioni alternative alla responsabilità politica, i cui caratteri non sono sempre certi, come dimostra la discordanza dottrinaria, vedi G.U. Rescigno, *Responsabilità politica*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 1344; P. Caretti, *Responsabilità politica*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991e G. Pitruzzella, *Responsabilità politica*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, 290, ma che sembra potersi ricomporre proprio in relazione ai partiti, così L. Basso, *La disciplina legislativa del partito politico*, in *Rass. Parl.*, 1963, 29.

18. Un caveat al processo (talvolta disfunzionale) che ha guidato la personificazione partitica viene già da V. Baldini, *La responsabilità politica nella esperienza della forma di governo parlamentare italiana. Tra istanze di razionalizzazione del modello costituzionale e decrittazioni della comunicazione pubblica*, in *Riv. AIC*, 4, 2011.

19. Cfr. E. Grosso, *La dilatazione delle immunità politiche e la fuga dalla responsabilità: una tendenza non solo italiana*, in *www.costituzionalismo.it*, 2003.

20. Occorre però rammentare che la diversità di fonte della responsabilità politica non preclude a forme di trasformazione interne al modello, come rilevato da M. Gola, *Riflessioni in tema di responsabilità politica e Amministrazione pubblica*, Milano, 1998, qui 5, che osserva il progressivo formarsi «di una specifica fattispecie di responsabilità in via di espansione nel recente periodo e che assume rilevanza giuridica al di fuori di procedimenti giurisdizionali: si tratta dei casi in cui l'apparato pubblico interviene a tutela di sé stesso, nel senso che si trova nella condizione di dover verificare la permanenza della sua ragione istituzionale».

21. Il fenomeno è ampiamente ricostruito da recente dottrina, vedi R. Dickman, *La sindacabilità degli atti dei gruppi parlamentari in quanto comunità politiche*, in *Federalismi*, 10, 2021 e N. Pignatelli, *La giustiziabilità degli atti dei partiti politici fra autonomia privata ed effettività della tutela giurisdizionale: un modello costituzionale*, in *Atti convegno Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, Napoli Università Federico II 14-15 giugno 2019, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2, 2019, 84, la cui analisi, non a caso, muove proprio dalla traslazione del conflitto politico al conflitto giuridico; in prospettiva simile, A. Saitta, *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2, 2019, 166.

22. Solo per limitarsi ai lavori più recenti e di maggior attinenza con la prospettiva prescelta, vedi, in una prospettiva più generale, D. Giannetti – A. Pedrazzani – L. Pinto (a

In diversa ma parallela prospettiva si colloca la questione dei limiti giuridici al disbrigo degli affari correnti per il Governo dimissionario, nelle more della risoluzione della crisi politica.

Lo sforzo di rendere giuridico ciò che non lo è dall'origine[23], al netto delle diverse ragioni che lo hanno alimentato[24], approda ad un autovincolo che, varato nella forma di direttiva, assume contorni giuridici definiti e conferisce un diverso valore al fatto politico, rendendolo intelligibile al diritto.

Gli esempi scelti testimoniano come la spinta acceleratoria alla giuridificazione di atti ritenuti tipica espressione dell'operare politico, investa il diritto di un ruolo di regolatore di accadimenti politici dall'impatto non neutro e imponga a quest'ultimo un costante sforzo adattivo per consentire al neo-costituito rapporto politica/diritto di piegarsi funzionalmente alle esigenze per cui è sorto.

Quando questo non accade si ritiene che il processo avviato subisca un arresto rispetto al quale occorre ricercare meccanismi di ripartenza per non vanificare l'intera logica seguita.

Quanto rilevato induce però a perimetrare l'intervento del diritto sul fattore politico in ragione dell'utilità e della sostenibilità giuridica di quello specifico segmento del fenomeno politico, non oltre.

E ciò a prescindere dall'interscambio costante che mantiene vivo il legame e l'influenza reciproca fra i due mondi, attraverso una dialettica che non vuole essere formalizzata ed ingessata con regole giuridiche.

La dimensione politica oggetto di interesse per il diritto, nei limiti sopra indicati, deve a sua volta prestarsi ad essere sussunta sul piano giuridico senza particolari forzature ed in misura unitaria, cioè non frammentabile.

Detto in altri termini, la giuridificazione di quell'attività politica di cui si compie la trasformazione, consegna agli strumenti del diritto l'agire politico inteso in ogni sua manifestazione, comprensiva anche dell'effetto (politico) generato.

cura di), *Lo spazio della politica. Partiti e politiche da Berlusconi ai populisti*, Bologna, 2022 e G. Bonfiglio, *I partiti e la democrazia. Dall'art. 49 della Costituzione italiana ai partiti politici europei*; sull'impatto della digitalizzazione sulle attività dei partiti, P. Gerbaudo, *I partiti digitali. L'organizzazione politica nell'era delle piattaforme*, Bologna, 2020.

23. Permangono infatti i dubbi di giuridicità da una parte della dottrina, che fatica a riconoscere il carattere giuridico a ciò che si caratterizza per un contenuto assai indeterminato, così A. Vignudelli, *Diritto costituzionale*, Modena, 2010.

24. Per alcuni si tratta di positivizzare un principio di correttezza, così G. Rolla, *Il sistema costituzionale italiano*, I, Milano, 2018; per altri di specificare un obbligo giuridico inespresso, vedi R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011.

Si può allora anticipare che, anche nel caso dell'indagine sull'atto politico, la questione politica si ponga come prodromica alla risoluzione di una questione di carattere giuridico, per poi però svilupparsi in modo parzialmente diverso da quanto accade sul piano generale sul modello dello Stato di diritto[25].

La diversità sta nel fatto che la questione politica, che nell'atto politico si presenta come strumentale all'intervento del diritto, viene finalizzata da quest'ultimo alla risoluzione di un problema di esclusivo interesse del diritto.

Come sarà più diffusamente trattato in seguito, fin dall'origine il diritto si è occupato dell'atto politico per risolvere una specifica questione giuridica.

Questa relazione funzionale determina, al contempo, anche i limiti della rilevanza giuridica del fatto politico e impegna il diritto nello sforzo di adattare il primo al secondo, a patto che dietro la ricerca delle condizioni che portano l'atto politico ad assumere un carattere giuridico, vi sia il sostegno di una spinta giuridica.

Il che esclude speculazioni eccedenti o insidiose[26].

Dovendo allora tentare la strada delle combinazioni percorribili dal giurista occorre, anche prendere atto che l'approdo a cui si giunge non sempre appaga.

L'insoddisfazione giuridica ha matrice diversa.

In primo luogo, si ha l'irriducibilità ad un unico piano di analisi dell'intreccio fra dimensione politica e dimensione giuridica; per converso, anche laddove la convergnza vi fosse, si perverrebbe a risultati parziali, poiché la sintesi in cui compendiare il fatto politico con il fatto giuridico è influenzata dalla diversità di significato attribuito ai termini del rapporto[27],

25. Su cui vedi da ultimo R. Bin, *Stato di diritto. Come imporre regole al potere*, Bologna, 2017, dove si rinvengono interessanti riflessioni sulla complessità della relazione fra diritto e politica per come costruita dai principali interpreti della Costituzione, i giudici della Consulta.

26. Ben si coglie il punto in A. Romano Tassone, *Atto politico e interesse pubblico*, in A. Contieri – F. Francario – M. Immordino – A. Zito (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, 312, che dà atto della tendenza ad identificare l'atto politico con il «privilegio dell'istituzione che se ne avvale" rispetto alla naturale prerogativa di essere connesso "alla funzione che in esso si esplica».

27. Se, ad esempio, si identifica il diritto con l'attività giurisdizionale di ogni magistratura e la politica con l'attività di istituzionale di comando politico attraverso la scelta dei fini e degli strumenti connessi, come rileva G. Staiano, *Politica e giurisdizione. Piccola cronaca di fatti notevoli*, in *Federalismi*, 11, 2013, per richiamare l'attenzione sui rischi di tenuta della forma di stato allorquando si assista ad un sovvertimento dei ruoli, con

dal settore in cui il legame fra politica e diritto si trova ad operare e, di conseguenza, dalle regole con cui viene letto in relazione alle finalità che si propone l'interprete[28].

## 2. La dimensione politica sul piano costituzionale

Sullo sfondo della finalità specifica che spinge ad approfondire il connubio fra diritto e (specifico risultato dell'attività) politica, la ricerca di un ancoraggio costituzionale è imprescindibile.

Ciò pur nella consapevolezza che neppure tale contesto pare offrire un decisivo ausilio, limitandosi a restituirci l'immagine di una convivenza possibile, che si modella in modo costante in una rete di principi in equilibrio[29].

Del resto, per come la legge imposta l'atto politico in rapporto al suo effetto processuale, non si può prescindere dal raffronto con la cornice costituzionale quando l'analisi sulla componente giuridica della politicità è destinata a tradursi in uno strumento di verifica delle potenzialità reali del modello di sindacato del giudice amministrativo sul potere pubblico[30].

Valga, inoltre, una ulteriore precisazione: mentre, infatti, l'atto politico vive nella dimensione giuridica che gli viene affidata dal diritto in un preciso momento storico[31], la componente politica di cui è in parte composto

la giurisdizione che diviene creatrice di regole di azione oltre i confini della funzione e la politica che recede dal ruolo di guida giuridica.

28. Per orientarsi nell'ampiezza evocata dalle molteplici ragioni che spingono per la dilatazione dei confini del diritto vedi, fra i molti studi condotti sul tema, S. Cotta, *Perché il diritto*, Brescia, 2017.

29. In termini generali vedi anche C. Colapietro, *Politica e amministrazione: riflessioni a margine di un rapporto controverso*, in Federalismi.it, 10, 2012 e G.M. Salerno, *I rapporti tra Governo e Amministrazione: spunti ricostruttivi*, in *Il Filangieri*, Quaderno 2010, *Governare le democrazie. Esecutivi, leader e sfide*, 135; per una impostazione del rapporto come riletto dalla Consulta, A. Patroni Griffi, *La dimensione costituzionale del rapporto tra politica e amministrazione nel dettato della Costituzione e nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2009, 273.

30. Il tema è ampiamente trattato, in questa prospettiva da V. Cerulli Irelli, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Dir. Pubbl.*, 2011, 33; ma in precedenza anche Id., *La funzione amministrativa tra politica e amministrazione*, in *www.sintesidialettica.it*, 2008.

31. Il fattore temporale rappresenta un valido criterio di analisi del rapporto fra dimensione giuridica e dimensione politica: con riguardo all'atto politico prende forma nella storicità che cristallizza e definisce il rilievo che il diritto attribuisce alla componente politica destinata a generare effetti giuridici e, su un piano più generale che investe la durata dell'esercizio del potere da cui l'atto politico proviene, viene riletto in

non si esaurisce entro tali confini, ma è essa stessa costruttrice di quei confini[32].

Come di recente è stato osservato, «priva del supporto e del servizio offertile dalle regolarità della politica, la Costituzione non potrebbe trasmettersi integra nel tempo», poiché «le regolarità della politica s'immettono nel "contenitore" costituzionale, nei singoli enunciati e in tutti assieme, nel loro fare sistema», con la conseguenza che «la crisi delle regole della politica contagia fatalmente la Costituzione»[33].

L'obiettivo definitorio può perfezionarsi soltanto con la ricerca del ruolo attribuito alla dimensione politica dai Padri costituenti[34] e rammentando come essa si definisca, all'esito di un capovolgimento in senso assiologico del concetto di sovranità[35] e di una nuova rilettura della divisione dei poteri[36], anche a seguito della perdita della primazia della superiorità della legge[37].

Stante la eccessiva generalità del contesto in cui è chiamata ad operare la politicità qui attenzionata, l'intervento deve divenire chirurgico.

termini di principio a rilievo costituzionale impattante sulla democraticità del sistema, destinato ad orientare i rapporti fra poteri pubblici e collettività amministrata, così da ultimo O. Pini, *Il principio di continuità dei poteri pubblici e della funzione amministrativa*, Milano, 2020.

32. Al riguardo è sufficiente pensare al principale strumento di traduzione giuridica delle scelte politiche di cui dispone l'organo esecutivo-governativo ed alle frequenti discrasie fra il programma di governo, il suo rapporto con l'indirizzo politico e l'attuazione del medesimo, su cui vedi, anche per un quadro bibliografico completo, G. Vesperini, *L'attuazione del programma di governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2019, 835.

33. Così A. Ruggeri, *Le convenzioni costituzionali: regole della politica in via di estinzione*?, in *Riv. Gruppo Pisa*, 2, 2019, 73 e ss.

34. Sul tema in generale vedi, in diversa prospettiva, L Carlassare, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974 e V. Cerulli Irelli, *Costituzione, politica, amministrazione*, Napoli, 2018; di interesse per il tema trattato nei profili attualizzabili E. Sica, *L'attività politica nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1957, 827.

35. La sostituzione della primazia del soggetto come espressione del vertice politico sovrano con il pluralismo valoriale è bene evidenziata da G. Silvestri, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005.

36. Per la differente prospettiva dell'equilibrio fra i poteri in un sistema a competenza pluralistica vedi F. Modugno, *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo Dig. it.*, XIII, Torino, 1966.

37. Per un inquadramento delle problematiche connesse all'evoluzione del principio di legalità a seguito dell'introduzione del giudizio di costituzionalità delle leggi, C. Salazar, *Il principio di legalità*, in L. Ventura – A. Morelli (a cura di), *Principi costituzionali*, Milano, 2015, 559; per un'analisi critica della funzione di tale giudizio in rapporto al ruolo della legge, vedi R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Atti del Seminario di Pisa, 5 maggio 1990, Torino, 1991.

Non si tratta di indagare lo spirito politico che ha animato i vari passaggi costituzionali volti a definire l'assetto istituzionale ed il funzionamento degli organi di cui esso è composto nell'attuale sistema democratico[38].

Anche perché oggi è proprio il sistema politico a divenire impotente davanti alla crisi del fondamento democratico rispetto a cui avrebbe dovuto sviluppare antidoti si e che, invece, ha contribuito ad alimentare[39].

Né, ancor meno, si mira ad orientare politicamente ogni futura interpretazione della Costituzione, cercando di piegare alla logica politica del momento la naturale propensione della Carta costituzionale a guidare i principali momenti evolutivi del sistema ordinamentale, sulla base di una forzatura del principio del *magis ut valeat*[40].

Questo consente di non impiegare la componente politica in un significato astratto volto a caricare di un peso eccessivo la funzione creatrice della nostra Carta costituzionale, arrivando, ad esempio, a torcere alcuni principi[41] fino a sostituire con una certa lettura dei medesimi il tessuto normativo vigente che, invece, è lo strumento più idoneo a tradurre i principi ed i valori in scelte politiche precise rispettose del principio di legalità[42].

38. Per un recente approfondimento sul tema C. Tripodina, *L'"indirizzo politico" nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, in *Riv. AIC*, 1, 2018.

39. Si veda al riguardo P. Rosanvallon, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, Roma, 2015, che propone una democrazia della sfiducia organizzata (controdemocrazia, appunto) che si confronta con quella della legittimità elettorale, come antidoto alla degenerazione del progetto democratico a cui i sistemi politici moderni fanno sempre riferimento.

40. Sul rischio di una "pancostituzionalizzazione" dal quale metteva in guardia già R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. Cost.*, 11, 2007.

41. Rischio tutt'altro che remoto se solo si tiene conto della difficoltà di scindere il momento interpretativo dal momento ideologico che inconsciamente orienta l'operatore giuridico, come ci rammenta G. Corso, *Ideologie e interpretazione giuridica*, in *Rag. Pratica*, 1, 2020, 125, spec. 128 e ss., il quale proprio muovendo dall'analisi dei principali principi costituzionali dà supporto a quanto affermato in considerazione del fatto che "la Costituzione italiana... evocando principi e valori, si presta in modo particolare ad una lettura ideologica".

42. Si veda, ad esempio l'operazione interpretativa condotta da A. Pioggia, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa va cambiando?*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2012, 49 in relazione alla costruzione di una migliore protezione dei diritti sociali sulla base di una impostazione dei medesimi come diritti costituzionalmente garantiti che faccia leva sullo "spirito politico" di determinati precetti costituzionali. L'operazione, in sè anche condivisibile in quanto meritevole, cela però il rischio che l'ancoraggio della tutela alla derivazione diretta di alcuni principi costituzionali sovverta l'equilibrio costruito dal principio democratico, il punto è ricavabile da L. De Lucia, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo italiano nella crisi economica e istituzionale*, in *Pol. Dir.*, 1, 2019, 3 e ss.

Ciò vale anche condividendo quanto osservato sul fatto che il diritto non sia monopolio dei giuristi[43] e che «la legge non è più misura esclusiva di tutte le cose nel diritto» [44].

Del resto, che in epoca recente si sia assistito ad una trasformazione del principio di legalità sorta dalla crisi del valore insito nell'ancoraggio necessario a quel modello generale ed astratto di norma capace di regolare ogni rapporto ed ogni relazione[45], è un epilogo che ha preso le mosse dal mutamento del rapporto fra i differenti poteri statutali verso l'equilibrio e non verso la separazione[46].

Riallacciandosi a quanto sopra affermato, si ritiene che rapportare il concetto di politica alla Costituzione attraverso il filtro della politica del diritto, per tradurre il legame in una precisa modalità interpretativa della stessa Carta fondamentale, non solo distoglierebbe l'attenzione dal tema trattato, ma costringerebbe pure a spingersi alla ricerca delle dinamiche dei poteri istituzionali, financo ad indagare il peso della componente politica nel funzionamento degli apparati burocratici[47].

In modo diverso, il tentativo intrapreso vuole ritagliare, dalle maglie della Costituzione, quella politicità che sfocia in una relazione circoscritta, idonea a tradursi in un "progetto operativo"[48] rispetto a cui l'atto politico rappresenta un possibile "risultato giuridico" concreto.

43. Per questa riflessione vedi già S. Cassese, *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.

44. Già da tempo è stato affermato che "la legge non è più misura esclusiva di tutte le cose nel diritto", G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, 48, ma costituisce elemento misurabile.

45. In modo provocatorio P. Grossi, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020, qui 21-22 e 38, passim, ribalta la questione mettendo in luce i limiti intrinseci di un principio di legalità assurto a pilastro dello stato di diritto ma costruito sull'idea che oltre il diritto legislativo si aprisse "il vasto territorio dell'irrilevanza giuridica": la voluta trascuratezza della componente sociale, diretta conseguenza del "rigido monismo giuridico", è ciò che oggi ha rivelato l'inadeguatezza della legalità per principi e che sollecita un recupero del dinamismo delle società e del pluralismo di fonti.

46. Sul tema, oltre ai richiami dottrinari in cap. II, sez. I, par. 5, vedi A. Vignudelli, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in *Dir. & Quest. Pubbl.*, 7, 2007, 201.

47. Operazione, quest'ultima, tutt'altro che lineare perché, come ricorda M. Nigro, *La pubblica amministrazione tra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, vol. II, Milano, 1987, 380, è la stessa Costituzione ad apparire a tratti contraddittoria nel fornire le coordinate del rapporto fra politica ed amministrazione.

48. La concretezza invocata può tradursi, secondo una lettura costituzionalmente orientata del concetto giuridico di "politica" proposta da M. Luciani, *La riforma della Presidenza del Consiglio (e dei Ministri)*, in *Dir. amm.*, 3, 2016, qui 257, in "politica nazionale", in "indirizzo politico", in "politica generale del Governo".

Si tratta quindi di capire come il punto di contatto fra due ambiti sia stato messo a sistema e sia stato trasformato in una relazione di utilità funzionale reciproca.

Se quindi, il primo passo è diretto a cogliere il significato più proprio della intelligibilità giuridica della politicità che approda all'atto politico[49], il passo successivo è quello di declinare con appropriatezza tale associazione nel contesto attenzionato[50].

Il punto è indispensabile per disancorare la politicità da una dimensione (dis)valoriale che ne accentuerebbe quella componente negativa maturata in un contesto in cui, all'erronea idea dell'esercizio del potere politico inteso come privilegio istituzionale[51], si aggiunge la percezione di un cattivo impiego del medesimo a causa dell'inquinamento giuridico dei processi decisionali[52] o di quelli applicativi di questi ultimi[53].

L'enucleazione, all'interno del testo costituzionale, di uno specifico significato del fattore politico, ha indirettamente consentito di creare, anche per tale via, il principale ancoraggio ad ogni futura riflessione maturata sull'atto politico intorno alle dinamiche relazionali fra potere pubblico ed istituzioni[54].

49. Di una necessaria armonia fra politica e diritto parlava già V.E. Orlando, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, in *Arch. Giur. Filippo Serafini*, 36, 1886, 521.

50. Secondo la raccomandazione di E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010, 41, che richiamava alla concretezza nell'approcciarsi all'atto politico.

51. Questa prospettiva di lettura con esplicito riferimento all'atto politico offerta da A. Romano Tassone, *Atto politico e interesse pubblico*, cit., 312, è collegata alla dissociazione fra la funzione che esso rappresenta e la (distorsione della) posizione di chi se ne avvale.

52. In particolare, sull'uso distorto della componente politica nelle scelte pubbliche decisionali espresse attraverso il diritto, è stata messa in luce l'importanza che il diritto riesca ad intercettare e neutralizzare gli elementi "non giuridici" disfunzionali incidenti sulla norma, intervenendo sul momento formativo della stessa, in merito vedi, con differenti angolazioni, E. Carloni – M. Mazzoni, *Il cantiere delle lobby. Processi decisionali, consenso, regole*, Roma, 2020 ed ivi ulteriori riferimenti dottrinari, ma anche S. Perongini, *Le strategie legislative di configurazione della determinazione provvedimentale*, in *P. A.,* 2018, 59.

53. Il tema della "cattiva amministrazione", inclusiva anche dell'analisi sugli effetti dell'impatto giuridico della corruzione sull'agire amministrativo, è oggetto, almeno nell'ultimo decennio, di numerosi studi; ci si limita, nell'evidenziare il legame fra il diritto e la componente politica, a ricordare come lo strumento giuridico costituisca un filtro per correggere la deriva della componente politica nei casi in cui essa alteri la decisione del pubblico potere: il diritto, in tal caso, intercetta gli interessi alla legalità che si sviluppano intorno a fenomeni di maladministration provocati dalla politica "senza diritto", divenendo il mezzo con cui si perfeziona la reazione preventiva dell'ordinamento alla deriva politica, sul tema, ampiamente, Aa.Vv., *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme. Atti del convegno annuale*, Roma 7-8 ottobre 2016, Napoli, 2017.

54. Fra i molti in particolare vedi V. Cerulli Irelli, *Costituzione, politica*, cit., passim; ma già Id., *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale*, cit. passim.

Del resto questo passaggio costituisce il cuore del costituzionalismo moderno, che sulla distinzione fra *iurisdictio* e *gubernaculum* ha impostato ogni riflessione dottrinaria[55].

Ha però lasciato impregiudicato i termini dell'originaria questione.

Non ha cioè offerto elementi sicuri per guidare il processo di giuridificazione dell'atto politico, non cancellando mai del tutto l'idea che se la politica rimane il campo della ricerca del potere[56], l'atto politico esprime l'ingresso di tale potere nel mondo giuridico.

Di poco ausilio è la ricerca di indizi nell'ambito della prospettiva politico-istituzionale, così limitando l'esame delle conseguenze generate dall'intersezione della politica con il diritto, alla verifica del peso della componente politica nei mutamenti dell'ordinamento giuridico, per come causati dalle trasformazioni dell'assetto costituzionale (e viceversa)[57].

Per tale via si giungerebbe ad un risultato meramente descrittivo che solo in parte offrirebbe sostegno alla problematica che orienta il presente lavoro.

A indiretta conferma di ciò, sia sufficiente rammentare che, pure negli studi sull'atto politico, la componente storicista costituisce un valido criterio metodologico nell'approccio indagatorio[58], ma consegna a una intrinseca instabilità i risultati ottenuti sul piano sistematico.

Il mutamento ordinamentale, come effetto concausale dell'evoluzione della forma di Stato ed all'interno di essa della forma di governo, rappresenta un imprescindibile riferimento per ogni studio sull'atto politico[59],

55. Per tutti M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2, 2006, 1643.

56. Con lucidità ce lo rammenta G. Calogero, *Le regole della democrazia e le ragioni del socialismo*, (1968), con trad. di T. Casadei, Reggio Emilia, 2005 e, per una rilettura critica cfr. T. Greco, *Giudo Calogero e i diritti dell'uomo*, in *La Cultura*, 1, 2005, 159.

57. Vedi in argomento O Roselli, *Riflessioni sulle trasformazioni della dimensione giuridica*, Napoli, 2012, spec. 55 e ss., in cui ben si mette in luce il ruolo della politica nella determinazione e nella reazione ai processi di evoluzione strutturale che attraversano gli ordinamenti giuridici, avendo cura di sottolineare come la intrinseca storicità della dimensione giuridica sia fondata sulla componente politica e sull'incidenza di quest'ultima sul diritto attraverso la regolazione dei processi di produzione normativa.

58. Vedi, in questa prospettiva, E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, spec. 15 e ss.

59. Volendo seguire la teoria schmittiana della decisione ed elevando il ruolo della politica a conduttore della scelta sull'assetto della Costituzione, i parametri indicati definirebbero già il perimetro dell'indagine in modo satisfattivo, così confinando anche l'atto politico entro tale assetto; non è infatti un caso che dall'elaborazione del concetto di sovranità maturata nel pensiero del celebre Autore in Teologia politica, oggi in G. Miglio – P. Schiera (a cura di), C. Schmitt, *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, si ricostruisca