



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO, COMPARATO E INTERNAZIONALE

Curriculum in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate

XXXII Ciclo

Tesi di Dottorato

**GLI STRUMENTI DEL GOVERNO PER L'ATTUAZIONE
DELL'INDIRIZZO POLITICO**

Tutor

Dottorando

Chiar.mo Prof. Beniamino Caravita di Toritto

Dott. Lucio Adalberto Caruso

Anno accademico 2019-2020

“Ma l’atto è anteriore alla potenza secondo la sostanza anche in più alto senso. Infatti, gli esseri eterni sono anteriori ai corruttibili quanto alla sostanza, e nulla di ciò che è in potenza è eterno. La ragione è la seguente. Ogni potenza è, insieme, potenza di ambedue i contrari. Infatti, ciò che non ha potenza di essere non può esistere da nessuna parte, mentre tutto ciò che ha potenza può anche non esistere in atto. Dunque, ciò che ha potenza ad essere può essere e anche può non essere: pertanto, la medesima cosa ha possibilità di essere e non essere. Ma ciò che ha possibilità di non essere, può darsi che non sia: e ciò che può darsi che non sia è corruttibile, o assolutamente, ovvero relativamente a quell’aspetto per cui si dice che può anche non essere, o secondo il luogo, o secondo la quantità o secondo la qualità. Corrutibile in senso assoluto è ciò che è corruttibile secondo la sostanza. Dunque, nessuna delle cose assolutamente incorruttibili è in potenza in senso assoluto (nulla vieta, peraltro, che esse lo siano in senso relativo: per esempio, per quanto riguarda la qualità e il dove); dunque, sono tutte quante in atto.”

ARISTOTELE, *Metafisica*, IX (Θ), 1050b, 6-17

INDICE

INTRODUZIONE	6
CAPITOLO I.....	11
1.- Un'origine antica.	11
1.1.- Alla ricerca di una definizione.	13
1.2.- Dall'indirizzo all'indirizzo politico.	16
2.- Indirizzo politico e funzione di governo.	19
3.- Indirizzo politico e metodo scientifico: la (ri)scoperta del "politico" nello studio del diritto pubblico.....	21
4.- Le coordinate "storiche" dell'indirizzo politico. Sergio Panunzio e la teoria generale dello Stato fascista.....	24
4.1.- Costantino Mortati e il problema della funzione di governo.....	30
4.2.- Vezio Crisafulli e il problema delle garanzie. La ricerca di una teoria "giuridica" dell'indirizzo politico.....	34
4.3.- Carlo Lavagna e la concezione "esistenziale" dell'indirizzo politico.....	37
4.4.- L'indirizzo politico, "convitato di pietra" all'Assemblea Costituente.	40
5.- Le coordinate "geografiche" dell'indirizzo politico. La titolarità.	47
5.1.- La struttura.....	50
5.2.- L'efficacia normativa	54
5.3.- I limiti. Indirizzo politico, Costituzione rigida e norme programmatiche.....	59
5.4.- Dai limiti alla forma della funzione: indirizzo politico e giuridicità.....	64
5.5.- Dalla forma al contenuto della funzione: indirizzo politico e normatività....	69
CAPITOLO II.....	72
1.- La questione dell'attuazione dell'indirizzo politico e il senso di un'indagine estesa ai rapporti tra politica e amministrazione.	72
2.- Il "problema antico" della distinzione tra politica e amministrazione e le sue origini.	74
3.- I modelli teorici del rapporto: separazione, continuità, interconnessione.....	77
4.- Il rapporto tra politica e amministrazione nell'ordinamento italiano.....	79
4.1.- Il modello prima della Costituzione. Lo Statuto albertino... ..	80
4.2.- (<i>segue</i>) ... e l'Assemblea costituente.	85
4.3.- Il rapporto all'indomani della nascita della Costituzione.....	90

4.4.- Il rapporto dopo la Costituzione: politica e amministrazione tra <i>Verfassungsvorstellung</i> e <i>Verfassungswirklichkeit</i>	94
5.- Alla ricerca di un modello tra politicizzazione e costituzionalizzazione dell'Amministrazione. Il principio di distinzione.....	98
6.- La direzione politica dell'Amministrazione quale momento di attuazione e svolgimento dell'indirizzo politico da parte del Governo.	110
CAPITOLO III	117
1.- L'attuazione dell'indirizzo politico attraverso le lenti dell'organizzazione: notazioni preliminari.....	117
1.1.- I riflessi organizzativi della distinzione tra politica e amministrazione: quale direzione politica nella gestione amministrativa? Gli uffici di diretta collaborazione	120
2.- La dirigenza pubblica: origine e significato	127
2.1.- Lo statuto dirigenziale all'incrocio tra buon andamento e dell'imparzialità: il disegno organizzativo del d.lgs. n. 29 del 1993.....	128
2.2.- La legge Bassanini e le riforme della fine degli anni Novanta. Il d.lgs. n. 165 del 2001.....	130
2.3.- Le modifiche della l. n. 145 del 2002 in chiave di fiduciarità del rapporto tra organi di indirizzo politico e dirigenti	135
2.4.- Il d.lgs. n. 150 del 2009 e la valutazione della <i>performance</i> : il ritorno del principio di distinzione	138
2.5.- Le aspirazioni di riforma della dirigenza pubblica.....	140
3.- Lo <i>spoils system</i> : radici del modello e sue declinazioni nell'ordinamento italiano	147
3.1.- <i>Spoils system</i> all'italiana e <i>spoils system</i> " <i>una tantum</i> "	149
3.2.- Il sistema delle spoglie nell'intreccio tra legislazione e giurisprudenza costituzionale	152
3.3. Lo <i>spoils system</i> , oggi.....	159
CAPITOLO IV	162
1.- L'atto politico: itinerario di un percorso tra governo e amministrazione e tra amministrazione e giurisdizione	162
1.1.- L'atto politico: occasione storica e vicende del diritto positivo.....	165
1.2.- "C'è, ma non si vede": la nozione di atto politico dal T.U. Cons. Stato al Codice del processo amministrativo	170

2.- L'atto politico ai tempi dello Statuto.....	173
3.- L'atto politico ai tempi della Costituzione.	176
3.1.- L'atto politico come "atto di governo".....	181
3.1.1.- Profili problematici.....	185
3.2.- L'atto politico come "atto costituzionale libero nel fine"	189
4.- Dall'atto politico alla funzione di indirizzo politico e ritorno: l'atto politico come manifestazione degli strumenti attuativi dell'indirizzo.	192
4.1.- Indirizzo politico e normazione primaria: la legge da limite a strumento dell'azione di governo	196
4.2.- Indirizzo politico, normazione secondaria e amministrazione.	207
4.2.1.- I regolamenti adottati ai sensi dell'art. 17 della l. n. 400 del 1988	208
4.2.2.- I decreti ministeriali, i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e i decreti aventi natura non regolamentare.	211
4.2.3.- Altri atti.	215
4.3.- Quale linea di confine tra normazione e amministrazione?	220
5.- L'atto politico nel prisma della giurisdizione.....	225
5.1.- La progressiva definizione per sottrazione: gli atti di "alta amministrazione"	231
5.1.1.- (<i>segue</i>) Le singole fattispecie	234
5.1.2.- (<i>segue</i>) Un caso particolare di "alta amministrazione": la valutazione di impatto ambientale (VIA).....	242
5.2.- La sussistenza dell'atto politico.....	246
5.3.- Il declino dell'atto politico: dalla politicità insindacabile alla sindacabile giuridicità del limite.....	250
5.3.1.- Atto politico e discrezionalità politica.....	256
5.3.2.- (<i>segue</i>) L'atto politico, oggi: tra pretese applicazioni e progressive disapplicazioni	261
CONCLUSIONI	266
BIBLIOGRAFIA.....	283

INTRODUZIONE

Il presente lavoro scaturisce dall'intento di analizzare gli strumenti a disposizione del Governo per l'attuazione dell'indirizzo politico.

Com'è noto, il concetto di indirizzo politico costituisce una vera specificità italiana, confermata dalla difficoltà di individuare, in altri ordinamenti, un referente linguistico analogo. Il relativo sintagma ha trovato ingresso nell'ordinamento positivo già nell'Italia liberale, ma è opinione generalmente condivisa che la relativa funzione – o attività, nella prospettiva crisafulliana – abbia trovato il momento di maggior studio e approfondimento nel corso dell'epoca fascista, al termine della quale ha fatto seguito il tentativo della letteratura scientifica di “addomesticare” l'indirizzo politico, al fine di armonizzarlo con l'impianto democratico della Costituzione repubblicana.

Quest'ultima, costruita “per valori” - ossia indicando direttamente alcune prospettive del progresso sociale e ponendo norme di principio - ha ridimensionato anzitutto il momento c.d. teleologico o di adozione dell'indirizzo politico, nel quale, secondo una certa impostazione, sono individuati, da parte del circuito Parlamento-Governo, i fini che l'azione statale è chiamata a perseguire, con la conseguenza che l'indirizzo politico ha perso una parte significativa della libertà di scelta che ne definiva i contenuti. Spesso, però (probabilmente anche per l'influenza di una tradizione scientifica ispirata alla separazione tra diritto costituzionale e diritto amministrativo), si dimentica che la nascita dello Stato costituzionale di diritto ha travolto anche le dimensioni strumentali ed effettuali dell'indirizzo politico. Ché il potere esecutivo, impegnato in prima linea nell'attuazione dell'indirizzo politico, è costretto a fare i conti, anche in questa fase, con la Carta costituzionale, dalla quale peraltro non emergono indicazioni univoche.

Per un verso, la Costituzione testimonia la necessità, all'interno della funzione esecutiva, di un collegamento (*recte*: dell'esercizio di un potere di direzione) tra potere politico e potere amministrativo (art. 95 Cost.); per altro verso, impone alla pubblica Amministrazione l'osservanza di un determinato statuto costituzionale, ispirato ai canoni di buon andamento, imparzialità e fedeltà alla Nazione (artt. 97 e 98 Cost.),

concernente tanto l'organizzazione, quanto l'attività amministrativa, che stride con le aspirazioni del potere politico, parziale per definizione.

Nondimeno, è proprio nel momento dell'attuazione dell'indirizzo politico che se ne può verificare la prescrittività e l'effettivo grado di osservanza da parte dell'apparato dello Stato ancor prima che da parte dei suoi consociati. Certo, come tradizionalmente osservato, l'indirizzo politico, il complesso delle grandi scelte fondamentali, è indubbiamente un prodotto degli organi al vertice politico. Resta, però, da vedere in che misura e in che limiti le decisioni ivi formalmente espresse siano condizionate da apporti sottostanti e, soprattutto, se e come poi vengano concretamente realizzate, dato che esse, per lo più, hanno un carattere necessariamente generico e indicativo. Con la conseguenza che, “per cogliere veramente la sede dell'indirizzo nel suo momento dinamico, operativo, non servono più – o almeno non soltanto – gli schemi consueti della dottrina costituzionalistica, e in particolare la considerazione *orizzontale* dei rapporti fra organi al vertice, anche se congiunta a un esame dell'influenza che i centri esterni (partiti, gruppi di pressione, ecc.) esercitano sui medesimi”; piuttosto, è opportuno “scendere ad una considerazione *verticale*, estendendo l'indagine all'interno apparato sottostante, andando oltre la figura del ministro, che – per la sua collocazione caratteristica come punto d'incontro tra politica e amministrazione – non può considerarsi un elemento terminale dell'indagine, ma semplicemente intermedio”¹.

Conseguentemente, chi si accosta allo studio dell'indirizzo politico – e della sua attuazione in particolare – deve necessariamente tenere in considerazione nella propria ricerca l'amministrazione e l'apparato burocratico, inserendoli “in una visione globale accanto agli organi costituzionali, per non perdere di vista il reale atteggiarsi delle forze che operano all'interno dello Stato”² e prendendone in considerazione tanto i versanti organizzativi, quanto quelli funzionali.

¹ L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, Cedam, 1974, 4 sgg. (corsivo nell'originale).

² *Ivi*, 5.

È questo il metodo che ha ispirato il presente studio, nel quale – ovviamente - non tanto ci si propone il proposito (invero velleitario) di ricondurre a unità la tradizione scientifica costituzionalistica e amministrativistica, quanto semplicemente quello di verificare gli strumenti e l'effettiva tenuta di un determinato indirizzo politico nel momento attuativo, che nell'impostazione menzionata è logicamente e giuridicamente successivo alla sua determinazione. Per questo motivo si è assunto a riferimento privilegiato il Governo, quale espressione del potere esecutivo statale, che dispone di una più vasta gamma di strumenti attuativi sia sul piano dell'organizzazione, che su quello dell'attività. Gli esecutivi regionali e locali, nondimeno, pure saranno richiamati nel corso della trattazione, ma solo di volta in volta e per i singoli profili di interesse.

L'elaborato si articola in quattro capitoli.

Il primo capitolo è dedicato all'analisi delle origini storiche e delle caratteristiche essenziali del concetto di indirizzo politico, nelle varie interpretazioni che nel corso del tempo ne ha offerto la dottrina costituzionalistica italiana. Esso ha lo scopo di introdurre il lettore al tema dell'indirizzo politico e di circoscrivere la fase di adozione dell'indirizzo rispetto a quella della sua adozione. La trattazione, dunque, sarà funzionale ad affrontare quella dei due capitoli successivi, nei quali ci si è prefissati di individuare i singoli strumenti giuridici a disposizione del Governo per l'attuazione dell'indirizzo politico.

Il secondo capitolo è incentrato sullo studio dei rapporti tra politica e amministrazione, che interessa direttamente la questione dell'attuazione dell'indirizzo politico. Anche tale studio è ritenuto dalla migliore dottrina un "problema antico", come testimonia il fatto che l'adozione di un determinato modello cui ispirare tali rapporti (continuità, separazione, interconnessione) plasma sensibilmente la natura e la portata degli strumenti di direzione politica dell'amministrazione, sia sul piano dell'organizzazione, sia su quello dell'attività. Si vedrà poi che, contrariamente a quanto accade in alcuni ordinamenti stranieri, il testo costituzionale non adotta un rigido modello di rapporti tra politica e amministrazione, come testimonia la circostanza che, nel corso del tempo, la conformazione di tali rapporti è sensibilmente mutata.

Il terzo capitolo è volto all'approfondimento degli strumenti di attuazione dell'indirizzo politico dal punto di vista dell'organizzazione del plesso Governo-Amministrazione. Lo studio si appunterà in particolare su quelli che sono i naturati interlocutori dei vertici politici all'interno dell'apparato amministrativo: gli uffici di diretta collaborazione e i dirigenti pubblici. Con riferimento a entrambi, si esamineranno le ricadute derivanti dalla perenne tensione tra canone del buon andamento e canone dell'imparzialità, quest'ultimo declinato nel principio di distinzione – ora funzionale, ora strutturale – tra organi politici e organi amministrativi. All'ultima parte del capitolo è dedicato il sistema delle spoglie (*spoils system*); preso in prestito dall'ordinamento statunitense e rielaborato, nel nostro, “all'italiana”, costituisce verosimilmente la cifra più significativa di tale tensione.

Il quarto capitolo si propone di esaminare gli strumenti di attuazione dell'indirizzo politico dal punto di vista dell'attività oggettivamente svolta dell'esecutivo. Dopo aver analizzato, nei capitoli precedenti, i caratteri essenziali della regola di distinzione strutturale tra organi di indirizzo e organi di gestione, si vedrà che vi sono tuttavia dei casi, legislativamente previsti, che derogano a tale regola e che sono espressione della direzione politica dell'Amministrazione, ciò che ne fa, per il Governo, il terreno di incontro (e scontro) con le altre funzioni dello Stato (segnatamente con l'amministrazione e la giurisdizione) e, per lo studioso, il terreno ideale di studio dei rapporti tra funzioni di governo³. Tali fattispecie, a loro volta, saranno contestualizzate nello studio degli strumenti attuativi, dei quali si cercherà di individuare alcune caratteristiche tipiche in relazione sia alla forma, sia al contenuto. In tale prospettiva, quale “punta dell'iceberg” degli strumenti di attuazione, centrale è l'importanza rivestita dalla nozione di atto politico, nata – come si vedrà – sul terreno del diritto

³ Sul significato del lemma “governo”, qui utilizzato, come funzione o attività pubblica, in contrapposizione a “Governo” quale soggetto costituzionale v. V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi Urbinati*, nn. 1-2-3-4/1939, 61 sgg., e, più recentemente, M. LUCIANI, *La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nelle democrazie contemporanee*, in *Teoria politica - Nuova serie. Annali*, V, 2015, 114.

amministrativo e transitata, attraverso lo studio della funzione d'indirizzo politico, su quello del diritto costituzionale.

* * * * *

Questo lavoro non avrebbe visto la luce senza il supporto e i consigli di chi ha saputo "indirizzarlo" (si confida che il gioco di parole sarà scusato) e seguirlo sino alla sua conclusione. I miei ringraziamenti, dunque, vanno anzitutto alle persone che - anche per tramite delle ampie e consolidate comunità di ricerca e di insegnamento di cui sono alla guida - hanno saputo arricchirmi di stimoli e di occasioni di confronto e di crescita, umana e scientifica.

Vorrei ringraziare il Professor Beniamino Caravita di Toritto per avermi assistito nel lavoro di ricerca e per avermi offerto, nel corso degli anni del dottorato e nella poliedricità dei campi del sapere costituzionalistico, numerosi e significativi spunti di riflessione.

Desidero poi ringraziare il Professor Roberto Nania, le cui prime intuizioni, relativi ai punti di contatto tra diritto costituzionale e diritto amministrativo, sono state fondamentali per la preparazione e per la successiva redazione di questo lavoro.

Un ringraziamento particolare va al Professor Massimo Luciani, al quale non solo debbo la mia formazione scientifica e professionale, ma anche e soprattutto l'avermi insegnato che, prima di tutto, è il costante riferimento al testo e al metodo a dotare di senso la discussione del giurista.

Decisivi per la riuscita stesura di questo elaborato, infine, sono stati i continui momenti di confronto, conforto e sostegno dei miei amici e colleghi del Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza". Pur nella consapevolezza di non poterli ricordare tutti per nome in questa sede, è a loro che va un ultimo, ma non meno importante, ringraziamento.

* * * * *

Dedico questo lavoro ai miei genitori e alla mia ragazza, perché, senza il loro imperituro e instancabile sostegno, in ciò come nella vita di tutti i giorni, niente sarebbe possibile.

CAPITOLO I

L'indirizzo politico: l'origine antica di una questione attuale.

1.- Un'origine antica.

Sono trascorsi ormai più di centocinquant'anni da quando, per la prima volta, l'espressione "indirizzo politico" ha fatto il proprio ingresso nel diritto positivo italiano⁴, anche se è opinione generalmente riconosciuta che il momento in cui ha destato maggior interesse lo studio della relativa funzione (o attività, nella prospettiva di Vezio Crisafulli⁵) sia stato quello, relativamente più recente, dell'affermarsi e consolidarsi del regime fascista. Tuttavia, se da un lato la dottrina dell'indirizzo politico costituisce pacificamente "una vera specificità italiana", legando i momenti del suo massimo sviluppo e approfondimento all'esperienza fascista⁶, è opinione generalmente condivisa che le teorie degli anni Trenta sull'indirizzo politico conservino tuttora la loro vividezza, a prescindere dal momento storico in cui maturarono, in virtù dell'"ordito teorico ampio e solido che ne fonda l'interesse ancora attuale"⁷, come testimonia la circostanza che, anche a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, la dottrina dell'indirizzo politico è stata "riproposta in forma ancor più articolata"⁸, nonostante "il trascorrere del tempo sembr[i] acuirne

⁴ Il riferimento è all'art. 8 del r.d. 27 marzo 1867, n. 3629, riguardante i rapporti tra Presidente del Consiglio e Ministri, su cui v. anche *infra*, par. 1.1.

⁵ V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, cit., 170 sgg.

⁶ Così M. LUCIANI, *La riforma della Presidenza del Consiglio (e dei Ministeri)*, in *Diritto amministrativo*, n. 3/2016, 259; v. anche I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Napoli, Jovene, 2018, 147 sgg., la quale, con riferimento all'indirizzo politico, parla di "un concetto tutto italiano che nasce negli Anni Trenta, nel fulgore del regime fascista". Si consideri anche l'osservazione di A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2018, 7, il quale, dopo aver sottolineato che "la teoria dell'indirizzo politico è un prodotto notevole della cultura giuridica italiana", osserva che "la difficoltà di trovare un referente linguistico analogo in altri ordinamenti è una spia del carattere originale della funzione".

⁷ P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Napoli, Liguori, 1988, 28.

⁸ *Ivi*, 58.

e non ridurne le difficoltà interpretative”⁹. Di ciò sono testimonianza sia il dibattito in Assemblea Costituente, nel quale non venne affrontata la questione del significato della nozione di indirizzo politico¹⁰, sia la circostanza che la dottrina che ha tentato di adattare gli studi sull’indirizzo politico all’ordinamento repubblicano – come si cercherà di spiegare nei successivi paragrafi - ha incontrato e incontra tuttora alcune difficoltà.

In questa sede, in prima battuta, si cercherà di ricostruire le coordinate storiche che hanno determinato la nascita del concetto di indirizzo politico, per poi soffermarci sulle modalità in cui esso è transitato all’interno dell’ordinamento repubblicano e sulle problematiche, per dir così, “geografiche”, specificamente concernenti l’individuazione e il possibile “isolamento” di un momento dedicato all’attuazione dell’indirizzo politico.

Tale ricerca in tanto ha un senso, in quanto, proprio con riferimento alla nozione di indirizzo politico, è stato condivisibilmente sostenuto che ambientarlo storicamente, “individuando il terreno di nascita e di sviluppo della terminologia nel senso corrispondente, significa non solo realizzare una forma adeguata di conoscenza del concetto stesso, ma anche acquisire la possibilità di un impiego critico della terminologia corrispondente al concetto”¹¹.

⁹ ID., *Art. 95*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna, Zanichelli, 1994, 333. A p. 335, l’Autore specifica che, nonostante “la nascita della moderna tematica dell’indirizzo politico, [sia] stata più volte collegata al regime autoritario in cui maturò [...], limitarsi al pur giusto collegamento tra queste elaborazioni e il momento storico in cui furono proposte può indurre a letture riduttive”. In riferimento all’elaborazione di Mortati, aggiunge infatti ch’essa “non si esaurisce nell’analisi di un particolare ordinamento positivo ed è sorretto da un solido ordito teorico che ne fonda l’interesse ancora attuale, al di là della situazione specifica in cui fu sviluppato”.

¹⁰ Nella Costituente, “mentre vivissima fu la discussione sui profili strutturali e sull’imputazione soggettiva delle attività di governo, non venne affrontato il problema di definire nei contenuti le nozioni di politica nazionale, politica generale del Governo, indirizzo politico”: infatti “tutto si risolse nel dibattito sulla forma di governo, che, come è noto, prese avvio con la relazione di Mortati tenuta alla seconda sottocommissione della commissione dei 75”: così ID., *Mitologie dell’indirizzo politico e identità partitica*, cit., 46 sg.; v. anche *infra*, par. 4.4.

¹¹ E. CHELI, *Atto politico e funzione d’indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961, 71.

1.1.- Alla ricerca di una definizione.

Nel corso degli anni, il sintagma “indirizzo politico” è stato variamente interpretato¹². La collocazione del concetto al confine tra diritto costituzionale e scienza della politica, da un lato, e la scarsità di dati sul piano del diritto positivo, dall’altro, hanno fatto in modo che dell’indirizzo politico la dottrina abbia offerto molteplici chiavi di lettura, i cui approdi si differenziano fra loro in relazione alla natura dell’indirizzo, all’attribuzione della sua titolarità, ai limiti cui detta funzione o attività sarebbe soggetta e all’individuazione degli atti che ne rappresenterebbero lo svolgimento.

Come accennato in apertura, il primo testo normativo contenente il sintagma “indirizzo politico” risale a oltre centocinquant’anni fa e, precisamente, al r.d. 27 marzo 1867, n. 3629 (*hinc inde*: anche “decreto Ricasoli”), emanato allo scopo di designare “*le attribuzioni del Presidente del Consiglio dei Ministri*”. Ai sensi dell’art. 5, comma 1, del decreto, il Presidente del Consiglio dei Ministri “*rappresenta il gabinetto, mantiene l’unità di indirizzo politico e amministrativo di tutti i Ministeri, e cura l’adempimento degli impegni presi dal governo nel discorso della Corona, nelle sue relazioni con il parlamento e nelle manifestazioni fatte al paese*”¹³.

¹² Come si vedrà *infra*, parr. 5. sgg., in dottrina si è parlato di indirizzo politico dello Stato e di indirizzo politico del Governo; di indirizzo politico di maggioranza e di indirizzo politico costituzionale; di indirizzo politico in senso normativo e di indirizzo politico in senso esistenziale. Per una sintetica rassegna delle posizioni ora appena menzionate cfr. P.A. CAPOTOSTI, *Accordi di governo e Presidente del Consiglio dei Ministri*, Milano, Giuffrè, 1975, 15 sgg. Proprio quest’ultimo Autore (*ibidem*, 161) ha individuato l’indirizzo politico all’esterno dell’apparato statale, ossia in un “preventivo accordo tra le forze partitiche o intrapartitiche che dovranno appoggiare il gabinetto”. L’indirizzo politico, infatti, sarebbe “la risultanza di questo accordo o, per meglio dire, [...] l’essenza dell’accordo stesso, il quale [...] trova il suo fondamento in una regola convenzionale”.

¹³ Si trattò, però, di una “meteora normativa”: ad appena un mese dalla sua emanazione, il decreto Ricasoli fu revocato dall’art. 1 del r.d. 28 aprile 1867, n. 3664, adottato dal governo Rattazzi. Le sue statuizioni, però, furono riprese dal r.d. 25 agosto 1876, n. 3289 (*hinc inde* anche “decreto Depretis”), nel quale, all’art. 5, con formula simile al decreto precedente, tornava ad affermare che “*Il Presidente del Consiglio dei Ministri rappresenta il Gabinetto, mantiene l’uniformità nell’indirizzo politico e amministrativo di tutti i Ministeri, e cura l’adempimento degli impegni presi dal Governo nel discorso della Corona, nelle sue relazioni col Parlamento e nelle manifestazioni fatte al paese*”.

La locuzione “indirizzo politico” compare nuovamente nel diritto positivo italiano in sede di emanazione del r.d. 14 novembre 1901, n. 466 (*hinc inde*: anche “decreto Zanardelli”), il quale parimenti recava gli “*Oggetti da sottoporsi al Consiglio dei ministri*”. Anch’esso, all’art. 6, comma 1, attribuiva al “*Presidente del Consiglio dei ministri*” l’obbligo di mantenere “*l’unità d’indirizzo politico*”, ma ne affidava la determinazione al Consiglio dei ministri, giusta il combinato disposto con gli artt. 1 e 2 del medesimo decreto¹⁴.

Occorre infine considerare la legge 24 dicembre 1925, n. 2263, recante “*Attribuzioni e prerogative del Capo del governo Primo ministro Segretario di Stato*”, con la quale si è provveduto all’integrale riordino delle funzioni di governo. L’art. 2, comma 1, di detta legge, in netta controtendenza con il decreto Zanardelli, disponeva che “*Il Capo del governo Primo ministro Segretario di Stato è nominato e revocato dal Re ed è responsabile verso il Re dell’indirizzo generale politico del governo*”.

Proprio in quest’ultimo periodo, la presenza di emergenti istanze statuali di tipo autoritario¹⁵ si traduce nella necessità - avvertita dalla dottrina dell’epoca - di addivenire a una “maggiore compenetrazione tra momento della politica e momento del diritto”¹⁶, cui fa nuovamente¹⁷ da contrappunto lo stimolo dello “sganciamento del

¹⁴ I quali, infatti, rispettivamente elencavano gli “oggetti” e le “nomine” da sottoporre al Consiglio dei Ministri.

¹⁵ È per questo che appare estremamente interessante indagare gli studi sull’indirizzo politico al tempo del fascismo. In dottrina è stato puntualmente rilevato che, da un lato, “già la sola intitolazione dei due testi normativi e il mutamento negli appellativi con i quali il medesimo soggetto viene indicato – «Presidente del consiglio» prima, «Capo del governo Primo ministro Segretario di Stato» poi – dicono molto sulla *torsione autoritaria* che viene impressa (*rectius* normativamente recepita, dopo essersi imposta in via di fatto) alla forma di governo italiana dalla legge del ‘25” (corsivo nostro); dall’altro, “ancor più dice l’articolo relativo all’indirizzo politico, la cui determinazione passa dall’organo collegiale al suo capo: assurge questa disposizione a simbolo legale della instaurata dittatura fascista”; così C. TRIPODINA, *L’“indirizzo politico” nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018, 2.

¹⁶ G. GROTTANELLI DE’ SANTI, *Indirizzo politico*, in *Enc. giur.*, Vol. XVI, Roma, Treccani, 1989, 1 sgg.

¹⁷ Va sottolineato che, com’è noto, la configurabilità dell’attività di governo come funzione a sé stante era già stata colta da Benjamin Constant (B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, Paris, Librairie de Guillaumin et Cie, 1872, 19 sgg.). Questi individuava nella Corona un *pouvoir neutre* di equilibrio e coordinazione costituzionale tra gli altri tre poteri tradizionali, del quale erano espressione alcune sue prerogative istituzionali, quali la nomina e la revoca dei Ministri, la sanzione legislativa e lo

«governo» dalla matrice originaria di diritto amministrativo e [della] sua piena affermazione sul diritto del diritto costituzionale”¹⁸. In altre parole, la finalità sottesa all’isolamento di un concetto autonomo di indirizzo politico era funzionale ad affrancare l’attività di governo dal principio di supremazia della legge, che non consentiva all’attività stessa, “intuita e descritta dagli autori del tempo in contrapposizione all’attività amministrativa, di acquistare una fisionomia precisa ed una posizione di ben distinta autonomia rispetto alle funzioni tradizionali”¹⁹.

Detta separazione ha condotto alla configurazione dell’indirizzo politico come espressione diretta del regime politico e al tratto distintivo della libertà della determinazione dei fini, svincolati dal principio di legalità. Tale evoluzione storica della nozione, peraltro, è resa evidente dal frequente utilizzo di termini direttamente riferibili a un’altra nozione molto controversa, quale quella della “costituzione materiale” in contrapposizione alla “costituzione formale”²⁰: “fine fondamentale”; “forze politiche dominanti”, “impulso” e “coordinamento” sono concetti che più si confanno a un sistema autoritario che a un sistema democratico e pluralistico²¹. La dottrina successiva si è dunque assunta il compito di elaborare la nozione di indirizzo politico, fortemente caratterizzata dall’inquadramento ricevuto in epoca pre-costituzionale, orientandola alla luce del sistema repubblicano scaturito dalla Costituzione del 1947.

Delle questioni maggiormente rilevanti, nonché delle potenzialità e dei limiti intrinseci nel concetto analizzato, si tenterà di dar conto nei paragrafi successivi.

scioglimento delle Camere. Sulla possibilità di recuperare tale prospettiva di “neutralità” in capo al Presidente della Repubblica nel contesto italiano v. criticamente M. LUCIANI, *Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della Costituzione)*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017, 11 sgg.

¹⁸ E. CHELI, *Atto politico*, cit., 69.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale* (1940), Milano, Giuffrè, II rist., 1998.

²¹ G. GROTTANELLI DE’ SANTI, *Indirizzo politico*, cit., 2.

1.2.- Dall'indirizzo all'indirizzo politico.

Come rilevato da attenta dottrina, “in una prima approssimazione, indirizzare significa, nel campo delle scienze sociali, orientare e dirigere, in modo armonico e coerente, la propria attività o l'attività di altri soggetti verso il conseguimento di un fine”. Strettamente connessa all'indirizzare, dunque, appare “la determinazione del fine (o del complesso dei fini) da conseguire”²².

La determinazione del fine può essere “oggettivamente preconstituita e vincolante”: in tal caso, l'attività di indirizzo dovrà limitarsi “a predisporre e dirigere l'attività necessaria per raggiungere il risultato finale”. Può però darsi anche il caso che la determinazione del fine costituisca “l'elemento essenziale e creativo” dell'attività stessa; in tal caso, essa “in tanto viene orientata e diretta in quanto si sia, in via preliminare, determinato il fine”. Vi è, poi, una posizione intermedia tra le due testé menzionate, in cui “il fine è già predeterminato ma non assume natura vincolante, per cui residua in chi orienta e dirige un certo margine per apportare modifiche o mutamenti al fine da altri predisposto”²³.

Oltre all'attività di direzione e alla determinazione del fine, nella ricostruzione della nozione in esame viene in rilievo l'elemento della volontà. Nell'indirizzare, infatti, “è insita la tensione della volontà verso l'acquisizione di qualcosa di esterno al soggetto”. Da ciò discende che “la volontà deve essere programmata e funzionalizzata, senza di che mancherebbe di quei requisiti di armonia e coerenza che rappresentano la condizione prima per il suo razionale svolgimento”²⁴.

La realizzazione del fine, in questo modo di ragionare sull'indirizzo politico, non sembra essenziale alla ricostruzione della nozione in esame, “essendo necessario e sufficiente che la volontà sia programmata e funzionalizzata”: in altri termini, “il mancato conseguimento del fine non incide sull'indirizzare se non nella misura in cui esso è imputabile alla volontà di chi orienta e dirige [...] oppure alla volontà dei

²² T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXI, 1971, 134.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

soggetti ai quali la volontà si rivolge, facendo sorgere, nell'un caso e nell'altro, delicati problemi di responsabilità”²⁵.

L'indirizzo, pertanto, è la manifestazione di una volontà armonica e coerente da parte di uno o più soggetti in funzione del conseguimento di un determinato fine. In questo senso, “«indirizzo» è nozione comune a tutti i campi in cui la volontà può trovare espressione”, potendosi affermare ch'esso “rappresenta una costante della volontà tutte le volte in cui questa sia diretta verso un fine e che, pertanto, l'«indirizzo» è connaturato all'uomo, alla sua intelligenza e al suo operare”²⁶. Esso, però, riceve la sua specifica qualificazione a seconda del campo del pensiero in cui si svolge, della diversa natura del fine e dei soggetti implicati. In particolare, affiancato all'aggettivo “politico”²⁷, secondo la scienza costituzionalistica l'indirizzo è identificato con l'azione di governo diretta al conseguimento di fini pubblici²⁸. Indirizzo politico e attività di governo, quindi, sono strettamente connessi, di modo tale che “non può aversi, infatti, indirizzo politico senza che vi sia una azione di governo e non può aversi azione di governo senza che vi sia un indirizzo politico”²⁹.

L'attività di governo è dunque un *proprium* di ogni comunità sociale e politica, per il fatto che ciascuna di esse “si costituisce in funzione del conseguimento di un fine”. La prima cui fare riferimento, però, è quella statale, che è “la società politica per eccellenza”: infatti, “la varietà e la complessità delle esigenze e dei valori espressi dalla comunità statale, richiedono, per il loro soddisfacimento, un'azione di governo stabile e coordinata che faccia capo ad un idoneo apparato organizzativo”. Ciò spiega perché originariamente “l'indirizzo politico sia stato ritenuto proprio soltanto dello Stato, quale ente per definizione a fini generali”, anche in ragione dell'impianto autoritario nel quale l'indirizzo politico ha visto la sua massima teorizzazione. Successivamente, l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e l'affermarsi

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ivi*, 135.

²⁷ M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. VIII, Torino, UTET, 1993, 252 sg.

²⁸ G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Indirizzo politico*, cit., 7.

²⁹ T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., 135.

delle teorie pluraliste hanno contribuito al riconoscimento della possibilità che anche altre comunità, diverse dallo Stato, possano esprimere “esigenze e valori distinguibili da quelli della comunità statale e meritevoli di essere soddisfatti”, con la conseguenza che “si è riferita l’azione politica o di governo, sorretta e guidata da un indirizzo politico, anche a dette comunità”³⁰. Ci si riferisce, in primo luogo, all’indirizzo politico delle Regioni, enti ai quali la Costituzione attribuisce autonomia politica³¹: negli ordinamenti regionali, la determinazione dei contenuti dell’indirizzo politico è funzione tendenzialmente condivisa dai legislativi e dagli esecutivi regionali³². È invece dibattuto in dottrina se si possa parlare propriamente di funzione di indirizzo politico con riferimento alle autonomie locali³³, funzione che – ove ammessa –

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Cfr. T. MARTINES, *Studio sull’autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1956, 127 sgg. V. anche *ivi*, p. 131 sgg., ove l’Autore sottolinea che “se, come partecipi dell’attività statale di indirizzo politico le Regioni si pongono quali soggetti ausiliari dello Stato e, più particolarmente, quali enti di decentramento politico, pur tuttavia esse, nell’esercizio della loro attività di governo, mettono in essere atti che, senza incidere direttamente sull’indirizzo politico generale, sono comunque espressione di una funzione di indirizzo politico generale, sono comunque espressione di una funzione di direzione politica, sia pure territorialmente delimitata”. Il criterio discretivo tra la potestà di indirizzo politico statale e quella regionale, in particolare, “non va ricercato tanto avuto riguardo al contenuto della potestà (che risulta essere sostanzialmente identico: la predeterminazione dei fini generali dell’ente), quanto, piuttosto, con riferimento al *fondamento* delle due potestà: la potestà statale di indirizzo politico essendo, infatti, *espressione della sovranità*; quella regionale, invece, essendo intimamente legata alla *posizione di autonomia dell’ente Regione*” (corsivo nostro). Da ciò la conseguenza che “la potestà di indirizzo politico dello Stato e quella regionale non sono poste sullo stesso piano, senza che, però, con questo si istituisca un rapporto di subordinazione gerarchica: esse, infatti, si svolgono su piani diversi, ma non sovrapposti”, con la conseguenza che le Regioni, “entro i limiti istituzionali che sono loro propri e con i controlli costituzionalmente stabiliti, [...] possono avere un proprio indirizzo politico, diverso da quello statale, *purché non contrastante con i principi strutturali dell’ordinamento costituzionale*” (corsivo nell’originale).

³² Cfr. G. DI COSIMO, *L’indirizzo politico regionale fra legislativo ed esecutivo*, in *Astrid Online*, 2009, 8, il quale osserva che nella forma di governo regionale delineata dalle riforme costituzionali del 1999 e del 2001 è presupposta una “divisione per la quale legislativo ed esecutivo concorrono nel determinare i contenuti dell’indirizzo politico, mentre l’esecutivo monopolizza l’area dell’attuazione e il legislativo quella del controllo”. Sulle ragioni, sui tratti caratteristici e sulle conseguenze delle riforme costituzionali approvate nel corso della XIII legislatura per l’ordinamento regionale italiano v., per tutti, A. D’ATENA, *Diritto regionale*, Torino, Giappichelli, 2010, 68 sgg., 87 sgg. e la bibliografia *ivi* indicata.

³³ Così G. GROTTANELLI DE’ SANTI, *Indirizzo politico*, cit., 6; v. anche T.F. GIUPPONI, *Autonomie territoriali e processi di riforma: le forme associative degli enti locali tra legge statale e legge regionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2008, 1, secondo cui le autonomie territoriali, “pur con

troverebbe un limite invalicabile nel principio di unità di cui agli artt. 1 e 5 della Costituzione³⁴.

2.- Indirizzo politico e funzione di governo.

Come detto, il sintagma “indirizzo politico” trova ingresso nel diritto positivo italiano già con il decreto Ricasoli del 1867, ma è soprattutto negli anni Trenta che la relativa nozione trova una sua sistematizzazione ed elaborazione negli studi italiani di diritto costituzionale. Essa, in particolare, è utilizzata come specificazione e modificazione di un altro concetto, transitato nella scienza pubblicistica italiana da quella tedesca: quello di “funzione di governo”³⁵, intesa come quarta funzione dello

le loro differenze”, possono essere “chiaramente individuate come enti esponenziali delle proprie comunità, dotate di specifiche potestà pubbliche (normative e amministrative) e portatrici di un proprio indirizzo politico-amministrativo”.

³⁴ In senso contrario v. E. CHELI, *Atto politico*, cit., 175, secondo cui l’attività di Comuni e Province, dovendosi muovere pur sempre nell’ambito delle coordinate poste da leggi statali e regionali, sarebbe vincolata all’attuazione e all’esecuzione di queste ultime, di modo tale che “l’ente che tentasse di disconoscere i fini posti nella legge ordinaria, non verrebbe a svolgere un indirizzo politico autonomo e differenziato da quello statale, ma un indirizzo amministrativo illegittimo per eccesso di potere”. In altre parole, “non disponendo di un proprio indirizzo politico ma solo di un indirizzo amministrativo, i Comuni e le Province, a differenza delle Regioni [...] possono graduare le loro scelte nell’ambito della discrezionalità, [ma] senza divergere dai fini predisposti nelle leggi ordinarie”, di modo che “la libertà di questi enti non incide, dunque, sui fini (politici) della legge, ma sulle modalità (discrezionali) relative all’esecuzione della legge”.

³⁵ C. MORTATI, *L’ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931), rist. Milano, Giuffrè, 2000, 7, 11 sgg., il quale si rifà a R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1928. Sull’indirizzo politico v. invece V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell’indirizzo politico*, cit., 79 sgg., per il quale “il momento primo ed essenziale della funzione di governo è la determinazione dell’indirizzo politico statale”. Per Crisafulli, dunque, la “attività di coordinazione dei diversi organi costituzionali e di iniziativa e di impulso rispetto all’esercizio delle loro funzioni, cui si riferiscono le principali teorie dell’attività politica o di governo, tradizionalmente intesa, invece, come una parte della funzione esecutiva, diviene qui, pertanto, successiva e conseguente alla determinazione sostanziale di un particolare indirizzo politico, in quanto lo presuppone e insieme lo va realizzando”, rappresentando così un “momento secondario [...] rispetto a quello, veramente centrale e fondamentale, della scelta e dell’adozione di uno piuttosto che un altro possibile indirizzo politico dell’azione statale”.

Stato e, in quanto tale, logicamente precedente, distinta e preminente rispetto a quelle tradizionali (legislativa, esecutiva e giurisdizionale).

Entrambi i concetti (quello di indirizzo politico e quello di funzione di governo) rappresentano dei concetti di “rottura”, attraverso i quali la dottrina costituzionalistica italiana prendeva atto della variabilità dei compiti costitutivi dello Stato³⁶. V’è però una differenza sostanziale: la funzione di governo, infatti, è stata concepita come una funzione statale, posta in essere da un organo dello Stato che vincola, attraverso l’esercizio delle sue competenze, lo svolgimento delle altre funzioni e che, prima ancora, “produce i valori che mantengono e garantiscono l’identità e l’unità politica”. I fini dello Stato sono dunque decisi direttamente dallo Stato stesso e la direzione politica si risolve in determinazioni autoritative dell’organo titolare della funzione di governo, “centro motore di tutta l’attività delle istituzioni”³⁷.

Anche la teoria dell’indirizzo politico, nelle impostazioni di allora, muove dallo stesso problema (*id est*: la selezione e l’efficace determinazione dei fini dello Stato), ma con due fondamentali correttivi.

Anzitutto, la sfera della politica viene nettamente separata da quella della giuridicità: la politica è intesa come “attività informale, diffusa e pervasiva”³⁸, rilevante per il diritto, in quanto da esso disciplinata in alcune sue manifestazioni, ma irriducibile “alle forme logiche del diritto”³⁹; essa, invece, sottende l’attività degli organi costituzionali, “attribuendo ad essa il fine”. Quest’ultima, posta in essere “nelle forme del diritto”, rappresenta dunque “il segmento «giuridicizzato» della politica stessa, ma in quanto tale «successivo» alla sua parte, per così dire, libera e creativa dei

³⁶ Tali concetti, e con essi il tema della fungibilità e della variabilità dei fini e dell’organizzazione materiale, sono intimamente connessi alla teoria della Costituzione in senso materiale, concepita quale teoria della “variabilità del portatore della costituzione concreta”, del soggetto reale che dà vita allo Stato. Lo Stato, infatti, “è ente politico non solo nel senso della indeterminatezza e mutabilità dei fini particolari da esso proponibili, ma anche nel senso della coesistenzialità ad esso di un orientamento relativo al modo di considerare, nel suo complesso, l’insieme dei rapporti sociali e capace di ridurre ad unità il vario comportamento degli organi statali”: così C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., 108, richiamato testualmente da M. DOGLIANI, *Indirizzo politico (ad vocem)*, cit., 246, sub nt. 5.

³⁷ *Ivi*, 245.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell’indirizzo politico*, cit., 114.

fini”: gli atti giuridici, infatti, a prescindere dalla loro collocazione nella gerarchia delle fonti, rappresentano manifestazioni logicamente conseguenti a decisioni politiche assunte in precedenza.

In secondo luogo, la politica è svincolata da ogni questione concernente la titolarità formale del potere. Il ruolo politico degli organi costituzionali, infatti, viene in rilievo in relazione alla loro concreta capacità di determinare e svolgere i fini dello Stato.

3.- Indirizzo politico e metodo scientifico: la (ri)scoperta del “politico” nello studio del diritto pubblico.

Nella storia del pensiero costituzionalistico, l’indirizzo politico – che indica l’attività con cui sono selezionati i fini dello Stato – rappresenta un concetto chiave⁴⁰. Nel corso degli anni Trenta, infatti, vi sono state due importanti innovazioni nel metodo di studio del diritto costituzionale.

In primo luogo, la dottrina giuspubblicistica italiana, nell’affrontare il tema dell’indirizzo politico, sino ad allora si concentrava essenzialmente sulla necessità di individuare “*atti o provvedimenti emanati dal Governo nell’esercizio del potere politico*”, come previsto dall’art. 3 dell’allora vigente l. 31 marzo 1889, n. 5992⁴¹.

⁴⁰ M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1985, 41, distingue, all’interno dell’indirizzo politico, tra un segmento “forte”, consistente nell’individuazione e nell’affermazione dei fini fondamentali dello Stato, che si colloca nell’attività costituente e in quella di revisione costituzionale, e un segmento “debole”, consistente nella specificazione dei fini politici contingenti, in cui a loro volta si esprimono le modalità di realizzazione dei citati fini fondamentali.

⁴¹ L. 31 marzo 1889, n. 5992, “*che modifica la legge sul Consiglio di Stato*”, il cui art. 3, comma 1, assegnava alla Sez. IV del Consiglio di Stato la competenza a “*decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un’ autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d’individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non sieno di competenza dell’ autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali*”. Il comma 2 del medesimo articolo, come rilevato, statuiva invece che “*Il ricorso non è ammesso se trattasi di atti o provvedimenti emanati dal Governo nell’esercizio del potere politico*”. Tale

Com'è noto, si trattava di una scelta di metodo influenzata dall'attribuzione della tematica dell'"atto politico"⁴² al settore del diritto amministrativo, il cui metodo, all'epoca, era basato più sull'intenzione di escludere la sindacabilità dell'atto che sul procedimento di formazione del medesimo⁴³.

Tale impianto concettuale avrebbe presto lasciato spazio a un altro destinato ad assumere maggiore rilevanza. Si tratta, come si vedrà immediatamente *infra* (par. 4.1.), di quello rappresentato dallo studio di Costantino Mortati e dell'impostazione volta a spostare l'attenzione dall'atto politico al potere politico, così traslando l'oggetto dello studio dal diritto amministrativo al diritto costituzionale.

In secondo luogo, l'irruzione sulla scena politica dei partiti di massa, proiettati verso la configurazione di un nuovo Stato pluriclasse, ha determinato la crisi dell'impostazione tradizionale di derivazione orlandiana, divenuta inadatta a descrivere la complessità del nuovo contesto giuridico⁴⁴. L'approccio, dunque, muta e

disposizione è stata abrogata dall'art. 2, comma 1, del d.l. 22 dicembre 2008, n. 200 (conv., con modif., in l. 18 febbraio 2009, n. 9), recante "*Misure urgenti in materia di semplificazione normativa*".

⁴² Si consideri ad esempio l'opera di E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 265 sgg.

⁴³ E. CHELI, *Atto politico*, cit., IV sgg., sottolinea che "i risultati di un'indagine condotta con criteri unitari alle nozioni di indirizzo politico non potranno essere altro che risultati di diritto costituzionale: il potere politico vive in uno spazio naturale che non è amministrativo, ma costituzionale. Sotto questo profilo l'impostazione accolta consentirà di concretare in termini formali una sensazione ormai diffusa nella dottrina recente, favorevole a riconoscere l'appartenenza inequivoca dell'atto politico alla sfera delle competenze del diritto costituzionale".

⁴⁴ Cfr. V. E. ORLANDO, *Intorno alla crisi mondiale del diritto. La norma e il fatto*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Tomo IV, Padova, Cedam, 1950, 624 sgg.; ma v. anche ID., *Lo Stato e la realtà. Discorso inaugurale del Prof. Vittorio Emanuele Orlando*, in *Annuario dell'anno scolastico 1910-1911 della Regia Università degli Studi di Roma. Anno DCVIII dalla fondazione*, Roma, Tipografia Fratelli Pallotta, 1911, 24 sgg., in cui Orlando già esprimeva preoccupazioni per la progressiva diffusione della tesi che lo Stato fosse derivato e sorretto dalla spontanea adesione degli individui e per l'attenzione sempre più incentrata sulla *ragione* come elemento generatore della soggezione politica, a scapito delle concezioni dell'obbedienza statale fondate sulla *paura* e sul *sentimento*. Già nel primo decennio del Novecento, pertanto, Orlando descrive "lo Stato contemporaneo [...] essenzialmente [come] uno Stato poco temuto: al prestigio quasi divino, che un tempo circondava il sovrano (nelle repubbliche, non meno che nelle monarchie) si è venuta sostituendo una tolleranza quasi compassionevole, come verso un servitore, che non si congeda sol perché non si trova di meglio da porre in suo luogo". Tanto, sia con riferimento agli "Stati latini, che sono poi quelli presso cui le dottrine contrattualistiche hanno avuto maggiore autorità: tanta autorità da ispirarne le stesse costituzioni", ma soprattutto con riferimento alla realtà italiana, nella quale "si aggiunge, inoltre, una tradizione più volte secolare, che si è trasfusa, direi, nel nostro sangue: quella di considerare lo Stato

si apre a integrazioni *aliunde*: prende così in prestito schemi ed elaborazioni appartenenti alla storiografia e ad altre scienze sociali, *in primis* la scienza politica⁴⁵. Tutti gli autori che studiano l'indirizzo politico partono infatti da un'importante premessa comune che, al contempo, rappresenta un'"importante svolta metodologica, consistente nell'accettare come oggetto di studio del diritto costituzionale ciò che fino ad allora era «rimasto nell'ombra», guardato con sospetto, come terreno infido e scivoloso: la politica"⁴⁶.

Su tale affermazione bisogna però intendersi. Proprio la politica, infatti, è da sempre considerata l'oggetto tipico dello studio del diritto costituzionale⁴⁷. Ciò che cambia in

come un nemico, il Sovrano come un tiranno" (*ivi*, 25 sg.). Conseguentemente, "affermare che lo Stato fondi il suo diritto all'obbedienza soltanto sulla sottomissione volontaria, illuminata dalla ragione", costituirebbe "un atto di folle orgoglio, che ha per contenuto un errore grossolano. Basta considerare le condizioni effettive delle classi sociali, e non solo delle popolari, per convincersi come la obbedienza e la coordinazione politica non sarebbero possibili senza il consenso dell'elemento della forza materiale, che eserciti una coazione decisiva, almeno nel campo psicologico. La lotta degli interessi individuali e sociali – che il progresso non attenua, ma intensifica – non potrà essere dominata che da una forza che s'imponga come tale, al di fuori della volontaria accettazione" (*ivi*, 28 sg.). Sulla contestualizzazione di tale scritto nella produzione orlandiana v. recentemente V. TEOTONICO, *La sovranità nel pensiero e nell'opera di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, specialmente 8 sgg., ove si sottolineano i tratti essenziali del "tornante storico" di riferimento: il "venire meno [di] alcune certezze della pur giovane scienza giuspubblicistica italiana", cui fa da contraltare la crescita di "preoccupazioni per il manifestarsi di spinte, sia interne che esterne, potenzialmente disgregatrici dell'ordinamento liberale di stampo ottocentesco".

⁴⁵ Y.M. CITINO, *Considerazioni sull'indirizzo politico in occasione della ripubblicazione del saggio di Vezio Crisafulli*, in *Nomos*, n. 2/2016, 3 sgg.

⁴⁶ Così testualmente C. TRIPODINA, *L'"indirizzo politico" nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, cit., 6. L'espressione "rimasto nell'ombra" è invece di C. LAVAGNA, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici tra Capo del Governo e Ministri*, Roma, Edizioni Universitarie, 1942, 5, che afferma che "l'odierna fase della scienza costituzionalistica italiana si caratterizza, infatti, per una sempre più intima congiuntura fra i diversi temi fondamentali, dovuta non solo al permeamento di alcune idee politiche direttive, bensì anche e soprattutto ad una accresciuta sensibilità per molte questioni di teoria generale, rimaste prima d'ora nell'ombra" (corsivo nostro).

⁴⁷ A tal proposito M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, n. 2/2006, 1644 sgg., osserva che "già nella tradizione greca e latina si agitavano e si indagavano questioni tipiche del costituzionalismo" e che "è soprattutto l'indagine concernente la forma di governo che da sempre ha acceso l'interesse e animato la discussione: dal confronto erodoteo fra Otane, Dario e Megabizo alla prima classificazione platonica, dal perfezionamento aristotelico di quella sistematica alla dottrina polibiana del governo misto e del ciclico (e rovinoso) alternarsi delle forme di governo «pure», è tutto un susseguirsi di tentativi di ricostruire la razionalità, o almeno la regolarità, delle forme politiche", salvo identificare poi il "momento di frattura, di passaggio dal costituzionalismo delle origini

realtà è la consapevolezza, da parte degli Autori citati, che il tema dell'indirizzo politico “getta così un largo e solido ponte” sia “tra il diritto costituzionale e la scienza politica”, sia “tra diritto costituzionale e storia contemporanea”⁴⁸. In questo senso, esso espone chi se ne occupa alla possibilità di valutazioni non strettamente giuridiche, ma anche di tipo politico con riferimento al regime storicamente vigente. A fronte di tale evenienza, la dottrina costituzionale degli anni Trenta si pone in modo diverso, sol che si abbia riguardo alle dichiarazioni di metodo che gli Autori antepongono ai loro studi, consentendo di distinguere “chi fu *costituzionalista del fascismo*, da chi fu – ed è evidentemente cosa ben diversa – *costituzionalista al tempo del fascismo*”⁴⁹.

4.- Le coordinate “storiche” dell'indirizzo politico. Sergio Panunzio e la teoria generale dello Stato fascista.

Sergio Panunzio appartiene senza dubbio alcuno al primo dei due gruppi menzionati, non avendo egli alcuna riserva nel qualificarsi giurista militante⁵⁰. Ne consegue una chiara scelta di metodo, che si sostanzia nella necessità, da un lato, di trattare la materia “integrando il metodo giuridico con quello storico sociale”⁵¹ e di “unire, pur tenendoli però distinti, senza empirici e banali confusionismi, l'elemento

al costituzionalismo moderno, per come noi l'abbiamo sinora conosciuto”, nella necessità – avvertita per primo, secondo l'A., da Thomas Hobbes – che anche “il potere del sovrano assoluto trovi il proprio radicamento nel diritto, nel vincolo contrattuale stretto tra i sudditi”: solo allora, infatti, “la specifica dimensione *giuridica* della statualità è definitivamente posta al centro della speculazione filosofico-politica e [...] il costituzionalismo (ammesso che prima fosse davvero esistito in quanto tale) proclama apertamente la propria pretesa” (corsivo nell'originale). Nello stesso senso v. anche ID., *Governo (forme di)*, in *Enc. dir. – Annali*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 2009, specialmente 543 sgg.

⁴⁸ M. DOGLIANI, *Costituzione materiale e indirizzo politico*, in A. CATELANI, S. LABRIOLA (a cura di), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano, Giuffrè, 2001, 190-192.

⁴⁹ C. TRIPODINA, *L'“indirizzo politico” nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, cit., 7 (corsivo nell'originale).

⁵⁰ L'Autore, ne *Il sentimento dello Stato*, Roma, Libreria del Littorio, 1929, p. 15, riconosce la “rara ventura di dovere insegnare [...] la Dottrina generale dello Stato, mentre uno Stato, lo Stato fascista, sta costituendosi, animato e pugnace, pieno di vita e di passione, pieno di presente e di avvenire”.

⁵¹ *Ivi*, p. 16.

giuridico e quello politico nella scienza del Diritto pubblico e dello Stato”⁵²; dall’altro, di “«fascistizzare» l’insegnamento del Diritto e della Politica e disperdere lo spirito agnostico e neutrale che sotto forma di oggettività e di rigidità scientifica si limita o può limitarsi a studiare il diritto e la politica se non contro, fuori del Fascismo”, essendo compito dei “pubblicisti della nuova Rivoluzione e del Fascismo” di fare, al contempo, “scienza ed apologia” e di insegnare “dalle cattedre e dai libri, come si è sempre fatto, non pure i principii e gli schemi logici, ma i principii politici e le credenze, la dottrina non solo, ma anche la fede”⁵³.

Per Panunzio, l’indirizzo politico rappresenta la manifestazione giuridica del pensiero e della volontà dello Stato e, in quanto tale, si pone come momento logicamente e cronologicamente precedente rispetto a tutti gli altri momenti della vita dello Stato⁵⁴. In tal senso, egli afferma anzitutto che la funzione dello Stato “è quella di porre in modo concreto le direttive generali della sua azione di predeterminare il suo pensiero, il suo programma, il suo indirizzo politico”, in base al quale esso “può fare poi, in un secondo momento, la coordinazione, ossia la corporazione, fra le forze e i poteri sociali e politici di cui esso si compone”. La determinazione dei fini, pertanto, “precede il frazionarsi dell’attività dello Stato [...] nelle particolari funzioni: [...]”: quest’ultimo, “prima ancora di essere potere legislativo, esecutivo, giudiziario, è se stesso; pensa, concepisce, vuole se stesso; e non può dare i comandi se non sa quali comandi deve dare”. In altri termini, “lo Stato deve essere prima pensiero; deve pronunciare il suo *cogito ergo sum*; e poi volontà legislativa od esecutiva”⁵⁵.

⁵² *Ivi*, p. 24. Immediatamente prima del passo citato, l’Autore afferma anche che “il tentativo, che si assume da alcuni riuscito nelle costruzioni di «Staatsrecht» germanico e di «Diritto pubblico» italiano, di sciogliere la promiscuità di elemento politico e di elemento giuridico e di depurare, in nome più tosto dello «scientismo» che della «vera scienza», il diritto pubblico da ogni elemento politico giudicato eterogeneo e perturbatore, è in verità, un tentativo assurdo, perché il diritto è vita e non soltanto arida forma”.

⁵³ *Ivi*, p. 23.

⁵⁴ “siamo dunque di fronte alla prima e alla più fondamentale funzione dello Stato: la funzione di governo”: così S. PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, Cedam, 1937, 87.

⁵⁵ *Ivi*, 90 sg.

Tanto induce Panunzio a qualificare l'indirizzo politico quale quarta funzione dello Stato, destinata a superare "il vecchio principio liberale-democratico o, più esattamente, la vecchia bandiera politica dei tre poteri dello Stato: legislativo, esecutivo e giudiziario"⁵⁶. Tuttavia, più che la teoria della divisione dei poteri, di per sé insopprimibile se intesa come norma meramente tecnica "di divisione del lavoro" e "di specificazione di organi e funzioni", Panunzio rifiuta "la teoria libera della divisione meccanica" dei poteri alla Montesquieu, ossia "dell'equilibrio meccanico, della contrapposizione e del bilanciamento" degli stessi, perché essa non tiene in conto che "superiore ancora al principio di specificazione è quello dell'unità e dell'organicità dello Stato"⁵⁷.

In virtù dei principi cardine dell'uguaglianza e del bilanciamento tra poteri, l'attività di direzione politica avrebbe dovuto sorgere "non dalla volontà di uno degli organi, ma dall'armonico e spontaneo confluire delle volontà di più organi di diversa derivazione"⁵⁸. Tuttavia, di fatto, in epoca liberale è "il parlamento che avoca a sé ed assume come suo compito e diritto esclusivo l'indirizzo politico"⁵⁹, divenendone così "il padrone"⁶⁰. Ben presto, però, si è giunti alla "crisi del parlamento" come "organo supremo di governo e dell'indirizzo politico", sino all'impossibilità di "formare il governo, un qualsiasi governo", soprattutto quando fu adottato come "segno di genio politico la [legge] proporzionale", confermando così che "se c'è organo incapace di

⁵⁶ S. PANUNZIO, *Il sentimento dello Stato*, cit., 183.

⁵⁷ ID., *Teoria generale dello Stato fascista*, cit., 111-114. Va specificato, tuttavia, che ne *Il sentimento dello Stato*, cit., pp. 183-209, Panunzio indica come quarta funzione dello Stato – o "quarto potere" – la "funzione corporativa" (pur con la precisazione che il corporativismo "non si limita solo alla unificazione dell'economia e della società, ma si estende alla politica e al diritto costituzionale", operando così "la sintesi organica fra le diverse forze e i diversi poteri dello Stato in luogo del loro libero giuoco e del loro «meccanico» equilibrio liberale"). Ne *La teoria generale dello Stato fascista*, cit., p. 127, Panunzio si accosta all'elaborazione di Mortati (su cui v. immediatamente *infra* nel testo, par. 4 l.), ritenendo così più opportuno chiamare la quarta funzione «politica» e di «governo», e non funzione «coordinante» o anche «corporativa», preferendo utilizzare la prima delle due, dal momento che, se è vero che "tutte le attività dello Stato, se sono dello Stato, sono politiche e non possono essere che politiche", la funzione che ne occupa è "la funzione politica per eccellenza".

⁵⁸ Così, in consonanza sul punto con S. Panunzio, C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo*, cit., 30.

⁵⁹ S. PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato fascista*, cit., 124.

⁶⁰ *Ivi*, 137.

realizzare la coordinazione, l'unità di tutte le forze della Nazione, di interpretare i bisogni generali, di porre l'indirizzo politico nazionale da un punto di vista sintetico e superiore, ideale non aritmetico e proporzionale, questo è proprio il Parlamento"⁶¹.

Sono, dunque, per Panunzio (ma anche per Mortati, come vedremo immediatamente *infra*), da una parte, "le insufficienze della classe politica in Italia, quali sono state rivelate dall'esperienza storica" e, dall'altra, "il carattere dei nuovi compiti che lo Stato è venuto ad assumere"⁶² a spiegare lo "spostamento copernicano"⁶³ dal Parlamento al Governo, e al suo capo in particolare, del potere di direzione politica dello Stato e l'affermazione del Regime del Capo del Governo. Per Panunzio, in particolare, "il rafforzamento, la preminenza e la preponderanza" riconosciuta al governo nel nuovo regime si giustifica per il fatto che "tra la società moderna, viva, complessa e dinamica, e lo Stato, occorre un organo autonomo permanente, onnipresente e onnifunzionante di congiunzione e di comando che non può essere costituito da vecchie assemblee parlamentari dello Stato formale e politico, ma dal governo e solo dal governo", la cui unità è "impersonata e puntualizzata nel Capo del governo, primo ministro, figura costituzionale nuova e «fondamentale» dello Stato fascista"⁶⁴.

⁶¹ Ivi, p. 139.

⁶² C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo*, cit., 80.

⁶³ S. PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato fascista*, cit., 163.

⁶⁴ S. PANUNZIO, *Il sentimento dello Stato*, cit., 122 sgg. Panunzio, peraltro, sottolinea che non vi è incoerenza nell'affermare che "lo Stato fascista sia governativo, dittatoriale in senso lato, autoritario, accentrato o, come anche si dice, gerarchico", avendo premesso che "è uno Stato di grandi masse, anzi uno Stato tipicamente popolare, di democrazia quasi diretta": infatti "lo Stato fascista, appunto perché popolare e a regime quasi diretto, non è né può essere più parlamentare, ma governativo". In ciò non vi è contraddizione, dal momento che "plebiscito e dittatura sono davvero i due poli del nostro Regime, le due facce di una stessa realtà politica" e, proprio quale "conseguenza immediata e necessaria del regime del popolo", si è reso necessario "il rafforzamento ed il concentramento del potere nel Capo del governo": ID., *Teoria generale dello Stato fascista*, cit., 106 sgg.

Così descritto il Regime del Capo del governo, Panunzio assegna formalmente la "titolarità" della "quarta funzione" dello Stato non al solo Capo del governo, ma a un "organo supremo complesso", composto "da Re, Sovrano, o Capo dello Stato; dal Capo del governo; dal Gran consiglio". Viceversa, i singoli Ministri, per Panunzio, "altro non sono che collaboratori tecnici del Capo del governo", a quest'ultimo gerarchicamente subordinati": *ivi*, 130, 168. Secondo Panunzio, tuttavia, l'organo al quale spetta "la prerogativa delle prerogative, la decisione suprema, la decisione delle decisioni, in quanto

organo e interprete supremo del popolo, e cioè il diritto della nomina del Capo del governo che sia conforme, secondo il suo giudizio sovrano, ai supremi interessi nazionali, obiettivamente e storicamente percepiti e considerati” è il Re, organo costituzionale la cui posizione, in ragione delle sue attribuzioni, è superiore al Capo del governo: *ivi*, 153. Tale prospettiva è condivisa da C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo*, cit., 218, che afferma che al Re è riconosciuto “un potere di ultima e più elevata decisione politica nel processo di autodeterminazione della volontà statale”, in quanto egli è titolare del “diritto di consentire la realizzazione, fra i vari possibili, di quell’indirizzo politico, che egli creda più confacente agli interessi nazionali”. Ovviamente, “la libera iniziativa del Re – nello Stato moderno costituzionale – non può essere espressione di una volontà puramente personale e quindi arbitraria”, ragion per cui vi sono una serie di limiti positivi all’atto di nomina del Capo del Governo, il più rilevante e specifico dei quali è costituito dall’“obbligo del Re di prendere in esame la designazione che il Gran consiglio è tenuto a fare delle persone ritenute da esso idonee a coprire la carica di Capo del governo”, ai sensi dell’art. 13 della l. 9 dicembre 1928, n. 2693 (recante “*Ordinamento e attribuzioni del Gran Consiglio del Fascismo*”). L’A., però, specifica che il Re ha solo l’obbligo giuridico di prendere in considerazione la lista proposta dal Gran Consiglio prima di procedere alla nomina, non anche “il dovere di limitare la scelta alle persone elencate nella lista, né tantomeno di seguire l’ordine in cui i nomi sono in essa disposti” è invece sufficiente che “la persona prescelta si muova nell’ambito delle generali direttive del Regime” (*ivi*, 88, 91). La posizione di supremazia della Corona si manifesta in due momenti: il primo è quello in cui il Re sceglie la persona fisica che intende proporre alla carica di Capo del governo; il secondo – su cui pone l’accento soprattutto Mortati - è quello nel quale esercita il controllo politico sull’attività del Capo del governo, responsabile innanzi a lui. Mortati osserva che tale controllo è volto ad “accertare la convenienza del mantenimento di quel determinato indirizzo [...], in relazione alla situazione politica del Paese”: *ivi*, 221.

L. PALADIN, *Fascismo (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XVI, Milano, Giuffrè, 1967, 893, rileva che “il Re si può dire in regime fascista ancor meno partecipe dell’indirizzo politico, che nel precedente periodo parlamentare”, essendo “pacifico che la prerogativa regia si concentra per intero nel Capo del Governo sotto forma di proposte vincolanti [...], dal momento che il Re non è in grado di negare la propria adesione al programma di un Primo Ministro, che egli non voglia e non possa revocare”. L’Autore, tuttavia, ritiene che, nonostante la “«diarchia» rappresentata dal Capo del Governo e dal Re” sia “una finzione inapplicabile al fascismo, per quanti le danno il significato di una sostanziale partecipazione della Corona al potere politico”, e nonostante il fascismo “faccia consistere il perno reale della funzione d’indirizzo nel Capo del Governo, anziché nel Capo dello Stato”, tutto ciò non impedisce di utilizzare l’espressione “diarchia” per definire l’organizzazione costituzionale del fascismo e, anzi, la ritiene, in un certo senso, “corretta e necessaria”, sulla base delle seguenti considerazioni. Anche nell’ordinamento fascista, il Re conserva “quasi per intero il suo primato in posizione”, cosa che impone al Primo Ministro di ricercare e ottenere “il consenso esteriore del Re per la formazione di tutti gli atti politici essenziali (salva l’eccezione costituita dai «decreti del Duce»): il Re, per converso, ha il diritto di “di essere informato ed ascoltato dal Primo Ministro”. Ciò che più conta, poi, è che “la Corona rappresenta l’unico organo costituzionale che in nessun modo derivi dal Duce e gli sia sottoposto”. La stessa attribuzione dei poteri di nomina e di revoca del Capo del Governo consentirebbe al Re “di staccarsi dalle non vincolanti (e non indispensabili) indicazioni del Gran Consiglio del Fascismo, sia pure all’implicito patto che sia rispettato l’orientamento politico del regime”. Inoltre, quand’anche “la revoca del Capo del Governo” fosse “in concreto impensabile, là dove la classe politica sia compatta [...], lo stesso carattere non perfettamente monolitico – se non addirittura pluralistico – dell’organizzazione costituzionale del fascismo crea la possibilità che istituzionalmente si producano

L'impostazione di Panunzio è definita "normativa". Essa, infatti, concepisce l'indirizzo politico come una determinazione di fini che costituiscono un antecedente rispetto all'attività posta in essere dagli organi costituzionali nell'esercizio delle relative funzioni, così legittimando, secondo parte della dottrina, lo "Stato discrezionale", nel quale "qualsiasi cosa venga qualificata come «diritto» mira esclusivamente a promuovere i fini politici del regime"⁶⁵.

Contrapposta alla teoria "normativa" dell'indirizzo politico (oltre che da Sergio Panunzio, teorizzata – come si vedrà subito *infra* – da Costantino Mortati e Vezio Crisafulli) è quella "esistenziale", secondo la quale l'indirizzo politico avrebbe valenza meramente terminologica e costituirebbe il risultato di una ricostruzione condotta *ex post*, sulla base degli esiti dell'attività degli organi costituzionali e degli atti da questi adottati, contestualmente considerati nella loro pluralità e alla luce delle loro relazioni giuridiche. In questa chiave di lettura, non vi è un indirizzo precedentemente posto, alla luce del quale sono stati adottati determinati atti giuridici; l'indirizzo, piuttosto, è un concetto attraverso il quale si tenta di dare un orizzonte comune agli atti adottati. Si ha pertanto un'inversione di fondo: in primo luogo, gli organi costituzionali, sulla base delle competenze loro attribuite dalla legge, adottano determinati atti; in un secondo momento, tali atti sono posti in correlazione a opera del concetto di indirizzo politico, che attribuisce loro un significato politico comune e coerente. Così facendo, l'indirizzo politico serve a "mettere in evidenza il significato politicamente unificante" degli atti adottati e "ad unificare e concatenare, dal punto di vista concreto degli interessi politici perseguiti, una sequenza di atti dotati di autonoma e compiuta efficacia e rilevanza giuridica, posti in essere nell'esercizio di competenze

determinate manifestazioni di dissenso nei confronti della linea politica del Duce, e che di conseguenza il Re possa riassumere il suo tipico ruolo di arbitro e di risolutore delle crisi". Conclusivamente, pur essendo "ben naturale che la forma fascista di governo sia comunemente definita come un regime del Duce o del Primo Ministro, o sbrigativamente, venga ritenuta un caso tipico di dittatura", Paladin ritiene che tale conclusione debba essere in parte corretta, "in quanto la realtà giuridica fascista rimane pur sempre alquanto più complessa degli analoghi regimi personali, contemporaneamente stabiliti in Europa".

⁶⁵ E. FRAENKEL, *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*, Torino, Einaudi, 1983, 21 sg., ripreso testualmente da M. DOGLIANI, *Indirizzo politico (ad vocem)*, cit., 246.

costituzionalmente distinte, che tutte concorrono a determinare quell'esito finale definibile ex post come l'indirizzo politico perseguito”⁶⁶.

4.1.- Costantino Mortati e il problema della funzione di governo

Come accennato *supra*, al par. 3, il pensiero di Costantino Mortati si distingue dalle impostazioni allora prevalenti in ciò che non affronta la problematica del Governo a partire dall'esigenza (di sapore amministrativistico) di individuare gli atti dell'esecutivo che, per la loro indole prettamente politica e nonostante le caratteristiche formali, sono sottratti al giudice amministrativo⁶⁷; viceversa, “oggetto della ricerca è il potere politico e la sua legittimazione”⁶⁸. Viene così indagata “la considerazione dei presupposti di fatto e delle finalità politiche degli istituti stessi, in quanto utile a far comprendere il funzionamento di questi e mostrarne la pratica efficienza”⁶⁹.

Corollario di tale approccio è la riconduzione delle attività di determinazione dei fini dello Stato, di adozione delle decisioni politiche fondamentali, inerenti allo Stato stesso, e dei casi eccezionali⁷⁰ alla funzione di governo e di indirizzo politico. Tale funzione è superiore alle altre e acquista un carattere di normatività e di cogenza, cui i soggetti dell'ordinamento debbono sottostare: l'organo che la detiene è infatti in posizione di supremazia rispetto a tutti gli altri⁷¹. Anche quella di Mortati è dunque una visione fortemente unitaria, centralizzata e gerarchizzata del potere politico.

È evidente la prossimità di questa ricostruzione con quella proposta da Carl Schmitt⁷², dal quale Mortati mutua anche la convinzione che l'organo titolare della

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo*, cit., 7.

⁶⁸ Così P. CIARLO, *Art. 95*, cit., 334 sg.; ID., *Mitologie dell'indirizzo politico*, cit., 10 sg.

⁶⁹ C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo*, cit., 4.

⁷⁰ *Ivi*, 11 sgg.

⁷¹ *Ivi*, 8.

⁷² Va infatti ricordato che, secondo il filosofo di Plettenberg, “sovrano è chi decide sullo stato d'eccezione”, sul caso limite, qualifica l'altro amico o nemico e dispone della pace e della guerra: cfr. C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München-Leipzig,

funzione di governo, qualunque esso sia, debba “incarnare e rendere concreto il principio spirituale dell’esistenza politica di un popolo”⁷³.

Nel considerare il Governo interprete dell’unità politica del popolo, Mortati riprende motivi organicistico-istituzionalistici presenti nella tradizionale teoria dell’indirizzo politico, nella cultura sociale cattolica, nel pensiero di Schmitt stesso e, più in generale, nella dottrina giuridica della dittatura⁷⁴. In un ordine sociale così concepito, non si ravvisano soggetti in conflitto, secondo la effettiva tipologia delle società industriali, ma un’unificante coscienza collettiva che consente, appunto, l’organica integrazione delle varie componenti sociali⁷⁵. In questo quadro, che si

Duncker & Humblot, 1922, trad. it. *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in *Le categorie del ‘politico’*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972, 33. Coerentemente con tali assunti, per Schmitt la Costituzione rappresenta la “decisione politica fondamentale del titolare del potere costituyente”: così C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928, trad. it. di A. Caracciolo, *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994, 41.

⁷³ C. MORTATI, *L’ordinamento del Governo*, cit., 21, ove è citato testualmente il segnalato passo schmittiano, proveniente, com’è noto, da *Verfassungslehre*, cit., 212.

⁷⁴ Oltre a quanto emerge dalle opere riportate nelle note precedenti, va aggiunto che il riconoscimento di una posizione privilegiata al Governo e di una struttura molto compatta della compagine sociale era tipico della cultura giuridica tedesca. La Germania di epoca bismarckiana e guglielmina, d’altro canto, ha offerto un terreno particolarmente fertile per queste impostazioni che hanno esplicato una notevole influenza in Italia e che, in sostanza, vanno a detrimento del Parlamento, del principio della separazione dei poteri e della supremazia della legge (così, in senso conforme, P. CIARLO, *Art. 95*, cit., 336). Si consideri, ad esempio, l’osservazione di M. WEBER, *Parlament und Regierung im neogeordneten Deutschland. Zur politischen Kritik des Beamtenstums und Parteiwesens*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1918, trad. it. *Parlamento e Governo. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti*, a cura di F. Fusillo, ora in *Weber. Vita, pensiero, opere scelte*, a cura di A. Massarenti, Milano, Il Sole 24 Ore, 2006, 304, a tenor del quale “la situazione odierna della nostra vita parlamentare è un retaggio dell’annoso dominio del principe Bismarck di Germania e dell’atteggiamento interiore che la nazione aveva assunto verso di lui dall’ultimo decennio del suo cancellierato. Questo atteggiamento non trova riscontro nel comportamento di qualsiasi altro grande popolo verso uno statista di questa grandezza. In nessun altro luogo del mondo la stessa ammirazione più sconfinata per la personalità di un uomo politico ha indotto una nazione orgogliosa a sacrificargli così interamente le proprie reali convinzioni”. Per una ricostruzione del concetto di dittatura in Carl Schmitt cfr. M. LUCIANI, *Carl Schmitt ed il concetto di “dittatura”*, in *Diritto e Società*, n. 3-4/1975, in particolare 555, 558 sg.

⁷⁵ Sul punto v. da ultimo P. RIDOLA, *Costituzione e potere politico nella democrazia di massa: tra Machtstaat e politische Legitimation*, in ID., *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, Giappichelli, 2016, 80 sgg., il quale sottolinea con forza “la distanza del decisionismo schmittiano dagli approdi del costituzionalismo, per aver concepito la costituzione come espressione della «existentielle Entscheidung» di un popolo, di un ordinamento totalizzante che si identifica nella mera dimensione

pretende o si auspica unificato, il Governo può assumere un ruolo del tutto dominante, perché, non essendovi conflitto, non esisterebbe un reale problema di garanzie costituzionali classicamente intese. Soprattutto perdono spessore il principio della separazione dei poteri e quello della supremazia della legge. Il punto nodale è, e sarà sempre più con l'avvento del nazismo, quello del Governo, di come assicurare efficienza e incisività ai suoi comandi concreti.

L'influenza del decisionismo e dell'organicismo tedeschi sul modo di intendere le tematiche del Governo presso la giuspubblicistica italiana, dunque, è stata fondamentale e in larga parte si è esplicitata attraverso la mediazione di Mortati. Vi è tuttavia un elemento importantissimo che distinguerà Mortati e la cultura giuridica italiana dalla contemporanea cultura giuridica tedesca ed è il mantenimento di un concetto classico di Stato⁷⁶. Infatti, mentre le impostazioni decisionistiche ed organicistiche tedesche erano tendenzialmente indirizzate a negare allo Stato il ruolo di unità politica decisiva per attribuirlo al complesso popolo-capo, nella pubblicistica italiana esse vengono adoperate anche per ricongiungere al dato sociologico-politico una scienza giuridica, spesso irretita dagli eccessi del "metodo giuridico".

Il progresso compiuto in questo senso e la forza intrinseca dell'impianto interpretativo decisionistico sono mostrati dallo stesso Mortati quando applica la sua teoria dell'indirizzo politico alla forma di Governo parlamentare. Chiedendosi chi decide sui fini dell'azione statale negli Stati retti secondo tale forma di governo, egli

fattuale dell'esistente, e che assorbe integralmente, peraltro, la stessa fattualità del sociale in quella della «situazione politica» e dei rapporti di forza che la hanno prodotta. *Ma se la situazione politica esistente è la sola istanza dalla quale deriva il contenuto della costituzione, in questa non possono trovare posto, come è evidente, limiti del potere, concorrenza delle opinioni e degli interessi, dialettica fra maggioranza e minoranze*, così come lo stesso pluralismo è concetto sostanzialmente ricacciato fuori dalle dinamiche sociali, per ritrarsi e trovare accoglienza sul solo terreno dei rapporti tra soggetti sovrani" (corsivo nostro).

⁷⁶ In ciò l'approccio di Mortati si distingue nettamente da quello di Panunzio. Quest'ultimo, infatti, parla di "Rivoluzione fascista", così rivendicando orgogliosamente la discontinuità rispetto al passato (S. PANUNZIO, *Il sentimento dello Stato*, cit., 15 sgg.). Mortati, viceversa, sottolinea più volte la continuità del nuovo regime fascista con il passato, come "prosecuzione dello sviluppo storico, di cui il regime parlamentare ha costituito una fase: un superamento di questo, non una negazione": C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo*, cit., 80.

dichiara tramontata la fase storica dell'effettivo predominio del Parlamento e individua nell'esecutivo, in virtù delle maggioranze ordinate secondo gli schieramenti partitici, il nuovo organo dominante⁷⁷.

Nella sua teoria del governo, Mortati lega al decisionismo schmittiano la lettura dell'indirizzo politico come quarta e dominante funzione dello Stato. Inevitabilmente la funzione di indirizzo politico risulta accentrata in un solo organo, il Governo e, in particolare, nel Capo del Governo⁷⁸. Questa ricostruzione, ovviamente, dipende dalla struttura del regime cui essa faceva riferimento, ma anche dai presupposti teorici in cui trovava fondamento. Il decisionismo e la teoria delle funzioni portano fatalmente a identificare un unico centro di imputazione delle scelte e delle responsabilità.

Mortati accetta il presupposto schmittiano per cui il popolo è soggetto politico quando sul piano spirituale si riconosce per tale e catalizza le volizioni particolari: la funzione di direzione dello Stato va inevitabilmente accentrata in un solo organo con una compatta capacità di volere, di unificazione dei voleri particolari⁷⁹.

Di conseguenza, egli interpreta analogamente l'evoluzione del Governo parlamentare: il rafforzamento dell'esecutivo che si è avuto nel sistema britannico, espressione della più matura forma di parlamentarismo, risponde per l'Autore all'esigenza di decisione presente negli Stati contemporanei⁸⁰: il fatto che la funzione di indirizzo politico, ossia di determinazione dei fini dello Stato, sia attribuita all'organo governante, al *leader*, con valenza normativa rispetto agli altri soggetti operanti nella comunità statale, appare conseguenza ovvia e necessaria⁸¹. In questo quadro – in cui l'unitarietà organicistica era conseguita anche grazie al comando decisionista, in grado, se necessario, di portare ordine nel sistema – il problema delle

⁷⁷ C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo*, cit., 36 sgg. Come rilevato da P. CIARLO, *Art. 95*, cit., 338, si tratta di “una profonda e modernissima intelligenza del fenomeno partitico: il regime parlamentare viene definito in relazione all'effettivo sistema di partiti che lo sorregge”.

⁷⁸ C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo*, cit., 67 sgg.

⁷⁹ *Ivi*, 9 sgg.

⁸⁰ *Ivi*, 34 sgg.

⁸¹ *Ivi*, 17 sgg.

autonomie, e in primo luogo quello delle garanzie individuali, non trova spazio e considerazione.

4.2.- Vezio Crisafulli e il problema delle garanzie. La ricerca di una teoria “giuridica” dell’indirizzo politico

Le teorie dell’indirizzo politico ispirate all’organicismo e al decisionismo portavano a una radicale compressione del garantismo. L’opera in Italia più significativa indirizzata a coniugare le elaborazioni sull’indirizzo politico e la nuova preminenza governativa con i principi classici del costituzionalismo è stata quella di Vezio Crisafulli.

Sin dal titolo del Volume dedicato al tema (“Per una teoria giuridica dell’indirizzo politico”) è chiaro l’intento dell’Autore di riportare, all’interno di una dottrina metodologicamente e contenutisticamente classica, la tematica dell’indirizzo politico che, sotto l’influenza dominante delle elaborazioni tedesche, era divenuta punto nodale nelle teorie dello Stato autoritario; così facendo, mirava a costruire una teoria dell’indirizzo che si confacesse anche agli Stati non autoritari. Ferma la validità del principio di divisione dei poteri, per Crisafulli tale distinzione “non contraddic[e] comunque alla essenziale unità della sovranità statale, ma rispon[d]e soltanto ad una esigenza logica e pratica insieme, di specificazione e differenziazione nella unità”⁸².

Quale punto di riferimento iniziale Crisafulli assume la teoria proposta da Mortati. Di quest’ultima accoglie la nozione di indirizzo politico come determinazione dei fini dello Stato⁸³, ma esclude che si possa parlare della funzione di governo come “quarta funzione” dello Stato, se per governo deve intendersi tanto la determinazione dell’indirizzo politico, quanto lo svolgimento delle attività necessarie alla sua

⁸² V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell’indirizzo politico*, cit., 67.

⁸³ *Ivi*, 82.

attuazione. In questo caso, infatti, ci si troverebbe innanzi ad atti talmente eterogenei da rendere impossibile il loro raggruppamento in una sola funzione⁸⁴.

A parte il dissenso sulla costruzione dell'attività di governo come funzione, Crisafulli, sulla scia di Mortati, ricostruisce la sequenza scelta dei fini - realizzazione degli stessi in forma lineare: la realizzazione appare quasi una conseguenza necessaria della precedente selezione. Proseguendo con la medesima impostazione, Crisafulli afferma che nelle forme di governo parlamentare l'indirizzo politico trae origine dai programmi dei partiti politici: questi si impegnano davanti all'elettorato a realizzare i propri programmi, a trasformarli in indirizzo politico, una volta giunti al Governo. Con la crescita della complessità dello Stato moderno, più soggetti concorrono alla definizione della volontà statale e alcuni fenomeni in precedenza confinati al pregiuridico, come i programmi dei partiti, divengono rilevanti per l'ordinamento⁸⁵.

Si pone a questo punto il problema della coerenza dell'indirizzo politico: assieme a Mortati, anche Crisafulli ammette che agli organi deputati alla sua determinazione debbano essere attribuiti anche i poteri necessari per imporne l'osservanza⁸⁶, ma non ritiene gli organi costituzionali rigidamente vincolati al rispetto dell'indirizzo politico. Ove così non fosse, infatti, "sarebbe quasi certamente compromessa quella autonomia

⁸⁴ *Ivi*, 86 sg; "Infatti, "l'intera attività statale – all'infuori, di regola, di quella giurisdizionale – costituisce, a ben guardare, immediatamente o mediamente, realizzazione, nei diversi settori della vita dello Stato, di quel determinato indirizzo politico che è stato preventivamente tracciato dagli organi competenti. Che l'indirizzo politico generale sia, ad esempio, in un dato momento informato ai principi del liberalismo economico, e tutta l'attività dello Stato, a cominciare da quella legislativa ne risulterà ispirata e determinata nelle sue linee fondamentali": *ivi*, 93 sg.

⁸⁵ *Ivi*, 110 sgg. Sulla rilevanza giuridica del sistema dei partiti nell'analisi giuridica relativa alla forma di governo dello Stato v. L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 638 sgg., secondo il quale il sistema di partiti "è esplicitamente o implicitamente presupposto dalle norme costituzionali vigenti", le quali, "ad esempio in Italia [...] l'art. 49 Cost. [...] e gli artt. 72 e 82 Cost. [...], presuppongono una pluralità di partiti e di gruppi parlamentari, senza di che le stesse regole previste dalla Carta non potrebbero applicarsi". *Contra* M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, cit., 554, il quale ritiene che "proprio il dato costituzionale italiano, che affida ai partiti il compito di consentire ai cittadini, in essi associati, addirittura di «determinare» la politica nazionale» (art. 49), chiarisce come i partiti si muovano su un terreno diverso da (seppur interferente con) quello della «forma» di governo, che attiene all'emersione *istituzionale* del potere" (corsivo nostro).

⁸⁶ *Ivi*, 127.

sostanziale che si ritiene generalmente propria ed essenziale degli organi medesimi”⁸⁷; autonomia – sottolinea l’Autore – indissolubilmente legata alla separazione dei poteri, ai principi basilari dello Stato di diritto e, quindi, alle garanzie dei diritti dei singoli⁸⁸. Ne consegue che gli organi costituzionali possono opporsi all’indirizzo politico vigente sino a poterne determinare la modifica o, addirittura, la sostituzione con uno nuovo, come avviene nei sistemi parlamentari con le crisi di governo⁸⁹. In definitiva, per Crisafulli l’indirizzo politico sarebbe strettamente vincolante solo per i livelli inferiori dell’organizzazione statale, mentre per gli organi costituzionali l’obbligo di osservarlo sembrerebbe divenire evanescente al punto di essere rimesso alla valutazione dell’organo costituzionale stesso⁹⁰.

È evidente la differenza dell’impostazione con cui Crisafulli, rispetto a Mortati, ricostruisce la nozione di indirizzo politico. Per quest’ultimo, infatti, è assorbente il problema della *decisione* statale; per il primo, invece, lo è il problema delle *garanzie* a tutela dei vari organi dello Stato (in particolare quelli costituzionali) e delle loro relazioni. Secondo Crisafulli, nel moderno Stato democratico la determinazione e l’attuazione dell’indirizzo politico non possono essere che il frutto della collaborazione di organi costituzionali diversi, dotati di una propria autonomia⁹¹; viceversa, nei confronti della pubblica Amministrazione, Crisafulli evidenzia la necessità di ulteriori “specificazioni e precisazioni” da parte “degli stessi supremi organi esecutivi, ai quali spetta altresì, nell’esercizio del loro potere discrezionale, di specificarlo e precisarlo nei dettagli, facendo in tal modo opera ausiliaria, di

⁸⁷ *Ivi*, 129.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ivi*, 132.

⁹⁰ *Ivi*, 133 sgg.

⁹¹ *Ivi*, 128 sgg. P. CIARLO, *Mitologie dell’indirizzo politico*, cit., 38 sg., sottolinea tuttavia la difficile compatibilità, nella ricostruzione crisafulliana, tra vincolatività dell’indirizzo politico e autonomia degli organi costituzionali, affermando che “La vincolatività deve presupporre la sanzionabilità, mentre, come già sottolineato, l’autore, riferendosi all’efficacia dell’indirizzo nei confronti degli organi costituzionali, non solo non accenna a sanzioni, ma anzi parla di efficacia non rigidamente vincolante”.

integrazione della attività propriamente d'indirizzo politico esplicita dagli organi competenti (nell'ipotesi da ultimo formulata, dagli organi parlamentari)⁹².

In letteratura è stato sottolineato il limite della dottrina in questione nella logica gerarchizzante che in ultima analisi si adotta, nonostante la premessa garantistica in base alla quale la determinazione dell'indirizzo politico può spettare anche a più organi⁹³.

4.3.- Carlo Lavagna e la concezione “esistenziale” dell'indirizzo politico

Il contributo di Crisafulli resta di fondamentale importanza perché, rispetto alla posizione del Governo nel sistema costituzionale, sottolinea il ruolo del partito nella forma di governo parlamentare, ma soprattutto esplicita il nesso problematico che lega decisione e garanzia.

Tale nesso viene affrontato in modo significativo anche da Carlo Lavagna. Precisato che il tratto caratterizzante dell'attività politica è la libera determinazione dei fini, Lavagna, in relazione al Governo, esclude che possa considerarsi di tipo politico

⁹² *Ivi*, 136 sgg.

⁹³ Così P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico*, cit., 40, il quale osserva che Crisafulli, “nel passare all'analisi di concrete forme di governo, ricostruisce la materia identificando sempre un solo organo titolare di indirizzo politico” (così in V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, cit., 87); conseguentemente, a detta dell'A., la circostanza che più organi o soggetti concorrano a determinare l'indirizzo stesso sembra divenire “una sorta di mera possibilità teorica smentita, però, dalla concretezza degli ordinamenti storicamente dati”. In relazione al sistema parlamentare, Crisafulli è sempre incline a stabilire una sorta di gerarchia tra Parlamento e Governo, nonostante l'estrema problematicità del tentativo. Con riferimento all'ordinamento britannico, Crisafulli ritiene il Governo titolare del potere d'indirizzo, pur consapevole del rapporto che lega quest'ultimo al partito di maggioranza e considerando, in astratto, non illogica una diversa ricostruzione, che vedesse invece la Camera dei comuni quale organo titolare del potere medesimo. Diversamente, una soluzione per cui Governo e assemblea elettiva concorrono alla determinazione dell'indirizzo politico è proposta nell'analisi del sistema francese, del quale però si sottovaluta l'importanza qualificandolo assembleare, anziché parlamentare: *ivi*, 145 sgg. Per le forme di governo parlamentare più mature ed efficienti, nonostante i dubbi prima sottolineati e la consapevolezza delle novità introdotte dall'organizzazione partitica del Parlamento, si preferisce individuare nel Governo l'organo titolare del potere di indirizzo: *ivi*, p. 144.

non solo l'attività vincolata - che ricorre quando l'organo trova prestabilito dal diritto il proprio comportamento - ma anche quella discrezionale, trovando questa ugualmente un limite imprescindibile nella precisazione legislativa del fine⁹⁴.

La tesi di Lavagna, pertanto, tende a restringere il più possibile, rivalutando il ruolo della legge e del principio di legalità, la sfera di libertà dei fini nell'azione del Governo⁹⁵. Coerentemente, la nozione di indirizzo politico viene individuata "nell'insieme dei fini e delle regole generali che in ogni momento informano la complessa attività di Governo"⁹⁶.

Da ciò l'importante differenza che caratterizza la dottrina in questione rispetto a quelle sinora illustrate: l'indirizzo politico non è più inteso come determinazione dei fini dell'attività di Governo⁹⁷. L'indirizzo politico non può essere in contrasto né con la legge né con la Costituzione; è quest'ultima, invece, a fissare i fini dello Stato. L'indirizzo politico, pertanto, non può occupare nell'ordinamento una posizione gerarchicamente sovraordinata, né può esplicare una efficacia normativa vera e propria, tanto più ch'esso non ha una forma tipica cui riconnettere tale efficacia⁹⁸.

Da tale ultima osservazione Lavagna trae una conseguenza destinata ad avere grande successo nella letteratura successiva: mancando di forma propria, l'indirizzo politico può essere conosciuto solo a posteriori. Esso, cioè, va desunto dai vari atti e comportamenti che il Governo pone in essere⁹⁹.

Si tratta della prima formulazione di quella teoria dell'indirizzo politico che negli sviluppi successivi della dottrina sarebbe stata definita "esistenziale", per contrapporla a quella "normativa", il cui archetipo va ricercato nel modello proposto da Mortati. Tuttavia, l'opera di Lavagna – spesso ritualmente richiamata per definire un punto di riferimento dialettico nei confronti della teoria normativa e per fondare l'ipotesi del cosiddetto indirizzo politico "costituzionale", inteso come determinazione in

⁹⁴ C. LAVAGNA, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici*, cit., 45 sgg., 54 sgg.

⁹⁵ *Ivi*, 62 sgg.

⁹⁶ *Ivi*, 68.

⁹⁷ *Ivi*, 70.

⁹⁸ *Ivi*, 68.

⁹⁹ *Ivi*, 68 sgg.

Costituzione dei fini dello Stato – viene trascurata per gli altri rilevanti spunti di riflessione da essa offerti.

Lavagna, richiamandosi alla gerarchia formale delle fonti, alla prevalenza della Costituzione e della legge, in riferimento al rapporto tra Capo del Governo e ministri, riconosce a questi ultimi e al Consiglio dei ministri una sfera di competenza riservata, messa cioè al riparo dalla ingerenza del Capo del Governo¹⁰⁰.

Da più parti la letteratura ha osservato che tale costruzione è dettata dall'intento di mitigare i rigori della dittatura¹⁰¹. Essa, tuttavia, appare largamente determinata anche dalla consapevolezza che lo Stato contemporaneo è un organismo inevitabilmente complesso, entro il quale interagiscono una molteplicità di istanze non facilmente riconducibili a unità.

Nei sistemi democratici, a un massimo di estensione dei canali di espressione della domanda politica e sociale corrisponde, proprio per il pluralismo del sistema e per la necessità di soddisfare le istanze garantistiche, un massimo di difficoltà nella risposta per i poteri pubblici. La drastica riduzione dei mezzi di espressione del sociale, la corrispondente incontrollata concentrazione dei poteri pubblici e la manipolazione del consenso di massa permettono ai regimi autoritari di spendere un'immagine di semplicità ed efficienza difficilmente accreditabile dai sistemi democratici. Cogliere – sia pure con gli strumenti, forse inadeguati, dell'analisi giuridico-formale – la complessità delle società e degli ordinamenti contemporanei, anche quando essa si nasconde dietro l'apparente linearità del sistema autoritario, segna un notevole avanzamento nella riflessione. In ciò viene superato il limite principale ravvisabile nelle opere, pure fondamentali, di Mortati e di Crisafulli, le quali proponevano una lettura spiccatamente gerarchica – e quindi, in ultima analisi, semplificante – delle istituzioni.

A volte direttamente, più spesso per vie indirette, queste elaborazioni saranno sempre presenti nella cultura giuridica italiana che rifletterà sul Governo. Ciò è

¹⁰⁰ *Ivi*, 167 sgg.

¹⁰¹ Così P. CIARLO, *Art. 95*, cit., 343.

avvenuto già a partire dal dibattito in Costituente e, invero, i problemi attuali del Governo inteso in senso lato e dell'indirizzo politico ruotano ancora intorno alle fondamentali questioni poste dalle opere di Panunzio, Mortati, Crisafulli e Lavagna: l'equilibrio tra garanzia e decisione e la complessità dei processi decisionali, relativa sia alla fase "ascendente" di formazione della decisione, sia a quella "discendente" di effettiva attuazione della decisione stessa¹⁰².

4.4.- L'indirizzo politico, "convitato di pietra" all'Assemblea Costituente.

Che la Costituzione repubblicana avrebbe dovuto determinare non solo "*l'assetto politico dello Stato*", ma anche le "*linee direttive della sua azione economica e sociale*"¹⁰³, costituiva un "punto fermo della cultura dei costituenti"¹⁰⁴. E difatti, in Assemblea Costituente, le problematiche relative all'organizzazione dei vertici della struttura statale furono ovviamente oggetto di un articolato dibattito; tuttavia, a fronte della vivissima discussione sui profili strutturali e sull'imputazione soggettiva delle attività di governo, non fu affrontato il problema di definire nei contenuti i concetti di politica nazionale e di politica generale del Governo, né - quel che più conta - dell'espressione "indirizzo politico"¹⁰⁵. Tutto si risolse invece nel dibattito sulla forma di governo, che, come noto, prese avvio con la relazione di Mortati tenuta alla seconda sottocommissione della commissione dei 75¹⁰⁶.

¹⁰² *Ivi*, 344.

¹⁰³ Ai sensi dell'art. 2 del d.l. 31 luglio 1945, n. 435, recante "*Istituzione e attribuzioni del Ministero per la Costituente*".

¹⁰⁴ Così M. DOGLIANI, *Indirizzo politico* (ad vocem), cit., *sub* nota 19.

¹⁰⁵ A sottolinearlo è P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico*, cit., 46 sgg., 58. Con la conseguenza, messa in luce da I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi*, cit., 147, che "l'indirizzo politico, [...] menzionato all'art. 95 Cost. [...] permea tutta la disciplina del Governo, come un *convitato di pietra*" (corsivo nostro). Sia consentito qui aggiungere che anche in Costituente l'indirizzo politico si ammantava – per restare in metafora - di tale peculiare natura "conviviale".

¹⁰⁶ Com'è noto, la Sottocommissione organizzò i propri lavori nominando Mortati, Perassi e Paolo Rossi relatori per il potere legislativo e Bozzi, La Rocca e Tosato per il potere esecutivo (cfr. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Vol. VII, Roma, Camera dei

Sin d'ora, tuttavia, è opportuno osservare che la soluzione di compromesso che sarà adottata rappresenta la sconfitta di quella trama concettuale che legava una concezione "forte" dell'indirizzo politico, appunto inteso come determinazione dei fini dello Stato, a un esecutivo di spiccata ispirazione monocratica che occupasse una posizione di assoluta preminenza nell'ordinamento. Sotto il profilo strutturale, infatti, un'organizzazione del Governo che lascia ampio spazio all'istanza collegiale e alle necessità derivanti dalla natura coalizionale dei Governi mal si presta a interpretare ed esprimere una visione lineare, gerarchizzante e verticistica del potere politico¹⁰⁷.

Mortati, in apertura, analizzò, sotto il profilo teorico, i modelli di forma di governo. Attribuiva al governo presidenziale sia il merito della stabilità dell'esecutivo, sia il rischio rappresentato da possibili disarmonie tra organo legislativo e organo esecutivo. Pertanto, sosteneva nettamente il sistema parlamentare, il quale assicurava un coordinamento tra gli organi dei due poteri attraverso l'istituto della fiducia, ma aggiungeva che tale sistema dovesse essere modificato, in modo da garantire la stabilità dell'esecutivo ed evitarne il corrompimento¹⁰⁸.

Sin dalla relazione, i costituenti avevano ben presenti l'instabilità e l'inefficienza dei governi liberali e addebitavano alle medesime l'avvento del fascismo. A tal proposito, va osservato che Mortati, ritenendo insufficienti le soluzioni prospettate dal Comitato dei relatori (del quale pure faceva parte), avanzò una proposta a titolo personale che, per la coerenza delle ipotesi formulate, costituì un punto di riferimento

Deputati – Segretariato generale, 1970-1971, 893, hinc inde: anche *Atti Ass. Cost.*). I relatori, peraltro, ritennero opportuno che l'onorevole Mortati elaborasse una premessa sulle questioni della forma di governo (*ivi*, 895). In questa sede si ebbe un esame preliminare che fissò le coordinate per le tematiche relative al Governo. Una seconda fase della discussione si ebbe quando il collegio dei tre relatori sul potere esecutivo, integrato dagli onorevoli Conti, Lami Starnuti, Mortati, Perassi e Paolo Rossi presentò una proposta di articolato. Gli artt. 19, 20 e 21 (rispettivamente concernenti "*Composizione del Governo*", "*Il Primo ministro*" e "*Presidenza del Consiglio e ministeri*") furono portati in discussione innanzi la Prima Sezione della Seconda Sottocommissione nella seduta del 4 gennaio 1947 (*ivi*, Vol. VIII, 1739 sgg; 1773).

¹⁰⁷ P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico*, cit., 58.

¹⁰⁸ A tal scopo, Mortati rifletté sul mutuare alcuni elementi dalla forma di governo direttoriale, ipotizzando, in particolare, che la concessione della fiducia implicasse una durata biennale del gabinetto e che la sua revoca nel corso del biennio avrebbe comportato uno scioglimento anticipato delle Camere o una revoca del ministero da parte del Capo dello Stato (*Atti Ass. Cost.*, cit., Vol. VII, 899).

per quei costituenti intenzionati a privilegiare la centralità del Governo e identificò, dunque, uno dei poli del dibattito¹⁰⁹.

Con l'art. 19-*bis*, Mortati propose che il Primo Ministro, dopo aver ricevuto l'incarico dal capo dello Stato, dovesse esporre il programma innanzi l'Assemblea Nazionale. In caso di approvazione del programma, il Capo dello Stato, su proposta del Primo Ministro, avrebbe nominato i Ministri. Se entro un mese dalla nomina di questi ultimi l'Assemblea non avesse revocato la fiducia al Governo, questo sarebbe rimasto in carica per due anni. In tale periodo, il capo dello Stato, su richiesta del Primo Ministro, avrebbe potuto procedere alla revoca di uno o più Ministri¹¹⁰.

Il sistema proposto da Mortati, dunque, prevedeva che il momento politicamente più qualificante, la concessione della fiducia e la relativa approvazione del programma, ruotasse tutto attorno la figura del Primo Ministro, che in sostanza sarebbe rimasto il *dominus* dell'indirizzo politico, disponendo del potere di revocare i singoli Ministri eventualmente discostatisi da tale indirizzo o dimostratisi scarsamente efficaci nella sua attuazione.

Nella proposta di Mortati si ritrova molto della sua elaborazione anteguerra, adattato, però, alla realtà del costituendo ordinamento democratico¹¹¹. In nome dell'unicità, della coerenza e dell'efficacia della direzione politica, Mortati privilegiava l'organo esecutivo, affermando espressamente che "l'esigenza di unità nell'indirizzo politico del Governo ha portato in tutti i Paesi ad una evoluzione del diritto costituzionale, nel senso di attribuire una preminenza al Capo del Governo rispetto ai singoli Ministri" e che "La legislazione fascista sul Capo del Governo – a cui oggi in parte ci si ispira – non ha fatto altro che copiare dal diritto inglese che è stato l'antesignano di questa evoluzione"¹¹². Già ne *L'ordinamento del Governo* Mortati aveva proposto un'analisi che traeva dal sistema parlamentare per lui considerato più maturo, quello britannico, la conseguenza di ordine generale per cui

¹⁰⁹ P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico*, cit., 48.

¹¹⁰ *Atti Ass. Cost.*, cit., Vol. VIII, 1773.

¹¹¹ P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico*, cit., 48 sg.

¹¹² *Att. Ass. Cost.*, cit., Vol. VIII, 1775.

nello Stato contemporaneo inevitabilmente sono esaltati il ruolo e le funzioni di un esecutivo sostanzialmente monocratico¹¹³. Soprattutto in rapporto a possibili Ministeri di coalizione, egli era consapevole della necessità di dispositivi tecnici volti a garantire al premier una posizione di supremazia adeguata all'assolvimento del ruolo¹¹⁴. Nella visione di Mortati, in definitiva, le istituzioni avrebbero dovuto avere un penetrante potere di conformazione del sociale, con al vertice un organo – il Capo del Governo – garante dell'unità del sistema, grazie ai propri poteri di sintesi decisionale¹¹⁵.

Per il Mortati costituente, dunque, anche nel nuovo ordinamento repubblicano il Parlamento si sarebbe dovuto limitare all'attuazione delle direttive politiche adottate dal Governo¹¹⁶. Il tentativo di attribuire un ruolo preminente al Primo Ministro derivava da un duplice convincimento: anzitutto, dalla centralità riconosciuta al problema della decisione; in secondo luogo, dal fatto che un vertice monocratico, dagli

¹¹³ C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo*, cit., 34 sgg.

¹¹⁴ *Atti Ass. Cost.*, cit., Vol. VIII, 1775 sgg.

¹¹⁵ Così P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico*, cit., 49 sgg., il quale aggiunge che anche la nota proposta mortatiana di una seconda camera degli interessi era indirizzata a garantire l'unità del sistema. Essa, infatti, sarebbe stata espressione "dell'ambizioso disegno di superare il modello di rappresentanza politica, generale e indifferenziata, nato con la rivoluzione francese, per sostituirvi uno fondato sulla previa individuazione degli interessi degni di assumere rilevanza politica"; a svolgere una funzione di "garanzia contro i particolarismi" avrebbe provveduto "il Governo, e per il Governo un Capo del Governo praticamente inamovibile per due anni", affrancato dai contrasti parlamentari e, per tale motivo, *super partes*: cfr. *Atti Ass. Cost.*, cit., Vol. VII, 899.

¹¹⁶ Mortati ribadirà tali posizioni anche all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione. In C. MORTATI, *Parlamento e democrazia*, in *Studium*, n. 11/1948, ora in *Raccolta di scritti*, Vol. IV, *Problemi di politica costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1972, 19 sg., afferma che "per avviare ad una trasformazione che abitui il popolo a sempre più approfondite ed esatte valutazioni di problemi concreti in attesa di soluzione, e della idoneità degli uomini che ne invocano il suffragio, sarebbe opportuno dare alla formazione del governo da parte della camera eletta a suffragio universale carattere di stabilità (almeno per quanto riguarda la persona del presidente del consiglio dei ministri) per tutto il periodo della legislatura, che potrebbe essere ridotto a quattro anni, con facoltà di scioglimento della camera stessa (d'accordo con il capo dello Stato) solo dopo il primo biennio e quando il dissenso fra il *governo*, che pone le direttive politiche, e la *camera*, cui sono sottoposte le misure destinate a realizzarlo, assume un aspetto di tale gravità da compromettere l'azione statale" (corsivo nostro). A detta di P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico*, cit., 50, la soluzione in esame "fu probabilmente stimolata anche dalla rottura dei Governi di unità antifascista e quindi dal formarsi della contrapposizione tra partiti al Governo e partiti all'opposizione, con l'interesse dei primi a svalutare il Parlamento".

elevati poteri decisionali, sembrava fornire le maggiori garanzie per il mantenimento della compattezza organicista e per il perseguimento del bene comune¹¹⁷.

Partendo, dunque, da tali motivazioni e dalla necessità di garantire stabilità e potere decisionale all'esecutivo, Mortati proponeva un sistema fondato sulla preminenza del Primo Ministro nel Governo e di quest'ultimo sul Parlamento, il quale era confinato al ruolo di esecutore dell'indirizzo politico espresso dal Primo Ministro. In tale proposta, dunque, le Camere erano viste essenzialmente come un collegio elettorale destinato a esprimere il Governo e la cui funzione principale era quella di legittimare un esecutivo di impronta fortemente monocratica, che doveva rappresentare il vero e unico centro di impulso della vita istituzionale¹¹⁸.

In questo quadro, l'indirizzo politico del Governo, proprio perché mai espressamente definito, non poteva che essere assunto da Mortati secondo la tipologia elaborata anteguerra della "quarta funzione dello Stato", dominante su tutte le altre e votata alla determinazione dei fini dello Stato stesso. Questa concezione "forte" del Governo e dell'indirizzo politico, peraltro, era comune a numerosi costituenti¹¹⁹. Proprio attraverso la mediazione di Mortati, la cultura giuridica italiana del tempo era fortemente influenzata da quella tedesca. D'altronde, in questa fase storica i modelli

¹¹⁷ P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico*, cit., 51, nel sottolineare la continuità del pensiero del Mortati costituente con quello del Mortati d'anteguerra, evidenzia anche che "Le differenziazioni più sensibili riguardavano la più palese ispirazione alla dottrina sociale cattolica e il principio di legittimazione che non era più ravvisato nella capacità del capo di interpretare lo spirito del popolo, ma nelle procedure elettorali".

¹¹⁸ P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico*, cit., 52, sottolinea che "L'idea che corpi elettivi e momenti associativi dovessero limitarsi a designare e legittimare superiori e più ristrette istanze decisionali era diffusa nell'ambiente cattolico", portando a esempio che "con riferimento ad altro contesto, ma in modo analogo, si voleva che il sindacato fosse un puro e semplice corpo elettorale per l'elezione di dirigenti che avrebbero costituito l'effettiva istanza decisionale, mentre l'associazione sindacale nel suo complesso sarebbe stata privata di qualunque autonomia conflittuale".

¹¹⁹ Secondo l'onorevole Bozzi, ad esempio, al fine di conseguire la stabilità dell'esecutivo, la figura del Primo Ministro avrebbe dovuto assumere un autonomo rilievo e, quindi, una posizione assimilabile a quella del Cancelliere: cfr. *Atti Ass. Cost.*, Vol. VII, 928 sgg. Anche l'onorevole Tosato si dichiarò favorevole al rafforzamento della posizione del Presidente del Consiglio, a tal fine auspicando l'introduzione della sfiducia costruttiva: *ivi*, 933 sgg.

di riferimento erano quelli anglosassone e sovietico, nei quali trovava conferma l'inevitabilità della centralità dell'esecutivo.

Ciononostante, si pervenne a soluzioni differenti. Infatti, prima ancora che a larga maggioranza fosse approvato l'ordine del giorno presentato da Perassi sulla forma di governo parlamentare¹²⁰, vi fu un'interessante discussione che delineò due distinti schieramenti. Da un lato vi erano coloro che cercavano di assicurare un'assoluta prevalenza dell'indirizzo politico del Governo, da conseguire tramite una stabilizzazione normativa dell'esecutivo o almeno attraverso la definizione di una posizione dominante del Primo Ministro; dall'altro, invece, v'era chi sosteneva la centralità del Parlamento, guardando con sospetto a ogni ipotesi che favorisse, in un modo o nell'altro, il Governo¹²¹.

In questa fase del dibattito, anche se le ipotesi formulate a titolo personale da Mortati furono rapidamente superate, la prima tesi, sostenuta da autorevoli giuristi, illustri interpreti della cultura istituzionale allora dominante e sorretta dalla forza politica del gruppo democristiano, inizialmente parve avere la meglio. Tuttavia, la collaborazione che sul punto si instaurò tra le sinistre e i gruppi laici portò a modificare ampiamente la proposta del Comitato dei relatori. L'ipotesi collegiale, infatti, fu maggiormente accreditata, perché parve più aderente alla situazione contingente e ai suoi probabili sviluppi: sin dal 1943, pluripartitismo e Governi di coalizione erano (e

¹²⁰ Com'è noto, con l'ordine del giorno Perassi la Seconda Sottocommissione si pronunciava "per l'adozione del sistema parlamentare da disciplinarsi, tuttavia, con dispositivi costituzionali idonei a tutelare le esigenze di stabilità dell'azione di Governo e a evitare le degenerazioni del parlamentarismo" (così *Atti Ass. Cost.*, cit., Vol. II, 917).

¹²¹ La Rocca, eletto in quota PCI, sostenne la centralità del Parlamento come espressione fondamentale della sovranità popolare, in polemica con la proposta del Comitato dei relatori e con quella formulata a titolo personale da Mortati, entrambe – come si è visto - fortemente indirizzate a privilegiare il Governo: cfr. *Atti Ass. Cost.*, Vol. VII, 925 sgg. Amendola, invece, non ricondusse la crisi del primo dopoguerra e l'avvento del fascismo all'instabilità dei Governi liberali, come generalmente si riteneva, ma al fatto che lo Stato italiano non aveva saputo conformarsi alla nuova realtà della democrazia di massa. Pertanto, per non incorrere nei medesimi errori commessi dopo la prima guerra mondiale, riteneva necessario modellare un sistema ove le crisi di Governo fossero fisiologiche e permettessero l'adeguarsi graduale del sistema. Viceversa, sarebbe stato un errore cercare di conseguire la stabilità governativa mediante disposti normativi, i quali, avrebbero potuto dare origine a un sistema scarsamente flessibile ed esposto quest'ultimo al rischio di gravi lacerazioni: cfr. *Atti Ass. Cost.*, cit. 939.

sarebbero stati ancora a lungo¹²²) delle costanti del sistema politico e istituzionale italiano. Le varie proposte di governi a durata prestabilita e sostanzialmente monocratici, mal conciliandosi con un simile contesto, difficilmente potevano essere accolte.

Con le sinistre collaborò Tomaso Perassi, esponente del Gruppo Repubblicano. I piccoli partiti (quale quello cui egli apparteneva), infatti, potevano sperare di avere un qualche spazio solo in un Governo di tipo collegiale; viceversa, in un esecutivo dominato da un Capo del Governo espresso dal partito di maggioranza, verosimilmente sarebbe stato assegnato loro un ruolo del tutto marginale¹²³. La Sottocommissione, pertanto, sulla base dell'iniziativa di Perassi (su cui concordarono le sinistre), ribaltò la proposta del collegio dei relatori e adottò una soluzione molto favorevole al principio collegiale. Quest'ultima, peraltro, fu a sua volta modificata dal Comitato di redazione¹²⁴. Infine, la proposta stilata dal Comitato di redazione fu approvata senza sostanziali modifiche in Assemblea plenaria e divenne l'art. 95 della Costituzione, delineando una soluzione di tipo policentrico scaturita dal compromesso tra il principio monocratico e quello collegiale, ma soprattutto scartando ogni ipotesi di rafforzamento del Governo operato mediante disposizioni normative¹²⁵.

In definitiva, se alla luce dei lavori preparatori non è possibile trarre indicazioni certe sul significato da attribuire alla nozione di indirizzo politico, dal complesso della normativa costituzionale possono trarsi ulteriori elementi che confermano la difficile compatibilità esistente tra l'indirizzo politico, inteso come determinazione normativa dei fini dello Stato, e le soluzioni consegnate al testo costituzionale. In primo luogo,

¹²² Su cui v. G. FERRARA, *Il Governo di coalizione*, Milano, Giuffrè, 1973, 1 sgg.; P.A. CAPOTOSTI, *Accordi di governo*, cit., spec. 33 sgg.

¹²³ P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico*, cit., 55.

¹²⁴ *Atti Ass. Cost.*, Vol. VIII, 1779, 1824 sg.

¹²⁵ Non furono accolte, infatti, né la proposta di Mortati, secondo cui la fiducia doveva essere concessa al solo Primo Ministro e al suo programma, né furono previsti elementi mutuati dal sistema direttoriale, come pure egli auspicava; né il sistema di cancellierato proposto dall'onorevole Bozzi, né la sfiducia costruttiva proposta dall'onorevole Tosato (su cui v. *supra*, nota n. 91), né la proposta dell'onorevole Clerici, tesa a costituzionalizzare un Consiglio di gabinetto, determinando un restringimento dell'istanza collegiale (*Atti Ass. Cost.*, cit., Vol. IV, 3554)

nella Parte I della Costituzione sono definiti i fini dello Stato medesimo; in secondo luogo, la struttura policentrica del Governo e l'autonomia degli organi costituzionali disegnano, a loro volta, un ordinamento che non è affatto conforme ai presupposti della concezione "normativa" dell'indirizzo politico. Quest'ultima, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, è stata riproposta in forma ancor più articolata, proprio per cercare di aggirare tali ostacoli.

5.- Le coordinate "geografiche" dell'indirizzo politico. La titolarità.

L'esistenza di distinte concezioni dell'indirizzo politico, in una con l'inesistenza di una definizione positiva nel dibattito costituente e in Costituzione¹²⁶, porta con sé il problema dell'individuazione dell'organo titolare dell'indirizzo politico stesso, ossia "degli organi statuali ai quali tale attività può essere attribuita secondo Costituzione"¹²⁷.

Per comprendere la varietà di interpretazioni che – spostandoci dal piano teorico-concettuale a quello storico-positivo - cercano di definire l'indirizzo sotto il profilo della sua titolarità, è opportuno accennare in via preliminare la distinzione tripartita, proposta in dottrina, dell'attività di indirizzo politico, con la riserva di svolgere maggiori approfondimenti più avanti, secondo la quale nella prima fase, detta teleologica, ha luogo la determinazione dei fini dell'azione statale; nella seconda fase, detta effettuale, gli organi di indirizzo politico danno vita a un apparato organizzato – predisponendo i mezzi necessari, quando non già previsti – per tradurre in risultati giuridici la volontà programmata; nella terza fase, detta effettuale, il risultato è conseguito e si concreta in un effetto giuridico¹²⁸.

¹²⁶ Come detto, I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi*, cit., 147, sottolinea che l'indirizzo politico, pur "menzionato nell'arti 95 Cost. [...] permea tutta la disciplina del Governo, come un convitato di pietra".

¹²⁷ G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Indirizzo politico*, cit., 3.

¹²⁸ T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., 140; ma v. anche la ricostruzione di S. GALEOTTI, *Il potere di decisione (Posizioni di fatto e posizioni di diritto nell'esercizio del potere politico in Italia)*, in *Iustitia*,

In via di primissima approssimazione (e salvo quanto si dirà *infra*, ai parr. 5.3. sgg., in merito ai limiti dell'indirizzo politico), si può affermare che, nella formulazione dell'indirizzo, la prima fase è costituita dalla scelta degli elettori nei confronti delle “proposte elettorali” formulate dai partiti politici. A tale fase segue la formazione del Governo e della sua maggioranza parlamentare, strettamente collegata alla “piattaforma programmatica”, che costituisce la base del momento costituzionale della fiducia, e l'attribuzione alle articolazioni del Governo di idonee strutture organizzative. L'esecuzione del programma tramite strumenti di natura parlamentare o amministrativa, infine, costituisce la terza fase.

Nella forma di governo parlamentare, le diverse impostazioni relative alla titolarità dell'indirizzo sono polarizzate tra i due estremi che vedono rispettivamente il Governo quale “comitato direttivo del Parlamento” e quale “esecutore della volontà-indirizzo del Parlamento”.

Nel diritto positivo, il modello delineato dall'art. 95, comma 1, Cost.¹²⁹, e dall'art. 2, comma 1, della l. 23 agosto 1988, n. 400, vede il Governo centro di imputazione della funzione di indirizzo politico. Al Consiglio dei Ministri, in particolare, è attribuita la competenza a determinare i contenuti della politica generale - la cui direzione è affidata al Presidente del Consiglio - e, ai fini dell'attuazione di essa,

n. 2/1968, 125 sgg., che divide in due fasi l'attività dell'indirizzo politico, “logicamente e, fino a un certo punto, anche cronologicamente distinte, quella dell'*adozione o determinazione* dell'indirizzo politico e quella della sua specificazione ed *attuazione*” (corsivo nell'originale); In tal senso v. anche A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo*, cit., 10, il quale afferma che “in letteratura, l'indirizzo politico, quale tappa essenziale del governo di una comunità politica, è ricondotto a due momenti: la predeterminazione dei *fini* politici della comunità e l'organizzazione di *attività* per realizzarli mediante il diritto” (corsivo nell'originale). Tale impostazione non rispecchia quella di Martines, il quale ritiene che “convenga assegnare alla fase strumentale autonomo rilievo, proprio perché essa appare diversa - e sotto il profilo procedimentale e sotto il profilo sostanziale - da quella dell'adozione, mentre la fase dell'attuazione (almeno nel suo aspetto di realizzazione del fine, con conseguente modificazione della realtà sociale) non sempre si verifica, o si verifica per intero, senza che, con ciò, venga meno - come si è detto - l'indirizzo politico, considerato nel suo insieme”: così T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., 142, *sub nota* 23.

¹²⁹ Secondo l'art. 95, comma 1, Cost., “*Il Presidente del Consiglio dei ministri dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile. Mantiene l'unità di indirizzo politico e amministrativo, promuovendo e coordinando l'attività dei ministri*”.

l'indirizzo generale dell'azione amministrativa¹³⁰. Sulla base del testo della Costituzione, il Governo rappresenta dunque il soggetto istituzionale al quale spetta l'attività di determinazione e svolgimento dell'indirizzo politico, ma il citato art. 2 della l. n. 400 del 1988 aggiunge ch'esso deve altresì deliberare “*su ogni questione relativa all'indirizzo politico fissato dal rapporto fiduciario con le Camere*”.

È dunque evidente che, accanto alle attribuzioni costituzionali del Consiglio dei Ministri relative alla determinazione e all'attuazione dell'indirizzo politico, questo debba comunque costituire il frutto dell'accordo tra il Governo e le Camere, legate al primo dal rapporto fiduciario di cui all'art. 94 Cost.; ed è sulla base del programma sottoposto alle relative assemblee che le Camere fanno proprio quell'indirizzo politico e provvedono poi a specificarlo ed eventualmente a correggerlo.

Vi è poi un'autorevole dottrina che distingue due segmenti dell'indirizzo politico - indirizzo politico costituzionale e indirizzo politico di maggioranza - e ritiene che a ciascuno dei due segmenti facciano capo distinti titolari. Il primo segmento sarebbe volto all'attuazione di fini direttamente o indirettamente collegati alla Costituzione, comporterebbe quindi una interpretazione delle sue norme in funzione di impulso per la loro attuazione o di garanzia della loro non violazione e vedrebbe, quali titolari, tutti gli organi costituzionali; esclusivamente Parlamento e Governo, viceversa, sarebbero titolari del secondo, volto a realizzare fini non sussunti nella disciplina costituzionale¹³¹.

¹³⁰ Secondo l'art. 2, comma 1, della l. 23 agosto 1988, n. 400 (“*Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*”), “*Il Consiglio dei ministri determina la politica generale del Governo e, ai fini dell'attuazione di essa, l'indirizzo generale dell'azione amministrativa; delibera altresì su ogni questione relativa all'indirizzo politico fissato dal rapporto fiduciario con le Camere. Dirime i conflitti di attribuzione tra i ministri*”.

¹³¹ P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 297 sgg. In particolare, il primo sarebbe “una branca esecutiva della Costituzione”, mentre il secondo un'attività “tendente al reperimento ed al raggiungimento di fini estranei alla Costituzione”, quali “fini contingenti”. Sul punto, si v. la critica di M. LUCIANI, *La massima concentrazione del minimo potere*, cit., 122, *sub* nota 54, secondo cui tale ipotesi ricostruttiva, consegnando l'indirizzo politico costituzionale al capo dello Stato e alla Corte costituzionale, spezza pericolosamente il legame tra attuazione della Costituzione e scelte della maggioranza politica, le quali, invece, ritiene opportuno rimangano “connesse da un continuo giuoco di rimandi”.

5.1.- La struttura.

Nella forma di governo italiana l'indirizzo politico si snoda sull'asse Governo-Parlamento, nel quale, in virtù di una dinamica "circolare", si concretizza la sovranità popolare di cui all'art. 1 Cost. In particolare, nel rapporto tra i due organi costituzionali il Governo va sempre più acquistando l'assunzione di un ruolo direttivo nella scelta delle politiche fondamentali, giungendosi così al superamento della c.d. centralità del Parlamento¹³².

¹³² Così soprattutto a seguito della "svolta maggioritaria" del 1993, che ha segnato il passaggio dal parlamentarismo consensuale a quello maggioritario, come rilevato da C. COLAPIETRO, *Governo*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2007, 160 sg.; ma v. già precedentemente T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., 147, il quale, menzionando i tipi di parlamentarismo allora affermatasi, evidenziava "una decisa tendenza alla concentrazione del potere di direzione nell'organo Governo, con il conseguente depotenziamento del Parlamento" e riteneva "che il titolare dell'indirizzo politico è il Governo, quale comitato direttivo della maggioranza, e sia pure con la ripartizione delle competenze ed i controlli previsti nel sistema". Più recentemente N. LUPO, *Il Governo italiano, settanta anni dopo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, 198 sg., osserva che negli ultimi due decenni il Governo italiano è riuscito "a perseguire i suoi fini, nonostante la frammentazione delle coalizioni, collocandosi al centro dei processi di produzione normativa e dello stesso sistema politico [...], agendo in genere mediante un abuso di strumenti pensati per scopi più limitati, e che finiscono per risultare spesso, appunto per questo, squilibrati e privi di adeguati contro-poteri; oltre che avvalendosi, a mo' di gioco di sponda, e a volte in modo anche un po' furbesco, della strumentazione che discende dalla [...] dimensione europea del Governo italiano". Se si interpreta rettamente il pensiero dell'Autore, le ragioni di rafforzamento del Governo sono rinvenibili in ciò: *i*) l'adozione dei decreti legislativi nn. 300 e 303 del 1999, entrambi approvati il 30 luglio 1999 in esecuzione di deleghe contenute nella l. 15 marzo 1997, n. 59, e dedicati rispettivamente alla posizione di una "disciplina generale, valida per tutte le strutture ministeriali" e al conferimento al Presidente del Consiglio "di un apparato in grado di assisterlo più efficacemente nelle funzioni di indirizzo e coordinamento dell'attività di governo (liberandolo da larga parte delle funzioni gestionali che nella Presidenza si erano andate stratificando nel corso degli anni)" (*ivi*, 169 sgg.); *ii*) l'aumento dell'esercizio della potestà normativa, della quale "il fenomeno di sicuro più vistoso è quello della decretazione d'urgenza" (*ivi*, 171 sgg.); *iii*) il ruolo di "protagonista" del "processo di integrazione europea e dei circuiti decisionali che in ambito europeo si sviluppano", in considerazione della presenza dei Ministri italiani al Consiglio dell'Unione europea e del Presidente del Consiglio dei Ministri italiano al Consiglio europeo (*ivi*, 175 sg.); *iv*) l'adozione di leggi elettorali di tipo prevalentemente maggioritario, le quali comportano "l'attribuzione di un'ulteriore finalità al momento elettorale", il quale "non serve più unicamente a che i cittadini-elettori individuino i propri rappresentanti, ma ha altresì la funzione di concorrere a designare una maggioranza di governo e il suo leader: destinato quest'ultimo, nella fisiologia delle cose, a essere nominato Presidente del Consiglio del primo Governo della legislatura" (*ivi*, 180). Sull'importanza del Governo in sede eurounitaria v. anche E. BALBONI, *La funzione di governo oggi*, in AA.VV., *Il Governo. Annuario 2001*

Lo spostamento del perno della forma di governo dal Parlamento al Governo è evidente, se si considerano le dinamiche del rapporto Governo-Parlamento nel corso delle tre fasi dell'indirizzo politico menzionate al paragrafo precedente.

Nella fase c.d. teleologica - nella quale sono determinati i fini che l'azione statale dovrà perseguire - Governo e Parlamento instaurano un rapporto fiduciario, nel quale le Camere approvano una mozione di fiducia basata sul programma loro presentato dal Governo. Ora, benché il Parlamento detenga i mezzi procedurali per la gestione del rapporto in questione - dagli strumenti di verifica dell'andamento dell'indirizzo e di modifica dell'azione di governo alla mozione di sfiducia volta ad interrompere il rapporto fiduciario - quest'ultimo è sempre più concepito come un assenso all'indirizzo politico sottoposto dal Governo. Ne è testimonianza la rinuncia, da parte delle Camere, ad apportare un proprio autonomo contributo all'atto di concessione della fiducia nella determinazione dell'indirizzo politico: esse, infatti, aderiscono all'esposizione del Governo presentando e votando una mozione motivata *per relationem* per la fiducia¹³³.

Ciò premesso, tuttavia, secondo la tripartizione precedentemente chiamata è soprattutto nella fase c.d. strumentale dell'indirizzo politico - nella quale gli organi contitolari dell'indirizzo predispongono i mezzi necessari a conseguire gli obiettivi programmati - che emerge la centralità del Governo. La preminenza dell'esecutivo fa infatti leva sulla possibilità che quest'ultimo ha di avvalersi di una serie di strumenti

dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, cit., 282, che sottolinea che “in rapporto alla Comunità europea, il Governo è impegnato sia nella fase ascendente, di formazione del diritto comunitario, sia nella fase discendente, di attuazione del diritto comunitario”. Sotto il primo profilo, infatti, “il ruolo del Governo è assicurato dalla sua partecipazione, diretta o indiretta, ai principali organi comunitari, nonché dalle iniziative volte a far convergere gli stessi verso obiettivi condivisi”; ma anche sotto il profilo “dell'attuazione del diritto comunitario il Governo riveste un ruolo centrale”, come testimoniano “il ruolo di impulso nei confronti del Parlamento e delle amministrazioni interessate [...], nonché delle Regioni e delle Province autonome”. G. AMATO, *Relazione Generale (ricordando Alberto Predieri)*, in AA.VV., *Il Governo. Annuario 2001 dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, cit., 266, sottolinea però che “Lo stesso Presidente del Consiglio che si rafforza nei confronti dei suoi Ministri in quanto componente del G8 e del Consiglio Europeo non ha nessuno strumento efficace nei loro stessi confronti in caso di dissenso ultimativo”.

¹³³ Cfr. G. RIVOSECCHI, *Fiducia parlamentare*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento, Torino, Giappichelli, 2008, 16.

giuridici “tipicamente espressivi dell’indirizzo politico”¹³⁴: si tratterebbe dei cosiddetti atti di indirizzo politico.

La dottrina è solita individuare tali atti facendo riferimento ora a un criterio sostanziale, in cui rileva il contenuto di tali atti, ora a un criterio “formale”, in cui viceversa l’accento è posto sul procedimento di formazione dell’atto e sulla sua efficacia formale, di modo tale che normalmente, con riferimento al primo criterio, si parla di atti espressione rispettivamente della funzione di indirizzo politico; con riferimento al secondo, di atti espressione delle funzioni normativa e amministrativa del Governo¹³⁵.

In disparte ogni considerazione sulla fondatezza di tale distinzione, sulla quale si tornerà *amplius* nel corso del lavoro, con riferimento al primo dei due criteri è opinione generalmente condivisa in dottrina che gli atti di indirizzo politico siano anzitutto quelli riguardanti i settori di importanza strategica per la politica generale del Governo

¹³⁴ C. COLAPIETRO, *Governo*, cit., 161.

¹³⁵ Cfr., a mero titolo esemplificativo e senza pretesa di completezza, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2015, 80; C. COLAPIETRO, *Il Governo e la pubblica Amministrazione*, in AA.VV., *Diritto pubblico*, a cura di F. Modugno, Torino, Giappichelli, 2019, 452 sgg.; P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, Giappichelli, 2017, 272 sgg. Da tale tendenza si discosta G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, Zanichelli, 1998, 461 sgg., il quale, a fronte della “difficoltà di riassumere e ordinare le vaste, molteplici e multiformi competenze del Governo esistenti in un momento dato”, ritiene che “un criterio sufficientemente razionale e chiarificatore” possa essere quello di “raggruppare le funzioni del Governo sotto tre categorie: quelle che danno concretezza e attuazione alla sua *funzione di indirizzo politico*; quelle che esprimono la sua funzione di *capo di tutto l’apparato burocratico e militare*; quelle che gli consentono di *controllare soggetti pubblici* formalmente esterni allo Stato” (corsivo nell’originale). Cfr. anche la posizione L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1998, 433 sgg., il quale, pur restringendo l’esame alle competenze proprie del Consiglio dei Ministri, ritiene che, poiché, a norma dell’art. 2, comma 1, della l. n. 400 del 1988, il Consiglio dei Ministri delibera “*su ogni questione relativa all’indirizzo politico fissato dal rapporto fiduciario con le Camere*”, determinando altresì “*l’indirizzo generale dell’azione amministrativa*” ai fini dell’attuazione della “*politica generale del Governo*”, ogni deliberazione consiliare “*incide per definizione sulla politica stessa: il che rende perplessi nei riguardi della diffusa tripartizione delle funzioni in esame, per cui converrebbe suddividerle fra quelle prettamente politiche o di indirizzo politico, quelle legislative o più generalmente normative e quelle amministrative o di alta amministrazione*”, ritenendo invece preferibile “una quadripartizione di esse, avuto precipuo riguardo agli organi ed agli enti con i quali il Consiglio dei Ministri si mette in rapporto; salve soltanto le funzioni normative che debbono venire analizzate in quanto tali, per le peculiarità dei loro regimi, sebbene anch’esse attengano alla definizione della politica generale del Governo”.

e, quindi, per la sua azione: in tali settori, l'esecutivo diviene il protagonista del processo decisionale. Così, sono considerati tipicamente espressioni dell'indirizzo politico del Governo gli atti adottati in materia di politica economica e finanziaria, di politica estera, di politica militare e di difesa e di informazione per la sicurezza della Repubblica, nonché le relazioni intrattenute dal Governo con le Regioni e le altre autonomie territoriali in rappresentanza dello Stato, con le confessioni religiose in relazione all'attuazione degli artt. 7 e 8 Cost. e con le organizzazioni sindacali e imprenditoriali.

L'attuazione dell'indirizzo politico, come detto, viene in rilievo anche per mezzo dei poteri normativi del Governo (quali i “*decreti aventi valore o forza di legge*” e i “*regolamenti da emanare con decreto del Presidente della Repubblica*”, giusta il disposto dell'art. 2, comma 3, lett. c), della l. n. 400 del 1988), il cui esercizio si dipana talvolta in modalità giustificabili solamente come espressione e strumento di realizzazione dell'indirizzo politico stesso. A tal proposito, viene in rilievo anche (e soprattutto) il potere di iniziativa legislativa del Governo, la quale rappresenta notoriamente la forma più efficace di iniziativa legislativa, se si considera che l'Esecutivo può contare su una maggioranza parlamentare ed esercitare poteri di condizionamento nella fase della programmazione dei lavori parlamentari e, più in generale, nel corso dell'intero procedimento legislativo.

Determinati i fini e predisposto gli strumenti materialmente necessari al loro conseguimento, nella terza e ultima fase in cui si svolge l'indirizzo politico, quella effettuale, spetta all'organizzazione amministrativa centrale e periferica dello Stato dare concreta attuazione ai fini programmati. Ciò avviene attraverso una serie di atti a carattere decisionale, consultivo e di controllo. Questa fase, pertanto, è appannaggio esclusivo del Governo, il quale ha la direzione dell'Amministrazione statale, grazie al duplice ruolo istituzionale dei Ministri. Questi ultimi, infatti, da un lato concorrono a determinare l'indirizzo politico del Governo, in qualità di componenti del Consiglio dei Ministri; all'un tempo, sono organi di vertice di un particolare settore dell'Amministrazione e, nel loro ambito di competenza, sono chiamati a dare attuazione a quell'indirizzo.

Occorre peraltro rilevare che, a seguito delle riforme dell'Amministrazione pubblica avviate a partire dalla seconda metà degli anni Novanta (su cui si tornerà *infra*, Capp. II e III), si assiste oggi ad una riduzione dell'attività facente capo ai Ministri in questa seconda veste istituzionale a fronte della sempre più netta distinzione normativa tracciata tra attività di indirizzo amministrativo del Ministro ed attività amministrativa in senso stretto, attuativa del suddetto indirizzo. Quest'ultima fa capo all'autonomia gestionale della dirigenza, in capo alla quale sussiste anche la relativa responsabilità per gli atti amministrativi di gestione adottati e per la complessiva attività svolta¹³⁶.

Ciò consente di aggiungere anche che la riduzione delle funzioni amministrative del Governo è imputabile, oltre che alla valorizzazione del ruolo della dirigenza pubblica nella gestione dell'attività amministrativa, anche alla concomitante devoluzione delle medesime a beneficio delle autonomie territoriali, nei cui confronti gli organi centrali di governo continuano a conservare, anche in questo caso, soltanto funzioni di indirizzo politico, e al dilagare delle cosiddette "nuove amministrazioni", corpi amministrativi separati dall'amministrazione ministeriale (come gli enti pubblici economici), talvolta anche svincolati dai vertici politici (come le Autorità indipendenti)¹³⁷.

5.2.- L'efficacia normativa

Strettamente connessa ai profili concernenti la titolarità e la struttura dell'indirizzo politico è la questione della sua efficacia normativa. Il che impone di ritornare sul

¹³⁶ C. COLAPIETRO, *Dirigenti pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. V, Torino, 1990, 119 sgg.; ID., *La "controriforma" del rapporto di lavoro della dirigenza pubblica*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 4-5/2002, 639 sgg.

¹³⁷ Su cui v. M. CARTABIA, *Governo*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Vol. III, Milano, 2006, 2827.

quesito relativo alla possibilità di configurare una “quarta funzione” dello Stato, cioè la funzione di indirizzo.

Sul punto si ritornerà più avanti, in sede di definizione dei limiti alla funzione dell’indirizzo, ma sin d’ora possono accennarsi alcune considerazioni. In verità, come si è detto, pare intanto avere un pregio la concezione dell’indirizzo politico come “attività” – che appunto intende quest’ultimo come “l’insieme delle attività giuridicamente distinte che danno luogo agli atti politici, o alle direttive”¹³⁸. Tale impostazione si riferisce unicamente a procedure disciplinate dal diritto e che producono atti giuridici tipici. Da ciò consegue che ai fini della definizione e dell’individuazione di *un* indirizzo politico non rileva tanto il fatto che esista *un* atto esprimente tale indirizzo (realizzandolo o prescrivendolo), quanto la previsione di più attività, atte a scegliere uno degli indirizzi fra quelli possibili.

L’atto politico rileva quindi come effetto di un’attività di scelta “costituzionalmente essenziale”, nella cui identificazione si rinviene la nozione di indirizzo politico, che si sostanzia in una serie di scelte: si trascenderebbe così la natura dei singoli atti, rendendo giuridicamente rilevante l’attività di selezione degli obiettivi politici da realizzare e “interpretando in quest’ottica le procedure giuridicamente garantite” in cui si svolge detta attività¹³⁹.

Emerge nuovamente il dualismo concettuale tra teoria “esistenziale” e teoria “normativa” dell’indirizzo politico, sulla quale tanto si è soffermata la letteratura

¹³⁸ M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, cit., 71 (corsivo nostro), il quale sembra rifarsi all’impostazione di T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., 141, per cui “la fase effettuale dell’indirizzo politico, nella quale il risultato è conseguito e si concreta in effetto giuridico, entra a far parte, in linea di principio, dell’attività di indirizzo politico”. Detta fase rappresenta “la fase finale di un processo (in senso atecnico) che ha inizio con l’individuazione del fine ad opera degli organi cui spetta la direzione politica dello Stato e si svolge mediante una sequela di atti orientati e diretti al conseguimento del fine”; l’esigenza sostanziale” che indirizza l’azione politica dello Stato verso determinati obiettivi trova, in tal modo, corrispondenza in una serie di strumenti formali preventivamente apprestati dall’ordinamento e il suo soddisfacimento viene potenzialmente garantito dal corretto funzionamento del sistema e dai rimedi giuridici predisposti, affinché, nel caso di disfunzioni, il processo attuativo della volontà politica venga esaurito”.

¹³⁹ M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, cit., 72, ma v. anche E. CHELI, *Atto politico*, cit., 163 sgg., su cui si tornerà *infra*, parr. 5.4. sgg.

scientifico anche all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana¹⁴⁰. La teoria esistenziale, caratterizzata da un approccio induttivo, ricostruisce l'indirizzo politico *ex post*, sulla base degli atti giuridici concretamente adottati, ma rischia di risultare logicamente infruttuosa: lo Stato, attraverso gli organi deputati, per questa via abdicerebbe al compito di incidere sulla realtà ordinamentale e di darle forma¹⁴¹.

Altra dottrina ha invece inteso l'indirizzo in senso lato quale vera e propria "esigenza" dell'ordinamento, attribuendogli la qualifica di fonte normativa – seppur *lato sensu* – del medesimo, subordinata alla Costituzione e alla legge costituzionale, ma gerarchicamente prevalente rispetto alla legge ordinaria¹⁴². In particolare, l'esigenza di un impulso unitario, volto a coordinare la distribuzione dei compiti dello Stato tra gli organi dello Stato, permane anche a fronte della progressiva cessione di quote di sovranità e di competenze a entità sovrastatali¹⁴³.

¹⁴⁰ Cfr. E. CHELI, *Atto politico*, cit., 166.

¹⁴¹ V ad es. M. GALIZIA, *Fiducia parlamentare*, in *Enc. Dir.*, Vol. XVII, Milano, Giuffrè, 1968, 390, *sub* nota 6, per il quale la teoria esistenziale trascura l'essenzialità del "raccordo tra la dinamica del potere politico e l'emissione di valori, messa in risalto, sia pure con varia accentuazione, dalla scienza politica contemporanea". R. NANIA, *Prime considerazioni sulla "funzione di governo" come "funzione di indirizzo"*, in AA.VV., *Il Governo. Annuario 2001 dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, cit., 300, osserva però che un fattore che contribuisce all'aumento del "credito" della teoria esistenziale è ravvisabile nella circostanza che "la chance di invero degli obiettivi di governo non avrebbe nulla di preventivabile, risultando interamente rimessa alle mille ed imponderabili variabili della dialettica politica, non escluse quelle operanti all'interno della compagine di governo".

¹⁴² C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1975, 331-333; V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, cit., 128; E. CHELI, *Atto politico*, cit., 167.

¹⁴³ Su cui v. M. LUCIANI, *La massima concentrazione del minimo potere*, cit., 124 sgg., per il quale "la condizione dell'attività di Governo [...] sembra essere [...] quella della massima concentrazione possibile del minimo potere disponibile": "spogliati del governo della moneta [...], privati della decisione di bilancio, formalmente ancora detenuta, ma sostanzialmente svuotata di contenuto dai condizionamenti internazionali e sovranazionali, impossibilitati, ormai, a stabilire [...] il costo del servizio del debito pubblico a causa della libertà di circolazione dei capitali e dell'elasticità del regime dei cambi, gli Stati posseggono oggi ben pochi strumenti per governare e non solo reggere la cosa pubblica". Questo minimo potere, però, "è massimamente concentrato [...], anzitutto, nei Governi", per una molteplicità di ragioni, tra le quali: "la tecnicizzazione delle scelte"; "la crisi di consenso delle istituzioni rappresentative"; "la difficoltà, per i Parlamenti e per le forze che li compongono, di comprendere chi e che cosa rappresentano, perché l'odierna crisi della rappresentanza è crisi del rappresentato prima ancora che crisi del rappresentante"; "la caduta [...] della qualità della classe

Così, vi è chi ritiene che la definizione di indirizzo così proposta non implichi di per sé la normatività dello stesso: un discorso programmatico, una mozione di fiducia, un ordine del giorno o una risoluzione parlamentare, un atto di intervento dinanzi alla Corte costituzionale o una legge di bilancio ai quali, senza particolari remore, si potrebbe riconoscere la natura di atti di indirizzo, non sarebbero confrontabili sul piano della normatività e della loro efficacia giuridica, di modo che non avrebbe senso discutere di normatività¹⁴⁴. D'altra parte, è stato detto che il termine "indirizzo", per sua natura¹⁴⁵, non indicherebbe un concetto rigidamente delineato, potendo essere utilizzato - seppur inteso in senso atecnico¹⁴⁶ - per indicare il "procedimento istituzionale" per mezzo del quale si svolge l'intera attività di indirizzo. Esso, dunque, potrebbe riferirsi al momento di "partenza", relativo all'attività concreta di individuazione dei fini, ma anche al momento di "arrivo", cioè al complesso dei fini individuati per mezzo di detto procedimento e sarebbe proprio questa volontà, da intendersi come risultato del procedimento giuridico richiamato, ad assumere carattere normativo nei confronti delle attività costituzionali susseguenti. Essa, conseguentemente, potrebbe indistintamente concretizzarsi in un programma, in manifestazioni di volontà nel corso di svolgimento dell'attività direzionale, o in regole convenzionali, così ancorando la normatività dell'indirizzo all'efficacia giuridica degli atti che ne costituiscono lo svolgimento¹⁴⁷.

politica parlamentare"; "il protagonismo governativo (e non certo parlamentare) nelle sedi internazionali e sovranazionali".

¹⁴⁴ G. GROTANELLI DE' SANTI, *Indirizzo politico*, cit., 6; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., 80, osservano che "l'indirizzo politico si traduce in una molteplicità di diversi atti formali: leggi del Parlamento, regolamenti e decreti legislativi del Governo, atti amministrativi di valenza politica (come la nomina di ambasciatori o l'approvazione di programmi di spesa), stipulazione di trattati internazionali, e così via" e che "La funzione di indirizzo politico assicura una guida coerente ed efficace alle altre funzioni, che vengono orientate verso il raggiungimento di obiettivi politici preventivamente individuati".

¹⁴⁵ T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., 134.

¹⁴⁶ *Ivi*, 141.

¹⁴⁷ Così M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, cit., 74. V. anche P.A. CAPOTOSTI, *Accordi di governo*, cit., 171, per cui l'adozione di un determinato indirizzo politico da parte del Governo sarebbe riconducibile a una regola convenzionale, l'accordo di coalizione, nella quale si sostanzia il patto intercorrente fra il Governo e i partiti di maggioranza. L'accordo potrà essere individuato nel programma definito fra i

Si è però affermato che, in assenza di una sanzione giuridica idonea a garantire il rispetto dell'indirizzo politico (e, secondariamente, a colpire l'organo che se ne fosse discostato nella sua attività), tale normatività potrebbe esser fatta valere essenzialmente (se non esclusivamente) sul piano della responsabilità politica¹⁴⁸ e che, a ben vedere, sarebbe proprio quest'ultima a configurarsi come sanzione da far valere nei modi previsti dall'ordinamento e a far emergere, in ultima analisi, dei profili di responsabilità giuridica¹⁴⁹.

soggetti citati, oppure in quello modificativo o sostitutivo di esso. L'efficacia vincolante dell'accordo si esplica unitamente con l'adesione dei soggetti interessati; la direzione, sulla sua base, dell'attività statale consiste nel continuo riferimento all'accordo, manifestato dal Governo e dai partiti di maggioranza. L'indirizzo politico "è quindi la risultanza di questo accordo, o, per meglio dire, è l'essenza dell'accordo stesso, il quale [...] trova il suo fondamento in una regola convenzionale", di modo tale che "tra accordo di governo e indirizzo politico" sussisterebbe un "rapporto di equivalenza": *ivi*, 160 sg. Sulla riflessione di P.A. Capotosti come "derubricazione" della nozione giuridica di indirizzo politico, fondato sui "mutevoli accordi delle formazioni partitiche, v. F. LANCHESTER, *Effetti della trasformazione dei partiti politici sulla forma di governo*, in AA.VV., *La riflessione scientifica di Piero Alberto Capotosti sulla forma di governo*, a cura di G. Amato e F. Lanchester, in *Nomos*, n. 2/2015, 15 sg.

¹⁴⁸ G. PITRUZZELLA, *Responsabilità politica*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. XIII, 1997, *sub* nota 14, osserva che "Gradualmente si è instaurato un nesso strettissimo tra fiducia e responsabilità politica, per cui si è scritto che esse designano due aspetti del medesimo rapporto, che intercorre tra il soggetto cui viene attribuita la titolarità del potere politico e quello che, dandogli la fiducia, lo ha investito di tale potere, la fiducia dà luogo ad un rapporto continuativo che esprime la permanenza del consenso parlamentare verso il governo, che implica, ove detto consenso sia venuto meno, la possibilità di rimuoverlo".

¹⁴⁹ Cfr. A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti tra governo e parlamento*, Milano, Giuffrè, 1973, 196. Né tale ricostruzione sembrerebbe in contrasto con la natura giuridicamente rilevante dell'indirizzo politico e delle direttive che ne costituiscono lo svolgimento. Si è opposto che, se per responsabilità giuridica si intende la soggezione di un soggetto a una sanzione giuridica, per un fatto a lui imputabile, non sarebbe percorribile la strada che porta la responsabilità politica a confluire in tale categoria, atteso che la più rilevante sanzione immaginabile per questo tipo di responsabilità, ossia la revoca della fiducia, non dipende da canoni prestabiliti, potendo quest'ultima essere revocata indipendentemente dal compimento o meno di atti determinati o dall'attuazione effettiva o meno di un determinato programma. In particolare, A. MANNINO, *Indirizzo politico*, *cit.*, 197, ritiene che il contenuto eccessivamente generico dei documenti richiamati, nonché la mancanza del requisito della necessità, secondo l'ordinamento, della revoca della fiducia in caso di inadempimento (che costituisce, secondo Mannino, il "requisito indispensabile perché si possa ammettere la natura giuridica di una sanzione"), rendono tale ipotesi non praticabile. Tuttavia, come rilevato da G. RIVOSECCHI, *Fiducia parlamentare*, *cit.*, 8, parte della dottrina è incline a ricondurre la relazione fiduciaria e la responsabilità politica del Governo di fronte al Parlamento a una forma di responsabilità giuridica, che passa, anzitutto, attraverso il processo di "razionalizzazione" delle procedure fiduciarie: così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, Padova, Cedam 1967, 465, che afferma la

Sul punto, anticipando quanto si esporrà più diffusamente *infra* a partire dai limiti entro i quali la funzione di indirizzo politico è destinata a svolgersi, si ritiene di poter affermare sin d'ora che il fondamento dell'omogeneità delle diverse attività di indirizzo, tale da ricondurre nello schema di una funzione unitaria atti diversi nella forma e nell'efficacia, sia individuabile, a ben vedere, nell'*identità del fine* connesso alle diverse attività di indirizzo. Fine che, come ha osservato attenta dottrina, è identificabile nella “*traduzione sul terreno giuridico delle scelte politiche operate dalle forze di maggioranza*”¹⁵⁰.

5.3.- I limiti. Indirizzo politico, Costituzione rigida e norme programmatiche

Come accennato in apertura, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, in letteratura il concetto di indirizzo politico è stato ulteriormente indagato e rimeditato. È stato infatti rilevato ch'esso “non può più essere la stessa cosa ch'era prima, perché la rigidità costituzionale, la sostituzione del multipartitismo al partito unico, lo sviluppo di una dialettica sovente conflittuale tra gli organi costituzionali, il ritrovato pluralismo e la crescente complessità sociale impediscono che si possa anche solo concepire un compatto indirizzo dell'attività politica di *tutte* le istituzioni per il conseguimento di obiettivi chiari, ben definiti e addirittura epocali”¹⁵¹. Più in particolare, è la Costituzione rigida che accoglie e che predetermina i fini generalissimi ed essenziali dello Stato; questi ultimi non sono più espressione di una

giuridicizzazione di procedimenti precedentemente lasciati alla dimensione convenzionale e alla valorizzazione della responsabilità dell'esecutivo; G. FERRARA, *Il Governo di coalizione*, cit., 124 sgg., in relazione alla normativizzazione degli istituti del rapporto fiduciario e alla collocazione, secondo la prospettiva della legalità costituzionale, di tali istituti nell'alveo di una forma di responsabilità giuridica propria del diritto costituzionale, nonché G. PITRUZZELLA, *Responsabilità politica*, cit., 297 sgg.

¹⁵⁰ E. CHELI, *Atto politico*, cit., 164 (corsivo nell'originale).

¹⁵¹ M. LUCIANI, *La massima concentrazione del minimo potere*, cit., 121 (corsivo nell'originale). L'indirizzo, pertanto, diviene “sempre più coordinamento e il coordinamento rifugge per sua natura dagli strumenti di stampo gerarchico del (vecchio) indirizzo”: così G. AMATO, *La funzione di governo oggi. Relazione generale (Ricordando Alberto Predieri)*, in AA.VV., *Il Governo. Annuario 2001*, cit., 265.

funzione a sé stante, sono sottratti alla contrattazione delle forze politiche, appartengono al potere costituente e sono cristallizzati nella Costituzione rigida¹⁵².

Quanto appena esposto non significa, però, che alle forze politiche spetti la sola attuazione di quei fini generalissimi¹⁵³ e che la Costituzione abbia il “monopolio della fase teleologica”¹⁵⁴. In Costituzioni costruite “per valori”, che cioè non si limitano alla fissazione delle regole del giuoco, ma indicano direttamente alcune prospettive del progresso sociale, è vero che l’indirizzo politico “perde una parte significativa della libertà di scelta che ne definisce i contenuti, essendogli precluso il perseguimento di finalità diverse da quelle che la Costituzione ha preventivamente stabilito”¹⁵⁵. Altro, però, è affermare che la Costituzione delimiti il margine di determinazione dell’indirizzo politico; altro è dire che tale attività altro non sarebbe che lo svolgimento dei precetti indicati in Costituzione.

Per un verso, infatti, vi sono spazi “vuoti di Costituzione”; per un altro, la Costituzione non individua un modello di società, bensì (soprattutto all’art. 3, comma 2) un processo di emancipazione (o “di trasformazione”¹⁵⁶) personale e sociale, che si distingue per una “straordinaria apertura pluralistica, palesata dal suo fondarsi sul diritto di ciascuno allo sviluppo della propria personalità”¹⁵⁷. La Costituzione,

¹⁵² I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi*, cit., 153.

¹⁵³ T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., 137.

¹⁵⁴ I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi*, cit., 153.

¹⁵⁵ M. LUCIANI, *La massima concentrazione del minimo potere*, cit., 123.

¹⁵⁶ Sul “progetto di trasformazione” di cui all’art. 3, comma 2, Cost., v. l’analisi di B. CARAVITA, *Oltre l’eguaglianza formale. Un’analisi dell’art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, Cedam, 1984, 81 sgg.

¹⁵⁷ *Ivi*, 124. *Contra* v. T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., 149, *sub* nota 56, a tenor del quale in un sistema a Costituzione rigida l’indirizzo politico, pur non potendo essere ridotto alla semplice attuazione della Costituzione, perderebbe comunque qualunque margine di scelta laddove la Costituzione fissasse direttamente il fine da perseguire. In tale prospettiva, l’attività di indirizzo – specie quando si traduce in atti normativi – sarebbe concepibile come l’espressione di un’attività addirittura “neutrale” (perché le scelte assunte in sede di indirizzo, interpretando l’interesse generale della collettività “in relazione alle sempre mutevole realtà sociale, lo specific[ano] in un atto normativo”. Ora, se la premessa di Martines concernente la rigidità della Costituzione è condivisibile, tali precisazioni rischiano di contraddirla, sia perché è dubbio che la Costituzione stabilisca veri fini “ultimi”, precisamente determinati, sia perché la politicità dell’indirizzo contraddice in termini l’ipotesi di una sua sovrapposta neutralità: così M. LUCIANI, *La massima concentrazione del minimo potere*, cit., 123.

insomma, offre una direzione di marcia, ma non un fine ultimo, ovvero lo indica in termini così generali da risultare contenutisticamente indeterminato: spetta invece alla politica, “in saldo collegamento con la Costituzione [...] definire anche le stazioni intermedie, «i punti di arrivo»” raggiungibili, di volta in volta, in una determinata condizione storica¹⁵⁸.

Ciò premesso, è opportuno soffermarsi anche sulla presenza, all’interno della Carta costituzionale, di “norme programmatiche”, che vincolano lo Stato a successivi compiti di attuazione¹⁵⁹.

A tal proposito, si è detto che se l’attività di indirizzo politico è quella che determina i fini dello Stato, parte di essa si è esaurita con l’esercizio del potere costituente, che ha fissato detti fini all’interno di una Costituzione rigida, sottratta al dominio della maggioranza contingente. Conseguentemente, quella di indirizzo politico non è più “l’attività che risolve il problema della variabilità (assoluta) dei fini politici, ma quella che persegue l’attuazione della Costituzione e che orienta il (residuale) «governo degli

¹⁵⁸ Ivi, 124; cfr. anche I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi*, cit., 154, la quale osserva che “se così non fosse, se la Costituzione imponesse dei fini precisi, tali per cui le forze politiche debbano solo occuparsi della fase strumentale, non ne comprenderemmo né la democraticità e la differenza con un regime autoritario che si connota proprio per la determinazione di valori cui i sottoposti devono adeguarsi; non coglieremmo, cioè, il senso del pluralismo che comporta anche la massima estensione dei fini possibili conciliabili con il dettato costituzionale”.

¹⁵⁹ Con tale definizione si fa riferimento ad “alcune tra le disposizioni di principio costituzionali” che, in contrapposizione a quelle normalmente definite “immediatamente precettive”, “hanno, in tutto o in parte, contenuto programmatico, perché rivolte a *disporre quel che potrà o dovrà essere disposto in certe ipotesi e per certe materie*”: così V. CRISAFULLI, *Sull’efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, in *Scritti in memoria di Luigi Cosattini*, Trieste, Università di Trieste, 1948, ora in ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, 30 sgg. (corsivo nell’originale). In altra sede, però, lo stesso Autore ha precisato che “la contrapposizione tra norme «programmatiche» e norme «immediatamente precettive»”, pur espressione di “un’idea giusta, [...] la esprime impropriamente, tutte le norme essendo precettive, ed anzi «immediatamente precettive» [...]”; ma le une, *nei confronti di tutti i soggetti dell’ordinamento statale complessivo*, in quando direttamente regolatrici delle materie che volta a volta ne formano l’oggetto specifico; le altre invece, *soltanto nei confronti degli organi statali e quanto meno del legislatore*, cui prescrivono certi comportamenti *per la disciplina da dare alle materie che ne formano l’oggetto mediato o indiretto*”: così ID., *Le norme “programmatiche” della Costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, Giuffrè, 1952 ora in ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 54 (corsivo nell’originale).

uomini» nei campi in cui la Costituzione non ha potuto stabilire il proprio «governo della legge»¹⁶⁰. La presenza di norme programmatiche in Costituzione, pertanto, per un verso “vale a obiettivizzare alcuni fini ritenuti essenziali e caratterizzanti dal legislatore costituente”; per un altro, però, “pone il problema dell’incidenza di tali norme sull’indirizzo politico”¹⁶¹, essendo opinione generalmente condivisa – e ampiamente dimostrata dalla “genesì storica della nuova Costituzione” – che “l’assunzione di certi fini da parte dello Stato attiene alla costituzione materiale della Repubblica italiana, caratterizzando anzi in modo particolare il tipo di «regime» da essa accolto”¹⁶².

Si pone pertanto il problema dell’efficacia e vincolatività del precetto posto dalle norme programmatiche nei confronti degli altri organi dello Stato.

Sul punto, va anzitutto sottolineato lo studio condotto da Crisafulli nei confronti delle norme programmatiche successivamente all’adozione della Costituzione repubblicana. Questi parte dalla premessa che le stesse norme costituzionali programmatiche rappresentino il recepimento, nell’assetto costituzionale, di “un determinato indirizzo politico [...], istituzionalmente stabilito a premessa ed a limite delle direttive che saranno concretamente adottate dalla maggioranza parlamentare e dal governo da questa promanate”¹⁶³. Esse, pertanto, debbono ritenersi vincolanti anzitutto nei confronti degli organi legislativi, dal momento che “l’attuazione di un qualsiasi programma di azione statale richiede ordinariamente una apposita normazione nella forma della legge”¹⁶⁴. Considerato, però, che “con le norme programmatiche è lo Stato stesso, come soggetto unitario, che si autolimita, obbligandosi verso la collettività a perseguire certi scopi e quindi ad assumersi la

¹⁶⁰ M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, cit., all’altezza di nota 20.

¹⁶¹ T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., 138.

¹⁶² V. CRISAFULLI, *Le norme “programmatiche” della Costituzione*, cit., 67.

¹⁶³ *Ivi*, 69; v. anche la pagina precedente, nella quale, se si parte dalla premessa che “l’indirizzo politico adottato dagli organi competenti, e quindi le singole direttive di cui esso risulta, abbiano efficacia per gli altri organi statali, anche se costituzionali, a maggior ragione bisogna ammettere che tale efficacia spetta a direttive politiche il cui carattere normativo e la cui prevalente forza formale non vengono neppure in discussione, in quanto assunte a contenuto di norme poste nella Costituzione dello Stato”.

¹⁶⁴ *Ivi*, 65.

protezione di certi interessi pubblici”¹⁶⁵ e che “l’adozione del programma si traduce in adozione di un programma legislativo, senza peraltro esaurirsi in questo”, se ne trae la conseguenza che il vincolo del precetto posto dalle norme programmatiche non si esaurisce nell’attività legislativa in senso stretto, ma è indirizzata, in realtà, allo Stato-soggetto nel complesso, prescrivendogli il conseguimento di determinati scopi e ponendo alla sua attività determinati limiti, positivi e negativi¹⁶⁶. Tale vincolo, pertanto, transita per la funzione legislativa, ma la trascende, “riferendosi preliminarmente all’attività di indirizzo politico di cui la legge stessa rappresenta, concettualmente, esecuzione e attuazione”¹⁶⁷. In conclusione, le norme programmatiche presenti in Costituzione sono anzitutto “precettive e vincolanti proprio sull’indirizzo politico, che, in esplicazione di esse, verrà di volta in volta adottato dagli organi competenti, per essere poi realizzato attraverso apposita normazione e attraverso l’ulteriore azione *lato sensu* esecutiva o di amministrazione dell’apparato statale”¹⁶⁸.

A partire da questa premessa, in letteratura sono state però proposte anche costruzioni diverse; tra di esse è degna di nota quella di Martines. L’Autore, in particolare, ha affermato che se si interpretasse restrittivamente la tesi della precettività delle norme programmatiche rispetto all’indirizzo politico, si giungerebbe alla conseguenza che non residuerebbe alcun “margine di creatività” in capo ai soggetti che esprimono l’indirizzo politico dello Stato e che la loro attività di determinazione dei fini avrebbe “natura meramente ripetitiva” delle norme programmatiche¹⁶⁹. Va infatti ricordato che le norme programmatiche sono state inserite in Costituzione “sia

¹⁶⁵ *Ibidem*, ove l’A. sottolinea peraltro che, per tale ragione, talvolta in letteratura si è fatto riferimento alle norme programmatiche quali “norme promissive” (*Versprechungsnormen*), mettendone in risalto la progettualità (e quindi il carattere “promissorio”).

¹⁶⁶ *Ivi*, 67, ove si specifica che “è in conseguenza della articolazione interna dello Stato medesimo, della ripartizione di competenza tra i suoi singoli organi e gruppi di organi, della presenza, infine, nel nostro ordinamento, del principio di legalità, se l’efficacia delle norme programmatiche suol tradursi, in primo luogo ed in modo specialmente evidente, nella imposizione di certi doveri agli organi legislativi per quanto concerne l’esercizio della funzione legislativa”.

¹⁶⁷ *Ivi*, 66.

¹⁶⁸ *Ivi*, 68.

¹⁶⁹ T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., 138.

perché le forze politiche che le hanno dato vita, preso atto di una determinata realtà sociale che concordemente intendono debba essere modificata, riconoscono non di meno che siffatta modificazione possa avvenire soltanto per gradi e ad opera del legislatore ordinario”, limitandosi a fissare, con sufficientemente precisione, “il fine ultimo da raggiungere”; sia perché “pur concordando sulla necessità della modificazione, esse dissentono sul fine ultimo e, non riuscendo a precisarlo, si affidano a formule generiche, suscettibili di essere variamente interpretate”. Corollario di tali affermazioni è che non si può prescindere da un’attività interpretativa delle stesse norme programmatiche: solo questa, infatti, può rendere concreto e attuale il fine dell’azione di Governo e univoco il significato della norma, di talché essa costituisce “il necessario presupposto dello svolgimento del precetto costituzionale” e “la prima fase del processo applicativo della stessa”¹⁷⁰.

5.4.- Dai limiti alla forma della funzione: indirizzo politico e giuridicità

Accanto a quelle di Crisafulli e di Martines, degna di nota, infine, è anche la ricostruzione di Cheli in ordine ai limiti, alla forma e – come si vedrà – al contenuto della funzione di indirizzo politico; funzione da questi ritenuta “*limitata*

¹⁷⁰ Tale attività interpretativa è ben evidente nel caso in cui “la norma indica il fine ricorrente a formule generiche od a concetti indeterminati”, atteso che in tal caso “l’individuazione del fine, intesa come valutazione e specificazione della formula generica o del concetto indeterminato, acquista rilievo eminentemente politico, pur entro i limiti stabiliti nella norma”; tuttavia, anche nell’ipotesi di “attività discrezionale in senso stretto, in quanto la scelta e la determinazione dei fini è già contenuta nella norma costituzionale”, non per questo l’attività a essi riconnessa può dirsi “estranea all’indirizzo politico”, dal momento che “il fine costituzionalizzato abbisogna d’essere meglio individuato e reso concreto in relazione al momento in cui lo stesso viene assunto come proprio dell’azione di governo e, inoltre, che spetta sempre ai titolari dell’indirizzo politico di determinare i tempi e le modalità necessari per il suo conseguimento”: così T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., 139, ove l’Autore sottolinea anche che le operazioni interpretative “traggono la loro validità dalla costituzione materiale, vale a dire da quel criterio ordinatore secondo il quale la realtà sociale si trasforma, ad opera delle forze politiche, in realtà giuridica” e, in mancanza del quale, “giudizi e scelte, ancorché condotti nel pieno rispetto della lettera della norma, rischierebbero di essere meramente arbitrari e, per ciò stesso, non darebbero luogo né ad alcun processo attuativo della costituzione né ad una coerente ed armonica azione politica dello Stato”.

negativamente ed esternamente dalla Costituzione formale, *ma non vincolata, positivamente ed internamente*, al perseguimento dei fini posti nella Costituzione formale”¹⁷¹.

L’Autore, a partire dalla critica della distinzione bariliana tra indirizzo politico costituzionale e indirizzo politico di maggioranza¹⁷², afferma il carattere strumentale della Costituzione formale rispetto alle forze politiche operanti nel sistema e rifiuta di riconoscere l’esistenza di un vincolo nel fine all’indirizzo politico di maggioranza. Ciò sulla base della constatazione che, a differenza di quanto accade per organi c.d. di “garanzia costituzionale”¹⁷³, per quelli direttamente rappresentativi delle forze di maggioranza - che l’Autore individua nel Corpo elettorale, nel Parlamento e nel Governo¹⁷⁴ - la Costituzione non rappresenta un fine da realizzare (o, comunque, non il fine unico e primario), bensì, appunto, “lo *strumento giuridico fondamentale* attraverso cui risulta possibile perseguire gli innumerevoli, concreti, contingenti fini politici connessi alle elaborazioni programmatiche dei gruppi e dei partiti presenti nel sistema”¹⁷⁵. Può trattarsi, infatti, di “sia fini compresi nella Costituzione, sia fini irrilevanti per la Costituzione, sia fini contrari alla Costituzione, che sono poi sostanzialmente fini costituenti o di revisione costituzionale”¹⁷⁶, laddove “il solo fatto che le forze componenti una determinata maggioranza perseguano fini contrari alla Costituzione” non determina *ex se* “una censura d’incostituzionalità sulla funzione d’indirizzo svolta da queste forze, fino a quando l’indirizzo stesso non si concreti in *precisi atti giuridici posti in violazione della Costituzione*”¹⁷⁷.

¹⁷¹ E. CHELI, *Atto politico*, cit., 107 (corsivo nell’originale).

¹⁷² P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, cit., 308.

¹⁷³ E. CHELI, *Atto politico*, cit., 110, 112. Sulla titolarità di una funzione di “controllo costituzionale” in capo al capo dello Stato v. criticamente M. LUCIANI, *Un giroscopio costituzionale*, cit., 2 sgg.

¹⁷⁴ E. CHELI, *Atto politico*, 137 sgg.

¹⁷⁵ *Ivi*, 108.

¹⁷⁶ *Ivi*, 109, *sub* nota 80; v. anche T. MARTINES, *Studio sull’autonomia politica delle Regioni*, cit., 110.

¹⁷⁷ E. CHELI, *Atto politico*, cit., 109, *sub* nota 80 (corsivo nostro), ove l’Autore osserva che il problema è sostanzialmente analogo a quello della “costituzionalità” dei partiti politici, i quali, nonostante perseguano finalità in contrasto con la Costituzione (salva l’eccezione di cui alla XII disp. trans.), non sono, perciò solo, partiti incostituzionali, sottratti alla tutela giuridica di cui all’art. 49 Cost., nella misura

Un discorso diverso svolge l'Autore per gli "organi di garanzia costituzionale": il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale. "Istituzionalmente investiti del compito di garantire la permanenza delle strutture fondamentali dell'ordinamento", l'attività da essi svolta è "*non solo limitata, ma anche positivamente vincolata ai fini posti dalla Costituzione formale*"¹⁷⁸. Per questi organi, pertanto, la Costituzione si pone non già quale semplice limite normativo, bensì come vero e proprio "*complesso di fini, alla cui realizzazione i due organi restano costantemente e positivamente vincolati*", tanto che "né per il Presidente della Repubblica, né per la Corte costituzionale esistono fini da perseguire fuori della Costituzione formale"¹⁷⁹. La loro azione è pertanto diretta "al mantenimento e allo svolgimento dei fini costituzionali permanenti" e si concreta in un "controllo sull'indirizzo politico della maggioranza", ossia nell'esercizio di un'attività "volta a verificare dialetticamente il rispetto degli argini costituzionali da parte delle forze di maggioranza ed a correggere l'azione di queste forze ogniqualvolta da tali argini venga a deviare"¹⁸⁰.

Dal carattere rigido della Costituzione, peraltro, discende la conseguenza che entrambe le funzioni – quella di indirizzo politico e quella di controllo costituzionale – si collocano in uno "spazio intermedio tra legge costituzionale e legge ordinaria", che rappresenta appunto l'"area riservata allo svolgimento dell'attività costituzionale, intesa come attività immediatamente «esecutiva» della Costituzione formale"¹⁸¹.

V'è, però, il dilemma di definire i tratti distintivi delle singole attività che sono espressione della funzione di indirizzo. In altre parole, in assenza di un vincolo positivo ai fini posti dalla Costituzione, l'Autore si pone il problema di individuare

in cui "l'incostituzionalità dei fini non si traduca sul terreno esterno, concretandosi nell'adozione di un metodo non democratico".

¹⁷⁸ E. CHELI, *Atto politico*, cit., 112, il quale specifica che tale funzione si concreta in un'attività non "politica", nel senso tecnico della parola, ma vincolata almeno nel fine, ossia, a seconda dei casi, "*discrezionale o interamente prescritta*" (corsivo nell'originale).

¹⁷⁹ E. CHELI, *Atto politico*, cit., 110 (corsivo nell'originale).

¹⁸⁰ *Ivi*, 111.

¹⁸¹ *Ivi*, 131.

l'esistenza di un minimo comune denominatore alle attività di indirizzo svolte dagli organi costituzionali direttamente collegati alle forze di maggioranza.

Queste attività, come detto, sono da alcuni identificate anche nei “comportamenti costituzionali che non raggiungono le soglie di una precisa tipizzazione formale, ma che purtuttavia realizzano l'aspetto forse più vistoso e sintomatico di una determinata politica di governo”¹⁸², secondo la già segnalata ricostruzione¹⁸³ di quella dottrina che, all'interno dell'attività di indirizzo politico, oltre alla fase effettuale – in cui si realizzano sul piano giuridico i fini politici dello Stato – vi ricomprende una fase teleologica “in cui in rapporto alla valutazione di un determinato dato esistenziale si stabiliscono i fini ultimi e più generali dello Stato” e una fase strumentale “in cui, in vista dei fini da raggiungere, si predispongono i mezzi”¹⁸⁴. Così opinando, tuttavia, il concetto di indirizzo politico finisce, per un verso, per sovrapporsi a quello di “politica nazionale” di cui all'art. 49 Cost.¹⁸⁵, perché, più che circoscrivere il contenuto di una funzione giuridica, tratteggia con larga approssimazione l'area di un'attività “politica” in cui sono situate le premesse per il raggiungimento di taluni risultati giuridici; per

¹⁸² Lo stesso Autore parla di “effetti sociali di una determinata politica condotta dalle forze di maggioranza”, riferendosi a “una rete fittissima di relazioni, interferenze, influenze, articolate fluidamente ed intercorrenti tra i diversi organi costituzionali, tra organi costituzionali e partiti politici, tra partiti e gruppi di pressione, tra gruppi di pressione ed opinione pubblica, tra opinione pubblica e Governo, tra Governo nazionale e Governi esteri, etc.; relazioni, interferenze e influenze che si concretano in consultazioni, incontri, conferenze, interviste, programmi, comunicati, prese di posizioni ufficiali ed officiose, messaggi, celebrazioni, viaggi all'interno od all'estero di rappresentanti del Governo etc.: *ivi*, 165. Sulla distinzione tra “effetti giuridici dell'atto” ed “effetti sociali dell'indirizzo” si sofferma anche G. GUARINO, *Viaggio all'estero e supplenza del Presidente della Repubblica*, in *Riv. amm.*, n. 109/1958, 305 sgg., anche in *AA.VV., Studi in onore di Emilio Crosa*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1960, 1036.

¹⁸³ V. *supra*, par. 5.1.

¹⁸⁴ Il riferimento, ovviamente, è a T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni*, cit., 111; ma v. anche ID., *Indirizzo politico*, cit., 136 sgg., 140 sgg. Similmente – salva, però, la distinzione, già accennata, “bipartita” e non “tripartita” S. GALEOTTI, *Il potere di decisione*, cit., 123 sgg., che parla di momenti di “adozione” e di “attuazione” dell'attività di indirizzo, nonché, ancor prima, V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, cit., 107, il quale, distinguendo la fase dell'indirizzo da quella dell'attuazione dell'indirizzo, amplia la nozione d'indirizzo alla fase di deliberazione dei fini o dei mezzi.

¹⁸⁵ Cfr. T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni*, cit., 119.

altro verso, per svuotarsi di utilità pratica, perché suscettibile di ricomprendere atti assai diversi quanto a forma, contenuto ed efficacia.

Il pregio della ricostruzione di Cheli sta nel tentativo di ricondurre le diverse attività d'indirizzo nello schema di una funzione unitaria. Egli, esaminata ognuna delle competenze attribuite agli organi costituzionali direttamente collegati alle forze di maggioranza, pone a fondamento dell'omogeneità delle diverse attività d'indirizzo l'identità del fine da queste perseguito, identificandolo nella “*traduzione sul terreno giuridico delle scelte politiche operate dalle forze di maggioranza*”¹⁸⁶. Tali competenze, difatti, sono collegate alla presenza di questa finalità unitaria e si precisano attraverso la posizione di atti suscettibili di produrre determinati effetti giuridici: con la conseguenza che all'indirizzo politico deve riconoscersi la natura di funzione caratterizzata da una concreta rilevanza giuridica.

Attribuire natura giuridica alla funzione d'indirizzo, peraltro, sconta l'accoglimento di una interpretazione restrittiva della funzione medesima, ossia il fatto di delimitare l'indirizzo politico “alle sue estrinsecazioni ultime, che sono necessariamente formali e puntuali e s'identificano in atti tipici muniti di particolare efficacia giuridica”¹⁸⁷. Infatti, se è vero che la formulazione di una norma, di un provvedimento o di un atto d'indirizzo rappresenta, nella generalità dei casi, solamente il punto terminale di un lungo, sotterraneo e talvolta anche “carsico” processo selettivo di determinati interessi sociali, filtrato attraverso l'azione di innumerevoli fattori politici operanti nel sistema, la funzione di indirizzo politico inizia a manifestarsi solamente nel momento in cui tali interessi “riescono a raggiungere il livello della protezione giuridica, inserendosi negli schemi formali del diritto ed imprimendo il movimento iniziale al meccanismo che

¹⁸⁶ E. CHELI, *Atto politico*, cit., 164, ove peraltro l'Autore, *sub* nota 72, precisa che *identità* del fine non significa, in virtù di quanto sopra esposto, *vincolatezza* nel fine: “le varie attività d'indirizzo s'inquadrano in una funzione unitaria perché rispondono ad un'identica astratta finalità di traduzione in termini giuridici delle scelte politiche operate dalla maggioranza, ma questa finalità, nel suo concreto atteggiarsi, rimane libera da qualsiasi predeterminazione normativa come libere rimangono le scelte politiche delle forze di maggioranza. In altri termini, *la libertà nel fine*, che riconosciamo alla funzione d'indirizzo, *non significa assenza di fine*, ma fine non vincolato (positivamente) da norme giuridiche preesistenti” (corsivo nell'originale).

¹⁸⁷ *Ibidem*.

caratterizza un determinato procedimento giuridico”. Sino a quel momento si assiste solamente “alla produzione di determinati fenomeni politici, magari relevantissimi per l’ulteriore evoluzione del sistema, ma non allo svolgimento di una funzione giuridica d’indirizzo politico”¹⁸⁸.

Alla luce di questa impostazione, l’indirizzo politico, come funzione giuridica, sembra esaurirsi e identificarsi nella fase effettuale (o di attuazione), consistente nella traduzione in schemi formali (*recte*: giuridici) delle scelte politiche operate dalle forze di maggioranza, senza comprendere le fasi prodromiche volte a determinare o a influire su tali forze in vista delle scelte da compiere.

5.5.- Dalla forma al contenuto della funzione: indirizzo politico e normatività

La prospettiva testé illustrata sembra offrire nuova linfa alle caratterizzazioni, invero risalenti, relative alla natura “normativa” o “esistenziale” dell’indirizzo politico.

Come ricordato, il concetto di normatività, se riferito all’indirizzo politico, esprime l’attitudine di questo a vincolare i comportamenti degli organi statuali e dei soggetti operanti nell’ordinamento¹⁸⁹.

A questa connotazione *attiva* della normatività ne è talvolta opposta una *passiva*, per la quale l’indirizzo politico risulterebbe a sua volta condizionato a canoni normativi preesistenti, configurandosi come espressione di un *Sollen*, di un dover essere, e non semplicemente di un *Sein*, di un essere¹⁹⁰.

Orbene, è evidente, anzitutto, che quanto sin qui detto in ordine alla funzione di indirizzo come limitata, ma non vincolata nel fine da norme di grado superiore, suggerisce l’esattezza, all’un tempo, sia del “segmento passivo” della tesi normativa,

¹⁸⁸ *Ivi*, 166.

¹⁸⁹ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., 166; C. LAVAGNA, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici*, cit., 68.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

sia di quella esistenziale, secondo la quale l'indirizzo politico "non è quello che deve essere seguito dall'organo nel compimento dei suoi atti politici, ma quello effettivamente seguito da un organo particolare nel complesso degli atti politici da lui compiuti"¹⁹¹.

In secondo luogo, quanto al "segmento attivo", va osservato che il carattere normativo della funzione discende quale conseguenza inevitabile, una volta che si sia identificato l'indirizzo politico nell'azione connessa all'emanazione di determinati atti giuridici.

Detto in altri termini, se non vi sono finalità politiche suscettibili di vincolare, sul terreno giuridico, l'indirizzo politico, v'è una natura "normativa" e vincolante dell'indirizzo medesimo, che si presenta quale riflesso diretto e immediato dell'efficacia giuridica riconosciuta agli atti - normativi e amministrativi - tramite i quali si esprime la stessa funzione di indirizzo.

In definitiva: se l'indirizzo politico è una funzione, se tale funzione è giuridica e se, in quanto giuridica, si esprime non già attraverso qualsiasi atteggiarsi delle forze di maggioranza¹⁹², bensì attraverso schemi formali, corrispondenti a determinati atti normativi e amministrativi, l'attività del Governo, attraverso la cui azione matura, come detto, la fase conclusiva e preminente dell'indirizzo politico affidato a tali forze, riveste rilievo ancora maggiore rispetto a quella degli altri organi costituzionali - il Corpo elettorale e gli organi parlamentari - che di queste sono espressione, tenuti invece a porre le premesse generali e i limiti fondamentali per lo svolgimento della funzione d'indirizzo¹⁹³.

Di qui la necessità e l'importanza di osservare le vicende che interessano la realizzazione della funzione di indirizzo politico attraverso le lenti del potere esecutivo, a partire, come si vedrà immediatamente *infra*, nel secondo capitolo, dal tormentato (e per diversi aspetti, come si vedrà, irrisolto) rapporto tra Governo e pubblica Amministrazione, per giungere poi, nell'ulteriore prosieguo, a illustrare le

¹⁹¹ E. CHELI, *Atto politico*, cit., 167.

¹⁹² Ma v. T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., 137.

¹⁹³ E. CHELI, *Atto politico*, cit., 148.

proiezioni soggettive (l'organizzazione) e oggettive (l'attività) degli strumenti d'indirizzo.

CAPITOLO II

Gli strumenti dell'attuazione: il rapporto tra politica e amministrazione.

1.- La questione dell'attuazione dell'indirizzo politico e il senso di un'indagine estesa ai rapporti tra politica e amministrazione.

“Che senso ha un indirizzo politico se non viene realizzato?”¹⁹⁴.

Con queste parole Lorenza Carlassare, nella relazione svolta nel 1996 in occasione delle Giornate di Studio in memoria di Temistocle Martines, ne ricordava il tratto di studioso “che non intende chiudersi nelle posizioni della pura dottrina e «vuole verificare l'applicazione che alla norma è stata data sul piano della realtà sociale»”, così sottolineando l'importanza da questi conferita al nesso tra momento teleologico dell'indirizzo politico, da un lato, e momenti strumentale ed effettuale, dall'altro¹⁹⁵.

Già nel 1974, invero, l'Autrice osservava che “se indubbiamente l'indirizzo politico, il complesso delle grandi scelte fondamentali appare un prodotto degli organi al vertice, resta da vedere in che misura e in che limiti le decisioni ivi formalmente espresse siano condizionate da apporti sottostanti, e, soprattutto, come poi vengano concretamente realizzate dato che per lo più esse hanno un carattere necessariamente generico e indicativo”¹⁹⁶. Con la conseguenza che, “per cogliere veramente la sede dell'indirizzo nel suo momento dinamico, operativo, non servono più – o almeno non soltanto – gli schemi consueti della dottrina costituzionalistica, e in particolare la considerazione *orizzontale* dei rapporti fra organi al vertice, anche se congiunta a un esame dell'influenza che i centri esterni (partiti, gruppi di pressione, ecc.) esercitano sui medesimi”; piuttosto, è opportuno “scendere ad una considerazione *verticale*,

¹⁹⁴ L. CARLASSARE, *Politica e amministrazione nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Indirizzo politico e Costituzione. A quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines – Giornate di Studio, Messina, 4-5 ottobre 1996*, a cura di M. Ainis, A. Ruggeri, G. Silvestri e L. Ventura, Milano, Giuffrè, 1998, 67.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., 4 sgg.

estendendo l'indagine all'interno apparato sottostante, andando oltre la figura del ministro, che – per la sua collocazione caratteristica come punto d'incontro tra politica e amministrazione – non può considerarsi un elemento terminale dell'indagine, ma semplicemente intermedio”¹⁹⁷.

Le parole ora ricordate testimoniano la necessità che chi si accosti allo studio dell'indirizzo politico – e della sua attuazione in particolare - estenda lo spettro della propria indagine anche “all'amministrazione, all'apparato burocratico”, inserendolo “in una visione globale accanto agli organi costituzionali, per non perdere di vista il reale atteggiarsi delle forze che operano all'interno dello Stato”¹⁹⁸.

È opportuno, a questo punto, prendere le mosse dalle considerazioni di Cheli e di Martines. Come già detto nel corso del primo capitolo, nell'impostazione di Cheli è l'intera funzione di indirizzo a tradursi proprio in schemi formali (giuridici)¹⁹⁹. Anche nell'economia del discorso di Martines, focalizzato sul momento teleologico, è dato però risalto anche alla fase successiva dell'indirizzo politico – tanto ch'essa è inquadrata autonomamente – consistente proprio nell'orientare e dirigere la volontà verso il conseguimento di un fine e nell'attribuzione di effetti giuridici a tale volontà.

In termini giuridici, ciò comporta anzitutto che la volontà sia ordinata e programmata secondo determinati schemi normativi e che siano predisposti i mezzi necessari e sufficienti affinché essa, appunto, possa trovare “attuazione”. È chiaro, infatti, che la proposta suddivisione dell'indirizzo politico in fasi (teleologica, strumentale ed effettuale per Martines²⁰⁰, di adozione e di attuazione per Galeotti²⁰¹) è comunque sintomatica della necessità che la scelta dei fini si traduca coerentemente “in attività organizzativa, in atti normativi, nella predisposizione dei mezzi necessari per la loro realizzazione”; ne discende che “le soluzioni organizzative e strutturali

¹⁹⁷ *Ibidem* (corsivo nell'originale).

¹⁹⁸ *Ivi*, 5.

¹⁹⁹ E. CHELI, *Atto politico*, cit., 164 sgg.

²⁰⁰ T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., 140.

²⁰¹ S. GALEOTTI, *Il potere di decisione*, cit., 123 sgg.

sono [...] determinanti”, atteso che “in mancanza di un apparato adeguato, la fase successiva, quella effettuale, è sicuramente compromessa”²⁰².

Viene dunque in rilievo la questione del rapporto tra politica e amministrazione (*recte*: tra indirizzo politico e gestione amministrativa), la quale - è bene sottolinearlo sin d’ora - è suscettibile di esser declinata sia sul versante relativo all’organizzazione dei pubblici uffici, sia su quello relativo all’attività amministrativa in senso stretto (su cui v. *infra*, cap. IV, parr. 1. sgg.).

2.- Il “problema antico” della distinzione tra politica e amministrazione e le sue origini.

Come lo stesso concetto di indirizzo politico, anche il rapporto tra pubblica Amministrazione e organi politici di vertice rappresenta, nella letteratura scientifica, un “problema antico”²⁰³. Tale rapporto, per come “abituamente presentato dai commentatori, si rivela di una ammirevole semplicità e simmetria: al vertice gli organi politici, le scelte politiche, la responsabilità politica; al di sotto, gli organi amministrativi, le scelte amministrative, la responsabilità amministrativa”, al quale

²⁰² L. CARLASSARE, *Politica e amministrazione*, cit., 67 (corsivo nostro).

²⁰³ ID., *Amministrazione e potere politico*, cit., 5. Sulla natura risalente del problema dei rapporti tra politica e amministrazione non può non considerarsi lo scritto di S. SPAVENTA, *La giustizia nell’amministrazione. Discorso pronunciato nell’Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880*, oggi consultabile sul sito web istituzionale della Giustizia Amministrativa, il quale (con considerazioni invero ancora attuali) sottolineava (pp. 4 sgg. dell’estratto) che “Il problema della giustizia e della legalità nell’amministrazione è il maggiore che s’incontra nella vita dei governi parlamentari”. Considerato, però, che “il governo parlamentare non è possibile se non per mezzo di partiti, i quali si succedono alla direzione dello Stato, secondo che ottengono la fiducia della maggioranza del paese, [...], data questa nostra egoistica natura umana, le cui leggi sono immutabili, come è possibile che un partito al governo non abusi del potere, che ha nelle mani, in danno e ad offesa degli altri?”. La soluzione, già prefigurata dall’Autore, consisteva “nel fare un’essenziale distinzione fra governo e amministrazione”, di modo tale che “La protezione civile” sia “intera, eguale, imparziale, accessibile a tutti, anche sotto un governo di parte” e che la legge sia “applicata a tutti con giustizia ed equanimità verso tutti”.

però è sottesa una “situazione reale [...] assai più complessa” e “un intrecciarsi di rapporti e di reazioni in direzione duplice: non solo dall’alto verso il basso, ma anche viceversa”, tale che “molto spesso [...], osservando realisticamente le cose, si può rilevare come una decisione politica anziché essere un libero prodotto del suo autore formale, derivi piuttosto da forze sottostanti, da una serie di elementi (presentazione di fatti, valutazione dei medesimi, etc.) che si producono a vari livelli dell’apparato e condizionano di fatto, talora in modo risolutivo, la decisione finale”²⁰⁴.

La questione del rapporto tra sfera politica e sfera dell’Amministrazione è direttamente riconducibile all’affermazione - e soprattutto alla concreta applicazione - della teoria della separazione dei poteri dello Stato, dalla quale è disceso il tema della distinzione, all’interno del potere esecutivo, tra funzioni di governo e funzioni di amministrazione²⁰⁵.

²⁰⁴ *Ivi*, 1 sg. L’Autrice osserva anche (*ivi*, 5) che “per valutare l’incidenza della burocrazia non è però sufficiente fermarsi al ruolo decisivo da essa svolto nel momento della realizzazione pratica, della concretizzazione degli indirizzi: anche nella fase formativa il suo peso è egualmente rilevante”, sol che si pensi “al ruolo determinante dell’apporto burocratico nella stessa fase di elaborazione dei disegni di legge d’iniziativa governativa e, più in generale, al fatto che i processi decisionali che trovano poi conclusione e formalizzazione in sede politica si basano essenzialmente su elementi e dati forniti dagli uffici ministeriali”. Per considerazioni in parte analoghe v. recentemente G. TACCOGNA, *La disciplina dell’organizzazione amministrativa. Lezioni*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2019, 91, il quale, dopo aver ricostruito i rapporti tra politica e amministrazione secondo la disciplina vigente (che, come si vedrà meglio *infra*, al par. 5., è ispirata alla distinzione tra organi e funzioni d’indirizzo e di gestione), osserva che “nel concreto funzionamento degli apparati è anche possibile sia che gli organi di governo riescano a prendere significativa influenza sulla gestione – anche perché hanno poteri di provvista personale degli uffici di vertice e della struttura gestionale e, quindi, possono eventualmente contare, nei fatti, su correlate ragioni di influenza – sia, all’opposto, che quelli burocratici riescano a dettare o almeno condizionare l’agenda e gli indirizzi della politica, tanto perché fra le funzioni del vertice dell’apparato burocratico sta anche quella di fare proposte agli organi di governo ed interloquire con i medesimi circa la formulazione dell’indirizzo politico che loro compete, quanto perché i titolari degli uffici gestionali apicali sono generalmente dotati di una lunga esperienza all’interno dell’amministrazione ed in possesso di competenze e conoscenze tecniche eventualmente sconosciute ai titolari degli organi di governo”.

²⁰⁵ Su cui v. i classici J. LOCKE, *Two treatises on government*, 1690, trad. it. di L. Pareysson, *Due trattati sul governo*, Torino, Utet, 1948; CH. DE MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, Paris, 1748, trad. it. di B.B. Serra, *Lo spirito delle leggi*, Milano, Rizzoli, 1989; B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, cit., *passim*; tra gli studi italiani v. F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. Dig. it.*, Vol. XIII, Torino, Utet, 1966, 472 sgg.; G. BOGNETTI, *Poteri (divisione dei)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. XI, Torino, Utet, 1996, 372 sgg.

Già nello Stato assoluto l'estensione della sfera d'intervento del pubblico potere aveva dato vita a rudimentali forme di organizzazione amministrativa, ma la concentrazione del potere in capo all'unico sovrano rendeva vano ogni tentativo di ulteriore differenziazione all'interno del potere esecutivo. Il monarca, infatti, era colui che approvava le leggi, nominava i funzionari amministrativi e designava i giudici che, in suo nome e per suo conto, avrebbero amministrato la giustizia²⁰⁶.

Il tramonto dell'assolutismo ha posto solo le premesse per la riflessione sul rapporto tra azione politica e azione amministrativa. La prima applicazione del principio di divisione dei poteri, infatti, si è contraddistinta per l'emersione del Parlamento quale nuovo organo costituzionale chiamato a condividere l'esercizio del potere legislativo con il capo dello Stato; quest'ultimo, come in passato, continuava a mantenere la titolarità del potere esecutivo e, seppur formalmente, di quello giurisdizionale. La stessa letteratura allora dedicata allo studio delle funzioni pubbliche si era concentrata sull'emersione del potere legislativo e sul ruolo assunto dalle assemblee rappresentative. Il potere esecutivo, pur rivisto alla luce del principio di legalità, continuava a veder confuse al proprio interno la funzione di governo e quella di amministrazione²⁰⁷.

²⁰⁶ Come osservato da L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., 35 sg., lo "Stato patrimoniale" – la forma di Stato che ha storicamente preceduto l'affermazione del modello assoluto – è ancora legato a concezioni e normative di stampo privatistico, giacché "non sussiste la differenziazione, fondamentale nelle forme più evolute dello Stato moderno, fra diritto privato e diritto pubblico"; in particolare, "non esiste un diritto amministrativo e lo stesso Stato – si può dire – è considerato patrimonio del re"; "le relazioni che passano fra il re ed i sudditi stessi riflettono la mentalità medievale che risolve in chiave privatistica situazioni dal nostro punto di vista peculiari del diritto pubblico [...] legate da un vincolo contrattuale, ora formalizzato, come nel caso del patto costituito dalla *Magna Charta*, ed ora tacito o implicito (si pensi alle dottrine giusnaturalistiche del *patto sociale*)" (corsivo nell'originale); "il bilancio delle spese e delle entrate personali del re si confonde con il bilancio statale, non distinguendosi neppure tra beni del re e beni dello Stato"; "i soggetti che esercitano le funzioni esecutive e giudiziarie non sono funzionari dello Stato ma del re"; "le cariche pubbliche vengono trattate come beni di scambio, suscettibili di essere comprati e venduti, mentre talune di esse sono addirittura riservate ereditariamente a certe famiglie nobiliari"; tanto, in considerazione "dell'estrema limitatezza delle funzioni statali, eccettuate quelle giurisdizionali, cui corrisponde [...] un apparato pubblico quanto mai ridotto".

²⁰⁷ Cfr. P. CARROZZA, *Governo e amministrazione*, in AA.VV., *Diritto costituzionale comparato*, a cura di P. Carrozza, A. Di Giovine e G.F. Ferrari, Roma-Bari, Laterza, 2014, 994 sgg.

Solo in un momento successivo emerge la questione della diversificazione interna al potere esecutivo. In primo luogo, il governo va sempre più caratterizzandosi quale espressione della (sola) maggioranza parlamentare e quale detentore – assieme al parlamento – del potere di indirizzo politico. In secondo luogo, la forte espansione dei compiti dello Stato porta con sé anche quella dell'apparato amministrativo²⁰⁸, che inizia a delinarsi quale struttura complessa alla quale è demandata l'attuazione concreta di quell'indirizzo politico, pur nel rispetto del principio di eguaglianza formale e sostanziale.

Vengono così alla luce i termini e i problemi delle possibili relazioni tra governo e amministrazione, analizzabili attraverso le lenti dei modelli teorici di riferimento e delle soluzioni concretamente adottate dagli ordinamenti positivi.

3.- I modelli teorici del rapporto: separazione, continuità, interconnessione

In astratto si possono individuare due modelli estremi del rapporto tra le dimensioni politica e amministrativa: quello della continuità e quello della separazione.

Nel modello della continuità (o dell'osmosi, come anche è stato definito²⁰⁹) si cerca di non separare, da un punto di vista organizzativo e funzionale, la sfera politica e quella amministrativa. Dal primo punto di vista, la condivisione, da parte dei funzionari, di determinate ideologie ne condiziona intimamente l'accesso e la progressione di carriera. Dal secondo punto di vista, il valore burocratico della lealtà e neutralità è sostituito dal pieno legame fiduciario con il vertice politico; di

²⁰⁸ Così M. LUCIANI, *La massima concentrazione del minimo potere*, cit., 113 sgg.

²⁰⁹ L'espressione è utilizzata, tra l'altro, da M. RIDOLFI, *La distinzione tra politica e amministrazione nella struttura e nell'organizzazione della P.A.*, in *Rivista Italiana di Public Management*, Vol. 2/2019, n. 1, 98, ma v. anche C. COLAPIETRO, *Politica e amministrazione. Riflessioni a margine di un rapporto controverso*, in *Federalismi.it*, n. 10/2012, 9 sgg.; S. NERI, *La politica dell'amministrazione. Problemi e prospettive dello spoils system italiano*, in *Rivista Italiana di Public Management*, n. 1/2020, Vol. 3, 95.

conseguenza, l'attività amministrativa è innervata di discrezionalità politica e il *modus operandi* dell'uomo politico coincide con quello del funzionario²¹⁰. Il Ministro rappresenta il vertice dell'Amministrazione e opera attraverso una rete di uffici a lui legati da un rapporto di gerarchia, ciò che gli permette di dare ordini ed eventualmente di avocare a sé una competenza o un atto. Da ciò consegue sia che il Ministro è direttamente responsabile anche degli atti dell'Amministrazione, sia che quest'ultima deve necessariamente conformarsi alla volontà dell'organo politico di vertice²¹¹. L'esperienza che più si ispira a tale modello è quella statunitense, nella quale all'esito di ogni elezione presidenziale corrisponde un avvicendamento negli uffici dell'Amministrazione.

Il modello della separazione, di contro, si spiega in termini di netta distinzione sia sul versante organizzativo, sia su quello dell'attività. Da un lato, l'organizzazione dell'Amministrazione – ossia l'insieme delle strutture burocratiche chiamate allo svolgimento di funzioni pubbliche – è altro rispetto al soggetto che (sia pur indirettamente) rappresenta il corpo elettorale²¹². D'altro lato, l'attività amministrativa è altra rispetto a quanto svolto dall'organo titolare del potere di indirizzo politico e non si risolve in una mera attuazione di scelte prese in altra sede.

L'organo politico non può sostituirsi alla burocrazia amministrativa nell'emanazione dei provvedimenti, dal momento che il suo compito è quello di fissare gli indirizzi generali che l'Amministrazione dovrà perseguire. A questo modello è ispirata l'esperienza del Regno Unito, ove il sistema dei rapporti tra politica e amministrazione è caratterizzato dai principi della neutralità dell'amministrazione al servizio del cittadino²¹³.

²¹⁰ In questo senso C. COLAPIETRO, *Politica e amministrazione*, cit., 10.

²¹¹ Cfr. A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019, 345.

²¹² Le ragioni di tale diversità emergono limpidamente già dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, il cui art. 6 prevede che “*tutti i cittadini, essendo uguali a[gli occhi della legge], sono ugualmente ammissibili a tutte le dignità, posti e impieghi pubblici secondo la loro capacità e senz'altra distinzione che quella delle loro virtù e dei loro talenti*”.

²¹³ Su questa e sulle altre esperienze di diritto straniero più avanti menzionate nel testo cfr. G.F. FERRARI, *Pubblico impiego in diritto comparato*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1997, ed. inf., par. 4.7, nonché C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2017, 12 sgg.

Tra i due modelli poc'anzi illustrati vi è poi chi, in dottrina²¹⁴, ne ha identificato un terzo, detto della “interconnessione” e intermedio, appunto, tra quello della separazione e quello della continuità. In esso, indirizzo politico e attività amministrativa sono tendenzialmente distinti, ma non nettamente separati. Tra il primo e la seconda, infatti, vi è quasi sempre un *continuum*, poiché l’indirizzo non solo determina fini e obiettivi, ma spesso contiene anche scelte gestionali; viceversa, l’amministrazione non ha solo funzioni esecutive, ma compie anche scelte discrezionali. Esso, dunque, rappresenta un “tentativo di congiunzione dei precedenti, poiché la dimensione amministrativa viene legittimata in termini democratici e ne viene garantita anche la professionalità e l’autonomia” e nel quale “la burocrazia pubblica viene a trovarsi suddivisa al suo interno tra una compagine sociale reclutata attraverso procedure trasparenti di merito, ed una fascia più ristretta legittimata invece da logiche di scelta fiduciaria”²¹⁵. L’esperienza più vicina a tale modello è quella francese, connotata dalla gerarchizzazione dell’Amministrazione che risponde alla politica, della quale, in virtù di un legame fiduciario, condivide l’indirizzo politico.

4.- Il rapporto tra politica e amministrazione nell’ordinamento italiano.

Conformemente alla loro natura di “paradigmi”, i modelli poc'anzi illustrati irrigidiscono le relazioni tra politica e amministrazione entro schemi concettuali irreali, i quali, anche alla luce delle distinte combinazioni possibili tra forme di Stato e forme di governo, ne rendono complessa una pedissequa riproposizione nei distinti ordinamenti statali.

²¹⁴ Cfr. C. COLAPIETRO, *Politica e amministrazione*, cit., 12; M. RIDOLFI, *La distinzione tra politica e amministrazione*, cit., 100; S. NERI, *La politica dell’amministrazione*, cit., 95.

²¹⁵ M. RIDOLFI, *La distinzione tra politica e amministrazione*, cit., 100.

L'analisi dei rapporti tra politica e amministrazione nell'ordinamento italiano, in particolare, conferma la difficoltà di riprodurre integralmente gli schemi concettuali dell'uno e dell'altro modello all'interno di un ordinamento.

Prima di dedicarci all'esame del vigente contesto normativo, è opportuno soffermarsi brevemente sulla disciplina costituzionale e legislativa precedente la nascita della Repubblica e sul dibattito sorto in Assemblea costituente.

4.1.- Il modello prima della Costituzione. Lo Statuto albertino...

Lo Statuto del Regno di Sardegna del 1848 fu esteso nel 1861 a tutto il territorio del Regno d'Italia. Coerentemente con la sua natura di Costituzione venuta alla luce dalle spoglie dello Stato assoluto, il potere esecutivo vi era rappresentato essenzialmente come funzione di governo attribuita alla persona del Re, mentre l'Amministrazione non aveva formale e autonoma rilevanza²¹⁶. L'art. 6 attribuiva infatti al Re il potere di *“nomina a tutte le cariche dello Stato”*, mentre l'art. 24 disponeva che *“tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge”* e che *“tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili, e militari, salve le eccezioni determinate dalle Leggi”*. L'art. 67, infine, prevedeva un regime di responsabilità per i Ministri che rilevava in particolare nei confronti del Re, persona *“sacra e inviolabile”* secondo l'art. 4.

In assenza di particolari vincoli derivanti dallo Statuto, l'Italia unita aderiva a un sistema amministrativo fortemente politicizzato, in cui il rapporto tra vertice politico e apparato amministrativo era ispirato a logiche gerarchiche. La l. 23 marzo 1853, n.

²¹⁶ L'art. 5 dello Statuto, infatti, prevedeva che *“al Re solo appartiene il potere esecutivo. Egli è il Capo Supremo dello Stato: comanda tutte le forze di terra e di mare: dichiara la guerra: fa i trattati di pace, d'alleanza, di commercio ed altri, dandone notizia alle Camere tosto che l'interesse e la sicurezza dello Stato il permettano, ed unendovi le comunicazioni opportune. I trattati che importassero un onere alle finanze, o variazioni di territorio dello Stato, non avranno effetto se non dopo ottenuto l'assenso delle Camere”*.

1483 (deputata al “*Riordinamento dell’Amministrazione centrale dello Stato*” e anche nota come “legge Cavour”), in particolare, prefigurava un modello accentrato, se si considera che, ai sensi dell’art. 1, “*i Ministri provvederanno all’Amministrazione centrale dello Stato per mezzo di Uffici posti sotto l’immediata loro direzione*” (comma 1) e “*gli Uffici relativi ad un medesimo ramo d’Amministrazione, e dipendenti da un solo Ministero, potranno venire riuniti in Direzioni generali, che faranno tuttavia parte integrante del Ministero*” (comma 2)²¹⁷.

La relazione gerarchica, in particolare, caratterizzava sia l’organizzazione, sia il funzionamento dell’Amministrazione.

L’organizzazione, perché l’accesso alla funzione pubblica, di fatto, avveniva per cooptazione, alla quale si aggiungeva, per le posizioni di vertice dell’Amministrazione, il concerto del Consiglio dei Ministri. La struttura organizzativa ministeriale, poi, era di tipo piramidale e vedeva al vertice il Ministro, al quale erano sottoposti tutti i funzionari, gerarchicamente ordinati²¹⁸.

Il funzionamento, perché il Segretario e il Direttore generale “*lavora[va]no direttamente col ministro e sotto la immediata di lui Autorità*”, “*firma[va]no pel ministro ed esercita[va]no in di lui nome le attribuzioni che gli sono proprie nei limiti da lui stabiliti*” ed erano “*responsabili verso il ministro per le attribuzioni loro fatte dai regolamenti e per quelle altre [...] delegate*”²¹⁹.

Quanto alla responsabilità dell’attività amministrativa del dicastero innanzi il Re, essa restava in capo al Ministro, ma nel corso del periodo liberale alla responsabilità dello Stato venne ad aggiungersi la responsabilità propria del funzionario nei confronti dei soggetti terzi lesi dall’agire dell’Amministrazione²²⁰.

²¹⁷ Com’è noto, tale modello fu poi esteso all’intero neonato Stato italiano tramite la l. 20 marzo 1865, n. 2248, con la quale venne definitivamente attuata l’unificazione amministrativa (si è parlato, a tal proposito, di “piemontesizzazione”): cfr. F.G. SCOCA, *La pubblica amministrazione e la sua evoluzione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli, 2011, 5.

²¹⁸ Così il r.d. 23 ottobre 1853, n. 1611, di attuazione della l. n. 1483 del 1853.

²¹⁹ Così gli artt. 14 e 15 del r.d. n. 1611 del 1853.

²²⁰ Cfr. M.R. MORELLI, *Art. 28*, in AA.VV., *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di V. Crisafulli e L. Paladin, Padova, Cedam, 1990, 199 sgg.

L'esigenza di separare politica e amministrazione emerse in una con quella di trovare rimedio all'indebita intromissione del partito politico, rappresentato dai Ministri e dalla maggioranza parlamentare, nell'Amministrazione. Al mutamento della struttura costituzionale (transitata dal governo assoluto a quello parlamentare), infatti, non aveva fatto seguito alcun adeguamento della struttura e della posizione dell'apparato sottostante. Il rapporto tra Ministri e funzionari era rimasto inalterato, senza tener conto della diversa posizione costituzionale assunta dai primi nel sistema parlamentare e conseguentemente del loro carattere estremamente politicizzato. Nel campo dell'Amministrazione non preesisteva alcuna indipendenza degli organi: "Ai ministri di un governo assoluto, organi tecnici e amministrativi a capo dei servizi o meglio delle aziende di uno stato di tipo patrimoniale, si sostituiscono ministri esclusivamente politici, senza provvedere a mutare i loro compiti e il loro rapporto con gli altri membri dell'amministrazione"²²¹.

Di conseguenza v'era tendenziale unanimità circa l'esigenza di distinguere l'Amministrazione dalla politica, onde assicurarle delle garanzie di indipendenza nei confronti del Ministro, organo politico del partito, nonostante vi fosse anche chi nutriva seri dubbi sulla possibilità di determinare con un certo margine di precisione il confine tra la fine della politica e l'inizio dell'amministrazione.

Per far fronte a tale necessità fu dapprima adottato il r.d. 22 novembre 1908, n. 693 (recante il "*testo unico delle leggi sullo stato degli impiegati civili*"). Nell'impostazione di quest'ultimo, il metodo della cooptazione lasciava definitivamente il passo al criterio meritocratico, chiamato a guidare l'accesso alle funzioni pubbliche tramite l'istituto del concorso pubblico²²² e le promozioni ai gradi

²²¹ L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., 7.

²²² L'art. 3 del Testo Unico, infatti, tra le condizioni da soddisfare "*per essere nominato ad impiego civile dello Stato*" richiedeva l'"*essere fornito dei titoli di studio richiesti per la categoria d'impiego, alla quale si aspira*" e l'"*aver sostenuto e vinto un esame di concorso secondo le norme speciali di ciascuna amministrazione*".

superiori²²³. Un'importante eccezione era rappresentata dalle nomine al grado di direttore generale o ai gradi equiparati, le quali, ai sensi dell'art. 6 del Testo Unico, avrebbero dovuto essere *“deliberate in consiglio dei ministri”* e potuto essere *“conferite anche a persone che non abbiano impiego nell'amministrazione dello Stato”*. Va poi sottolineato che tra le cause di destituzione dal pubblico impiego l'art. 54, comma 1, indicava, alla lett. e), *“gravi atti d'insubordinazione contro l'Amministrazione od i superiori, commessi pubblicamente, con evidente offesa del principio di disciplina e di autorità”* e, alla lett. g), *“le offese alla persona del Re, alla famiglia reale, alle camere legislative”*, nonché la *“pubblica manifestazione di opinioni ostili alle vigenti istituzioni”*.

Successivamente fu adottato il r.d. 30 dicembre 1923, n. 2960 (recante *“Disposizioni sullo stato giuridico degli impiegati civili dell'amministrazione dello Stato”*). A differenza del testo unico del 1908, che faceva utilizzo della tecnica del rinvio alle norme speciali di ciascuna amministrazione, il nuovo decreto aveva l'ambizione di disciplinare in modo puntuale le fasi della carriera impiegatizia, tra cui in particolare le modalità di svolgimento del concorso pubblico²²⁴ e di garanzia dell'anonimato dei candidati²²⁵, così consolidando il criterio meritocratico nella fase

²²³ L'art. 4 del Testo Unico prevedeva che *“Le promozioni di grado si conferiscono esclusivamente per merito”* e che *“quelle di classe si conferiscono, di regola, per anzianità salvo che gli ordinamenti delle singole amministrazioni dispongano diversamente”*.

²²⁴ L'art. 36 del r.d. n. 2960 del 1923, in particolare, prevedeva che *“Durante le prove scritte non è permesso ai concorrenti di comunicare tra loro verbalmente o per iscritto, ovvero di mettersi in qualunque modo in relazione con altri, salvo che con gl'incaricati della vigilanza o coi membri della commissione esaminatrice. Essi non devono portare appunti manoscritti, né libri, né pubblicazioni di qualsiasi specie e neppure carta da scrivere, dovendo i lavori, a pena di nullità, essere scritti esclusivamente su carta portante il timbro di ufficio o la firma di un membro della commissione esaminatrice o del comitato di vigilanza. Possono soltanto consultare, nei testi che la commissione porrà a loro disposizione, le leggi e i decreti inseriti nella raccolta ufficiale ed eventualmente i dizionari e le altre pubblicazioni che la commissione esaminatrice stabilisse con speciale deliberazione, salvo che ciò sia vietato dai programmi di esame”*.

²²⁵ Secondo quanto previsto dall'art. 37 del r.d. n. 2960 del 1923, *“Compiuto il lavoro, ciascun concorrente, a pena di nullità, senza apporvi la propria firma od altro contrassegno, lo pone entro una busta, unitamente ad altra di minor formato, debitamente chiusa, nella quale abbia messo un foglio col proprio cognome, nome e paternità; dopo di che, chiusa anche la busta più grande, la consegna ai membri presenti della commissione o del comitato di vigilanza, i quali appongono sulla busta stessa la*

di ingresso alle dipendenze dello Stato. Quanto alle promozioni, tuttavia, l'art. 19 prevedeva che *“le nomine ai gradi superiori al quinto [fossero] deliberate dal consiglio dei ministri, e [potessero] essere conferite anche ad impiegati di altri ruoli o di altre amministrazioni ovvero a persone estranee all'amministrazione dello Stato”*.

Tra le successive sopravvenienze normative, infine, va segnalata la l. 31 gennaio 1926, n. 100 (*“Sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche”*), la quale, com'è noto, attribuì alla potestà normativa del Governo la disciplina dell'organizzazione della pubblica Amministrazione. L'art. 1, comma 1, n. 3, in particolare, stabiliva che avrebbero dovuto essere *“emanate con Reale decreto, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri e udito il parere del Consiglio di Stato, le norme giuridiche necessarie per disciplinare”*, tra l'altro, oltre alla *“esecuzione delle leggi”* e *“l'uso delle facoltà spettanti al potere esecutivo”*, anche *“l'organizzazione ed il funzionamento delle amministrazioni dello Stato, l'ordinamento del personale ad esse addetto, l'ordinamento degli Enti ed istituti pubblici, eccettuati i Comuni, le Provincie, le istituzioni pubbliche di beneficenza, le università e gli istituti di istruzione superiore che hanno personalità giuridica, quand'anche si tratti di materie [sino a quel momento] regolate per legge”*.

propria firma con l'indicazione del mese, giorno e ora della consegna” (comma 1); *“Al termine di ogni giorno tutte le buste vengono raccolte in pieghi, che sono suggellati dal presidente e da lui firmati, unitamente ad uno almeno degli altri membri della commissione esaminatrice o del comitato di vigilanza e dal segretario”* (comma 2); *“I pieghi sono aperti alla presenza della commissione esaminatrice, quando essa deve procedere all'esame degli scritti, materia per materia”* (comma 3); *“Il riconoscimento dei nomi deve essere fatto dopo che tutti gli scritti dei concorrenti siano stati esaminati e giudicati”* (comma 4); *“Quando gli esami scritti hanno luogo in più sedi, i lavori vengono spediti giornalmente alla commissione esaminatrice dai singoli comitati di vigilanza, in piego raccomandato, pel tramite del capo dell'ufficio locale”* (comma 5).

4.2.- (segue) ...e l'Assemblea costituente.

È opinione ampiamente condivisa in dottrina quella per cui il dibattito in seno alla Costituente, relativo alla pubblica Amministrazione in generale, si sia contraddistinto per la sua genericità²²⁶, non analiticità²²⁷ e frammentarietà²²⁸. Alcuni Autori, invece, ritengono che dalla lettura del dibattito che ha portato all'approvazione dell'articolato sulla pubblica Amministrazione siano rinvenibili non trascurabili spunti di riflessione²²⁹.

Nel corso dei lavori della Prima sezione della Seconda Sottocommissione, in particolare, fu Costantino Mortati a impostare la discussione relativa alla pubblica Amministrazione in termini di rapporti tra politica e amministrazione. Secondo il costituzionalista calabrese, la necessità di includere nella Costituzione alcune norme relative alla pubblica Amministrazione derivava proprio dall'esigenza di sottrarre alle influenze dei partiti i funzionari dello Stato e di delineare chiaramente il perimetro della responsabilità di questi ultimi.

Sulla base di tali premesse, Mortati proponeva l'inserimento di una disposizione costituzionale del seguente tenore: "Ogni ministro *dirige* l'amministrazione ad esso affidata. Nell'ambito delle sue direttive, i funzionari dirigenti dei vari servizi assumono la *diretta responsabilità* per gli atti inerenti ai medesimi" (comma 1); "I pubblici impiegati sono al servizio della Nazione ed è garantita la loro *piena indipendenza* da influenze politiche" (comma 2); "I pubblici impiegati che siano membri del Parlamento non possono, durante il loro mandato, conseguire promozioni, se non per anzianità. Essi devono fornire, a richiesta dell'Amministrazione della quale

²²⁶ V. CARUSI, *Art. 97*, in AA.VV., *Commentario breve della Costituzione*, cit., 611.

²²⁷ L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., 74.

²²⁸ C. PINELLI, *Art. 97, I° comma, Parte II – Il "buon andamento" e l'"imparzialità" dell'amministrazione*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, cit., 34, non senza ironia osserva che "non si può dire che i Costituenti si siano appassionati al tema".

²²⁹ Così 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 *Federalismi.it*, n. 3/2009, 2 sgg.; C. COLAPIETRO, *Politica e amministrazione*, cit., 17 sgg.; C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione*, cit., 30; [...].

fanno parte, le giustificazioni degli accrescimenti patrimoniali conseguiti durante la permanenza in servizio” (comma 3). Fu, però, costretto dall’andamento della discussione a ritirare il primo comma e l’ultimo periodo del terzo, di modo tale che il secondo comma dell’articolo fu approvato con la seguente formula, aggiunta dall’Onorevole Perassi: “I pubblici impiegati sono al servizio della Nazione. È garantita la loro piena indipendenza da influenze politiche e non devono ricevere istruzioni se non dalla autorità da cui dipendono”. Il terzo comma, invece, fu modificato dall’Onorevole Nobile nei seguenti termini: “I pubblici impiegati, che siano membri del Parlamento, non possono durante il mandato, conseguire promozioni se non per anzianità, né fare passaggio ad altre Amministrazioni statali o parastatali, né prendere parte a concorsi”. La formula proposta dall’Onorevole Tosato, per cui “ai pubblici impieghi si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge”, fu infine approvata con il sostegno del Presidente Terracini, secondo il quale l’inserimento in Costituzione di una disposizione sull’accesso al pubblico impiego per concorso pubblico sarebbe servita a “precisare in forma solenne che non si può entrare a far parte di una pubblica Amministrazione per tramite di favoritismi”²³⁰.

Nel progetto presentato dalla Commissione per la Costituzione alla Presidenza dell’Assemblea costituente il 31 gennaio 1947, poi, alla pubblica Amministrazione era dedicato un unico articolo, il 91, a tenore del quale “I pubblici uffici sono organizzati in base a disposizioni di legge, in modo da assicurare il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione. Nell’ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari” (comma 1); “Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e negli enti di diritto pubblico si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge” (comma 2); “I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione” (comma 3); “I pubblici impiegati membri del Parlamento non possono conseguire promozioni se non per anzianità” (comma 4). Il tenore letterale dell’art. 91, se raffrontato con il testo approvato in Sottocommissione, ha spinto parte della dottrina a sottolineare il “contributo

²³⁰ *Atti Ass. Cost.*, cit., Vol. X., cit.

determinante”²³¹ per la sua stesura offerto dal Comitato di redazione del Progetto di Costituzione; un tanto, per la riduzione delle norme sui pubblici impiegati a quella che compare nel vigente art. 98, comma 1, Cost., e per la formulazione sia di quelle dell’attuale art. 97, comma 3, Cost.²³², in cui in parte era confluito il principio caldeggiato da Mortati sulla responsabilità dei funzionari, ma soprattutto “dell’intero primo comma, di cui nessuno aveva parlato in sede di Sottocommissione”²³³.

Significativi, poi, sono alcuni passi della relazione al progetto di Costituzione presentato dal Presidente di Commissione alla Presidenza dell’Assemblea costituente il 6 febbraio 1947. L’Onorevole Ruini, nell’intenzione di riequilibrare la posizione degli organi costituzionali diversi dal Parlamento rispetto a quella preminente, rivestita da questo, nella forma di governo che si andava delineando, rilevava che “«il potere esecutivo», che spetta al Governo, [non] è di mera esecuzione” ed “è piuttosto il «potere attivo», che, pur svolgendosi nei limiti tracciati dalla legge, deve avere iniziative ed autonomia, per provvedere, come è suo compito, ai bisogni che sono condizione preliminare ed originaria della vita dello Stato”. A tal fine – proseguiva – “il Governo si vale dell’apparato amministrativo, e lo dirige; ma non sono una sola ed identica cosa; ed anche democraticamente giova che l’Amministrazione abbia funzioni e responsabilità proprie e definite”²³⁴. Nella parte specificamente dedicata al Governo, poi, il Presidente Ruini sottolineava che “brevi sono gli accenni, per la pubblica Amministrazione, al buon andamento e alla sua imparzialità” e che “Un testo costituzionale non poteva dire di più, ma si avverte da tutti il bisogno che il Paese sia bene amministrato, che lo Stato non sia solo un essere politico, ma anche un buon amministratore secondo convenienza e giustizia. E si sente la tacita invocazione ad una riforma profonda e semplificatrice”²³⁵.

²³¹ C. PINELLI, *Art. 97*, cit., 33 sg.

²³² Com’è noto, l’art. 2 della l. cost. 20 aprile 2012, n. 1, ha premesso all’allora primo comma dell’art. 97 Cost. il seguente: “*Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l’ordinamento dell’Unione europea, assicurano l’equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico*”.

²³³ C. PINELLI, *Art. 97*, cit., 33 sg.

²³⁴ V. p. 9 della relazione.

²³⁵ V. p. 12 della relazione.

In Assemblea costituente il testo dell'art. 91 del progetto di Costituzione fu approvato con la sola soppressione, nel secondo comma, delle parole "e negli enti di diritto pubblico". La discussione in seno alla Prima Sottocommissione sui diritti e doveri dei cittadini e, poi, in Assemblea costituente in ordine ai profili di responsabilità dei funzionari e dello Stato per i fatti compiuti da questi ultimi fu senz'altro più animata²³⁶.

Inizialmente, infatti, il Presidente della Prima sottocommissione, Onorevole Tupini, pose in discussione l'articolo proposto dai relatori onorevoli Bassi e La Pira, secondo il quale "i funzionari dello Stato sono responsabili, ai sensi della legge penale e di quella civile, per gli atti compiuti dolosamente o colposamente in violazione dei diritti di libertà sanciti dalla presente Costituzione. Lo Stato risponde solidalmente con i funzionari per i danni". Sin da subito, dunque, in Assemblea costituente si optava per un regime di doppia e concorrente responsabilità, del funzionario agente e dell'ente di appartenenza, per i danni recati a soggetti terzi, nonostante la responsabilità personale dei funzionari fosse ricondotta all'ipotesi della sussistenza dell'elemento soggettivo tipico della responsabilità aquiliana. Nell'ambito della discussione, soffermatasi in particolare sugli avverbi "dolosamente" e "colposamente", in seguito alla richiesta di rinvio dell'esame dell'articolo formulata dall'Onorevole Dossetti, è opportuno soffermarsi su quanto affermato dall'Onorevole Togliatti sull'inopportunità del rinvio, in ragione dell'importanza della collocazione che avrebbe assunto l'articolo in questione: "è vero che in altri punti della Costituzione si potrà parlare di responsabilità dei funzionari dello Stato; ma in quei punti ci si riferirà alla materia amministrativa, mentre invece qui, dopo aver formulato le libertà fondamentali del cittadino, viene stabilita una norma la quale dice che queste libertà non possono essere violate dai funzionari dello Stato, e che essi rispondono della eventuale violazione"²³⁷. Successivamente, approvato l'emendamento dell'Onorevole Lucifero volto a sopprimere le parole "di libertà" nel testo inizialmente proposto, l'articolo fu

²³⁶ *Atti Ass. Cost.*, Vol. X, seduta pomeridiana del 15 aprile 1947.

²³⁷ *Cfr. Atti Ass. Cost.*, Vol. X, seduta del 1° ottobre 1946, p. 160.

approvato nella seguente formulazione: “i pubblici funzionari sono responsabili ai sensi della legge penale e di quella civile per gli atti compiuti dolosamente o colposamente in violazione dei diritti sanciti dalla presente Costituzione. Lo Stato e gli enti pubblici rispondono solidalmente con i funzionari per i danni”²³⁸.

Nel progetto di Costituzione l’art. 22 recitava: “i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono personalmente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. Lo Stato e gli enti pubblici garantiscono il risarcimento dei danni arrecati dai loro dipendenti. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari”. Il Comitato di redazione, dunque, aveva soppresso gli avverbi “dolosamente” e “colposamente”, sostituito i “funzionari” con i “dipendenti” ed eliminato l’inciso “sanciti dalla presente Costituzione”²³⁹.

In Aula la discussione ebbe a oggetto principalmente il carattere diretto o indiretto da attribuire alle responsabilità del funzionario e dello Stato. L’Onorevole Tosato, infatti, approssimandosi la votazione finale sul testo, chiarì che “noi dobbiamo pronunciarci per la responsabilità diretta o indiretta dello Stato. La tesi seguita dalla Commissione è per la responsabilità indiretta dello Stato e per la responsabilità diretta del funzionario. La tesi propugnata sia dall’Onorevole Nobili Tito Oro che dall’Onorevole Carignani è per la responsabilità diretta dello Stato e solo indiretta del funzionario”. Rinviata ad altra sede la collocazione del periodo relativo alla riparazione degli errori giudiziari, l’art. 22 del progetto di Costituzione fu approvato con una sostanziale modifica relativa al carattere della responsabilità, non più “personale”, bensì “diretta”²⁴⁰.

²³⁸ *Ivi*, p. 164 sg.

²³⁹ Lo ricorda C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione*, cit., 35.

²⁴⁰ Atti Ass. Cost., Vol. X, seduta pomeridiana del 15 aprile 1947, 2898 sg.

4.3.- Il rapporto all'indomani della nascita della Costituzione.

Con l'avvento della Costituzione repubblicana l'apparato amministrativo cessa di essere irresponsabile e sottoposto alla politica del Governo. Esso, viceversa, acquisisce un valore istituzionale, quale soggetto autonomo e distinto dall'esecutivo. Il dibattito svolto in Costituente, cui si è poc'anzi accennato, volto a tutelare l'indipendenza e l'imparzialità dell'Amministrazione, esprime la necessità di assicurare che i pubblici funzionari si pongano al servizio della collettività e non dei singoli partiti.

Le segnalate garanzie di imparzialità e indipendenza sono rinvenibili agli artt. 97 e 98 Cost., che sanciscono l'autonomia della pubblica Amministrazione dal Governo. La Costituzione, infatti, impone che i pubblici uffici siano *“organizzati secondo disposizioni di legge”* e *“in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'Amministrazione”* (art. 97, comma 2); che *“nell'ordinamento degli uffici [siano] determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari”* (art. 97, comma 3); che *“i pubblici impiegati [siano] al servizio esclusivo della Nazione”* (art. 98, comma 1).

L'imparzialità, tuttavia, non è il solo canone di cui l'Amministrazione è tributaria a mente della Costituzione. L'art. 95, infatti, affermando che il Presidente del Consiglio dei Ministri deve mantenere *“l'unità dell'indirizzo politico ed amministrativo, promuovendo e coordinando l'attività dei Ministri”* (comma 1) e che i Ministri *“sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei ministri, e individualmente degli atti dei loro dicasteri”* (comma 2), sembra deporre nel senso della dipendenza dell'Amministrazione dal Governo.

A una prima analisi, dunque, la Costituzione non sembra adottare espressamente uno dei modelli idealtipici nei quali è possibile declinare il rapporto tra politica e amministrazione. Ciò spiega la pluralità delle posizioni assunte nel tempo dalla

dottrina in ordine alla possibilità o meno di derivare detto modello implicitamente e/o *a contrario* dal testo della Carta costituzionale²⁴¹.

In proposito, autorevole dottrina ha sottolineato la continuità tra governo e amministrazione, osservando che “l’Amministrazione statale [...] mette capo [...] al Governo” e che la politica generale del Governo “non è [...] soltanto l’attività «politica» in senso stretto [...] bensì abbraccia, in modo comprensivo, tutta l’attività governativa comunque rivolta alla gestione della cosa pubblica, e cioè l’operato complessivo del Governo e dei singoli elementi che lo compongono”²⁴². Nel medesimo senso è stato altrettanto autorevolmente rilevato che “nell’attività dell’organo ministro e dell’apparato ministero, attività di indirizzo politico e attività amministrativa costituiscono un «*continuum*» non superabile in concreto”²⁴³; tanto, nonostante la Costituzione “abbia introdotto per la prima volta in modo consapevole, nella nostra storia giuridica, il problema della separazione dell’amministrazione dal governo e della tutela di essa contro l’azione del governo quale organo politico”²⁴⁴.

Viceversa, v’è chi ha ritenuto che “il principio di distinzione tra politica e amministrazione” sia stato accolto in Costituzione, nella quale esso “si erge a principio costituzionale almeno implicito”²⁴⁵.

Tra tali estremi, infine, si colloca la posizione di chi ha sostenuto che i tradizionali problemi legati al rapporto tra politica e amministrazione “hanno trovato nella Costituzione repubblicana indicazioni abbastanza sicure anche se non espresse attraverso prescrizioni dettagliate [...] ma, come si conviene ad una «costituzione», attraverso formulazioni generali e di principio ben sufficienti a disegnare i lineamenti

²⁴¹ L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., 74, sottolinea che “in sede costituente [...] il problema dei rapporti fra [i ministri] e gli organi amministrativi è stato *aperto ma non risolto*” (corsivo nell’originale).

²⁴² Così A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 737 sgg., ora in ID., *Scritti giuridici*, Vol. I, Napoli, Jovene, 1990, 261 sgg.

²⁴³ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1981, 110.

²⁴⁴ ID., *Parlamento e amministrazione*, in AA.VV., *L’amministrazione pubblica in Italia*, a cura di S. Cassese, Bologna, Il Mulino, 1974, 233.

²⁴⁵ Cfr. A. PATRONI GRIFFI, *La dimensione costituzionale del rapporto tra politica e amministrazione*, cit., 3.

dell'assetto nuovo”²⁴⁶. Si è osservato, in particolare, che la Costituzione, se “rifiuta chiaramente [un] modello organizzativo che pone l'amministrazione in una posizione del tutto subalterna, coperta dallo schermo di una responsabilità ministeriale sostanzialmente ineffettiva [...] egualmente ne rifiuta la completa separazione dagli organi politici, che rischia di compromettere lo stesso carattere democratico della Repubblica [...] perché si consentirebbe infatti l'affermarsi di una burocrazia acefala, potente e irresponsabile, capace di esprimere e di imporre indirizzi propri, l'affermarsi di una vera e propria «tecnocrazia»”²⁴⁷. Del resto, “la struttura gerarchica dell'ordinamento precedente [...] è messa in crisi già dall'art. 5” posto che il decentramento, quale pluralità di centri autonomi di competenza, si pone in profonda antitesi con il modello gerarchico e nonostante ciò “l'apparato non può muoversi secondo indirizzi propri, autodirigendosi”: in definitiva “la Costituzione, rifiutando il modello gerarchico e unitario, prefigura dunque un tipo di articolazione dell'apparato idoneo ad individuare le responsabilità degli organi amministrativi (oltre che politici), un'amministrazione garantita dalle ingerenze della politica ma non rigidamente separata e costituita in un autonomo e distinto potere”²⁴⁸.

In ogni caso, si è fatta strada in letteratura l'idea che le disposizioni dedicate dalla Costituzione alla pubblica Amministrazione siano scarse e inadeguate a derivarne un vero e proprio statuto costituzionale²⁴⁹. Non è inutile, dunque, cercare di interpretare il testo della Costituzione al fine di evincerne ogni indicazione rilevante in tal senso.

Com'è noto, la Costituzione dedica alla pubblica Amministrazione la Sezione II del Titolo III della Parte Seconda. Detto Titolo, intitolato “*Il Governo*”, è formato anche da una Sezione I, confidata al “*Consiglio dei Ministri*”, e da una Sezione III, dedicata agli “*organi ausiliari*”. Tanto ha indotto la dottrina a ritenere che la pubblica Amministrazione, da un lato, non sia stata immaginata dal Costituente “come una mera partizione del governo, il quale del resto è senz'altro composto solo dal presidente del

²⁴⁶ L. CARLASSARE, *Politica e amministrazione*, cit., 68.

²⁴⁷ *Ivi*, 70.

²⁴⁸ *Ivi*, 70 sgg.

²⁴⁹ C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione*, cit., 39 sg.

consiglio, dai ministri e dal consiglio dei ministri ai sensi dell'art. 92, comma 1, Cost.”; dall'altro, “certamente, però, la pubblica amministrazione non è stata ritenuta, per così dire, meritevole di un autonomo titolo, né si è ritenuto di menzionarla nella rubrica del titolo all'interno del quale essa è pure disciplinata”, con la conseguenza che, “se dunque un indizio può essere tratto da queste considerazioni *geografiche*, esso parrebbe andare nel senso della continuità tra l'azione del governo e l'attività dei pubblici uffici”. In secondo luogo, rileva sia il fatto che gli articoli 97 e 98 Cost. siano situati nel titolo dedicato al Governo, sia il fatto che a ospitarli vi sia apposita sezione interna, e ciò nonostante si tratti di sole due disposizioni²⁵⁰.

Conseguentemente, per un verso l'appartenenza degli artt. 97 e 98 Cost. al titolo sul governo parrebbe indicare un ulteriore elemento a sostegno della tesi della continuità²⁵¹; per un altro, però, il fatto che la pubblica Amministrazione rinvenga la propria disciplina in una Sezione diversa rispetto a quella dedicata al Consiglio dei Ministri vale a sottolinearne l'autonomia²⁵².

Nel tentativo di comporre una sintesi di tali dati, in linea di prima approssimazione, deve condividersi l'opinione di chi ritiene che l'analisi sin qui condotta consenta di “*escludere gli estremi*: escludere, cioè, che l'amministrazione possa essere immaginata come una sorta di quarto potere dello Stato ed al contempo che essa possa essere immaginata un mero *continuum* con l'apparato governativo”²⁵³.

²⁵⁰ *Ivi*, 38 sg. (corsivo nell'originale).

²⁵¹ Cfr. C. COLAPIETRO, *Politica e amministrazione*, cit., 20.

²⁵² C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione*, cit., 39 sg. (l'Autrice osserva che quanto evidenziato in merito alle indicazioni “geografiche” sulla pubblica Amministrazione “accade anche per gli organi ausiliari, contigui al governo, ma non parte di esso”). L'appartenenza delle Sezioni I e II a un unico titolo ha dato “evidenza anche formale alla duplice posizione che il governo riveste: di organo di direzione politica e di organo di esecuzione delle direttive poste dal [consiglio dei ministri]”, di modo tale che il rapporto tra Governo e pubblica Amministrazione potrebbe essere rappresentato, in termini di “unità-distinzione”: così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, Padova, Cedam, 1969, 556, ove peraltro si sottolinea anche che la provenienza del personale di governo da formazioni partitiche porti con sé “il pericolo che l'amministrazione soggiaccia ad influenze di parte in contrasto con gli interessi generali”. Nel medesimo senso v. anche M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, 181; V. CARUSI, *Art. 97*, cit., 609.

²⁵³ C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione*, cit., 39 (corsivo nell'originale). Sul punto, va osservato che la letteratura tedesca parimenti riconduce al potere esecutivo (“die vollziehende Gewalt”) di cui all'art.

4.4.- Il rapporto dopo la Costituzione: politica e amministrazione tra *Verfassungsvorstellung* e *Verfassungswirklichkeit*

L'analisi dei lavori della Costituente e delle disposizioni della Costituzione relative alla pubblica Amministrazione ha condotto ad affermare ch'essa non è stata concepita come un potere dello Stato, né come un *unicum* con l'apparato governativo. Tuttavia, se tale era l'intenzione del legislatore costituzionale, la concreta evoluzione dei rapporti tra politica e amministrazione non sempre si è mossa nel solco da questi tracciato, così da determinare uno sfalsamento tra *Verfassungsvorstellung* e *Verfassungswirklichkeit*²⁵⁴.

L'evoluzione dei rapporti può esser suddivisa in diverse periodizzazioni, delle quali la prima va, appunto, dal 1948 sino ai primi anni Ottanta, mentre l'ultima inizia nella seconda metà degli anni Ottanta e prosegue sino ai nostri giorni.

Nel primo periodo, la sostanziale mancata attuazione dei principi costituzionali e l'assenza di un'effettiva alternanza tra forze politiche fa sì che i rapporti tra politica e amministrazione siano tendenzialmente stabili, nel senso che alla stabilità di Governo corrisponde, a valle, la tendenziale staticità dell'Amministrazione. La responsabilità del Governo innanzi il Parlamento è sempre collegiale e mai del singolo Ministro²⁵⁵; ciò fa sì che permanga un saldo rapporto gerarchico tra Ministro e funzionari (dirigente

20, commi 2 e 3 del *Grundgesetz* la funzione di governo (*Regierung*), l'amministrazione (*Verwaltung*) e la difesa militare (*Militärische Verteidigung*): sul punto v., per tutti, K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts des Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller, 1999 (ristampa), 226 sgg.

²⁵⁴ L'espressione è invalsa da tempo nella dottrina tedesca. V., ad es., con riferimento al Consiglio federale tedesco, T. ESCHENBURG, *Bundesrat - Reichsrat - Bundesrat: Verfassungsvorstellungen und Verfassungswirklichkeit*, in AA.VV., *Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft: Beiträge zum fünfundzwanzigjährigen Bestehen des Bundesrates der Bundesrepublik Deutschland*, Bad Honnef, NDV, 1974, 35 sgg.

²⁵⁵ Come dimostra il fatto che la mozione di sfiducia individuale non sia mai stata proposta. Sul punto v. criticamente B. CARAVITA, *L'ammissibilità della sfiducia individuale: il parlamentarismo maggioritario è ancora più lontano*, in *Ideazione*, n. 1/1996, ora in B. CARAVITA, A. CHIAPPETTI, C. CHIOLA, *Lecture di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 1998, 101 sg.

amministrativo in particolare) del rispettivo dicastero. Si tratta di un sistema chiuso agli apporti esterni e segnato da meccanismi di progressione automatica di carriera all'interno dello stesso comparto amministrativo, al quale si è avuto accesso mediante concorso.

A partire dagli anni Settanta, l'espansione dei compiti dello Stato - e conseguentemente dell'apparato e dell'azione amministrativa - segnano il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale²⁵⁶. La pubblica Amministrazione è chiamata a far fronte a nuovi compiti sociali; conseguentemente, da un canto aumenta il tasso di burocraticizzazione dell'Amministrazione (nel senso ch'essa si fa portatrice di interessi e indirizzi propri); dall'altro, il rapporto tra Governo e Amministrazione da monodirezionale diviene bidirezionale (nel senso che l'influenza tra politica e amministrazione diviene reciproca e aumentano le occasioni di dialogo tra le due distinte sfere di azione).

Alla fine degli anni Ottanta, infine, si avvia una fase di forte discontinuità rispetto al passato. L'attuazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 97 e 98 Cost., il passaggio a sistemi elettorali maggioritari²⁵⁷, l'affermarsi di partiti personalistici²⁵⁸ e l'esigenza di valorizzare l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa al fine di rispondere all'imposizione di rigidi vincoli all'aumento del

²⁵⁶ Cfr., per un generale inquadramento su questo periodo e su quelli successivi, S. CASSESE, *La "vecchia" costituzione economica: i rapporti tra Stato ed economia dall'Unità ad oggi*, in AA.VV., *La nuova costituzione economica*, a cura di S. Cassese, Bari, Laterza, 2012, 7 sgg., nonché G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Torino, Giappichelli, 2013, 56 sgg. In senso critico nei confronti del concetto di "costituzione economica", sia nella sua accezione "forte" (quale "complesso normativo in qualche misura autonomo rispetto all'insieme della Costituzione, della quale peraltro sarebbe il nocciolo essenziale"), sia in quella "debole" (ossia "solo come formula riassuntiva per indicare sinteticamente ed allusivamente l'insieme delle norme costituzionali in materia economica") v. M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. V, Torino, Utet, 1990, ed. inf., par. 1.

²⁵⁷ S. NERI, *La politica dell'amministrazione*, cit., 98 sgg. e 108.

²⁵⁸ Su tale fenomeno cfr. da ultimo L. VIOLANTE, *Società civile e istituzioni. Il ruolo della classe dirigente*, in *Nomos*, n. 1/2018, il quale (p. 2) si sofferma sulla "sostituzione dei gruppi dirigenti dei partiti con leader che diventano solitari e narcisisti", di modo che "ai vertici del sistema politico siedono non gruppi, ma singole personalità". Tale fenomeno "è stato colto dalla legge elettorale che parla rozzamente ma efficacemente di «capo della forza politica»", mentre "il partito cessa progressivamente di essere una comunità".

debito pubblico costringono il legislatore all'approvazione delle numerose riforme che hanno contraddistinto anche gli anni Novanta. Numerosi interventi normativi, dunque, hanno interessato il personale, gli uffici e l'attività dell'Amministrazione, rimodellandone le funzioni e l'organizzazione. In questa fase storica si collocano l'adozione della l. n. 400 del 1988 (recante la “*disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*”), la privatizzazione del rapporto di lavoro del pubblico impiego e l'adozione della legge sul procedimento amministrativo, nella quale “gli articoli 97 e 98 della Costituzione trovano [...] la loro più tangibile esplicazione”²⁵⁹.

A partire dagli anni Novanta giungono a maturazione quelle esigenze di trasformazione dell'Amministrazione statale e locale già sorte nei precedenti periodi, così addivenendosi a un parziale riallineamento tra *Verfassungsvorstellung* e *Verfassungswirklichkeit*. L'organizzazione amministrativa, in particolare, subisce profonde innovazioni nella generalità dei profili che la contraddistinguono²⁶⁰. Oltre alla già menzionata legge sul procedimento amministrativo, meritano di essere segnalati: l'introduzione, a seguito del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 23, nella generalità degli apparati pubblici, della distinzione tra indirizzo e controllo politico-amministrativo, da un lato, e gestione amministrativa, dall'altro, facenti capo rispettivamente ai vertici politici e alla dirigenza (su cui v. più ampiamente *infra*, cap. III, parr. 2. sgg.); la riforma dei Ministeri e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, a seguito dell'approvazione dei dd.lgs. 30 luglio 1999, nn. 300 e 303, sulla base della delega contenuta nella l. 15 marzo 1997, n. 59; l'affermazione del modello delle autorità amministrative indipendenti; il riordinamento delle autonomie locali a seguito dell'approvazione della l. 8 giugno 1990, n. 142.

L'ultimo periodo si apre con la l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, che modifica profondamente il Titolo V della Parte Seconda della Costituzione sul piano degli

²⁵⁹ Così R. CARIDÀ, *Principi costituzionali e pubblica amministrazione*, in *Consulta Online*, 7 agosto 2013, 6 sgg. Sulla l. n. 400 del 1988 v. più ampiamente *infra*, cap. III, parr. 2. sgg. e cap. IV, parr. 4. sgg.

²⁶⁰ Così G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, cit., 58 sg.

assetto politico-istituzionale e valorizza maggiormente il principio autonomistico di cui all'art. 5 Cost.²⁶¹. Per i profili che qui più interessano, possono essere ricordati l'attribuzione della potestà statutaria agli enti locali²⁶², il conferimento della potestà regolamentare alle autonomie territoriali secondo meccanismi di parallelismo²⁶³; l'allocazione delle funzioni amministrative secondo i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza²⁶⁴; la soppressione dei controlli preventivi sugli atti amministrativi delle Regioni e degli enti locali²⁶⁵.

Tale periodo, a sua volta, può essere suddiviso in due fasi. Nella prima fase, all'incirca coincidente con la durata della XIV legislatura (maggio 2001 – aprile 2006), si ha un assestamento, con talune correzioni, della riforma delle Amministrazioni centrali²⁶⁶. La seconda fase, che può ritenersi ancora in corso, si contraddistingue invece da nuove spinte al riordino organizzativo, nella quale rivestono particolare importanza determinate esigenze (in modo rilevante derivanti dall'appartenenza all'UE) di contenimento e diminuzione della spesa pubblica²⁶⁷, che ha spinto parte

²⁶¹ *Ivi*, 60.

²⁶² Così l'art. 114, comma 2, Cost. Agli enti locali, per la verità, la potestà statutaria era già stata attribuita precedentemente, a livello di legislazione ordinaria, a opera dell'art. 2, comma 4, della già citata l. n. 142 del 1990.

²⁶³ Così l'art. 117, comma 6, Cost.

²⁶⁴ Così l'art. 118, comma 1, Cost.

²⁶⁵ Com'è noto, infatti, l'art. 9, comma 2, della l. cost. n. 3 del 2001 ha abrogato, tra gli altri, l'art. 125, comma 1 (il quale statuiva quanto segue: “*Il controllo di legittimità sugli atti amministrativi della regione è esercitato, in forma decentrata, da un organo dello Stato, nei modi e nei limiti stabiliti da leggi della Repubblica. La legge può in determinati casi ammettere il controllo di merito, al solo effetto di promuovere, con richiesta motivata, il riesame della deliberazione da parte del Consiglio regionale*”), e l'art. 130 Cost. (il quale invece statuiva che “*Un organo della Regione, costituito nei modi stabiliti da legge della Repubblica, esercita, anche in forma decentrata, il controllo di legittimità sugli atti delle Province, dei Comuni e degli altri enti locali*”) e che “*In casi determinati dalla legge può essere esercitato il controllo di merito, nella forma di richiesta motivata agli enti deliberanti di riesaminare la loro deliberazione*”).

²⁶⁶ In tema, ad esempio, di numero dei Ministeri e di articolazione degli uffici periferici dello Stato (Prefetture-Uffici territoriali del Governo).

²⁶⁷ Com'è noto, l'art. 1 della già ricordata l. cost. n. 1 del 2012 ha modificato l'art. 81 Cost., il cui comma 1 ora riconosce il principio dell'equilibrio di bilancio (“*Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico*”). Sulla modifica dell'art. 81 Cost., sulla sua attuazione a opera della l. 23 dicembre 2012, n. 243 e sulla sua giustiziabilità v. M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la*

della dottrina a parlare di “via finanziaria” al riassetto organizzativo, nel senso che “la riorganizzazione non si pone in funzione di un dato disegno ordinamentale di riassetto, ma trova origine nell’esigenza di frenare e ridurre la spesa pubblica”²⁶⁸.

In tempi più recenti, tale finalità di contenimento della spesa è stata accompagnata dalla consapevolezza che la razionalizzazione degli apparati è funzionale allo sviluppo economico del Paese, ciò che ha portato a un progressivo affinamento delle misure di riassetto²⁶⁹. D’altro canto, è stato anche sottolineato che il susseguirsi (e, non di rado, l’accavallarsi) di misure di riassetto a breve distanza temporale sottopone da alcuni anni le strutture amministrative coinvolte a una “riorganizzazione permanente”²⁷⁰, con conseguenti gravi ricadute sulla qualità dei servizi erogati, bilanciabili solo con un consistente ammodernamento delle procedure decisionali e gestionali delle Amministrazioni.

5.- Alla ricerca di un modello tra politicizzazione e costituzionalizzazione dell’Amministrazione. Il principio di distinzione

Come accennato, la Costituzione, pur dettando un assetto generale dei rapporti tra politica e amministrazione, non offre una definizione univoca di queste, né esplicita chiaramente le regole di tale rapporto. Tali regole, infatti, sono ricavabili “implicitamente e/o a contrario da disposizioni costituzionali”²⁷¹; disposizioni, queste, che solo incidentalmente investono tale rapporto e che disciplinano invece, in via

prospettiva del controllo di costituzionalità. Relazione al Convegno “Il principio dell’equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012”, Corte costituzionale, 22 novembre 2013, consultabile su www.cortecostituzionale.it, 12 sgg.

²⁶⁸ così G. SCIULLO, *L’organizzazione amministrativa. Principi*, cit., 60.

²⁶⁹ *Ibidem*.

²⁷⁰ L’espressione è tratta da CORTE DEI CONTI, *Relazione sul rendiconto generale dello Stato per l’esercizio finanziario 2008*, Roma, 2009 (cfr. in particolare le pp. 3 e 6 dell’intervento del Presidente di Sezione, Dott. Maurizio Meloni).

²⁷¹ C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione*, cit., 36.

principale, la composizione del Governo, l'assetto degli apparati ministeriali, la posizione giuridica dei membri dell'esecutivo e dei pubblici funzionari, i limiti e le condizioni imposte all'azione amministrativa e la tutela giurisdizionale. Si tratta di un sistema "a maglie larghe", nel quale, a un primissimo esame, potrebbero prender vita distinte forme di interrelazione tra politica e amministrazione.

Diviene dunque imprescindibile un'analisi dei singoli principi costituzionali sull'Amministrazione e, prima ancora, delle stesse nozioni di "politica" e di "amministrazione" accolte dalla nostra Carta costituzionale, per vedere quale forma tale interrelazione abbia concretamente assunto.

Tale ricerca, come osservato in apertura, non è affatto estranea a un'indagine sugli strumenti governativi di attuazione dell'indirizzo politico. Strumenti che – come è evidente – si atteggiavano in misura differente, a seconda della nozione di politica e amministrazione che si vuole accogliere e delle modalità con cui il rapporto tra le due sfere si delinea nell'ordinamento positivo.

Quanto alla "politica", com'è noto, il lemma figura in diverse disposizioni costituzionali, ma la più significativa ai fini della nostra indagine va ricercata nel Titolo III della nostra Costituzione e, in particolare, nella Sezione I (dedicata al "*Consiglio dei Ministri*"). Secondo l'art. 95 Cost., il Presidente del Consiglio dei Ministri "*dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile*" e "*mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo, promuovendo e coordinando la attività dei Ministri*" (comma 1); i Ministri, invece, "*sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei Ministri, e individualmente degli atti dei loro dicasteri*" (comma 2). Politica e amministrazione (*recte*: indirizzo politico e gestione amministrativa) parrebbero, così, doppiamente inter-relati: sul piano dell'attività e su quello della responsabilità²⁷². Per quanto poi concerne l'attività politica del Governo, attenta dottrina ha sottolineato che altro è la politica "generale", diretta (e non determinata) dal Presidente del Consiglio dei Ministri; altro, invece, è la politica "nazionale", determinata (questa sì!) dai cittadini, che a tale determinazione concorrono con metodo

²⁷² Lo rileva C. NAPOLI, Spoils system e Costituzione, cit., 40 sgg.

democratico e associandosi in partiti²⁷³. Solo all'interno di tali coordinate politiche così "determinate", il Governo può svolgere l'indirizzo politico e realizzare la propria politica generale²⁷⁴.

Anche l'idea di "amministrazione" che emerge dalla lettura delle disposizioni costituzionali, però, non è univoca. A tal proposito, è stato significativamente osservato che "Chi voglia sapere come è disciplinata l'amministrazione nella nostra Costituzione, non deve leggere due soli articoli, ma l'intera Costituzione"²⁷⁵. Innanzi

²⁷³ Così l'art. 49 Cost.

²⁷⁴ Così M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, cit., 555, il quale sottolinea che su un piano intermedio tra "politica nazionale" e "politica generale del Governo" si colloca la "politica parlamentare". Quest'ultima "avrebbe dovuto costituire la prima formalizzazione delle scelte compiute in sede di determinazione della politica nazionale, rielaborate in scelte legislative (e di indirizzo) condivise o comunque negoziate o almeno discusse". L'ingresso della "politica parlamentare" in Costituzione presupponeva che i partiti superassero la "soglia della *Anerkennung* e *Legalisierung* per accedere alla fase della *Inkorporation*", secondo la nota distinzione triepeliana: superamento non condiviso, però, dai Costituenti italiani.

²⁷⁵ C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in ID., *La Costituzione italiana*. Saggi, Padova, Cedam, 1954, 248. L'Autore ricorda che, se da un lato è vero che alla pubblica Amministrazione è espressamente intestata la Sezione II del Titolo III della Parte Seconda della Costituzione, Sezione composta da soli due articoli, dall'altro lato il testo costituzionale si presenta assai ricco di indicazioni sparse che almeno indirettamente si riflettono sulla posizione e sull'assetto di questa. Le ragioni della "dispersione" sono riconducibili anche alla molteplicità delle sedi nelle quali, nel corso dei lavori preparatori della Costituzione, furono affrontati i temi coinvolgenti la pubblica Amministrazione: cfr., per una ricostruzione di sintesi, U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996, 54 sgg. Non a caso quest'ultimo Autore ha parlato di "doppia coestensività" della Costituzione e dell'amministrazione (la Costituzione copre tutta l'amministrazione e in tutta la Costituzione è presente una dimensione amministrativa): *ivi*, 76, nonché, più recentemente, G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa*, cit., 37.

Ovviamente, non è questa la sede per un'analisi puntuale delle ragioni per le quali l'Amministrazione, a vario titolo, di volta in volta viene in rilievo nelle singole disposizioni del testo costituzionale. Secondo la classificazione proposta dall'Autore da ultimo citato, figurano anzitutto le disposizioni concernenti l'Amministrazione in generale o che su di essa hanno ripercussioni, perché: *i*) stabiliscono limiti negativi all'attività della pubblica amministrazione (cfr. gli artt. 13, 21 e 39 Cost., rispettivamente in tema di libertà personale, di manifestazione del pensiero e sindacale); *ii*) riguardano le prerogative dei pubblici poteri o i loro reciproci rapporti (si pensi agli artt. 87, 89 e 90 Cost. sui poteri e sugli atti del Presidente della Repubblica; all'art. 94 Cost. in tema di rapporti tra Parlamento ed Esecutivo; all'art. 101 Cost. sull'autonomia della magistratura; agli artt. 109 e 110 Cost. sulla polizia giudiziaria e sui servizi relativi alla giustizia); *iii*) concernono la giustizia amministrativa (artt. 24, 103, 113, 125 e VI disp. trans. e fin. Cost.); *iv*) disciplinano le autonomie territoriali (art. 5 Cost. e l'intero Titolo V della Parte Seconda); *v*) enunciano il principio della sovranità popolare o assegnano compiti alla "Repubblica" (cfr. Principi fondamentali e Parte Prima), riverberandosi sul modo di essere o sui compiti

la molteplicità delle indicazioni della c.d. “Costituzione amministrativa”²⁷⁶, la letteratura scientifica si è interrogata sulla possibilità di individuare un modello di amministrazione presente nel testo costituzionale. Si è distinta in proposito la soluzione avanzata da Mario Nigro²⁷⁷, secondo il quale i modelli presenti in Costituzione sarebbero “tre o, se si preferisce, [...] uno [solo] che consta di tre parti disomogenee”. Esse, in sostanza, sono le seguenti.

- i) Amministrazione come “apparato servente del governo”. Si tratta del modello desumibile dall’art. 95, comma 2, Cost., il quale, in piena continuità con la previsione della riforma Cavour del 1853, mantiene il Ministro al vertice del settore dell’Amministrazione statale cui è preposto, coerentemente con la scelta operata dal costituente della forma di governo parlamentare;
- ii) Amministrazione come “apparato a sé” o “autocefalo”, distinto dal Governo e in generale dal potere politico. Questo modello è ricavabile dagli

della pubblica amministrazione, talora prevedendo anche l’istituzione di apposite strutture (cfr. artt. 33, comma 2, e 38, comma 4, Cost.).

In secondo luogo, vi sono disposizioni che si riferiscono all’Amministrazioni a partire dal suo versante organizzativo. Esse concernono: *i*) le fonti di disciplina (art. 97, comma 2, Cost., relativa alla riserva di legge; artt. 5 e 33, ultimo comma, e 114 sgg. Cost., concernenti, l’autonomia normativa degli enti territoriali minori e delle altre istituzioni pubbliche; art. 117, comma 2, lett. g), Cost., relativo all’ordinamento e all’organizzazione dello Stato e degli enti pubblici nazionali); *ii*) principi e criteri generali di disciplina (art. 97, comma 2, Cost., che menziona i criteri di imparzialità e buon andamento; art. 97, comma 3, Cost., relativo alla determinazione delle sfere di competenza, delle attribuzioni e delle responsabilità dei funzionari; art. 97, comma 4, Cost., concernente il principio dell’accesso ai pubblici impieghi mediante concorso; art. 5 Cost., in tema di decentramento; art. 118 Cost., con riferimento al principio di sussidiarietà verticale e orizzontale); *iii*) la previsione e talora l’assetto di specifiche strutture o di categorie di enti (art. 87, comma 9, Cost., concernente il Consiglio Supremo di Difesa; art. 39 Cost., relativo al CNEL; art. 100 Cost., a proposito del Consiglio di Stato e della Corte dei conti; artt. 5 e 114 sgg. Cost., con riferimento alle autonomie locali); *iv*) i titolari o il personale delle strutture pubbliche (art. 100, ultimo comma, Cost., relativo ai componenti del Consiglio di Stato e della Corte dei conti; artt. 28, 51, 52, commi 2 e 3, 54, comma 2, 97, comma 3, e 98, Cost., concernenti lo *status* dei funzionari e dipendenti pubblici); *v*) i pubblici servizi (artt. 32, 33, 34, 38, 43 e 47 Cost.).

²⁷⁶ L’espressione (invero non del tutto convincente, perché non convincente è l’isolabilità delle disposizioni relative all’Amministrazione in Costituzione) è di U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, cit., 8 e *passim*.

²⁷⁷ M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1987, 389 sgg.

artt. 97 e 98 Cost. ed è fondato sull'imparzialità ed efficienza dell'Amministrazione, gestita da personale al servizio della Nazione;

iii) Amministrazione "autonomistica e comunitaria", sulla base dell'art. 5 e delle disposizioni del Titolo V della Parte Seconda della Costituzione.

Lo stesso Autore, peraltro, avvertiva che, più di modelli alternativi, si tratta di "parti disomogenee" di un solo modello, non riconducibili a unità, ma giustapposte in una duplice dialettica ("dipendenza politica-autocefalia" e "accentramento-decentramento"). La Costituzione avrebbe recepito istanze differenti e accolto una concezione "dialettica, anzi drammatica dell'amministrazione"²⁷⁸; detto in altre parole, i modelli evidenziati rispecchiano in realtà "tre modi di essere, in reciproca tensione, della stessa realtà (l'amministrazione pubblica)"²⁷⁹.

Questo, però, non vuol dire che la Costituzione consenta al legislatore di dettare a livello di fonti primarie qualsiasi assetto legislativo concernente l'Amministrazione; viceversa, gli impone dei principi entro cui legiferare e che non possono essere violati.

Sul punto, nella presente riflessione va valorizzato l'apporto proveniente dalla giurisprudenza costituzionale. Questa, infatti, ha contribuito alla c.d. costituzionalizzazione del diritto amministrativo²⁸⁰, cosicché principi tradizionali dell'organizzazione e dell'attività amministrativa, che (in modo non sempre coerente, come si è visto) hanno trovato riscontro nelle leggi ordinarie, sono ora confluiti in uno "statuto costituzionale dell'amministrazione", per riprendere la terminologia invalsa sia in dottrina²⁸¹, sia in giurisprudenza²⁸². Tale statuto costituzionale concerne tanto l'organizzazione, quanto l'attività della pubblica Amministrazione. Qui di seguito si

²⁷⁸ *Ivi*, 393.

²⁷⁹ G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, cit., 41.

²⁸⁰ V. CERULLI IRELLI, *Costituzione, politica, amministrazione*, in ID., *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, Giappichelli, 2019, 3 sgg.

²⁸¹ *Ivi*, 4; L. DE LUCIA, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo italiano nella crisi economica e istituzionale*, in *Politica del diritto*, n. 1/2019, 5 sgg.; R. CARIDÀ, *Principi costituzionali e pubblica amministrazione*, cit., 18.

²⁸² Cfr. sentt. Cons. Stato, Sez. V, 1° aprile 2009, n. 2070; TAR Lombardia, Sez. staccata di Brescia, Sez. I, 13 giugno 2019, n. 570; Corte dei conti, Sez. I app., 5 febbraio 2018, n. 53.

ripercorreranno i singoli principi che è possibile evincere dal testo costituzionale, con l'avvertenza, tuttavia, ch'essi saranno trattati in via di estrema sintesi e al solo fine di distillare la reale fisionomia assunta dai rapporti tra politica e amministrazione.

Così, quanto all'organizzazione amministrativa, si è detto che i principi di imparzialità e buon andamento, benché riferiti all'attività dell'Amministrazione, si riflettono nell'organizzazione dei pubblici uffici²⁸³. Conseguentemente, si è affermato che nell'organizzazione dell'uffici debba seguirsi il criterio della competenza²⁸⁴, che nell'accesso ai pubblici impieghi debba seguirsi il criterio della pubblica selezione²⁸⁵, che nella preposizione dei funzionari agli uffici debbano seguirsi criteri obiettivi di valutazione, che nella gestione finanziaria debba seguirsi il criterio della programmazione preventiva e che la spendita del denaro debba seguire procedure formalizzate. Tali principi, che sin dall'inizio del periodo repubblicano hanno trovato riscontro, in modo non sempre coerente, nelle leggi ordinarie, sono stati ora costituzionalizzati dalla giurisprudenza della Corte, così acquistando un valore e una portata ch'essi prima non avevano.

Quanto all'attività della pubblica Amministrazione, il relativo statuto costituzionale – costruito, anch'esso, attorno ai principi di buon andamento e imparzialità – contempla adesso, tra i suoi principi: che l'Amministrazione, nel suo agire, sia astretta

²⁸³ V. sent. Corte cost. n. 104 del 2007, a tenor della quale “*l'imparzialità è valore essenziale cui deve uniformarsi l'organizzazione dei pubblici uffici*”. La Corte ha però sottolineato che il legislatore, con riferimento alle scelte organizzative, è munito di ampia discrezionalità e le sue scelte sono sindacabili solo “*per arbitrarietà o manifesta irragionevolezza*” (così sent. Corte cost. n. 336 del 2001, ma v. anche nn. 63 del 1998, 34 del 1999 e 141 del 1999).

²⁸⁴ Cfr. sent. Corte cost. n. 453 del 1990, nella quale, con riferimento alla composizione delle commissioni di concorso, si è affermato che “*affinché sia rispettato il principio di imparzialità dell'amministrazione, il carattere esclusivamente tecnico del giudizio delle commissioni nei concorsi pubblici deve risultare salvaguardato da ogni rischio di deviazione verso interessi di parte o comunque diversi dall'obiettivo di selezionare i migliori, e ciò postula che le commissioni di concorso siano composte – se non esclusivamente – quanto meno in prevalenza da membri «tecnici»*”.

²⁸⁵ Cfr. sent. Corte cost. n. 227 del 2013, a tenor della quale il concorso pubblico deve rappresentare il “*canale di accesso pressoché esclusivo nei ruoli delle pubbliche amministrazioni*”. Ha chiarito la Corte che deroghe a tale principio possono “*essere considerate legittime solo quando siano funzionali esse stesse al buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle*” (sent. Corte cost. n. 110 del 2017, ma v. anche nn. 293 del 2009, 100, 150 e 195 del 2010 e 90 del 2012).

all'applicazione puntuale delle norme, pena l'invalidità dei relativi atti; ch'essa, nell'adozione di scelte discrezionali non sia libera, ma comunque vincolata ai fini da perseguire posti dalla legge nell'interesse della collettività; che ogni scelta debba essere adeguatamente motivata²⁸⁶; che, a fronte della pluralità di interessi in gioco, differenziati e sovente contrapposti, si debba procedere alla loro valutazione comparativa secondo criteri di imparzialità, ossia senza preferenze arbitrarie, e di

²⁸⁶ Cfr., oltre all'art. 3 della l. n. 241 del 1990, anche l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (*hinc inde*: anche Carta UE) rubricato "*Diritto ad una buona amministrazione*", a tenor del quale "*Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione*" (comma 1) e "*Tale diritto comprende in particolare: a) il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio; b) il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale; c) l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni*". Sulla portata di tale disposizione cfr. C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione*, cit., 42, la quale ritiene ch'essa valorizzi la dimensione "istituzionale" dei principi di buon andamento e imparzialità; *contra* G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, cit., 52, il quale invece sostiene che si tratti di disposizione non sovrapponibile *tout court* all'art. 97, comma 2, Cost. Nello specifico, la nozione del diritto a una buona amministrazione non coincide con quella di buon andamento, perché quest'ultimo sarebbe un "principio relativo all'amministrazione", mentre il primo un "diritto degli amministrati". Al più, al diritto a una buona amministrazione potrebbe sovrapporsi il canone dell'imparzialità, sostanziandosi in pretese (trattamento delle questioni in modo equo, imparziale ed entro un termine ragionevole, partecipazione al procedimento, accesso agli atti *etc.*) che nel contesto italiano sono considerate proprie di tale canone.

Quanto alla giurisprudenza costituzionale in tema di obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo, cfr. sent. Corte cost. n. 310 del 2010, a tenor della quale "*L'obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi è diretto a realizzare la conoscibilità, e quindi la trasparenza, dell'azione amministrativa*" e si radica direttamente "*negli artt. 97 e 113 Cost., in quanto, da un lato, costituisce corollario dei principi di buon andamento e d'imparzialità dell'amministrazione e, dall'altro, consente al destinatario del provvedimento, che ritenga lesa una propria situazione giuridica, di far valere la relativa tutela giurisdizionale*". Nella stessa pronuncia, la Corte ha chiarito che, ove si escludesse "*l'applicabilità dell'intera legge n. 241 del 1990*" (e quindi anche "*l'obbligo di motivazione di cui all'art. 3, comma 1, di detta legge*"), resterebbero elusi "*i principi di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa, pure affermati dall'art. 1, comma 1, della legge n. 241 del 1990, ai quali va riconosciuto il valore di principi generali, diretti ad attuare sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97, primo comma, Cost.), sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti della stessa amministrazione (artt. 24 e 113 Cost.; sul principio di pubblicità, sentenza n. 104 del 2006, punto 3.2 del Considerato in diritto)*"; e sarebbe "*altresì vanificata l'esigenza di conoscibilità dell'azione amministrativa, anch'essa intrinseca ai principi di buon andamento e d'imparzialità, esigenza che si realizza proprio attraverso la motivazione, in quanto strumento volto ad esternare le ragioni e il procedimento logico seguiti dall'autorità amministrativa*".

ragionevolezza; che deve essere rispettato il principio del c.d. “giusto procedimento”²⁸⁷.

Come accennato, amministrazione (imparziale per statuto costituzionale) e politica (parziale per definizione) sono però intimamente connesse, tanto per il profilo organizzativo, quanto per quello concernente l’attività, di modo che i principi che riguardano la prima inevitabilmente finiscono per condizionare la seconda e viceversa. Di conseguenza, contrariamente alla concezione stilizzata dai modelli di cui si è discusso, non vi è mai né completa “separazione”, né totale “continuità”. Anche il modello intermedio della “interconnessione”, da alcuni teorizzato, non è del tutto convincente e, comunque, pare privo di pregio euristico, limitandosi a descrivere la situazione concreta dei rapporti tra politica e amministrazione negli ordinamenti positivi.

Più convincente pare il tentativo di ricostruire il rapporto tra politica e amministrazione in termini di “distinzione”, inizialmente solo “funzionale” e poi “strutturale”, tra le due sfere dell’esecutivo²⁸⁸; modello, questo, che meglio rispecchia la lettera della Costituzione, ove, come osservato *supra*, l’Amministrazione non è concepita né come mero *continuum* del Governo, né come autonomo “potere dello Stato”²⁸⁹.

²⁸⁷ Dopo qualche tentennamento iniziale, la Corte costituzionale ha attribuito dignità costituzionale anche al principio del “giusto procedimento”. Cfr., sul punto, la sent. n. 71 del 2015, secondo la quale “il principio del «giusto procedimento» (in virtù del quale i soggetti privati dovrebbero poter esporre le proprie ragioni, e in particolare prima che vengano adottati provvedimenti limitativi dei loro diritti), non può dirsi assistito in assoluto da garanzia costituzionale (sentenze n. 312, n. 210 e n. 57 del 1995, n. 103 del 1993 e n. 23 del 1978; ordinanza n. 503 del 1987)”. Tale considerazione, però – prosegue la Corte – “non sminuisce certo la portata che tale principio ha assunto nel nostro ordinamento, specie dopo l’entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), e successive modifiche, in base alla quale «il destinatario dell’atto deve essere informato dell’avvio del procedimento, avere la possibilità di intervenire a propria difesa, ottenere un provvedimento motivato, adire un giudice» (sentenza n. 104 del 2007)”.

²⁸⁸ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Costituzione, politica, amministrazione*, cit., 21. In termini di “distinzione”, come osservato in apertura, si esprimeva già S. SPAVENTA, *La giustizia nell’amministrazione*, cit., 4.

²⁸⁹ La Corte costituzionale, adita in sede di conflitto di attribuzione tra poteri, ha negato all’Amministrazione la qualifica di “potere dello Stato” di cui all’art. 134 Cost. (cfr. ordd. n. 91 del 1965, 101 del 1970, 84 del 1978, 123 del 1979; sentt. nn. 150 del 1981 e n. 38 del 1986), coerentemente

All'interno di tale ricostruzione si distinguono due modelli, rispettivamente di distinzione "funzionale" e "strutturale".

Nel primo modello, seguito anche in Italia sino alle riforme degli anni Novanta, il principio di distinzione opera su un piano meramente funzionale, in capo agli organi politici, a seconda che essi operino quali organi politici nell'esercizio di funzioni di governo o quali soggetti amministrativi. Gli organi politici, oltre alle funzioni di indirizzo, direzione e controllo sull'andamento dell'Amministrazione, sono direttamente titolari anche di funzioni amministrative puntuali, volte all'adozione di atti produttivi di effetti; gli organi amministrativi, dipendenti dai primi, sono deputati allo svolgimento di compiti istruttori, preparatori e di proposta e solo a volte, in casi espressamente previsti, titolari essi stessi di competenze in ordine all'adozione di atti produttivi di effetti²⁹⁰.

con l'impostazione dottrinale che considera il Consiglio dei Ministri e il Presidente del Consiglio quali unici organi del potere esecutivo in grado di dichiarare definitivamente la volontà del potere, e quindi di essere parti nel conflitto costituzionale, in ragione della "posizione complessiva del governo e [del]la vasta e varia gamma di poteri (che non sono soltanto quelli di annullamento d'ufficio, ma anche di indirizzo, di coordinamento, di nomina, di rimozione e trasferimento dei più alti funzionari civili e militari e via dicendo) di cui esso dispone nelle diverse ipotesi": così V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Vol. II, Padova, Cedam, 1984, 422 sgg. *Contra* v. S. GRASSI, *Conflitti costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. II, Torino, Utet, 1989, ed. inf., par. 11, il quale, in tema di legittimazione a sollevare conflitto di attribuzione tra poteri, evidenzia la discrasia dovuta alla circostanza che il Giudice delle leggi ha attribuito "carattere diffuso" al potere giurisdizionale e non anche al potere esecutivo (*recte*: agli organi che a tali poteri fanno capo). L'Autore si sofferma anzitutto sul riconoscimento, da parte del Giudice delle leggi, del carattere diffuso del potere giurisdizionale, "nell'ambito del quale la Corte ha individuato quali organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà di tale potere il giudice istruttore nel processo penale, il Tribunale, l'ufficio centrale per il referendum presso la Corte di cassazione, il pretore, le singole sezioni giurisdizionali della Corte dei conti", in base all'assunto che "il potere giudiziario è un potere diffuso esercitato di volta in volta da tutti gli organi giudiziari e singolarmente da ciascuno di essi, nell'ambito del quale non esistono rapporti di tipo gerarchico, sicché ciascun organo è reciprocamente indipendente rispetto a tutti gli altri [...] e può distinguersi dagli altri solo per la diversità delle funzioni ad esso attribuite". Evidenzia, poi, che "per il potere esecutivo la Corte ha assunto un atteggiamento più rigoroso, riconoscendo la legittimazione ad essere parte e a dichiarare definitivamente la volontà del potere solo al Presidente del Consiglio dei Ministri ed al Consiglio dei Ministri", ma osserva che "in realtà anche nel potere esecutivo è difficile riconoscere una struttura organizzata in modo rigorosamente gerarchico", sol che si pensi "agli organi con funzioni consultive e di controllo ed alla circostanza che i vertici gerarchici sono dati più dai singoli ministri che dall'insieme del governo".

²⁹⁰ Questo modello risale alla l. n. 1483 del 1853, su cui v. anche *supra*.

Quanto al funzionamento complessivo degli uffici e ai diversi compiti attribuiti alla competenza degli uffici subordinati, agli organi politici è riservato il potere gerarchico, nelle sue varie manifestazioni (poteri di direzione, di ordine, di avocazione, di annullamento degli atti etc.), che condiziona fortemente l'attività degli uffici subordinati e permette agli organi politici stessi di risponderne, anche nel caso in cui questi non siano direttamente responsabili dell'adozione degli atti. Tanto, in ottemperanza ai principi dello Stato parlamentare liberale, nel quale il Ministro deve poter rispondere in Parlamento con piena cognizione di qualsiasi atto o operazione che avvenga nella propria Amministrazione²⁹¹. Nelle forme di organizzazione pubblica diverse dai Ministeri e dagli apparati di uffici dipendenti dall'esecutivo, agli organi politici spettano poteri di indirizzo e di controllo, che consentono loro, anche in questi casi, di rispondere dell'attività dell'Amministrazione.

La distinzione funzionale fa sì che l'organo politico (ad esempio il Ministro), all'un tempo, possa operare come soggetto amministrativo ed essere sottoposto allo statuto della funzione amministrativa – ivi comprese le responsabilità civili, penali e amministrative legate all'esercizio della funzione e l'assoggettabilità dei suoi atti al sindacato giurisdizionale – e come organo politico (mediante, ad esempio: dichiarazioni al Parlamento o all'opinione pubblica: indicazioni di programmi d'azione o, più specificamente, determinazioni di indirizzi diretti agli uffici o di budget o di piani operativi). In tale ultima evenienza, i suoi atti producono effetti esclusivamente sul piano politico (anche in ordine alla responsabilità) e sfuggono allo statuto della funzione amministrativa²⁹². Tanto, anche qualora vi siano evidenti connessioni tra l'attività politica svolta dall'organo - specialmente ove si traduca in

²⁹¹ Sul concetto di gerarchia cfr. A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Vol. I, Padova, 1931, specc. 271 sgg., nonché, per i profili critici, L. ELIA, *Problemi costituzionali dell'amministrazione centrale*, Milano, Giuffrè, 1966, ora in ID, *Studi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2005, 533 sgg.; G. MARONGIU, *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1969, 616 sgg.; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., 48 sgg.

²⁹² V. CERULLI IRELLI, *Costituzione, politica, amministrazione*, cit., 21, afferma, con espressione icastica, che il Ministro "cambia di giacca", a seconda che operi come organo politico o come soggetto amministrativo.

indirizzi che incidono sull'esercizio dell'attività amministrativa – e quest'ultima sia svolta dagli uffici.

Come si è visto, il modello di distinzione meramente funzionale presuppone la commistione, in capo agli organi politici, di sfere di competenza (e di responsabilità) riconducibili ora all'esercizio di funzioni ora di governo, ora amministrative. Tale commistione ha suscitato dubbi in ordine al rispetto del principio di imparzialità dell'Amministrazione, che ha condotto, negli anni Novanta, alle riforme già *supra* indicate, le quali hanno spostato il baricentro del rapporto tra politica e amministrazione dal modello della responsabilità ministeriale di cui all'art. 95 a quello di cui all'art. 97, comma 3, Cost. Norma, questa, che afferma il principio che l'esercizio della funzione amministrativa debba essere riservato, appunto, a pubblici "funzionari" (da intendersi come il personale professionale preposto agli uffici)²⁹³.

Tale spostamento ha portato al superamento del modello della distinzione meramente funzionale e all'introduzione del modello della c.d. distinzione strutturale. Com'è noto, infatti, con normativa di carattere generale (art. 3 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29; art. 3 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80; art. 107 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, *hinc inde* anche Testo Unico degli Enti Locali o TUEL; artt. 4 e 14 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, *hinc inde* anche Testo Unico sul Pubblico Impiego o TUPI), la titolarità di tutte le funzioni amministrative c.d. di gestione (stipulazione di accordi e contratti, adozione di provvedimenti amministrativi di ogni specie a carattere puntuale, indizione di concorsi ed esami, provvedimenti in materia di personale *et alia*) è stata trasferita in capo ai dirigenti, ossia uffici i cui titolari sono rappresentati da personale professionale, collocati a un livello elevato della scala burocratica²⁹⁴. Gli organi politici restano invece titolari, oltre che delle funzioni prettamente politiche o di governo, delle funzioni amministrative relative all'adozione di atti di indirizzo, di programmazione e di atti amministrativi generali (quali, ad esempio, i piani urbanistici

²⁹³ Cfr. M. NIGRO, *La pubblica amministrazione tra Costituzione formale e Costituzione materiale*, cit.; C. PINELLI, *Art. 97, Il comma, Parte II – Il "buon andamento" e l'"imparzialità" dell'amministrazione*, in *Commentario della Costituzione*, cit.; V. CARUSI, *Art. 97*, cit., 609.

²⁹⁴ In determinati casi anche a un livello inferiore: cfr. l'art. 109, comma 2, TUEL.

e del commercio *et alia*) e della normazione mediante atti regolamentari²⁹⁵. Fra gli atti a carattere puntuale restano nella titolarità degli organi politici anche i c.d. “atti di alta amministrazione” (di cui si dirà soprattutto nel capitolo IV, *sub* parr. 5.1 sgg.), i quali sono contraddistinti da ampia discrezionalità e tali da coinvolgere ragioni politiche, ossia compresi nella funzione di direzione politica dell’Amministrazione.

Viene dunque in rilievo una rigida separazione di competenze, disposta con norme legislative, che ha determinato l’abrogazione delle norme precedenti che attribuivano a organi politici competenze in ordine a singole funzioni amministrative. Il modello si pone in sintonia con l’art. 97, comma 3, Cost. – la cui portata precettiva era stata del tutto ignorata nella vigenza del modello ministeriale di cui all’art. 95 Cost. – e risponde a un’interpretazione forte del canone di imparzialità di cui all’art. 97, comma 2, Cost., il quale impone il distacco dalla titolarità politica di ogni funzione amministrativa puntuale, al fine di fugarne ogni sospetto e ogni rischio di parzialità nell’esercizio.

Nell’ambito di tale distinzione di competenze, tuttavia, vi sono alcuni punti problematici che debbono essere sottolineati. Da un lato, infatti, va comunque garantito che l’Amministrazione, in una certa misura, risponda al potere politico, dal quale trae fonte e legittimazione. D’altro lato, però, anche la politica è tenuta a rispondere all’amministrazione: l’art. 95 Cost., pur correttamente interpretato alla luce dell’art. 97 Cost., impone infatti che sia garantita la responsabilità dei ministri (anche ove intesa come mera responsabilità politica) per l’attività amministrativa svolta dai propri dicasteri.

Si pone, dunque, il problema della direzione politica dell’amministrazione, quale complesso dei poteri riservati alla politica nei confronti dell’amministrazione (*recte*: alle autorità politiche nei confronti degli uffici amministrativi e dell’attività di questi). Questo problema è a sua volta connesso a quello dell’equilibrio tra due esigenze contrapposte: in primo luogo, quella di assicurare la separazione delle competenze e delle responsabilità tra organi politici e uffici amministrativi, evitando sia la

²⁹⁵ L’art. 53, comma 23, della l. 23 dicembre 2000, n. 388, prevede una deroga a tale principio, permettendo ai piccoli comuni, per ragioni di contenimento della spesa, di attribuire funzioni gestionali anche ai membri della Giunta.

tecnicizzazione della politica, sia la politicizzazione della burocrazia e dei pubblici funzionari; dall'altro, mantenere in capo agli organi politici il "controllo" dell'Amministrazione ed evitare che quest'ultima si trasformi in una "burocrazia acefala e irresponsabile"²⁹⁶.

6.- La direzione politica dell'Amministrazione quale momento di attuazione e svolgimento dell'indirizzo politico da parte del Governo.

Come detto sopra, a seguito della progressiva scissione tra il momento della determinazione degli obiettivi politici e quello della loro attuazione, si è passati da un modello organizzativo gerarchico a un modello organizzativo di direzione.

Viene in questione, allora, la "direzione politica dell'amministrazione"²⁹⁷, indicando con quest'espressione il complesso degli strumenti nella disponibilità degli organi politici volti a disciplinare e indirizzare l'organizzazione e l'attività dell'Amministrazione, al fine di determinarne il funzionamento in conformità ai programmi e agli indirizzi stabiliti in sede governativa.

Il potere di direzione, secondo attenta dottrina²⁹⁸, sarebbe incanalato attraverso diverse modalità di esercizio e consiste in strumenti più o meno incisivi, i quali, se si volesse recuperare la terminologia dell'art. 97, comma 3, Cost., variano a seconda delle sfere di competenza, delle attribuzioni e delle responsabilità proprie dei funzionari. Di seguito il tentativo, da parte di attenta dottrina²⁹⁹, di offrire una prima

²⁹⁶ L'espressione è di L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., 10.

²⁹⁷ Così V. CERULLI IRELLI, *La funzione amministrativa tra politica e amministrazione*, in *Sintesi dialettica per l'identità democratica*, 24 aprile 2008, par. 5; ID., *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti "di alta amministrazione"*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2009, 109 sgg.; ID., *L'amministrazione e il potere politico (principi e problemi)*, in V. CERULLI IRELLI, D. COLAROSSO, *L'amministrazione e il potere politico (ordinamenti a confronto)*, Torino, Giappichelli, 2018, 22 sgg.; V. CERULLI IRELLI, *Costituzione, politica, amministrazione*, cit., 28 sgg. Cfr. anche M. LUCCA, *La natura dell'atto di revoca dell'assessore comunale*, in *LexItalia*, n. 2/2007.

²⁹⁸ V. CERULLI IRELLI, *Costituzione, politica, amministrazione*, cit., 28 sgg.

²⁹⁹ Così V. CERULLI IRELLI, *Costituzione, politica, amministrazione*, cit., 29.

sistemazione di tale strumentario, che – con le opportune precisazioni – sarà oggetto di approfondimento nei capitoli successivi³⁰⁰.

i) *La normazione*. In primo luogo, com'è evidente, la direzione politica dell'amministrazione si esprime attraverso la potestà normativa del Governo che ha ad oggetto l'organizzazione e l'attività amministrativa. Tale potestà può essere esercitata attraverso norme cogenti di diritto pubblico di diversa fonte, giusta la riserva di legge relativa, ma rinforzata, di cui all'art. 97 Cost., la quale impone al legislatore il rispetto dei canoni di buon andamento e imparzialità. A tale riserva è vincolato anche il potere regolamentare del Governo, sufficientemente ampio da render possibile la “funzione organizzatrice” della pubblica Amministrazione³⁰¹.

A ogni livello di governo³⁰² – anche sulla base del novellato art. 117, comma 6, Cost. – gli organi politici hanno la possibilità di avvalersi di norme giuridiche per la regolazione dell'Amministrazione. Lo strumento normativo – e, segnatamente, quello legislativo per il circuito politico statale e per quelli regionali – è sempre a disposizione del politico e ha uno spettro d'azione assai ampio, potendo investire l'Amministrazione nell'ambito di tutti i modelli di relazione menzionati. Esso, invece, si riduce fortemente nei confronti delle c.d. Autorità indipendenti, proprio per garantirne l'indipendenza, anche in termini finanziari, sul piano organizzativo.

In definitiva, la normazione rappresenta lo strumento principale attraverso il quale la politica può “governare” l'Amministrazione e risponderne innanzi la collettività. Gli strumenti normativi utilizzati nei confronti dell'Amministrazione risultano dai

³⁰⁰ Così, quanto ai “poteri di supremazia nei rapporti d'ufficio dei funzionari pubblici”, v. infra, cap. III; quanto a “programmazione finanziaria” e “politiche di bilancio”, “atti di indirizzo politico-amministrativo” e “normazione”, v., anzitutto, il *caveat* di cui al cap. III, par. 1, e, successivamente, il cap. IV.

³⁰¹ Cfr. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit.

³⁰² Così V. CERULLI IRELLI, *Costituzione, politica, amministrazione*, cit., 29; *contra*, in relazione all'assenza di una funzione di indirizzo politico in capo a Province e Comuni, v. E. CHELI, *Atto politico*, cit., 168 sgg.

programmi di governo e sono il risultato di un costante confronto politico tanto all'interno delle forze politiche, quanto fra queste e l'opinione pubblica³⁰³.

ii) La programmazione finanziaria e le politiche di bilancio. L'esercizio della funzione amministrativa, come è ovvio, necessita di risorse finanziarie, assegnate alle singole strutture e destinate alle diverse funzioni di competenza tramite lo strumento del bilancio preventivo – variamente disciplinato nei diversi livelli di governo, ma sempre di competenza degli organi politici – e di altre leggi finanziarie che, a fronte dell'introduzione di spese per determinati oggetti, prevedono una corrispondente copertura tramite imposte o altre entrate o tramite riduzioni di altre spese. Nell'assegnazione o nella riduzione delle risorse riferite alle distinte strutture organizzative sono comprese quelle destinate al personale, le quali incidono profondamente sul funzionamento dell'Amministrazione³⁰⁴.

³⁰³ In questo senso v'è chi rileva (V. CERULLI IRELLI, *Costituzione, politica, amministrazione*, cit., 29) che il rapporto tra politica e amministrazione non è dissimile, in ciò, da quello tra politica e giurisdizione (avuto riguardo, ad esempio, ai dibattiti relativi alle esigenze di riforma della giustizia). Le (fondamentali) differenze consistono: *i*) nell'esclusività dello strumento legislativo nella disciplina della giurisdizione, sottoposta a riserva assoluta di legge statale, e all'assenza di ogni altro strumento "governativo", atteso che gli stessi mezzi organizzativi e finanziari riferibili all'amministrazione della giustizia debbono essere coperti da una fonte legislativa; *ii*) nei limiti costituzionali che incidono sul potere legislativo a tutela della giurisdizione, che sono assai più ampi e incisivi di quelli posti dall'art. 97 Cost. a tutela dell'Amministrazione (la riforma della giustizia, infatti, almeno nei suoi aspetti più significativi, abbisogna di una riforma costituzionale, ciò che – come si è visto – non è stato necessario per il transito dal modello della distinzione "funzionale" a quello della distinzione "strutturale").

³⁰⁴ Su cui v. specialmente G. RIVISECCHI, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, Cedam, 2007. Alle pp. 20 sgg., in particolare, ci si interroga sulla possibilità di riscontrare, nel nostro ordinamento, una "funzione di indirizzo politico economico, ovvero una funzione di indirizzo del governo della finanza pubblica, distinta e autonoma rispetto alla funzione di indirizzo politico". Dall'analisi delle principali ricostruzioni sul tema, tuttavia, l'Autore riconosce che "non sembrerebbe emergere un orientamento chiaro rispetto all'enucleazione della nozione di indirizzo politico economico" e che "appare, anzi, nettamente maggioritaria quella corrente di pensiero che tende a ricomprendere l'indirizzo del governo dell'economia, ovvero l'indirizzo finanziario della spesa – inteso come governo dei conti pubblici – nell'ambito della più generale funzione di indirizzo politico". Così recentemente anche C. DE FIORES, *Corte, legislatore e indirizzo politico*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processi di decisione politica. Atti del seminario di Otranto – Lecce svoltosi il 4-5 giugno 2004*, a cura di V. Tondi della Mura, M. Carducci e R.G. Rodio, Torino, Giappichelli, 2005, 181 sgg., il quale, se da un lato mette in rilievo gli aspetti economici e finanziari come cardini dell'indirizzo politico e ne ricostruisce efficacemente la progressiva attuazione a favore delle istituzioni europee e

iii) *Gli atti di indirizzo politico-amministrativo*. Oltre agli strumenti legislativi (e normativi in generale), la direzione politica dell'Amministrazione si concretizzerebbe negli atti di "indirizzo politico-amministrativo"³⁰⁵. L'espressione – menzionata, tra l'altro, all'art. 14, comma 1, TUIPI, che attribuisce al Ministro la titolarità degli atti che di tale attività sono espressione – corrisponde in buona sostanza a quella di "indirizzo amministrativo" che si evince dall'art. 95, comma 1, Cost., per come distinto dall'"indirizzo politico" quanto all'oggetto, ma a esso accomunato dall'attribuzione della relativa titolarità agli organi politici (nell'ambito del livello statale, Presidente del Consiglio e Ministri³⁰⁶). L'attività di indirizzo amministrativo si esprimerebbe in atti giuridici di indirizzo non direttamente produttivi di effetti nei confronti di terzi, i quali troverebbero a loro volta attuazione in atti giuridici di competenza degli organi che sono soggetti al potere direttivo³⁰⁷.

degli obblighi internazionali al governo dell'economia, d'altro lato non perviene alla distinzione di una funzione di indirizzo politico economico "autonoma" da quella di indirizzo politico generale.

³⁰⁵ Cfr. G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Padova, Cedam, 1988.

³⁰⁶ Sul punto v. anche l'art. 5, comma 2, lett. a), della l. n. 400 del 1988, che attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri, "ai sensi dell'articolo 95, primo comma, Cost., il potere di indirizzare ai Ministri "le direttive politiche ed amministrative in attuazione delle deliberazioni del Consiglio dei Ministri nonché quelle connesse alla propria responsabilità di direzione della politica generale del Governo".

³⁰⁷ Sulla distinzione tra indirizzo politico e indirizzo amministrativo v., anzitutto, E. CHELI, *Atto politico*, cit., 149 sg., il quale, alla luce della formulazione dell'art. 95 Cost., osserva che: i) come già detto, "mentre la direzione e il coordinamento unitario dell'indirizzo politico governativo (politica generale del Governo) spetta al Presidente del Consiglio, la determinazione dell'indirizzo stesso non può spettare ad altri che alla competenza collegiale del Consiglio dei ministri"; ii) "esiste nel Governo una competenza d'indirizzo amministrativo distinta dalla competenza d'indirizzo politico" (corsivo nell'originale); iii) "esiste un'attività dei singoli ministri distinta dall'attività del Presidente e del Consiglio dei Ministri"; iv) "mentre l'attività del Consiglio dei ministri e del Presidente del Consiglio si qualifica prevalentemente come d'indirizzo politico, l'attività svolta dai singoli ministri risulta inquadrata esclusivamente nell'ambito dell'indirizzo amministrativo; v) la "fase di ideazione, discussione, selezione dei fini e dei mezzi presenta un rilievo politico spiccatissimo, ma resta meramente interna e preparatoria rispetto alla vera funzione d'indirizzo, che è essenzialmente attività giuridica suscettibile di esternarsi solo attraverso la posizione di *concreti atti giuridici*" (corsivo nostro). È dunque naturale, per l'Autore, vedere nell'indirizzo amministrativo qualcosa di distinto, ancorché non distante, dall'indirizzo politico, ossia "la saldatura tra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa": saldatura che, nell'autorevole opinione richiamata, coincide con la stessa attività di "alta amministrazione" (su cui v. *infra*, al capitolo IV). Quest'ultima è qualificata come "attività

In ogni ente di governo³⁰⁸, l'indirizzo politico-amministrativo consiste nella definizione degli obiettivi da raggiungere, con l'indicazione dei tempi necessari, dei criteri e delle modalità, anche in ordine alla valutazione degli interessi coinvolti, dei risultati complessivi della gestione in termini finanziari e della soddisfazione degli utenti. Esso compete agli organi politici (anche detti, appunto, organi "di indirizzo politico-amministrativo": cfr. l'art. 10, comma 1, del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150), secondo la propria competenza, nei confronti degli uffici amministrativi.

Al corretto uso dell'attività di indirizzo politico-amministrativo è strettamente connesso il funzionamento dello stesso modello di "distinzione strutturale", nel quale, come si è visto, ai dirigenti sono affidate responsabilità dirette di gestione amministrativa e va scomparendo l'assetto gerarchico dei rapporti tra uffici. La funzione direttiva, dunque, è divenuta la cerniera del rapporto tra la sfera dell'azione (e della responsabilità) politica e quella amministrativa. In sua mancanza, non sarebbe garantita la rispondenza dei risultati conseguiti agli obiettivi da raggiungere determinati dal vertice politico: l'azione amministrativa si muoverebbe del tutto al di fuori di ogni influenza della politica. Tale modello della "indipendenza", peraltro, esiste ed è quello delle Autorità indipendenti, il cui tratto distintivo è proprio quello

amministrativa direttamente esecutiva dell'indirizzo politico", ossia quale "forma di azione amministrativa caratterizzata da un livello altissimo di discrezionalità, ma pur sempre distinta dall'indirizzo politico che è chiamata ad attuare in primo grado": *ivi*, 160.

Sulla nozione di indirizzo amministrativo nella dottrina e sulla panoramica in ordine alle diverse teorie che la congiungono o la separano da quella di indirizzo politico v. più recentemente anche E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1988, spec. 81 sgg., il quale peraltro osserva conclusivamente che "aderire alla tesi «unionista» o a quella «separatista» esprime semplicemente l'applicazione di un postulato ideologica, circa l'unione o la separazione della sfera politica da quella della pubblica amministrazione". Va tuttavia evidenziato che, come lo stesso Autore riconosce, tale conclusione era mossa dal dato normativo allora vigente ("Finora l'elemento normativo, compreso quello costituzionale, depono senz'altro a favore della prima teoria. Basti in proposito considerare la formulazione contemplata nell'art. 95 della Costituzione a proposito del potere di indirizzo politico-amministrativo dei Ministri e al conseguente regime di responsabilità politica" (*ivi*, 104).

³⁰⁸ Sulla titolarità di poteri di indirizzo in capo agli enti esponenziali di organi di governo provinciali e comunali v. criticamente E. CHELI, *Atto politico*, cit., 173 sgg.

dell'assenza, in capo agli organi politici, del potere di indirizzo politico-amministrativo³⁰⁹.

Rispetto agli atti di indirizzo politico, gli atti di indirizzo amministrativo, pur con diversa gradazione e intensità, produrrebbero effetti più incisivi. Questi, infatti, vincolano i titolari degli uffici cui sono rivolti, con conseguenze rilevanti, per quanto attiene all'azione posta in essere, in ordine alla valutazione della *performance*, alla permanenza nel rapporto d'ufficio e alla responsabilità dirigenziale relativa alla corretta attuazione degli atti stessi. Il discostamento, l'inattuazione o l'incorretta attuazione degli atti di indirizzo amministrativo potrebbero dar adito a conseguenze giuridicamente rilevanti in capo al funzionario responsabile dell'ufficio competente, e far sorgere in capo a questi profili di responsabilità (giuridica e non politica, contrariamente a quanto accade per gli atti di indirizzo politico). Infine, ove gli atti

³⁰⁹ Non è questa la sede per soffermarsi diffusamente sui tratti distintivi delle Autorità indipendenti. Sulle loro caratteristiche in generale cfr. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994; F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2011. Vale comunque la pena di accennare che per parte della dottrina, esse si pongono come organi "paragiurisdizionali", in virtù delle attribuzioni e dell'interesse pubblico che sono tenute a perseguire: cfr. M. CLARICH, *Indipendenza e autonomia delle autorità*, in www.astrid-online.it, 2013. Altra parte della dottrina, invece, è ferma nel ritenere che le funzioni imputate alle Autorità indipendenti, pur "sottratte all'indirizzo politico-amministrativo del Governo" ed esprimersi in "atti anche di normazione secondaria oltre che di amministrazione generale e puntuale, restano in ogni caso ascritti alla funzione amministrativa, con quel che ne segue in ordine alla disciplina sostanziale e al sindacato giurisdizionale": V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti di "alta amministrazione"*, cit., 114. Più recentemente, sulla (im)possibilità, per l'AGCM, di sollevare questione di legittimità costituzionale nel corso di un procedimento amministrativo instaurato innanzi a lei, con riferimento alla condotta disciplinare dei notai e alle sanzioni previste dalla legge notarile, cfr. problematicamente L. CASSETTI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, in *Federalismi.it*, n. 14/2018, 21 sgg., la quale, pur con perplessità discendenti dalla natura amministrativa dell'Autorità, evidenzia, con riferimento al fatto che la questione possa essere riproposta innanzi al Giudice amministrativo e ordinario, sottolinea che "lo sforzo di fornire un'interpretazione conforme al diritto europeo e nazionale per cercare un significato che sia coerente con quei principi non può essere considerata una soluzione alternativa di pari efficacia rispetto alla possibilità dell'AGCM di sollevare questione di costituzionalità direttamente alla Corte, in quanto tale soluzione lascia ad una successiva «eventualità» che in sede giudiziaria maturi la proposizione di quella questione" e "solo qualora si aprisse quel varco si potrebbe infatti arrivare a una pronuncia nel merito della questione stessa". Va sottolineato, peraltro, che la Corte costituzionale, con la sent. n. 13 del 2019, ha dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità rimessa dall'AGCM, per difetto in capo alla stessa del requisito della terzietà.

produttivi di effetti successivamente adottati si discostassero dalle direttive emanate in merito, potrebbero essere annullati dal Giudice amministrativo perché viziati da eccesso di potere³¹⁰.

iv) Poteri di supremazia nei rapporti d'ufficio dei funzionari pubblici. Infine, la direzione politica dell'Amministrazione si esprime nella supremazia degli organi politici nella gestione dei rapporti d'ufficio di alcuni tipi di funzionari – segnatamente degli uffici dirigenziali cui sono affidate le principali responsabilità amministrative – e dunque, come anche è stato affermato con un'espressione felice e più volte ripresa in dottrina, nella “funzione organizzatrice” del Governo nei confronti della pubblica amministrazione³¹¹. La nomina dei titolari di determinati uffici, la valutazione delle prestazioni al fine della loro permanenza in carica e la condivisione della medesima progettualità di intenti con gli organi politici rappresentano, infatti, strumenti essenziali per garantire il buon andamento dell'Amministrazione e assicurare che la sua attività si svolga in conformità agli indirizzi impartiti; strumenti che costituiscono la proiezione soggettiva del potere di indirizzo politico-amministrativo e che sono tanto più importanti nel modello della “distinzione strutturale”. Quest'ultimo, infatti, pur assumendo a regola generale la rigida delimitazione delle competenze tra sfera politica e sfera amministrativa, è comunque tenuto a garantire la rispondenza dei risultati della seconda ai fini prefissati dalla prima.

³¹⁰ Cfr. ord. Cons. Stato, Sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 753; sent. TAR Lazio, Sez. II, 22 marzo 2011, n. 2540.

³¹¹ L'espressione, come già visto, è di M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 126 sgg.

CAPITOLO III

Gli strumenti dell'attuazione: l'organizzazione. Il Governo e l'organizzazione dello Stato.

1.- L'attuazione dell'indirizzo politico attraverso le lenti dell'organizzazione: notazioni preliminari.

Al termine del capitolo precedente si sono illustrati sommariamente i mezzi attraverso i quali ha luogo la direzione politica dell'Amministrazione, identificati, in alcune ricostruzioni³¹², nella normazione, nella programmazione finanziaria e nelle politiche di bilancio, nell'attività di indirizzo politico amministrativo e nella c.d. "funzione organizzatrice".

Prima di procedere più nel dettaglio all'analisi dei singoli momenti attuativi, tuttavia, sono necessarie alcune premesse.

Anzitutto, come osservato anche in apertura del presente capitolo, nella letteratura scientifica lo studio dei rapporti tra politica e amministrazione è tradizionalmente declinato nei due aspetti – differenti ma, come si vedrà, connessi – concernenti, da un lato, l'organizzazione e, dall'altro lato, l'attività del plesso esecutivo, conformemente al duplice significato, soggettivo e oggettivo, ascrivito all'espressione "pubblica Amministrazione"³¹³. Secondo una prima accezione, infatti, essa indica il complesso di soggetti, uffici e, in generale, di figure organizzative che svolgono attività di pubblica Amministrazione³¹⁴. Nella seconda accezione, indica invece l'insieme di

³¹² V. CERULLI IRELLI, *Costituzione, politica, amministrazione*, cit., 29.

³¹³ Per un esempio recente cfr. C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione*, cit., spec. 9 sgg. e 38 sgg.

³¹⁴ In una nota articolazione dei "fatti d'organizzazione" (M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 126-130), anche sulla scorta di classificazioni tradizionali, sono distinti quattro settori: i) "i fatti attinenti alla istituzione, modificazione, soppressione, combinazione, qualificazione di uffici (nel più ampio significato possibile) ed al loro funzionamento concreto (in primo luogo, la procedura di formazione di volontà dell'ufficio)"; ii) "la ripartizione delle funzioni fra gli uffici (che per gli uffici personificati è determinazione della capacità e per gli altri attribuzione di funzioni o misurazione di competenza"; iii) gli "ordini di situazioni e di relazioni [...] attinenti al rapporto

attività di varia natura, svolte tradizionalmente attraverso l'esercizio di poteri autoritativi³¹⁵ e finalizzate alla cura di interessi pubblici e descrive quanto viene svolto dall'apparato amministrativo, in una prospettiva che, da statica, diviene dinamica³¹⁶.

Ciò premesso, è agevole osservare che gli strumenti volti alla programmazione finanziaria e di bilancio sono suscettibili di essere analizzati trasversalmente, prendendo a riferimento i due "poli" – organizzazione e attività – nei quali lo studio del rapporto tra politica e amministrazione è tradizionalmente ricondotto. In secondo luogo, la normazione, intesa quale strumento, ben può esser ricompresa all'interno dell'attività, atteso che il carattere della normatività, indipendentemente dalla problematicità della sua identificazione³¹⁷, è predicato proprio in relazione all'attività dei pubblici poteri - ivi compresa la pubblica Amministrazione³¹⁸ - e agli atti che ne costituiscono il risultato. E nel concetto di attività rientrano parimenti gli atti di

organico" e "al rapporto di servizio", in cui si traduce "l'elemento personale degli uffici"; *iv*) "i beni degli enti pubblici". Più recentemente (G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, cit., 11 sgg.), è stato osservato che tale elenco, "pur ampio, è suscettibile di integrazione" sulla base della quale, "in un'ideale sequenza logica", possono distinguersi i seguenti ambiti dell'organizzazione amministrativa: *i*) "la disciplina della funzione di organizzazione"; *ii*) "la individuazione degli interessi sociali come interessi pubblici e la loro articolazione in termini di funzioni giuridiche" (su cui v. anche G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica – Parte prima*, Milano, Giuffrè, 1977, 42 sg.); *iii*) l'allocatione delle funzioni presso centri di interesse (o figure soggettive) destinate a farsene carico, operazione questa che comprende la individuazione di tali centri, il riparto delle attribuzioni (ovvero il complesso dei compiti) fra i centri individuati e il conferimento dei poteri idonei allo svolgimento delle attribuzioni assegnate"; *iv*) la "istituzione (modificazione, etc.) dei centri di interesse individuati e dalla conformazione del loro ordinamento (articolazione delle strutture che li compongono e distribuzione fra le stesse dei compiti e dei poteri conferiti)"; *v*) la "disciplina dell'attività dei centri di interesse", ivi comprese "le determinazioni autonome assumibili, anche in via convenzionale, sulla base di un potere di autoorganizzazione, da parte degli stessi centri e delle loro strutture per l'esercizio dei compiti e poteri assegnati"; *vi*) la disciplina "dell'elemento personale e [di] quello materiale delle strutture", settori che, "seppure oggetto di possibile considerazione separata in sede scientifico-disciplinare, rientrano concettualmente nel perimetro dell'organizzazione". Da tale punto in poi, però, "la perimetrazione diventa meno sicura dal momento che entra in gioco il rapporto tra organizzazione e attività".

³¹⁵ Cfr. E. CASSETTA, *Attività amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. II, Torino, 1987, ed. inf., par. 3.

³¹⁶ In questo senso P.M. VIPIANA, *L'organizzazione amministrativa e i suoi mezzi*, Milano, Wolters Kluwer – Cedam, 2019, 7.

³¹⁷ Cfr. V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. Dir.*, Vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, 238 sgg.

³¹⁸ Cfr. A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica Amministrazione*, Napoli, Jovene, 1983, su cui v. anche *infra*, al capitolo successivo.

indirizzo politico-amministrativo, quand'anche non si volesse ricomprenderli nella normazione e semplicemente identificarli con l'amministrazione. Resta, dunque, lo studio della "funzione organizzatrice", la quale, com'è evidente, attiene al plesso organizzativo.

Sui due poli dell'organizzazione e dell'attività, pertanto, si appunterà l'esame degli strumenti di direzione politica dell'Amministrazione, prendendo in considerazione, ove opportuno e *incidenter tantum*, anche quelli accennati al termine del capitolo precedente.

In secondo luogo, come accennato, tra le due sfere dell'Amministrazione – quella organizzativa e quella relativa all'attività – vi è un collegamento molto stretto; un terreno in cui tale collegamento si dispiega tipicamente, ad esempio, è quello del procedimento amministrativo, nella cui disciplina si intrecciano strettamente i profili relativi all'ordinamento e al collegamento tra strutture (*i.e.* all'organizzazione) e quelli relativi alla trasformazione del potere in atto (*i.e.* all'attività)³¹⁹. Tuttavia, nonostante l'evidente connessione, sembra opportuno valorizzare anche nel presente lavoro l'autonomia concettuale dell'organizzazione rispetto all'attività, così dando continuità alla tradizione - scientifica e normativa - che ha impostato in questi termini lo studio dell'Amministrazione³²⁰.

Ci si occuperà, dunque, anzitutto dell'organizzazione, che dell'attività rappresenta il *prius* logico, dal momento ch'essa "è, rispetto all'amministrazione pubblica, un momento che contiene in se stesso, potenzialmente o effettivamente, tutta la vicenda amministrativa"³²¹ o, come anche è stato affermato, "le soluzioni organizzative e strutturali sono [...] determinanti", atteso che "in mancanza di un apparato adeguato,

³¹⁹ Cfr. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, 40. Si pensi, quale esempio di "intreccio", alla figura del responsabile del procedimento, sulla quale v. recentemente G. SCIULLO, *Il responsabile del procedimento. In ricordo di Giorgio Pastori*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2019, che ne mette in risalto i profili organizzativi (867 sgg.) e quelli funzionali (871 sgg.).

³²⁰ Così M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice*, cit., 124; G. PALEOLOGO, *Organizzazione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, 138.

³²¹ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 529.

la fase successiva, quella effettuale, è sicuramente compromessa”³²². Nel quarto e ultimo capitolo, invece, si tratterà dell’attività, la quale consiste, appunto, nella “traduzione dell’organizzazione in atti”³²³.

1.1.- I riflessi organizzativi della distinzione tra politica e amministrazione: quale direzione politica nella gestione amministrativa? Gli uffici di diretta collaborazione

L’art. 4 TUPI sintetizza chiaramente il recepimento del modello di distinzione strutturale introdotto nel nostro ordinamento, come accennato e come si vedrà più approfonditamente *infra*, a partire dagli anni Novanta (segnatamente con il d.lgs. n. 29 del 1993³²⁴). Ai sensi del comma 1, gli organi di governo esercitano la funzione di indirizzo politico-amministrativo, che consiste nella definizione degli obiettivi e dei programmi da attuare e nella verifica della rispondenza dei risultati dell’attività amministrativa e della gestione rispetto agli indirizzi impartiti³²⁵. Il comma 2, invece,

³²² L. CARLASSARE, *Politica e amministrazione*, cit., 67 (corsivo nostro). V. anche G. TACCOGNA, *La disciplina dell’organizzazione amministrativa*, cit., 7.

³²³ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice*, cit., 130.

³²⁴ Gli artt. 3 e 14 del d.lgs. n. 29 del 1993, infatti, definivano l’assetto dei ruoli attribuiti agli organi politici e ai funzionari amministrativi. Essi, pur non chiarendo del tutto i profili strutturali e organizzativi, distinguevano chiaramente tra sfera delle funzioni di indirizzo politico-amministrativo e sfera di gestione amministrativa, individuando per ciascuna organi, tipi di rapporti e responsabilità. Su di essi si tornerà anche *infra*, a proposito delle figure dei dirigenti pubblici, ai parr. 2. sgg.

³²⁵ Cfr. l’art. 4, comma 1, secondo periodo, TUPI, a tenor del quale spettano agli organi di governo:

“a) le decisioni in materia di atti normativi e l’adozione dei relativi atti di indirizzo interpretativo ed applicativo;

b) la definizione di obiettivi, priorità, piani, programmi e direttive generali per l’azione amministrativa e per la gestione;

c) la individuazione delle risorse umane, materiali ed economico-finanziarie da destinare alle diverse finalità e la loro ripartizione tra gli uffici di livello dirigenziale generale;

d) la definizione dei criteri generali in materia di ausili finanziari a terzi e di determinazione di tariffe, canoni e analoghi oneri a carico di terzi;

e) le nomine, designazioni ed atti analoghi ad essi attribuiti da specifiche disposizioni;

attribuisce ai dirigenti – di regola reclutati nei ruoli dell’Amministrazione tramite concorso pubblico – l’adozione degli atti e dei provvedimenti amministrativi (ivi inclusi tutti gli atti che impegnano l’Amministrazione verso l’esterno) e la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo; di tali attività i dirigenti sono direttamente responsabili.

Corre peraltro l’obbligo di segnalare che, parallelamente a tale ridefinizione dei rapporti tra organi politici e organi amministrativi, è stato avviato, qualche anno dopo, l’*iter* di riorganizzazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dei Ministeri, prefigurato dalla delega di cui alla l. n. 59 del 1997 e culminato rispettivamente con i dd.lgs. nn. 303 e 300 del 1999. La ridefinizione delle funzioni spettanti al Presidente del Consiglio e ai Ministri ribadisce e sottolinea il progressivo allontanamento di tali soggetti dai problemi dell’“amministrazione quotidiana”³²⁶, in modo da investire impegno e risorse per le attività di indirizzo, coordinamento, progettazione, direzione e impulso dei settori ai quali sono preposti.

Quanto al Presidente del Consiglio, il d.lgs. n. 303 del 1999 ne elenca le funzioni in maniera piuttosto disarticolata. Una preziosa chiave di lettura, però, è rinvenibile all’interno della relazione illustrativa al decreto, che articola dette funzioni in tre tipologie. Esse, sono, anzitutto, funzioni di *relazione*, all’interno del sistema istituzionale, nei confronti degli altri organi costituzionali, dell’Unione europea e delle autonomie. In secondo luogo, vengono in rilievo le funzioni di *progettazione*, concernenti l’indirizzo politico generale. Infine, il Presidente del Consiglio è titolare di funzioni di *coordinamento*³²⁷. In definitiva, il Presidente del Consiglio viene spogliato dei compiti di natura operativa e gestionale, stratificatisi nel tempo in capo

f) le richieste di pareri alle autorità amministrative indipendenti ed al Consiglio di Stato”. A mente della lett. g) del medesimo comma, peraltro, a tali atti debbono aggiungersi quelli espressamente indicati dal Testo Unico.

³²⁶ Così M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, in *Riv. dir. cost.*, n. 11/2006, 77.

³²⁷ *Ibidem*.

alla Presidenza del Consiglio (anche tramite la costituzione di apparati burocratici) e che risultano eliminati o trasferiti verso sedi più idonee allo scopo.

Quanto ai Ministri, la riforma fa perno soprattutto sull'idea che il Ministro eserciti soprattutto funzioni di indirizzo politico-amministrativo, laddove la gestione amministrativa è affare dei vertici burocratici (responsabili dei dipartimenti o segretari generali preposti alle direzioni generali, a seconda di come sono concepite le strutture di primo livello).

Alla regola dello svolgimento di compiti di tipo gestionale-amministrativo da parte degli uffici dell'Amministrazione e a quella della selezione degli impiegati di questa per concorso (corollari, a loro volta, del principio di distinzione per come attuato dalle riforme ora indicate) fanno eccezione i c.d. uffici di diretta collaborazione degli organi politici³²⁸. Costituiti da personale di *staff*, scelto secondo il criterio del rapporto fiduciario, essi hanno funzioni di supporto e di raccordo con l'Amministrazione strettamente correlate all'esercizio della funzione di indirizzo politico-amministrativo da parte degli organi politici e collaborano alla definizione degli obiettivi di questi³²⁹. In ciò si contrappongono rispetto alle strutture organizzative dell'Amministrazione (uffici c.d. di *line*) che svolgono attività di tipo gestionale.

A livello nazionale, gli uffici di *staff* sono presenti in tutti i livelli (e "modelli", se si vuole) di governo: Amministrazioni nazionali, regionali, locali e anche "indipendenti", ciò che comporta una loro sostanziale disomogeneità (prima fra tutte

³²⁸ Cfr., nel caso dei Ministri, l'art. 14, comma 2, TUIPI, a tenor del quale "*Per l'esercizio delle funzioni di cui al comma 1 il Ministro si avvale di uffici di diretta collaborazione, aventi esclusive competenze di supporto e di raccordo con l'amministrazione, istituiti e disciplinati con regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 4-bis, della legge 23 agosto 1988, n. 400. A tali uffici sono assegnati, nei limiti stabiliti dallo stesso regolamento: dipendenti pubblici anche in posizione di aspettativa, fuori ruolo o comando; collaboratori assunti con contratti a tempo determinato disciplinati dalle norme di diritto privato; esperti e consulenti per particolari professionalità e specializzazioni con incarichi di collaborazione coordinata e continuativa*". V. anche l'art. 4, comma 4, TUIPI, a tenor del quale, alle amministrazioni pubbliche i cui organi di vertice non sono direttamente o indirettamente espressione di rappresentanza politica, "*è fatto divieto di istituire uffici di diretta collaborazione, posti alle dirette dipendenze dell'organo di vertice dell'ente*".

³²⁹ Cfr. M. RIDOLFI, *La distinzione tra politica e amministrazione*, cit., 106.

quella tra Presidenza del Consiglio e Ministeri³³⁰ e tra i diversi Ministeri, a seconda dell'adozione del modello dipartimentale o di quello per direzioni generali³³¹). Essi,

³³⁰ Differenze fondamentali sussistono anche nel medesimo livello di governo. In disparte dal caso delle Amministrazioni indipendenti, infatti, Presidenza del Consiglio dei Ministri e Ministeri non sono in alcun modo assimilabili, in ragione: *i*) del fatto che il Presidente del Consiglio non gestisce un singolo settore della *res pubblica*, ma la politica generale del Governo; *ii*) dell'incerta qualificazione del Presidente del Consiglio dei Ministri all'interno dell'ordinamento, ossia se egli sia un *primus inter pares* rispetto agli altri Ministri o piuttosto il capo e la guida del Governo (ciò si riflette sull'ambigua configurazione amministrativa del suo apparato servente, che oscilla tra l'assimilazione a un Ufficio di Gabinetto e un'organizzazione amministrativa cui sono affidati compiti gestionali e dipendente dall'organo politico di vertice); *iii*) delle funzioni attribuite alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, le quali per un verso sono quelle proprie ed essenziali della Presidenza quale "apparato servente", per un altro sono funzioni che trascendono tale apparato (ad esempio compiti gestionali relativi a politiche di settore, quali la protezione civile o l'editoria), affidati, per le ragioni più varie, da singole leggi alla Presidenza del Consiglio dei Ministri. Sul punto cfr. G. PITRUZZELLA, *Il Presidente del Consiglio dei Ministri e l'organizzazione del Governo*, Padova, Cedam, 1986, 169 sgg.; P.A. CAPOTOSTI, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, 133 sgg.; M. MEZZANOTTE, *La figura del Presidente del Consiglio tra norme scritte e prassi*, in *Politica del diritto*, n. 2/2001, 325 sgg.; M. LUCIANI, *La riforma della Presidenza del Consiglio (e dei Ministeri)*, cit., 253 sgg.; I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi*, cit., spec. 67 sgg.

³³¹ Com'è noto, i Ministeri sono regolati da una disciplina comune, in virtù del generale processo di riorganizzazione che vede quale protagonista principale la riforma di cui al d.lgs. n. 300 del 1999. L'insieme delle strutture delle Amministrazioni centrali, in particolare, costituisce un apparato sostanzialmente unitario, in attuazione di un modello flessibile che – a eccezione degli uffici di stretta collaborazione con il Ministro – prevede la possibilità di scelte distinte, pur nel rispetto di tipologie predeterminate. Le strutture di primo livello nei Ministeri, infatti, possono essere concepite sia secondo il modello di struttura dipartimentale, con un limite massimo di cinque aree funzionali per ogni dicastero che intenda strutturarsi secondo siffatto modulo organizzativo, sia secondo lo schema di direzione generale; tuttavia, in quest'ultimo caso vige l'obbligo di istituire presso tale struttura il Segretario Generale, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 300 del 1999. A livello di prassi si registra una predilezione per il modello organizzativo per direzioni generali, anche a causa della disciplina della dirigenza che, a partire dalla l. n. 145 del 2002, ha privilegiato la fiduciarità come criterio di scelta e garanzia di stabilità degli alti dirigenti. I caratteri essenziali dei due modelli sono illustrati di seguito. Sul punto cfr. E. CATELANI, *Struttura del governo: l'organizzazione dei ministeri*, in AA.VV., *Indirizzo politico e collegialità del Governo: miti e realtà nel governo parlamentare*, a cura di S. Merlini, Torino, Giappichelli, 2011, 143 sgg.

i) Nel modello dipartimentale a ogni dipartimento è assegnata un'area omogenea di funzioni e materie corrispondenti a obiettivi o missioni da svolgere, in un approccio organico e integrato reso possibile dalla compattezza della struttura dipartimentale, nel rispetto del principio di distinzione fra attività di indirizzo politico e gestione amministrativa; il dipartimento identifica una struttura caratterizzata da funzioni omogenee per grandi aree di aggregazione ed è l'unità amministrativa che svolge tutte le attività ed i compiti, finali e strumentali, finalizzati all'espletamento di una delle funzioni fondamentali del Ministero. Conseguentemente, ciascun dipartimento è titolare di una missione specifica della cui attuazione è responsabile il Capo del Dipartimento stesso, il quale ha poteri di direzione, organizzazione

infatti, a seconda del contesto amministrativo in cui sono inseriti e a seconda del tipo di pubblico potere da cui dipendono, presentano struttura e funzioni distinte. Pur con modalità differenti, il *proprium* di tali uffici è di occuparsi, in ogni caso, di assistere l'organo di vertice, di prepararne le deliberazioni e di verificarne la successiva attuazione, così svolgendo un ruolo di raccordo nella trasmissione degli indirizzi alla dirigenza.

e controllo in ordine a risorse finanziarie e strumentali, assetto degli uffici, servizi e personale, giusta l'art. 5, comma 3 del d.lgs. n. 300 del 1999. Come si vede, questo modello organizzativo è reticolare e decentrato, ove opera un Ministro che si fa coadiuvare dagli uffici di *staff* e dal personale politico (Sottosegretari e Viceministri) e una struttura operativa articolata, appunto, in dipartimenti, orientati al prodotto o servizio da fornire. Al vertice di ciascun dipartimento è posto un dirigente generale che assume la funzione di Capo del dipartimento, nominato con decreto del Presidente della Repubblica su delibera del Consiglio dei Ministri e su proposta del Ministro competente, al quale risponde per i risultati raggiunti sulla base degli obiettivi assegnati. Ogni dipartimento, a sua volta, è articolato in direzioni generali (in origine chiamate uffici dirigenziali generali), ai cui vertici si trovano i dirigenti generali nominati con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro competente e indicazione del Capo di dipartimento. Gli uffici dirigenziali generali, infine, sono articolati in uffici dirigenziali, variamente denominati, diretti da dirigenti nominati dai dirigenti generali, dai quali dipendono e ai quali rendono conto del raggiungimento degli obiettivi assegnati. Al di fuori dei dipartimenti, infine, possono essere istituiti gli uffici di *staff*, muniti di funzioni di assistenza diretta all'attività di indirizzo politico e di controllo della gestione di competenza del Ministro, a capo dei quali può essere posto un dirigente anche estraneo all'amministrazione.

ii) Nel modello per direzioni generali, queste ultime fanno capo ad un Segretario Generale, organo di vertice burocratico che funge da cerniera tra il Ministro e la struttura amministrativa sottostante e munito di compiti di coordinamento e controllo. Contrariamente alle "aree omogenee di attività", che costituiscono la chiave di volta del modello dipartimentale, questa diversa tipologia di struttura corrisponde all'esigenza di governare il Ministero secondo un'unica linea di comando. Come già sottolineato, il punto nodale dei Ministeri organizzati per direzioni generali è il Segretario Generale, il quale opera alle dirette dipendenze del Ministro, elabora gli indirizzi e i programmi di competenza del Ministro e coordina i Sottosegretari che fungono da cerniera fra vertice politico e apparato amministrativo, così rivestendo il ruolo di vero e proprio snodo fra Ministro e direttori generali. In questo modello organizzativo gli uffici di *staff* svolgono anche funzioni strumentali rispetto all'intera struttura burocratica del Ministero, mentre le direzioni generali, al loro interno, sono ulteriormente articolate in sezioni ed uffici.

Alle strutture ministeriali articolate in più livelli corrispondono altrettanti incarichi dirigenziali, descritti dall'art. 19 del d.lgs. 165/2001: quelli di Segretario Generale dei Ministeri e di direzione di strutture (comma 3), quelli di livello dirigenziale generale (comma 4) e quelli di livello dirigenziale (comma 5). Gli uffici di livello dirigenziale generale vengono individuati con regolamento organizzativo ex art. 17, comma 4-bis della l. n. 400/1988 e l'affidamento dei compiti agli uffici dirigenziali minori avviene con decreto ministeriale.

Ciò premesso, le caratteristiche di fondo degli uffici di *staff* sono così riassumibili: a) il personale è scelto su base fiduciaria, anche tra persone estranee ai ruoli dell'Amministrazione a favore della quale è chiamato a collaborare; b) essi svolgono compiti di supporto e di raccordo con l'Amministrazione di appartenenza, mentre non possono porre in essere atti di amministrazione attiva e attività gestionali o, comunque, rientranti nelle competenze degli uffici di *line*; c) il personale è dotato di alta professionalità e ha spesso una formazione eminentemente giuridica, almeno per quando riguarda gli incarichi di vertice; d) gli incarichi sono caratterizzati dalla temporaneità e caducazione automatica nel caso di una mancata riconferma al momento dell'insediamento del nuovo esecutivo³³².

Il meccanismo di decadenza automatica dall'incarico, in particolare, rappresenta la principale conseguenza della circostanza che si tratta di uffici fiduciari. Esso, però, non viola i canoni di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., perché gli uffici di diretta collaborazione sono situati in un ambito organizzativo riservato all'attività politica. La questione, peraltro, è stata affrontata dalla giurisprudenza costituzionale in relazione all'applicazione del c.d. *spoils system* a questa tipologia di uffici³³³.

Allo stato, pertanto, il tratto distintivo degli uffici di diretta collaborazione è la fiduciarietà delle nomine, le quali sono revocabili *ad nutum* e soggette alla decadenza automatica all'insediamento di un nuovo esecutivo. È, dunque, il legame fiduciario a segnare la differenza tra uffici di *staff* e apparato amministrativo, che fa sì anche che i primi svolgano le loro funzioni sotto la piena responsabilità dell'organo politico; viceversa, i dirigenti fanno parte dell'apparato burocratico e, quand'anche di nomina politica, svolgono le loro funzioni in maniera autonoma e imparziale rispetto alla politica stessa.

³³² V., per le amministrazioni articolate in Ministeri, il già citato art. 14, comma 2, TUIPI, per il quale “All'atto del giuramento del Ministro, tutte le assegnazioni di personale, ivi compresi gli incarichi anche di livello dirigenziale e le consulenze e i contratti, anche a termine, conferiti nell'ambito degli uffici di cui al presente comma, decadono automaticamente ove non confermati entro trenta giorni dal giuramento del nuovo Ministro”.

³³³ Cfr. sent. Corte cost. n. 304 del 2010, su cui v. *infra.*, parr. 3.2. sgg.

Si è affermato che gli uffici di diretta collaborazione, a causa della loro collocazione (a metà tra politica e amministrazione) e della loro funzione (di indirizzo e controllo, condivisa con gli organi politici di vertice dai quali sono nominati) sono “attraversati da una continua tensione tra le attribuzioni di carattere politico e quelle di carattere amministrativo”³³⁴. Essi, dunque, senza dubbio rappresentano un fertile terreno di indagine delle concrete modalità di direzione politica nei confronti dell’Amministrazione.

Sul punto, vi è chi giustifica la presenza degli uffici di *staff* all’interno dell’organizzazione amministrativa proprio sulla base della necessità che l’autorità politica, nell’esercizio delle sue funzioni (alcune delle quali particolarmente delicate: si pensi alla traduzione dei programmi di governo, alle scelte fondamentali di programmazione strategica, alla definizione di obiettivi e risultati da raggiungere), sia coadiuvata da organi ausiliari, sì da garantire la migliore attuazione dell’indirizzo politico³³⁵. Ciò, però, presuppone sia che le amministrazioni (e la dirigenza in particolare) siano effettivamente autonome e responsabili nella gestione delle attività di loro competenza, sia che gli uffici di diretta collaborazione siano dimensionati, di modo ch’esse non operino come un doppione dell’Amministrazione o una sorta di “amministrazione parallela”³³⁶. Tanto, però, non è accaduto: in pochi anni, infatti, si è assistito alla crescita esponenziale degli addetti agli uffici di *staff*, alla quale ha fatto da contraltare una diminuzione della loro preparazione tecnica e professionale e l’intorbidimento della distinzione tra ruolo degli uffici di *staff* e di *line*³³⁷. La natura di tali problematiche – le quali, com’è noto, interessano anche e soprattutto il profilo in

³³⁴ M. MACCHIA, *Le strutture di raccordo: lo snodo degli uffici di staff*, in AA.VV., *Venti anni di “politica e amministrazione” in Italia*, a cura di L. Casini, IRPA Working Paper – Policy Papers Series, n. 1/2014, 164 sg.

³³⁵ F. BASSANINI, *Indirizzo politico, imparzialità della P.A. e autonomia della dirigenza. Principi costituzionali e disciplina legislativa*, in *Nuova Rassegna*, 2008, 2257 sgg.

³³⁶ *Ibidem*.

³³⁷ Alcune funzioni, invero, gestite dalle Segreterie o dagli Uffici di Gabinetto, ben potrebbero essere gestite da dirigenti, sì da mantenere agili e snelle, nonché di elevata professionalità, le strutture degli uffici di *staff*, secondo le intenzioni del legislatore. Sovente, invece, questi ultimi divengono uffici lenti, di scarso livello a causa di una nomina politica non meritocratica e che a loro volta abbisognano di un coordinamento interno a causa dell’elevata complessità organizzativa.

sé organizzativo dell'amministrazione – potrebbe far ritenere che gli uffici di diretta collaborazione, sebbene concepiti quale *longa manus* della politica, si collochino, in realtà, in un'area più vicina all'amministrazione di quanto ci si aspettasse al momento della loro istituzione.

2.- La dirigenza pubblica: origine e significato

Oggi considerata dalla dottrina l'anello di congiunzione tra politica e amministrazione³³⁸, la figura del dirigente, in realtà, nel corso del tempo è andata assumendo distinti significati. Il primo, più lato e antico e proprio della scienza dell'amministrazione, è quello di un soggetto posto in posizione di sovraordinazione rispetto ad altri per la competenza e la professionalità riconosciutegli, che detiene il potere decisionale e direttivo e si fa carico delle responsabilità che discendono dall'esercizio di tale potere. Nel linguaggio comune, in buona sostanza, è “dirigente” il moderno *manager*, colui che è al vertice di una determinata amministrazione³³⁹.

Vi è poi una figura specifica di dirigente, quale quella del dirigente pubblico, per come regolata e disciplinata nel diritto positivo: si tratta, nel nostro ordinamento, di un funzionario pubblico preposto a un ufficio direttivo dell'Amministrazione, il quale intrattiene determinati rapporti con gli organi politici di vertice ed è tributario di un certo tipo di compiti e responsabilità³⁴⁰.

³³⁸ G. MELIS, *La dirigenza pubblica in Italia: anello (mancante) di congiunzione tra politica e amministrazione*, in *Scienza & Politica*, n. 50/2014, 95 sgg.

³³⁹ Così C. COLAPIETRO, *Dirigenti pubblici*, cit., 119 sgg. Sul tentativo di assimilare la posizione del dirigente a quella dell'imprenditore cfr. S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 1/2012, 39 sgg. (specc. par. 3.1); sulla prospettiva più generale di “innestare le regole che dominano il mondo datoriale privato all'interno del lavoro alle dipendenze della pubblica Amministrazione” v. recentemente S. NERI, *La politica dell'amministrazione*, cit., 93 sgg.

³⁴⁰ C. COLAPIETRO, *Dirigenti pubblici*, ivi, 119 sgg.

2.1.- Lo statuto dirigenziale all'incrocio tra buon andamento e dell'imparzialità: il disegno organizzativo del d.lgs. n. 29 del 1993

Si è visto *supra* che il passaggio dal modello della distinzione funzionale a quello della distinzione strutturale ha comportato profondi mutamenti nell'architettura amministrativa, i quali – ovviamente – hanno interessato anche gli uffici dirigenziali. A tal proposito, risale all'inizio degli anni Settanta³⁴¹ il primo tentativo di attribuire all'alta burocrazia competenze e responsabilità proprie in una posizione “quanto più paritaria possibile con il vertice politico”³⁴². Erano così previsti l'accesso tramite “corso-concorso” e l'articolazione della dirigenza in tre distinte qualifiche (“dirigente generale”, “dirigente superiore” e “primo dirigente”), al fine di sottrarla alla subordinazione gerarchica dell'organo politico. Tali qualifiche, pur ordinate in maniera piramidale, si distinguevano l'un l'altra attraverso l'attribuzione della rappresentanza esterna dell'Amministrazione e di specifici compiti e poteri decisionali, in sintonia con quanto dispone l'art. 97, comma 3, Cost. Il d.P.R. n. 748 del 1972 attribuisce al Ministro i poteri di annullamento per vizi di legittimità, di revoca e di riforma³⁴³, nonché quelli di riserva e di avocazione per specifiche questioni³⁴⁴; specularmente, la responsabilità del dirigente non si esaurisce ai soli atti di gestione, ma si estende anche ai successivi risultati della stessa.

Pur astretto alle limitazioni prescritte dalla nuova regolamentazione, il potere politico ha avuto gioco facile nel contenerne la portata innovativa. Il numero troppo elevato dei dirigenti, il fatto che il legislatore avesse ommesso di definirne chiaramente

³⁴¹ V. il d.P.R. 30 giugno 1972, n. 748 (“*Disciplina delle funzioni dirigenziali nelle Amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo*”).

³⁴² M. RIDOLFI, *La distinzione tra politica e amministrazione*, cit., 110 sgg.

³⁴³ Così l'art. 3, comma 3, del d.P.R. n. 748 del 1972.

³⁴⁴ Del d.P.R. n. 748 del 1972 cfr., per i “*dirigenti generali*”, l'art. 7, comma 1, lett. *m*); per i “*dirigenti superiori*”, l'art. 8, comma 2, lett. *g*); per i “*primi dirigenti*”, l'art. 9, comma 1, lett. *g*). Per questo motivo C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione*, cit., 66, giunge alla conclusione che in questa fase “il rapporto [della dirigenza] con il vertice politico è ancora lontano dal poter essere qualificato in termini di vera e propria separazione, posto che al ministro, cui spettava il fondamentale compito di stabilire le direttive generali dell'azione amministrativa, era concesso un ampio potere di «revisione» dell'attività dirigenziale”.

i rapporti tra dirigenza e politica e, non da ultimo, l'irrocervo rappresentato dell'ampliamento delle funzioni dirigenziali e del mantenimento di poteri ministeriali di direzione e controllo comunque penetranti, in una con la pessima gestione della legge in fase attuativa, ha creato le premesse per quello che fu definito il fallimento della riforma³⁴⁵.

Così, ancora all'inizio degli anni Novanta si osservava che i dirigenti – ai quali erano sì affidati “compiti esclusivi e decisori (e non meramente ausiliari e di esecuzione)” – fossero “sostanzialmente in posizione di subordinazione gerarchica nei confronti del ministro titolare del dicastero”, il quale assumeva “la responsabilità sostanziale, quantomeno sul piano politico (art. 95, comma 2, Cost.), di tutti gli atti amministrativi, anche di quelli formalmente imputabili ai pubblici dirigenti”³⁴⁶.

Alla riforma degli anni Settanta, comunque, va ascritto il merito di aver gettato le fondamenta del mutamento istituzionale che prende forma negli anni successivi. Anzitutto, com'è noto, la l. n. 400 del 1988 ha attuato una revisione unitaria dell'apparato pubblico, sintonizzandola su un modello imprenditoriale di economicità, efficienza ed efficacia al quale vincolare l'esercizio delle funzioni pubbliche, che troverà una più salda conferma, sul piano dell'azione amministrativa, nella l. n. 241 del 1990. In secondo luogo, la logica manageriale è avvalorata dal successivo d.lgs. n. 29 del 1993, adottato con le dichiarate finalità di *“accrescere l'efficienza delle amministrazioni in relazione a quella dei corrispondenti uffici e servizi dei Paesi della Comunità Europea, anche mediante il coordinato sviluppo di sistemi informativi pubblici; [...] razionalizzare il costo del lavoro pubblico, contenendo la spesa complessiva per il personale, diretta e indiretta, entro i vincoli di finanza pubblica; [...] realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni, curando la formazione e lo sviluppo professionale dei dipendenti, garantendo pari opportunità alle lavoratrici ed ai lavoratori e applicando condizioni*

³⁴⁵ G. MELIS, *La dirigenza pubblica in Italia*, cit., par. 2; S. CASSESE, *La dirigenza pubblica in Italia*, in *Regione e governo locale*, n. 4/1990, 493 sgg., ora in *Istituzioni del Federalismo*, Quaderno n. 2/2010, 217 sgg.

³⁴⁶ C. COLAPIETRO, *Dirigenti pubblici*, cit., par. 1.

uniformi rispetto a quelle del lavoro privato” (così l’art. 1, comma 1, lett. a)-c) del decreto).

L’esigenza di garantire la maggiore efficienza dell’Amministrazione, dunque, è stata il volano del superamento del modello dei rapporti tra politica e amministrazione improntato alla “distinzione funzionale” e dell’introduzione del modello di “distinzione strutturale”, fondato sull’individuazione di funzioni di indirizzo e di gestione e sulla loro attribuzione a organi differenti.

Se vista attraverso le lenti della figura dirigenziale, la distinzione strutturale è tale da garantire all’un tempo che il dirigente agisca in autonomia rispetto ai condizionamenti degli organi politici e che, comunque, la sua azione risponda al programma politico che gli organi di governo si propongono di realizzare.

A tali garanzie sono funzionali anche la distinzione tra la *qualifica* dirigenziale e la figura dell’*incarico* dirigenziale, che consiste nell’insieme di compiti che il dirigente deve realizzare per conseguire un determinato risultato.

Ne discende un meccanismo funzionale, all’un tempo, a evitare l’indebita fidelizzazione delle figure dirigenziali (come vuole il canone dell’imparzialità) e a responsabilizzare il ceto politico per scegliere i soggetti professionalmente più idonei al conseguimento degli obiettivi stabiliti (come impone il canone del buon andamento).

2.2.- La legge Bassanini e le riforme della fine degli anni Novanta. Il d.lgs. n. 165 del 2001

Sul finire degli anni Novanta, con i dd.lgs. nn. 80 e 397 del 1998, adottati sulla base della l. 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. “legge Bassanini”), ha trovato completamente la c.d. “privatizzazione” del rapporto dei dirigenti pubblici³⁴⁷.

³⁴⁷ La privatizzazione di cui si parla è in realtà la c.d. “seconda privatizzazione”, iniziata, come detto, con la l. 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. “legge Bassanini”), sulla cui base sono stati adottati i successivi dd.lgs. nn. 80 e 387 del 1998, integrativi e correttivi delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 29 del 1993 (e

Anzitutto, la disciplina del rapporto di lavoro privato è estesa anche ai dirigenti generali e le funzioni dirigenziali erano suddivise in tre distinte tipologie, in funzione della loro rilevanza e del grado di coesione con l'organo politico: i dirigenti apicali, gli incarichi di direzione degli uffici dirigenziali generali e gli incarichi di direzione degli altri uffici di livello dirigenziale³⁴⁸.

In secondo luogo, veniva introdotto il regime della temporaneità degli incarichi dirigenziali³⁴⁹: la durata dell'incarico, infatti, non è più *sine die*, ma andava da un minimo di due anni a un massimo di sette, salvo rinnovo³⁵⁰.

In terzo luogo, era prevista la possibilità, entro determinate percentuali, di conferire un incarico dirigenziale di livello superiore a dirigenti con una qualifica inferiore, e di attribuire un incarico dirigenziale di qualsiasi livello a un soggetto esterno dell'Amministrazione, in possesso di specifiche e comprovate qualità professionali. Conseguentemente, aveva luogo la scissione tra rapporto di servizio (che attiene allo status del dirigente all'interno di una pubblica Amministrazione) e il rapporto d'ufficio (che concerne lo svolgimento di un determinato incarico).

Da ultimo, ma non per importanza, come si avrà modo di approfondire *infra*, ferma la diversità di funzioni attribuite a organi politici e dirigenti, il decreto n. 80 del 1998 ha dato avvio a una fase caratterizzata dall'emersione di un'intima connessione tra la durata degli incarichi dirigenziali e quella del governo in carica, prevedendo la

successivamente confluiti nel d.lgs. n. 165 del 2001). Con il d.lgs. n. 29 del 1993, infatti, era già stata avviata una "prima privatizzazione", la quale, con scelta da taluni contestata, aveva escluso dal processo di privatizzazione l'alta dirigenza. Sul punto cfr. C. COLAPIETRO, *La "controriforma" del rapporto di lavoro della dirigenza pubblica*, cit., par. 1; S. NERI, *La politica dell'amministrazione*, cit., 99 sg.

³⁴⁸ Cfr. l'art. 4, comma 2, del d.lgs. n. 29 del 1993, in principio sostituito prima dall'art. 3 del d.lgs. n. 546 del 1993, in secondo luogo modificato dall'art. 9 del d.lgs. n. 396 del 1997, in terzo luogo sostituito dall'art. 4 del d.lgs. n. 80 del 1998 e infine confluito, con distinta numerazione (*i.e.* art. 5), nel d.lgs. n. 165 del 2001.

³⁴⁹ Segnatamente: degli incarichi di Segretario Generale di Ministeri, di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e di livello equivalente, degli incarichi di direzione degli uffici di livello dirigenziale generale e degli incarichi di direzione degli uffici di livello dirigenziale non generale.

³⁵⁰ Come si vedrà, la durata minima dell'incarico dirigenziale, temporaneamente soppressa dall'art. 3 della l. 15 luglio 2002, n. 145, è stata reintrodotta dall'art. 14-*sexies* della l. 17 agosto 2005, n. 168: essa non può essere inferiore a tre anni, né superiore al termine di cinque.

cessazione automatica di determinati incarichi nel caso in cui essi non fossero stati confermati, revocati o modificati entro il termine di novanta giorni decorrenti dal voto di fiducia del Parlamento al Governo³⁵¹.

Vi sono, poi, altri importanti mutamenti, rappresentati dall'istituzione del ruolo unico dei dirigenti e dalla suddivisione in dirigenti di prima e di seconda fascia³⁵²; dall'introduzione del principio della contrattazione del contenuto dell'incarico³⁵³; dalla nuova disciplina concernente la responsabilità dirigenziale. Quest'ultima, com'è noto, consiste nella responsabilità propria del dirigente, che si cumula a quelle già previste dall'ordinamento per tutti i pubblici funzionari e che attiene proprio al conseguimento del risultato³⁵⁴. Posto infatti che il dirigente partecipa alla definizione degli obiettivi, la verifica del risultato non consiste in un mero riscontro formale tra gli obiettivi assegnati e quelli effettivamente raggiunti, ma in una valutazione complessiva che si estende alla capacità datoriale e a quella volta a definire le condizioni necessarie per l'attuazione dell'indirizzo impartito dagli organi di Governo³⁵⁵.

³⁵¹ Così l'art. 19, comma 8, del d.lgs. n. 29 del 1993, per come modificato dall'art. 13 del d.lgs. n. 80 del 1998, su cui v. C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione*, cit., 73.

³⁵² V. M.P. GENESIN, *Dirigenti pubblici*, in *Dig. disc. pubbl. (I aggiornamento)*, Torino, Utet, 2011, par. 4. Cfr. l'art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 29 del 1993 (le cui disposizioni sono ora contenute nell'art. 19 TUIPI), in base al quale l'organo politico di vertice può assegnare l'incarico non solo ai dirigenti in servizio presso l'Amministrazione di propria competenza, ma anche a tutti i dirigenti inseriti nella prima o nella seconda fascia del ruolo unico interministeriale della dirigenza. A ciò va aggiunto che l'art. 19 dà forma a una struttura organizzativa piramidale e distinta su tre livelli: a) gli uffici di Segretariato generale di Ministero e di quelli articolati al loro interno in ulteriori uffici di livello dirigenziale generale, che possono essere "confermati, revocati, modificati, rinnovati entro novanta giorni dal voto di fiducia del Governo"; b) uffici appartenenti al(l'unico) livello dirigenziale generale; c) uffici di livello dirigenziale. Quanto alle attuali modalità di accesso alla seconda e alla prima fascia dirigenziale cfr. rispettivamente gli artt. 28 e 28-bis del vigente d.lgs. n. 165 del 2001.

³⁵³ L'art. 2 del d.lgs. n. 29 del 1993, nella versione novellata dall'art. 5 del d.lgs. n. 387 del 1998, disponeva che "sono definiti contrattualmente, per ciascun incarico, l'oggetto, gli obiettivi da conseguire, la durata dell'incarico, salvi i casi di revoca di cui all'articolo 21, nonché il corrispondente trattamento economico".

³⁵⁴ Sulla disciplina della dirigenza pubblica tra prima e seconda privatizzazione v. M.P. GENESIN, *Dirigenti pubblici*, cit., par. 3.

³⁵⁵ Così M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione: una "storia difficile"*, in *Diritti fondamentali*, n. 1/2018, 10.

I fattori della “privatizzazione” di cui ora si è parlato hanno contribuito a favorire la responsabilizzazione e la mobilità dei dirigenti sulla base di un meccanismo concorrenziale, dando nuova linfa alle interazioni tra dirigenti e organi di governo. A monte, la contrattazione del contenuto dell’incarico sensibilizza il dirigente in merito alle scelte organizzative e funzionali da effettuare in vista del raggiungimento degli obiettivi assegnati; a valle, la verifica del risultato conseguito dal dirigente e la rispondenza di questo agli indirizzi ricevuti consente all’organo politico di correggere le proprie scelte, ove necessario, e al dirigente di migliorare le sue competenze professionali e gestionali. Per questi motivi, in dottrina si è fatta largo anche l’opinione che le riforme del 1998, pur volte a favorire la “positiva interazione con gli organi di governo”³⁵⁶ da parte dei dirigenti, hanno anche ampliato e agevolato il potere di scelta del soggetto politico per l’attribuzione degli incarichi dirigenziali, ciò che, in definitiva, evidenzia il carattere “fiduciario” o “di *contiguità* [...] tra dirigente e vertice politico all’interno dell’organizzazione”³⁵⁷.

In tale contesto normativo si colloca il più volte menzionato d.lgs. n. 165 del 2001, emanato ai sensi dell’art. 1, comma 8, della l. 24 novembre 2000, n. 340 (*hinc inde*: anche “legge di semplificazione 2000”) allo scopo di raccogliere in un testo unico tutte le norme che disciplinano i rapporti di lavoro del personale contrattualizzato dipendente delle Amministrazioni pubbliche. La denominazione di “Testo Unico”, che pure compariva nello schema di decreto legislativo inviato alle Camere, è successivamente scomparsa a seguito di un invito delle competenti Commissioni della Camera a modificare il titolo, onde non ingenerare equivoci “sia per difetto che per eccesso”³⁵⁸: lo schema di decreto delegato, infatti, per un verso conteneva anche norme attinenti altre materie; per altro verso, non includeva la disciplina “speciale” per i dipendenti non contrattualizzati.

³⁵⁶ *Ivi*, 11.

³⁵⁷ Così A. ZOPPOLI, *Temporaneità e consensualità dell’incarico nel rapporto di lavoro della dirigenza pubblica*, in *Giur. It.*, 2002, 12 sgg. (par. 2; corsivo nell’originale).

³⁵⁸ Così C. COLAPIETRO, *La “controriforma” del rapporto di lavoro*, cit., par. 1 (pp. 5 sg. dell’estratto).

Sulla qualifica da attribuire a questo provvedimento si è sviluppato un ampio dibattito nella dottrina, divisa tra: *i*) coloro per i quali non si trattava affatto di un testo unico, ma di un “surrogato”³⁵⁹; *ii*) coloro che ritenevano che il “testo unico”, anche a volerlo ritenere tale, fosse in ogni caso “meramente compilativo”, poiché si sarebbe “limitato a riprodurre, senza manipolazioni sostanziali, il testo aggiornato e vigente del d.lgs. n. 29 del 1993”, senza peraltro ricomprendersi “la disciplina degli istituti del rapporto di lavoro dei pubblici impiegati ulteriori” rispetto al d.lgs. n. 29 del 1993 che continuano a trovare collocazione nei testi originari”³⁶⁰; *iii*) chi sosteneva che, anche a voler attribuire al decreto l’ambigua qualifica di testo unico “compilativo”, l’aggettivo andasse comunque “letto come riferito esclusivamente a connotare i margini di intervento del Governo nella redazione dello stesso, ma non come diretto ad identificare il regime dell’atto-fonte in cui tale testo unico è contenuto”, al quale andava comunque attribuito il carattere normativo³⁶¹.

Com’è noto, alla disputa ha posto fine la Corte costituzionale, la quale, nell’ord. n. 11 del 2002 e seppure *incidenter tantum*, ha fatto chiarezza sul punto. Infatti, ha espressamente riconosciuto che, nelle more dell’instaurazione del giudizio di costituzionalità, le norme censurate (contenute, all’epoca, nel d.lgs. n. 29 del 1993, vigente *ratione temporis*), insieme alla restante disciplina della materia, fossero state “trasfuse nelle corrispondenti disposizioni del testo unico di cui al d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165”, sulle quali, pertanto, doveva intendersi trasferita la questione di legittimità costituzionale. Tanto ha comportato il (seppur implicito) riconoscimento, da parte della Corte, che si trattasse “di un decreto legislativo, e quindi di un testo

³⁵⁹ Ad es. F. CARINCI, *Il mancato testo unico del pubblico impiego*, in *Giornale Dir. Amm.*, n. 11/2001, 1178 sgg., par. 5 (il quale, oltre che di “surrogato”, parla di “pudica rubrica” del decreto delegato).

³⁶⁰ V. TALAMO, *Il d.lgs. n. 165 del 2001 fra tradizione e discontinuità: guida ad un testo unico “meramente compilativo”*, in *Il testo unico del pubblico impiego. Supplemento a Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n. 2/2001, 9 sgg., secondo cui “il decreto [...] non reca, quindi, alcuna norma nuova e non innova l’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, limitandosi ad inserire alcune norme di coordinamento sociale e sistematico, nel rispetto di quanto disposto dalla norma di delega che consentiva una novazione dai limitati effetti, in quanto funzionale al mero coordinamento dell’esistente”.

³⁶¹ Così N. LUPO, *L’estensione della contrattualizzazione ai dirigenti generali supera il vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 1/2002, 86 sg.

unico «delegato» o «normativo» (e, in quanto tale, abilitato ad innovare l'ordinamento giuridico ovviamente nei limiti consentiti dalla legge di delega)³⁶².

2.3.- Le modifiche della l. n. 145 del 2002 in chiave di fiduciarietà del rapporto tra organi di indirizzo politico e dirigenti

La l. 15 luglio 2002, n. 145 (recante “*Disposizioni per il riordino della dirigenza statale e per favorire lo scambio di esperienze tra pubblico e privato*”), ha mutato profondamente lo scenario organizzativo: essa, infatti, ha introdotto norme che, pur non operando sul riparto delle funzioni tra organi politici e dirigenza, hanno notevolmente inciso sull'autonomia della seconda, accentuandone la condizione di dipendenza strutturale dai primi³⁶³.

La condizione di dipendenza si evince anzitutto, anche in questo caso, dalla disciplina relativa alla cessazione e alla temporaneità degli incarichi di funzioni dirigenziali, come si vedrà meglio *infra, sub par. 3 sgg.*³⁶⁴. Da un lato, non era più previsto un termine minimo di durata dell'incarico; dall'altro, quello massimo era ridotto a tre anni per gli incarichi dirigenziali di vertice e per quelli di livello generale e a cinque anni per tutti gli altri incarichi di funzione dirigenziale³⁶⁵.

Infine, era introdotta l'unilateralità della determinazione dell'oggetto, degli obiettivi e della durata dell'incarico, alla definizione dei quali il dirigente, invece, in precedenza concorreva; con conseguente impossibilità, per quest'ultimo, di interagire

³⁶² *Ibidem.*

³⁶³ Cfr. M.P. GENESIN, *Dirigenti pubblici*, cit., par. 2 (*ad finem*).

³⁶⁴ Su tali due vicende dell'incarico dirigenziale - cessazione e temporaneità - pone l'accento anche L. SALTARI, *Dirigenza pubblica e modelli di amministrazione*, in AA.VV., *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Milano, Giuffrè, 2009, 195, nel senso ch'esse “svuotano di senso la valutazione dell'attività dirigenziale che avrebbe dovuto essere *il presupposto principe* della dimissione del dirigente” (corsivo nostro).

³⁶⁵ Cfr. l'art. 3, comma 1, della l. n. 145 del 2002, nonché il commento di C. COLAPIETRO, *La “controriforma” del rapporto di lavoro*, cit., par. 3.4.1. (pp. 27 sg. dell'estratto).

con il vertice politico sulle possibili linee di azione da intraprendere per il raggiungimento di un determinato risultato, così mettendolo in una posizione di sostanziale dipendenza dal vertice politico. Inoltre, poiché non sussistevano vincoli precisi in ordine alla determinazione degli obiettivi, l'assegnazione di compiti dal contenuto generico tendeva a rendere di per sé insindacabile la scelta sulla designazione del dirigente destinato all'incarico. Si aggiunga che non era previsto che il provvedimento di conferimento dell'incarico contenesse indicazioni sui criteri seguiti per la scelta del dirigente, né ch'esso fosse specificamente motivato in ordine alla congruità dei requisiti professionali posseduti dal soggetto designato con il tipo di incarico che si andava ad assegnare, né che si procedesse alla pubblicazione di un bando per acquisire eventuali candidature³⁶⁶.

La disciplina sul conferimento dell'incarico mostrava la propria debolezza anche in ordine alle modalità di valutazione dei risultati. Queste, valorizzando i profili soggettivi del dirigente incaricato piuttosto che quelli concernenti i risultati dell'attività di gestione, finivano con l'ampliare la discrezionalità dell'organo politico a scapito dell'imparzialità del giudizio valutativo³⁶⁷.

Con riferimento all'attribuzione di incarichi dirigenziali a soggetti esterni all'Amministrazione, era previsto che il conferimento dell'incarico non fosse vincolato all'esito della verifica positiva in ordine alla sussistenza di specifiche e comprovate competenze, idonee a giustificare il ricorso a soggetti esterni³⁶⁸.

³⁶⁶ M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione*, cit., 14. L'A. ricorda anche che "la configurazione privatistica di tale potere [di conferimento dell'incarico], quale atto organizzativo, escludeva che esso potesse essere valutato sotto il profilo dell'imparzialità e del buon andamento, essendo le uniche censure contestabili quell[e] relativ[e] all[e] violazion[i] dei principi di correttezza e buona fede".

³⁶⁷ Si consideri il comma 1 dell'art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001 - nella versione novellata dall'art. 3, comma 1, lett. a), della l. n. 145 del 2002 - il quale, nel definire i requisiti oggettivi e soggettivi da valutare per il conferimento dell'incarico, valorizza "[le] attitudini e [le] capacità professionali del singolo dirigente" rapportate agli obiettivi di volta in volta indicati dal soggetto politico nella direttiva annuale. La sostituzione del parametro oggettivo, da tenere in considerazione nella verifica di adeguatezza del singolo al perseguimento delle finalità previamente determinate,

³⁶⁸ In senso critico v. C. COLAPIETRO, *La "controriforma" del rapporto di lavoro*, cit., par. 4.1 (p. 38 sg. dell'estratto); analogamente cfr. M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione*, cit., 15.

Sotto il profilo della responsabilità dirigenziale, le modifiche introdotte ne circoscrivevano le ipotesi al mancato raggiungimento degli obiettivi e all'inosservanza – non più necessariamente “grave” – delle direttive. In particolare, rispetto alla precedente formulazione dell'art. 21 TUPI, il conseguimento di risultati negativi non era più previsto tra i comportamenti sanzionati, di modo che in caso di assenza di direttive o di direttive non puntuali veniva meno ogni forma di controllo interno sul concreto utilizzo delle risorse messe a disposizione³⁶⁹.

A giudizio della dottrina, le riforme di cui si è detto hanno determinato, per l'effetto, una “forte accentuazione del legame della dirigenza dell'amministrazione dello Stato – ed anche di tutti i rappresentanti nominati dal Governo o da singoli Ministri in enti pubblici, società partecipate o controllate dallo Stato, agenzie ed altri organismi comunque denominati – *agli organi di indirizzo politico-amministrativo*”, ciò che contribuiva, in ultima analisi, alla “precarizzazione della posizione dei dirigenti”³⁷⁰, in una con la loro progressiva fidelizzazione³⁷¹.

L'accentuata fiduciarità del rapporto tra organi di indirizzo e dirigenti ha anche sollevato dubbi di legittimità costituzionale in relazione alla violazione del canone di imparzialità. Sul punto, la Corte costituzionale, più volte investita di questioni di legittimità costituzionale concernenti la cessazione automatica degli incarichi dirigenziali all'atto di insediamento del nuovo Governo³⁷², ha chiarito il significato da attribuire in questo contesto alla “fiducia”, affermando che, anche se la cessazione degli incarichi dirigenziali all'atto dell'insediamento del nuovo governo è giustificata alla luce del canone di buon andamento e a tutela della continuità tra azione politica e azione amministrativa, è pur sempre necessario un “*momento procedimentale di confronto dialettico tra le parti, nell'ambito del quale, da un lato, l'amministrazione esterni le ragioni – connesse alle pregresse modalità di svolgimento del rapporto*

³⁶⁹ *Ibidem*.

³⁷⁰ Così C. COLAPIETRO, *La “controriforma” del rapporto di lavoro*, cit., par. 2 (p. 10 dell'estratto; corsivo nell'originale); M.P. GENESIN, *Dirigenti pubblici*, cit., par. 2, *ad finem*.

³⁷¹ M. RUSCIANO, D. SIMEOLI, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Dig. disc. pubbl. (VII aggiornamento)*, Torino, Utet, 2017, par. 23.

³⁷² Si tratta del c.d. *spoils system*, su cui v. più ampiamente *infra*, parr. 3.2. sgg.

anche in relazione agli obiettivi programmati dalla nuova compagine governativa – per le quali ritenga di non consentirne la prosecuzione sino alla scadenza contrattualmente prevista; dall’altro, al dirigente sia assicurata la possibilità di far valere il diritto di difesa, prospettando i risultati delle proprie prestazioni e delle competenze organizzative esercitate per il raggiungimento degli obiettivi posti dall’organo politico e individuati, appunti, nel contratto a suo tempo stipulato”³⁷³.

Salvo quanto si dirà *infra*³⁷⁴ in relazione al fenomeno concernente la cessazione automatica dagli incarichi dirigenziali, va qui sottolineato l’accento posto dal Giudice delle leggi sulla necessità di ricostruire il rapporto tra organi di governo e Amministrazione in maniera tale che la stabilità dell’incarico, da un lato, non costituisca un vincolo per il legislatore e, dall’altro, che nella scelta discrezionale di investitura del dirigente la componente variabile di fidelizzazione sia contenuta nell’ambito di criteri oggettivi, volti a contemperare fiduciarità e imparzialità.

2.4.- Il d.lgs. n. 150 del 2009 e la valutazione della *performance*: il ritorno del principio di distinzione

Il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, ha impresso un nuovo corso al rapporto tra politica e amministrazione, muovendosi nella direzione di un “rafforzamento del principio di distinzione delle funzioni di indirizzo dalle funzioni di gestione amministrativa”³⁷⁵. Tale intervento legislativo, nato con l’intento di far raggiungere elevati standards qualitativi ed economici al servizio pubblico mediante la valorizzazione dei risultati e della *performance* organizzativa e individuale delle amministrazioni pubbliche, fa della valutazione della dirigenza il volano per migliorare la qualità dei servizi offerti e

³⁷³ Così la sent. Corte cost. n. 103 del 2007, par. 9.2. del *Considerato in diritto*, sulla quale v. G. CORSO - G. FARES, *Quale spoil system dopo la sentenza 103 della Corte costituzionale?*, in *Giustamm.it.*, ora in *Consulta Online*, n. 1/2007.

³⁷⁴ Cfr. parr. 3. sgg.

³⁷⁵ M.P. GENESIN, *Dirigenti pubblici*, cit., par. 2 (*ad finem*).

per accrescere le competenze professionali, con strumenti nuovi (come il *customer satisfaction*) accanto a quelli già esistenti (i premi e gli incentivi basati esclusivamente sul merito).

Sin dalle linee di indirizzo contenute nella legge delega 4 marzo 2009, n. 15, emerge l'idea che l'efficienza dell'Amministrazione debba valutarsi sul piano della qualità, oltre che della quantità, dei servizi offerti all'utenza. Di qui la necessità che l'Amministrazione operi mediante personale qualificato e produttivo, le cui prestazioni siano costantemente monitorate mediante un sistema di controlli, interni ed esterni, ai quali deve corrispondere un adeguato regime di responsabilità. Il disegno organizzativo della riforma, dunque, si muove lungo tre direttrici: qualità dei servizi, valutazione e trasparenza amministrativa.

L'art. 40 del d.lgs. n. 150 del 2009 ha modificato l'art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, prevedendo che, ai fini del conferimento dell'incarico, si debba tener conto non solo delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, in riferimento alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati e alla complessità della struttura interessata, ma anche “*dei risultati conseguiti in precedenza nell'amministrazione di appartenenza e della relativa valutazione, delle specifiche competenze organizzative possedute, nonché delle esperienze di direzione eventualmente maturate all'estero, presso il settore privato o presso altre amministrazioni pubbliche, purché attinenti al conferimento dell'incarico*”.

La novella, dunque, mira a temperare l'elemento fiduciario del potere di nomina mediante l'obbligo della valutazione dei risultati conseguiti in termini di standard qualitativi, misurabili in base a indicatori predefiniti nel piano della *performance*. A tal fine, l'art. 19, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 165 del 2001, parimenti novellato dall'art. 40 del d.lgs. n. 150 del 2009, obbliga l'Amministrazione a “*rende[re] conoscibili, anche mediante pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e la tipologia dei posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione organica ed i criteri di scelta*”, nonché ad acquisire e a valutare “*le disponibilità dei dirigenti interessati*”. In questo modo, l'affidamento dell'incarico viene ancorato alla predeterminazione dei criteri di selezione del dirigente, ciò che, a detta della dottrina,

ha consentito di recuperare le “lacune di imparzialità”³⁷⁶ che precedentemente impedivano di innescare virtuose competizioni tra le professionalità in ruolo.

La portata della riforma del 2009, tuttavia, è stata ridimensionata da soluzioni normative successive. Le quali, come si vedrà *infra, sub* par. 3.2 sgg., hanno reintrodotta soluzioni che hanno sminuito l’impostazione tesa ad ancorare la dinamica del rapporto tra vertici politici e dirigenti alla logica del risultato di questi ultimi.

2.5.- Le aspirazioni di riforma della dirigenza pubblica

La dirigenza pubblica – in una con la morfologia dei rapporti tra politica e amministrazione in generale – è stata interessata di recente da distinti interventi di riforma.

Tra essi si segnala anzitutto la l. 7 agosto 2015, n. 124, recante “*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*” (meglio nota come “legge Madia”), al cui interno trovavano spazio le misure volte al riordino della disciplina del lavoro alle dipendenze della pubblica Amministrazione (art. 17) e le disposizioni concernenti la materia della dirigenza pubblica (art. 11)³⁷⁷.

³⁷⁶ M. INTERLANDI, *Il principio di separazione*, cit., 18. L’Autrice, peraltro, evidenzia anche l’importanza della scelta della novella di subordinare a esplicita motivazione l’affidamento di incarichi a soggetti esterni, coerentemente con la natura eccezionale di tale fattispecie e riaffermando la centralità del momento valutativo, che deve essere imparziale e ancorato a criteri selettivi volti a individuare il soggetto più competente.

³⁷⁷ Il “respiro” delle deleghe conferite al Governo dalla legge Madia, in realtà, era ben più ampio, come osserva A. POGGI, *La legge Madia, riorganizzazione dell’amministrazione pubblica*, in *Federalismi.it*, n. 20/2015, 1 sgg. la quale tuttavia segnala che, rispetto all’oggetto “ambizioso” della legge (i.e. la riforma dell’amministrazione pubblica), “un angolo prospettico di un certo significato [...] è costituito dalle norme dedicate all’apparato ministeriale, sia centrale che periferico e [dal]le norme dedicate all’amministrazione regionale e locale, quale parte dell’amministrazione pubblica complessivamente intesa”, atteso che, “se [...] la *ratio* della legge è quella di aggredire gli snodi principali di una organizzazione evidentemente in affanno, lenta, farraginoso ed inefficiente, i due versanti sopra citati (quello ministeriale e quello territoriale) costituiscono dimensioni inevitabili di intervento, se non altro per l’immediata vicinanza di quelle dimensioni alle prestazioni utili ai cittadini e all’attività di supporto

L'art. 11 delegava il Governo a adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge delega³⁷⁸, *“uno o più decreti legislativi in materia di dirigenza pubblica e di valutazione dei rendimenti dei pubblici uffici”* (comma 1). Tra i principi e criteri direttivi da rispettare, inoltre, prevedeva che la dirigenza fosse articolata in *“ruoli unificati e coordinati, accomunati da requisiti omogenei di accesso e da procedure analoghe di reclutamento, basati sul principio del merito”* e che fosse istituita *“una banca dati nella quale inserire il curriculum vitae, un profilo professionale e gli esiti delle valutazioni per ciascun dirigente”*. La gestione dei ruoli unificati avrebbe dovuto essere attribuita a delle Commissioni di esperti (una per ogni ruolo), istituita presso il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri operante con piena autonomia di valutazione e composta da componenti selezionati con modalità tali da garantirne l'indipendenza, la terzietà, l'onorabilità e l'assenza di conflitti di interessi, con procedure trasparenti e con scadenze differenziate, sulla base di requisiti di merito e incompatibilità con cariche politiche e sindacali.

In particolare, in luogo dell'attuale sistema contraddistinto da fasce (a seconda della qualifica dirigenziale) e ruoli (uno per ciascuna Amministrazione), si sarebbero dovuti istituire tre ruoli unici, rispettivamente per la dirigenza statale, regionale e locale, dai quali avrebbero potuto attingere le rispettive Amministrazioni. Nella pratica, ciascuna Amministrazione a livello nazionale, regionale e locale si sarebbe trovata a poter conferire incarichi dirigenziali a tutti i dirigenti compresi nel rispettivo unico ruolo nazionale (assai ampio, dunque con grande possibilità di scelta) anziché, come attualmente avviene, ai soli dirigenti presenti nel proprio ruolo. I dirigenti, per parte loro, avrebbero avuto maggiori opportunità di scelta, in base ai propri meriti e in rapporto *“concorrenziale”* con i loro omologhi³⁷⁹.

allo sviluppo economico-produttivo”. Quanto alle caratteristiche che avrebbero dovuto ispirare la riforma della dirigenza pubblica, v. *ivi*, 4 sgg.

³⁷⁸ La l. n. 124 del 2015 è stata pubblicata sulla G.U. n. 187 del 13 agosto 2015 ed è entrata in vigore il 28 agosto 2015.

³⁷⁹ Cfr. l'art. 11, comma 1, lett. b), nn. 1), 2) e 3) della l. n. 124 del 2015, su cui v. anche G. TACCOGNA, *La disciplina dell'organizzazione amministrativa*, cit., 348.

Per l'accesso al ruolo, la legge delega prevedeva due modalità di reclutamento: quella del corso-concorso e quella del corso. Nel primo caso l'Amministrazione, sulla base dei requisiti predeterminati, avrebbe selezionato i partecipanti per un numero fisso di posti, definito in relazione al fabbisogno minimo annuale del sistema amministrativo; al termine del corso, i candidati avrebbero dovuto sostenere un esame finale e i vincitori sarebbero stati assunti come funzionari, con obblighi di formazione per i primi tre anni, al termine dei quali, previo esame di conferma da parte di un organismo indipendente, avrebbero potuto accedere al ruolo unico della dirigenza. Nel secondo caso, invece, l'accesso al ruolo era subordinato al superamento di un concorso che avrebbe consentito al candidato di essere assunto per tre anni a tempo determinato, con conseguente immissione nel ruolo unico della dirigenza, anche qui previo esame di conferma da parte di un organismo indipendente³⁸⁰.

La costituzione di tre "ruoli unici" dei dirigenti pubblici, nell'ambito dei quali il vertice politico e amministrativo poteva esercitare il proprio potere di scelta nell'ambito di idonee e proceduralizzate garanzie³⁸¹, puntava a raggiungere un "giusto punto di equilibrio"³⁸² nell'assicurare l'imparzialità del pubblico dirigente e nel renderlo, al contempo, responsabile innanzi alle richieste dei cittadini amministrati³⁸³.

Il decreto legislativo recante la disciplina della dirigenza pubblica, tuttavia, non è mai entrato in vigore. Intervenuti i pareri degli organi competenti, lo schema di decreto legislativo in questione, che scadeva il 26 novembre 2016, è stato approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri il 25 novembre 2016. Lo stesso giorno in cui il decreto *de quo* era all'esame del Presidente della Repubblica per la sua successiva emanazione, è stata pubblicata, mediante deposito in cancelleria, la sent. Corte cost. n. 251 del 2016. Con detta pronuncia, il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità

³⁸⁰ Cfr. rispettivamente i nn. 1) e 2) dell'art. 11, comma 1, lett. c), della l. n. 124 del 2015.

³⁸¹ S. BATTINI, *Le norme sul personale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2015, 645 sgg.

³⁸² S. NERI, *La politica nell'amministrazione*, cit., 107.

³⁸³ B.G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2015, 621 sgg.

costituzionale di alcune disposizioni della legge delega - tra le quali vi erano anche le misure relative alla stessa disciplina sulla dirigenza pubblica - nella parte in cui prevedevano che i decreti legislativi attuativi fossero adottati previa acquisizione del parere reso in sede di Conferenza unificata anziché previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni. Il deposito della sentenza, dunque, è intervenuto tra l'approvazione del decreto delegato e l'emanazione del medesimo da parte del capo dello Stato, così determinando l'arresto dell'*iter* di approvazione del decreto stesso e conseguentemente la sua scadenza secondo i termini di legge³⁸⁴.

Ancor più di recente, la dirigenza pubblica è stata interessata da un secondo progetto di riforma, il quale, tuttavia, a causa del repentino cambio di maggioranza legato all'avvicinarsi dei Governi Conte I e II, è confinato in un limbo incerto ed è a tutt'oggi da considerarsi parimenti incompiuto³⁸⁵. Si tratta del disegno di legge presentato al Senato il 5 marzo 2019 dal Ministro per la pubblica amministrazione del Governo Conte I (*hinc inde*: anche “d.d.l. Bongiorno”³⁸⁶), contenente deleghe

³⁸⁴ Come si è visto, infatti, una volta ritirato il provvedimento non esistevano più i tempi tecnici per raggiungere l'intesa sul decreto prima della promulgazione da parte del Capo dello Stato. Sull'intreccio tra la scansione temporale relativa all'*iter* di emanazione del decreto delegato e il deposito della sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016 si sofferma G. D'AMICO, *La sentenza sulla legge Madia, una decisione (forse) troppo innovatrice*, in *Questione Giustizia*, 23 gennaio 2017, il quale, premesso che “nessun vincolo a carico della Corte può desumersi dalla tempistica prevista per l'esercizio della delega”, osserva che “per un verso, appare inopportuno il deposito della sentenza della Corte un giorno prima della scadenza di una delle deleghe, mentre, per altro verso, sarebbe stata preferibile (ma non del tutto praticabile per le ragioni tecniche sopra esposte) una decisione prima dell'adozione di tutti i decreti legislativi (e non solo di uno)”. Sul *sequitur* della sent. n. 251 del 2016 e sulle conseguenze - anche di sistema - v., all'interno dell'ampio dibattito in dottrina scaturitone, A. POGGI - G. BOGGERO, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto*, in *Federalismi.it*, n. 25/2016; R. BIFULCO, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 3/2017; R. LUGARÀ, *Sentenze additive di procedura... legislativa? Il problematico seguito della sent. n. 251 del 2016*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017; A. STERPA, *Sentenza n. 251/2016: può la Corte costituzionale ampliare il contenuto necessario della legge di delega ex art. 76 Cost.?*, in *Federalismi.it*, n. 10/2017; S. BARBARESCHI, *La Riforma Madia “a pezzi”: tra proceduralizzazione e interventi degli organi costituzionali. Il punto della questione*, in *Federalismi.it*, n. 20/2017, specialmente 16 sgg.

³⁸⁵ Lo dimostra il fatto che l'ultimo esame in Commissione risale al 30 luglio 2019, come si evince dal sito istituzionale del Senato della Repubblica (data dell'ultima consultazione: 19 novembre 2020).

³⁸⁶ Si tratta del d.d.l. A.S. n. 1122, recante “*Deleghe al Governo per il miglioramento della pubblica amministrazione*”; si vedano in particolare la Relazione introduttiva e l'art. 1 per le ragioni ispiratrici

all'adozione, da parte del Governo, di distinti decreti legislativi volti al "rilancio dell'azione amministrativa, in primo luogo, mediante una riforma del rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche" e all'individuazione di "soluzioni concrete per garantire l'efficienza delle amministrazioni pubbliche, il miglioramento dell'organizzazione amministrativa e l'incremento della qualità dei servizi erogati dalle stesse"³⁸⁷.

In questa prospettiva di rinnovamento, che abbraccia i vari aspetti in cui si articola il rapporto di lavoro pubblico (accesso al pubblico impiego e alla qualifica dirigenziale, procedure di mobilità, procedimenti di valutazione delle competenze e procedimenti disciplinari), un ruolo di prim'ordine è riconosciuto alla dirigenza, come significativamente riconosce lo stesso Governo nella stessa Relazione di accompagnamento al d.d.l., laddove afferma che "una migliore organizzazione del lavoro pubblico non può prescindere [...] dalla piena garanzia dell'autonomia del dirigente pubblico attuando una maggiore trasparenza delle procedure di conferimento, modifica o revoca degli incarichi dirigenziali"³⁸⁸.

In secondo luogo, è nuovamente confermata la centralità del principio di distinzione tra vertice politico e amministrativo, il quale, come si vedrà a breve, figura espressamente tra i principi e criteri direttivi concernenti la disciplina del rapporto di lavoro e del trattamento retributivo dei dirigenti.

Se veniamo alle singole disposizioni qui di interesse, l'art. 4 contiene una specifica delega al Governo per il riordino della disciplina della dirigenza, dichiaratamente finalizzato "a migliorare la qualità della prestazione lavorativa del personale dirigenziale, ad incrementarne la produttività e migliorare l'immagine e l'efficienza della pubblica amministrazione"³⁸⁹. Nel d.d.l. si propone di rivedere a fondo i requisiti

della riforma e gli artt. 2-6 per l'individuazione dell'oggetto e dei principi e criteri direttivi delle singole deleghe.

³⁸⁷ Così la Relazione di accompagnamento al d.d.l. A.S. n. 1122.

³⁸⁸ *Ibidem*.

³⁸⁹ Degno di rilievo è però anche l'art. 2, il quale specifica che il Governo dovrà ridefinire le modalità di accesso al pubblico impiego in generale - ivi incluso quello alla dirigenza di prima e di seconda fascia - prevedendo, in particolare: prove differenziate in relazione alle personalità da reclutare e orientate a

per l'accesso alla dirigenza, in modo tale da assicurare "la differenziazione in ragione della specificità e natura dell'incarico da conferire e l'adeguata valorizzazione della competenza, della capacità professionale anche di tipo organizzativo e, in caso di dipendenti pubblici [che concorrano per l'accesso alla qualifica dirigenziale], delle valutazioni conseguite"³⁹⁰. Sono previsti criteri distinti per l'accesso alla qualifica di dirigente della seconda e della prima fascia, ai quali, a determinate condizioni, possono prender parte anche coloro che già sono in servizio presso l'Amministrazione³⁹¹.

Anche il conferimento, la conferma e la revoca degli incarichi dirigenziali sono interessati dalla riforma, che individua, tra i relativi principi e criteri direttivi, la necessità di: "ridefinire i criteri [di conferimento, conferma e revoca degli incarichi dirigenziali], nel rispetto dei principi di trasparenza, di rotazione, di parità di genere e di valorizzazione del merito, favorendo lo scambio di esperienze e la crescita professionale del dirigente"; "individuare i requisiti indispensabili per il conferimento degli incarichi di livello dirigenziale generale ai dirigenti di seconda fascia";

selezionare i candidati migliori sulla base delle competenze possedute (comma 2, lett. *a*)); lo svolgimento di verifiche psico-attitudinali nonché di quelle finalizzate all'accertamento anche del possesso di adeguate capacità relazionali, ivi compresa l'attitudine al lavoro di gruppo (comma 2, lett. *d*)); che i componenti delle commissioni esaminatrici siano individuati esclusivamente tra i soggetti iscritti nell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni esaminatrici di concorso, da istituire presso il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, nel quale possono essere iscritti soggetti in possesso di requisiti di compatibilità e moralità, nonché di comprovata competenza ed elevata professionalità (comma 2, lett. *f*), n. 3)).

³⁹⁰ Così il comma 2, lett. *a*), dell'art. 4. Il medesimo comma, alla lett. *b*), attribuisce poi alla Scuola nazionale dell'amministrazione la competenza esclusiva all'indizione di concorsi per l'accesso alla qualifica di dirigente di prima e di seconda fascia alla Scuola nazionale dell'amministrazione.

³⁹¹ Cfr. l'art. 2, comma 2, lett. *b*), nn. 1), 2) e 3). Con riferimento all'accesso alla dirigenza da parte del personale dipendente, il n. 2) prevede, "nel rispetto del principio dell'adeguato accesso dall'esterno, lo svolgimento, da parte della Scuola nazionale dell'amministrazione, di concorsi per titoli ed esami riservati al personale dipendente che abbia conseguito le valutazioni migliori nell'ultimo triennio", mentre il n. 3), con riferimento all'accesso alla prima fascia, lo svolgimento, da parte della Scuola nazionale dell'amministrazione, per una quota dei posti non superiore al 50 per cento di quelli che si rendono disponibili nell'arco di un triennio a seguito di cessazione dal servizio e differenziata in base alle dimensioni di ciascuna amministrazione, di concorsi per titoli ed esami riservati ai dirigenti di seconda fascia, anche non appartenenti ai ruoli delle amministrazioni interessate, e finalizzati all'accertamento in concreto del possesso delle competenze e delle capacità professionali, anche di tipo organizzativo, richieste in considerazione della complessità del posto di funzione da ricoprire".

“prevedere la possibilità di rinnovare, per una sola volta, l’incarico a condizione che sussistano determinati presupposti (alta specializzazione dei compiti dell’ufficio da ricoprire, l’elevata competenza professionale dell’interessato, il livello significativo dei risultati conseguiti dall’interessato nell’espletamento dell’incarico)”; “implementare la banca dati della dirigenza statale, in modo da consentire, tra l’altro, la consultazione e l’aggiornamento del *curriculum vitae* del dirigente, l’individuazione dell’incarico attualmente ricoperto, nonché la pubblicazione degli avvisi relativi al conferimento degli incarichi dirigenziali”³⁹².

Come accennato, è però in relazione alla “disciplina del rapporto di lavoro e del trattamento retributivo dei dirigenti” che viene ascritta, quale principio e criterio direttivo ispiratore del decreto delegato, la “conferma del principio di separazione tra vertice politico e amministrativo di cui agli articoli 4 e 14 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”, con l’obiettivo di circoscrivere “i rispettivi ambiti decisionali per quanto concerne l’attività amministrativa e la gestione delle risorse [...] al fine di evitare incertezze applicative”³⁹³.

In relazione alla responsabilità disciplinare e dirigenziale, infine, nel disegno di legge si delega il Governo a elaborare un codice di condotta, all’interno del quale sia possibile individuare in maniera chiara e dettagliata le ipotesi di responsabilità disciplinare, nonché l’entità e la natura della sanzione irrogabile. Ai fini dell’esercizio della delega, al Governo è inoltre richiesto l’aggiornamento della disciplina delle modalità di accertamento della responsabilità dirigenziale (anche in questo caso mediante la specifica individuazione delle ipotesi di responsabilità) e il coordinamento della medesima con le ipotesi di responsabilità disciplinare e con i processi di valutazione e misurazione della *performance* del dirigente³⁹⁴.

Da quanto sopra osservato si può evincere che vi sono alcuni capisaldi della riforma (specializzazione delle competenze, valorizzazione delle capacità professionali anche di carattere organizzativo, specificazione dei compiti e delle responsabilità della

³⁹² Così rispettivamente l’art. 2, comma 2, lett. c), nn. 1), 2), 3) e 7) del disegno di legge.

³⁹³ Così l’art. 2, comma 2, lett. d), n. 1, del disegno di legge.

³⁹⁴ Cfr. l’art. 2, comma 2, lett. e), nn. 1), 2) e 4) del disegno di legge.

dirigenza amministrativa e dei vertici politici, definizione di un codice di condotta che individui chiaramente le fattispecie di responsabilità disciplinare, all'un tempo tenendo indenne il dirigente rispetto alle possibili inadeguatezze delle sanzioni) i quali, per ammissione dello stesso proponente, sono volti a confermare il principio di distinzione quale criterio ispiratore dei rapporti tra politica e amministrazione, e dunque senz'altro da salutare con favore. Altri aspetti, invece, pongono tale riforma in rapporto di continuità con la disciplina precedente, conservandone, però, anche alcune inefficienze (mantenimento dei ruoli dei dirigenti di pertinenza di ciascuna Amministrazione; conferma delle due fasce di dirigenza indipendentemente dall'incarico assegnato; limitazione all'accesso alla dirigenza da parte di esterni all'Amministrazione; speculare *favor* per chi già vi appartiene attraverso l'indizione di concorsi "riservati")³⁹⁵. Come detto in apertura, però, si tratta, allo stato, ancora di proposte, il cui destino è legato all'esito dell'*iter* parlamentare.

3.- Lo *spoils system*: radici del modello e sue declinazioni nell'ordinamento italiano

Nei paragrafi precedenti si sono ripercorse le tappe dell'evoluzione del sistema della pubblica dirigenza in rapporto agli organi politici. Nell'ambito di tale sistema, occorre infine soffermarsi sul c.d. *spoils system* ("sistema delle spoglie"), meccanismo che, in via di prima definizione, si potrebbe compendiare nella previsione della temporaneità degli incarichi di vertice e della loro cessazione automatica conseguente al mutare del partito di governo. Pur con la consapevolezza ch'essa costituisca uno dei tanti elementi che intercorrono nei rapporti tra politica e amministrazione, merita una trattazione a parte, non solo perché il meccanismo delle spoglie esercita una ricaduta più immediata sull'organizzazione delle pubbliche Amministrazioni e una maggiore

³⁹⁵ Cfr. C.M. SISMONDI, *Dirigenza pubblica: un cantiere ancora aperto*, in *ForumPA*, 3 febbraio 2020.

eco agli occhi dell'opinione pubblica, ma anche perché proprio su questo punto si sono concentrati, a più riprese, sia gli interventi del legislatore, sia le pronunce del Giudice delle leggi³⁹⁶.

Com'è noto, l'espressione ha origine nell'esperienza nordamericana del secolo immediatamente successivo all'emanazione della Costituzione del 1787 ed è invalsa nella prassi sino a divenire termine tecnico per indicare una delle caratteristiche dell'impiego pubblico americano: precisamente quella per cui “molte funzioni ad ogni livello e sia nell'amministrazione centrale che locale non sono affidate a personale di carriera, ma spettano, come vere e proprie spoglie di guerra, a membri del partito di volta in volta vittorioso alle elezioni”³⁹⁷. L'art. 2, Sez. II della Costituzione americana, al comma 2, attribuisce al Presidente degli Stati Uniti il potere di nomina, con il parere e il consenso del Senato, di alti funzionari dello Stato (Ambasciatori, Rappresentanti pubblici, Consoli, Giudici della Corte suprema e tutti gli altri funzionari la cui nomina non è altrimenti disciplinata), salva la possibilità, per il Congresso, di attribuire con legge la nomina di tali altri funzionari inferiori al solo Presidente o alle Corti giudiziarie o ai capi dei Dipartimenti; ai sensi del successivo comma 3, il Presidente ha il potere di coprire i posti che si rendessero vacanti durante gli aggiornamenti del Senato, concedendo incarichi provvisori che dureranno sino alla fine della sessione successiva. È segnatamente nelle prime applicazioni di tali disposizioni che ogni Presidente eletto, attraverso il potere di nomina, ha gestito la maggior parte delle cariche federali disponendone a piacimento, di modo che le cariche venissero attribuite a membri del partito vincente o, comunque, a persone di fiducia del Presidente eletto con contestuale destituzione dei precedenti detentori³⁹⁸.

³⁹⁶ Lo rileva S. NERI, *La politica dell'amministrazione*, cit., 98 sg., 108.

³⁹⁷ Così T. BONAZZI, *Spoglie, sistema delle*, in AA.VV., *Dizionario di politica*, a cura di N. Bobbio, N. Matteucci e G. Pasquino, Torino, Utet, 2016, 921 sg., il quale precisa che, poiché il processo di professionalizzazione dell'amministrazione si avvia ormai al termine, “lo *spoils system* non è quindi più caratteristica importante della burocrazia centrale americana, anche se quest'ultima non ha ancora raggiunto la rigidità di quella di molte nazioni europee”, ma è ancora “largamente diffuso a livello statale e locale”.

³⁹⁸ Così ancora C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione*, cit., 17.

Se si sposta ora l'attenzione al panorama nazionale, come accennato *supra*, al par. 2.2., a partire dalle riforme del 1998, da un lato, si segna la scissione tra il rapporto di ufficio e il rapporto di servizio e, dall'altro lato, con una scelta che ha indotto taluni a parlare di “tradimento legislativo del modello di separazione autentica fra politica e amministrazione”³⁹⁹, si fa più marcato il nesso fiduciario tra la politica e i vertici dell'Amministrazione, a mezzo della previsione sia del conferimento dell'incarico a tempo determinato, sia di figure di snodo tra attività di indirizzo politico e gestione amministrativa, sia di una sorta di “*spoils system* all'italiana”, prima di allora solo marginalmente conosciuto nel nostro ordinamento. Diversamente dalla versione originale “anglosassone”, invero, la copia italiana dello *spoils system* attiene all'incarico, cioè alla preposizione all'ufficio, e non anche al rapporto di lavoro sottostante, che viceversa è stabile, a eccezione dei casi conferiti a soggetti esterni, ossia al di fuori del ruolo dirigenziale⁴⁰⁰.

3.1.- *Spoils system* all'italiana e *spoils system* “*una tantum*”

Ai sensi dell'art. 19, comma 8, del d.lgs. n. 29 del 1993, nella versione novellata dall'art. 13 del d.lgs. n. 80 del 1998 e successivamente confluita nel TUPI, gli incarichi di Segretario Generale di Ministeri, di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e di livello equivalente avrebbero potuto essere confermati, revocati o modificati entro il termine di novanta giorni decorrenti dal voto sulla fiducia al governo, l'inutile decorso del quale avrebbe determinato la conferma degli incarichi in essere sino alla loro scadenza.

³⁹⁹ S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia*, cit., parr. 3.1 sgg.

⁴⁰⁰ Sulle differenze tra lo *spoils system* originale e la sua versione italiana v., da ultimo, S. BATTINI, *L'invasione degli apicali: la Corte costituzionale riabilita lo spoils system*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2019, 269 sgg. (v. in partic. *sub* nota 2).

Inizialmente previsto per i soli dirigenti apicali di ciascuna Amministrazione, lo strumento dello *spoils system* ha successivamente conosciuto forme più ampie.

La già menzionata l. n. 145 del 2002, con la quale è stato riformulato l'art. 19 TUPI, ha attuato una vera e propria riscrittura della disciplina del pubblico impiego, estendendo in maniera generalizzata il sistema delle spoglie introdotto restrittivamente anni prima. Lo *spoils system* all'italiana, infatti, è stato esteso agli incarichi di Segretario generale di Ministeri, a quelli di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e a quelli di livello equivalente: tutti sono destinati a cessare automaticamente, una volta decorsi novanta giorni dal voto di fiducia al Governo.

A tale meccanismo si aggiunge la previsione, contenuta all'art. 3 della legge, della cessazione una volta per tutte (c.d. *spoils system* “*una tantum*”) degli incarichi dirigenziali di livello generale e di quelli di direttore generale di enti pubblici vigilati dallo Stato al sessantesimo giorno dall'entrata in vigore della legge; per gli incarichi dirigenziali di livello non generale, invece, il medesimo articolo prevede la possibilità di provvedere all'attribuzione di un nuovo incarico entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge, decorsi inutilmente i quali si intende confermato l'incarico precedente⁴⁰¹.

Tali previsioni, in una con quelle concernenti l'abolizione del termine minimo di durata dell'incarico e la riduzione di quello massimo e l'introduzione di una specifica distinzione di compiti tra provvedimento di conferimento dell'incarico e il contratto individuale di definizione del trattamento economico, fanno sì che il momento negoziale (il contratto) assuma valenza solo in relazione all'aspetto patrimoniale (il trattamento economico), restandone svincolato il provvedimento unilaterale di conferimento dell'incarico. Come si è già osservato, però, in questo modo però il

⁴⁰¹ V. C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione*, cit., 75, nonché criticamente F. BASSANINI, *Indirizzo politico, imparzialità della P.A. e autonomia della dirigenza. Principi costituzionali e disciplina legislativa*, cit., 2257 sgg., a tenor del quale tali due innovazioni espressamente “volte a porre i dirigenti alla mercé delle scelte dell'autorità politica, da un lato rendendo precaria la validità del contratto, ma dunque anche la durata dell'incarico, dall'altra consentendo alla autorità politica di tenere costantemente «sotto schiaffo» il dirigente, mediante l'attribuzione di incarichi di cortissima durata”.

legame tra i vertici burocratici e la politica ne esce accentuato e quest'ultima, per il tramite del rapporto fiduciario mediante il quale il politico sceglie i dirigenti della sua amministrazione, può condizionare la gestione dell'attività amministrativa.

Con l'emanazione del d.l. 3 ottobre 2006, n. 262 (conv., con modif., in l. 24 novembre 2006, n. 286)⁴⁰², la portata del meccanismo dello *spoils system* è stata ulteriormente estesa, atteso che il decreto ha previsto, all'un tempo, un meccanismo di cessazione automatica "a regime" e uno "*una tantum*"⁴⁰³.

Quanto al primo, l'art. 2, comma 159, del decreto ha assoggettato a decadenza automatica anche tutti gli incarichi dirigenziali conferiti a dirigenti di altre amministrazioni e ai dirigenti esterni.

Quanto al secondo, il comma 161 dello stesso articolo ha stabilito che, in sede di prima applicazione delle modifiche apportate dal già citato comma 159, gli incarichi ivi previsti, conferiti prima del giuramento del Governo in carica, sarebbero cessati ove non confermati entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto-legge⁴⁰⁴.

Riepilogando, in un primo momento, il riformatore del 1998 ha introdotto tre "correttivi" al regime di inamovibilità degli incarichi, rappresentati: *i*) dal principio della temporaneità degli incarichi dirigenziali; *ii*) dall'istituzione degli uffici di diretta collaborazione, ai quali, sulla base di un rapporto *intuitu personae*, potevano essere preposti dirigenti e altri addetti; *iii*) dalla facoltà di ogni nuovo Governo, nei primi tre mesi dall'insediamento, di sostituire i dirigenti apicali di ciascuna Amministrazione (Segretari Generali e Capi Dipartimento). Successivamente, le novelle apportate al d.lgs. n. 165 del 2001 nel periodo 2002-2006 non solo hanno soppresso la durata minima di attribuzione dell'incarico dirigenziale, ma hanno anche "azzerato" tutti i contratti dirigenziali in essere e consentito al Governo di sostituire discrezionalmente i dirigenti in carica. Con tali ultime riforme, dunque, la precarizzazione dell'incarico

⁴⁰² Conv., con modif., in l. 24 novembre 2006, n. 286.

⁴⁰³ Lo evidenzia S. NERI, *La politica dell'amministrazione*, cit., 102, *sub* nota n. 12.

⁴⁰⁴ Cfr. C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione*, cit., 76.

dirigenziale è divenuta più stringente, così come il rapporto tra vertici politici e apparato burocratico.

3.2.- Il sistema delle spoglie nell'intreccio tra legislazione e giurisprudenza costituzionale

L'introduzione ed estensione del sistema delle spoglie da parte del legislatore ordinario ha dato àdito a un ampio contenzioso in sede giurisdizionale, nel quale il Giudice delle leggi, con varie pronunce, ha limitato la portata dell'istituto.

Nella giurisprudenza costituzionale si possono tracciare due fasi temporali. La prima, che copre il periodo intercorrente tra il 1998 e il 2006, si contraddistingue per la condivisione, da parte del Giudice delle leggi, delle scelte attuate dal legislatore in relazione alla privatizzazione del lavoro alle dipendenze dell'Amministrazione e al conferimento degli incarichi dirigenziali. La seconda, invece, prende le mosse dalle sentenze "gemelle" del 2007⁴⁰⁵ e si caratterizza per una acuta valorizzazione del canone di imparzialità delle pubbliche Amministrazioni, cui consegue una forte limitazione dello *spoils system*.

Inizialmente, il Giudice delle leggi ha avallato la "precarizzazione" del ruolo dirigenziale quale attuazione del modello di distinzione tra politica e amministrazione. Nello specifico, con l'ord. n. 11 del 2002 (già ricordata *supra*), la Corte costituzionale ha dichiarato legittime, perché non contrastanti con l'art. 97 Cost., le previsioni relative alla temporaneità degli incarichi dirigenziali, affermando che la disciplina del rapporto

⁴⁰⁵ Ci si riferisce qui alle sentt. Corte cost. nn. 103 e 104 del 2007, relative alla dirigenza statale e ai direttori generali delle aziende sanitarie locali della Regione Lazio, e non alle più note "gemelle" nn. 348 e 349, depositate il medesimo anno e relative al rapporto tra Costituzione e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (*hinc inde* anche CEDU), con le quali alle norme di quest'ultima è stata riconosciuta la natura di "parametro interposto" nel giudizio di legittimità costituzionale. Per un'evoluzione dei rapporti tra Costituzione e CEDU cfr. per tutti A. GUAZZAROTTI, *L'interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze "gemelle" della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, 1 sgg.

di lavoro dirigenziale, in una con gli aspetti qualificanti che ne costituiscono lo svolgimento (il conferimento degli incarichi dirigenziali, “*assegnati tenendo conto, tra l’altro, delle attitudini e delle capacità professionali del dirigente*”; la loro eventuale revoca “*per responsabilità dirigenziale*”; la “*procedimentalizzazione dell’accertamento di tale responsabilità*”) fosse “*connotata da specifiche garanzie, mirate a presidiare il rapporto di impiego dei dirigenti generali, la cui stabilità non implica necessariamente anche stabilità dell’incarico, che, proprio al fine di assicurare il buon andamento e l’efficienza dell’amministrazione pubblica, può essere soggetto alla verifica dell’azione svolta e dei risultati perseguiti*”. Ha poi sottolineato che i dirigenti generali erano comunque “*posti in condizione di svolgere le loro funzioni nel rispetto del principio di imparzialità e di buon andamento della pubblica amministrazione, tanto più che il legislatore delegato - nel riformulare gli artt. 3 e 14 del d.lgs. n. 29 del 1993, con gli artt. 3 e 9 del d.lgs. n. 80 del 1998, trasfusi ora negli artt. 4 e 14 del d.lgs. n. 165 del 2001 - ha accentuato il principio della distinzione tra funzione di indirizzo politico-amministrativo degli organi di governo e funzione di gestione e attuazione amministrativa dei dirigenti, escludendo, tra l’altro, che il Ministro possa revocare, riformare, riservare o avocare a sé o altrimenti adottare provvedimenti o atti di competenza dei dirigenti*”⁴⁰⁶.

Con la successiva sent. n. 233 del 2006, la Corte costituzionale ha ritenuto parimenti legittimo l’istituto dello *spoils system* per gli incarichi dirigenziali la cui nomina spetta al vertice politico, in quanto in tali circostanze vigeva uno stretto rapporto fiduciario tra l’autorità nominante e il soggetto nominato. Attraverso una sentenza interpretativa di rigetto, la Corte ha ricondotto lo *spoils system* introdotto da un legislatore regionale⁴⁰⁷, apparentemente rivolto a tutti gli incarichi dirigenziali conferiti in ambito regionale, solo a quelli “apicali” o “generali”, il conferimento dei quali “*mira*

⁴⁰⁶ Sull’ord. Corte cost. n. 11 del 2002 v. il già segnalato commento di N. LUPO, *L’estensione della contrattualizzazione*, cit., 83 sgg.

⁴⁰⁷ Si trattava della questione di legittimità costituzionale dell’art. 1, commi 6 e 7, della l.r. Calabria 3 giugno 2005, n. 12, che la Corte costituzionale, con la citata sent. n. 233 del 2006, ha ritenuto infondata, nei sensi di cui in motivazione, in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost.

palesemente a rafforzare la coesione tra l'organo politico regionale [...] e gli organi di vertice dell'apparato burocratico [...] per consentire il buon andamento dell'attività di direzione dell'ente (art. 97 Cost.)". A tale schema, invece, rimangono estranei *"gli incarichi dirigenziali di livello «non generale», non conferiti direttamente dal vertice politico e quindi non legati ad esso dallo stesso grado di contiguità che connota gli incarichi apicali"*. In questa decisione, la Corte ha fatto leva sul concetto di "autorità nominante" e stabilito che gli incarichi apicali soggetti al meccanismo delle spoglie sono quegli incarichi, appunto, *"conferiti direttamente dal vertice politico"*⁴⁰⁸.

La seconda fase della giurisprudenza costituzionale è stata inaugurata dalle sentenze nn. 103 e 104 del 2007, relative rispettivamente alla dirigenza statale e ai direttori generali delle aziende sanitarie locali della Regione Lazio. In questa sede è utile soffermarsi sulla sentenza n. 103 del 2007, relativa ai dirigenti delle Amministrazioni statali.

La decisione ha ad oggetto due misure introdotte dalla l. n. 145 del 2002: la riduzione della durata massima dell'incarico da sette a tre anni e la decadenza automatica dagli incarichi di livello dirigenziale generale al sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della legge medesima (si tratta, come ricordato, di un'ipotesi di spoils system *"una tantum"*).

Quanto alla limitazione della durata massima degli incarichi, il Giudice delle leggi ha respinto la questione di costituzionalità, dichiarandola inammissibile a causa del difetto di motivazione in ordine al requisito della non manifesta infondatezza. Quanto invece alla cessazione anticipata degli incarichi dirigenziali generali, la Corte ha dichiarato incostituzionale la relativa previsione, perché in contrasto con gli artt. 97 e 98 Cost. e, in particolare, con il principio del giusto procedimento – per cui la cessazione anticipata di un incarico deve aver luogo in base a un procedimento regolato in maniera puntuale, nel quale sia accertata un'ipotesi di responsabilità

⁴⁰⁸ Su cui v. F. MERLONI, *Primi incerti tentativi di arginare lo spoils system nelle Regioni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2006, spec. par. 3.1.

dirigenziale – e con quello di buon andamento e di continuità dell’azione amministrativa⁴⁰⁹.

Per un verso, la sentenza del 2007 si pone in stretta continuità con quella del 2006, perché conferma la legittimità del meccanismo di *spoils system* per le posizioni apicali. Per altro verso, tuttavia, la stessa Corte interpreta in senso restrittivo la nozione di “posizione apicale”, non estendendo alla dirigenza statale il criterio dell’“autorità nominante” adoperato nella sent. n. 233 del 2006 per giustificare, come si è visto, la costituzionalità della legislazione regionale allora scrutinata. In questo modo, la Corte giunge a dichiarare l’incostituzionalità dello *spoils system* “*una tantum*” per i direttori generali ed esclude ch’essi, nonostante siano nominati dall’autorità politica, possano qualificarsi come “apicali”.

Le successive decisioni del Giudice delle leggi hanno avuto ad oggetto le disposizioni del d.l. n. 233 del 2006.

Con la sent. n. 161 del 2008, anzitutto, la Corte costituzionale ha pronunciato l’incostituzionalità del meccanismo dello *spoils system* introdotto nel 2006 per i dirigenti esterni appartenenti ad altre Amministrazioni e confermato le conclusioni alle quali era già giunta nella sentenza n. 103 del 2007. Anche nel caso di soggetti in posizione dirigenziale appartenenti ad altre pubbliche Amministrazioni, infatti, il rapporto di lavoro che si instaura con l’Amministrazione che conferisce l’incarico deve essere corredato di specifiche garanzie per ciò che concerne il giusto procedimento, la continuità dell’azione amministrativa e la “*chiara distinzione funzionale tra i compiti di indirizzo politico-amministrativo e quelli di gestione*”⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ Cfr. specialmente G. CORSO - G. FARES, *Quale spoils system dopo la sentenza 103 della Corte costituzionale?*, cit., nonché F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie d’imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2009, 59 sgg., 94 sgg.; C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione*, cit., 106; per quanto riguarda la sent. n. 104 del 2007, relativa agli incarichi di direttore generale della Regione Lazio, v. *ivi*, 108 sgg., e S. DE GÖTZEN, *Il bilanciamento tra spoils system e principio di distinzione tra politica e amministrazione nella dirigenza regionale*, in *Le Regioni*, n. 5/2007, 848 sgg.;

⁴¹⁰ S. NERI, *La politica dell’amministrazione*, cit., 104.

Con la sent. n. 81 del 2010, la Corte ha esaminato la posizione dei dirigenti esterni non appartenenti ad altre Amministrazioni. Sulla scorta delle precedenti sentt. nn. 103 del 2007 e 161 del 2008, la Corte ha dichiarato incostituzionale la previsione normativa per cui anche tali categorie cessano dalla carica, ove non riconfermate entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del decreto-legge n. 233 del 2006⁴¹¹.

Da tali pronunce si differenzia la successiva sent. n. 304 del 2010, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato conforme a Costituzione la norma per cui, nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione con il Ministro, si prevede che per gli incarichi dirigenziali abbia luogo un'interruzione automatica del rapporto di ufficio ancora in corso, ove non confermati entro trenta giorni dal giuramento del nuovo Ministro. In tal caso, il Giudice delle leggi ha chiarito che la legittimità costituzionale del meccanismo *spoils system* discende dal rapporto strettamente fiduciario con l'organo di Governo. In questa prospettiva, infatti, *“non assume rilievo [...] la distinzione funzionale tra le attribuzioni del Ministero e quelle degli uffici in esame, dovendo, al contrario, sussistere tra loro una intima compenetrazione e coesione che giustifichi un rapporto strettamente fiduciario finalizzato alla compiuta definizione dell'indirizzo politico-amministrativo”*, laddove *“La separazione di funzioni, che la giurisprudenza di questa Corte ha ritenuto necessaria per assicurare il rispetto, in particolare, dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, deve essere assicurata, pertanto, esclusivamente tra l'attività svolta dai Ministri, con il supporto degli uffici di diretta collaborazione, e quella esercitata dagli organi burocratici, cui spetta la funzione di amministrazione attiva”*⁴¹².

Da ultimo, con le sentt. nn. 124 e 246 del 2011, la Corte costituzionale ha censurato i meccanismi di *spoils system* “a regime”, nel testo vigente prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009, a tenor dei quali gli incarichi dirigenziali conferiti da ciascuna Amministrazione anche a dirigenti non appartenenti ai ruoli e a quelli relativi

⁴¹¹ Cfr. C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione*, cit., 106 sgg.

⁴¹² *Ivi*, 107 sgg.

a soggetti “esterni”, cessano una volta decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo⁴¹³.

In conseguenza delle molteplici declaratorie di incostituzionalità che hanno colpito, nelle sue varie manifestazioni, il sistema delle spoglie, il legislatore delegato, con il d.lgs. n. 150 del 2009, ha sancito che gli incarichi dirigenziali possono essere revocati esclusivamente per responsabilità dirigenziale e con le modalità previste dalla legge, per il resto confermando la disposizione per cui gli incarichi dirigenziali apicali (Segretario Generale, Capo Dipartimento ed equivalenti) cessano una volta decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo. La portata di tali innovazioni, però, è stata fortemente ridimensionata da due successivi interventi legislativi.

⁴¹³ V. sul punto L. DI DONATO, *Corte costituzionale, 20 luglio 2011, n. 246 – Meccanismo di spoils system “a regime”*, in *Amministrazione in cammino*, 14 maggio 2011.

Per quanto non relativa all’Amministrazione statale, mette conto rilevare che, con sent. n. 23 del 2019, la Corte costituzionale ha dichiarato legittimo lo *spoils system* dei Segretari comunali di cui all’art. 99 del d.lgs. n. 267 del 2000. Incarico, quello del Segretario comunale, ritenuto dalla Corte stessa “*non paragonabile a quelli sui quali questa Corte è finora intervenuta*”, nonché “*figura apicale*” che “*intrattiene con il sindaco rapporti diretti, senza intermediazione di altri dirigenti o strutture amministrative*”. A detta della Corte costituzionale, il carattere apicale della carica non è decisivo, così come non è risolutivo il fatto che la scelta del Segretario abbia luogo *intuitu personae* o previa valutazione dei *curricula*. Ciò che più conta, invece, è il fatto che “*il carattere fiduciario insito nell’atto di nomina non si esaurisce con esso, come accadrebbe se, dopo la nomina, il segretario si limitasse ad esercitare le sole funzioni di certificazione, di controllo di legalità o di attuazione di indirizzi altrui*”. Oltre tali funzioni, invece, il segretario assicura anche “*l’assistenza alle riunioni degli organi collegiali del Comune, con funzioni consultive, referenti e di supporto*” e ciò gli consente “*di intervenire, sia nel procedimento di formazione degli atti, sia, se richiesto, nella fase più propriamente decisoria, in relazione a tutti gli aspetti giuridici legati al più efficace raggiungimento del fine pubblico*”. Tale “*ruolo attivo e propositivo del segretario comunale*” si tradurrebbe pertanto in una attività di supporto al sindaco e alla giunta “*nella fase preliminare della definizione dell’indirizzo politico-amministrativo*”, che ne sarebbe, di conseguenza, necessariamente influenzata. Quanto alle competenze “*di carattere eminentemente gestionale*”, che competono al Segretario solo quando è nominato anche direttore generale, sostiene la Corte che, “*considerando in particolare che il direttore generale è revocabile ad nutum [...] e che la durata del suo incarico [...] non può comunque eccedere quella del mandato del sindaco*”, “*non si può trascurare come il doppio incarico contribuisca [...] ad accrescere il carattere fiduciario della stessa funzione di segretario e comunque a confermarne quella peculiarità, che lo sottrae all’automatica applicazione dei principi elaborati da questa Corte in tema di spoils system*”. Ne consegue che, “*tenendo conto delle ricordate peculiarità delle funzioni del segretario comunale, la previsione della sua decadenza alla cessazione del mandato del sindaco non raggiunge la soglia oltre la quale vi sarebbe violazione dell’art. 97 Cost.*”. Per una lettura critica della sentenza v. tra gli altri S. BATTINI, *L’invasione degli apicali*, cit., 269 sgg.

Occorre anzitutto soffermarsi sul d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (conv., con modif., in l. 30 luglio 2010, n. 122), novellando la disciplina di cui si è detto, ha previsto all'art. 32, comma 9, che alla scadenza di un incarico di livello dirigenziale, anche in dipendenza dei processi di riorganizzazione, le Amministrazioni che non intendono confermare l'incarico conferito al dirigente pur in assenza di una valutazione negativa di questi *“conferiscono al medesimo dirigente un altro incarico, anche di valore economico inferiore”*. È stato osservato che tale previsione ha mortificato la funzione di controllo sui risultati dirigenziali, dal momento che di fatto svincola il potere di confermare o meno l'incarico dirigenziale dall'esito della valutazione sulla performance individuale, di guisa che pur in presenza di una valutazione positiva l'Amministrazione è libera di revocare l'incarico, con la potenziale prospettiva, per il dirigente che ha raggiunto risultati soddisfacenti, di ricevere un altro incarico di valore economico inferiore⁴¹⁴.

In secondo luogo, è qui d'uopo richiamare il d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (conv., con modif., in l. 14 settembre 2011, n. 148), il cui art. 1, comma 18, ha disposto che, *“Al fine di assicurare la massima funzionalità e flessibilità, in relazione a motivate esigenze organizzative, le pubbliche amministrazioni [...] possono disporre, nei confronti del personale appartenente alla carriera prefettizia ovvero avente qualifica dirigenziale, il passaggio ad altro incarico prima della data di scadenza dell'incarico ricoperto prevista dalla normativa o dal contratto”*, con salvezza sino alla predetta data, da parte del dipendente, del trattamento economico in godimento, ma *“a condizione che, ove necessario, sia prevista la compensazione finanziaria, anche a carico del fondo per la retribuzione di posizione e di risultato o di altri fondi analoghi”*. Tale intervento, rispetto a quello del 2010, parrebbe rendere ancor più

⁴¹⁴ Cfr. M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione*, cit., 19. L'Autrice, peraltro, ha anche evidenziato che lo stesso art. 32, comma 9, del d.l. n. 78 del 2010, all'ultimo periodo (a tenor del quale *“Resta fermo che, nelle ipotesi di cui al presente comma, al dirigente viene conferito un incarico di livello generale o di livello non generale, a seconda, rispettivamente, che il dirigente appartenga alla prima o alla seconda fascia”*), esclude che ai dirigenti di seconda fascia, che pure abbiano dato dimostrazione di una buona *performance*, possa essere attribuito un incarico superiore al livello di appartenenza, così ridimensionando il ruolo e le ambizioni professionali del dirigente.

precaria la posizione del dirigente, perché, come condivisibilmente si è osservato, assegna all'Amministrazione il potere di disporre dell'incarico dirigenziale "in nome di una flessibilità, che, svincolata dall'obbligatorietà della valutazione, si traduce in concreto nella arbitraria elusione del vincolo di durata minima dell'incarico" il quale, ai sensi dell'art. 19 TUPI, è pari a tre anni. Con un ulteriore, conseguente allontanamento dal principio di distinzione strutturale⁴¹⁵.

3.3. Lo *spoils system*, oggi.

Se volessimo tracciare una sintesi del panorama normativo attuale in tema di *spoils system*, esso, giusta l'art. 19, comma 8, del d.lgs. n. 165 del 2001, anche a seguito della giurisprudenza costituzionale maturata sul punto, può dirsi limitato ai soli incarichi di Segretario Generale, Capo Dipartimento ed equivalenti, nei soli confronti dei quali è ammessa la cessazione automatica della funzione dirigenziale, una volta trascorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo⁴¹⁶.

Al di là di tali automatismi, come accennato, determinate funzioni dirigenziali sono sottoposte anche a istituti di cessazione non automatica.

⁴¹⁵ *Ivi*, 20 sg., ove l'Autrice richiama l'attenzione sulla circostanza che l'intervento normativo non può dirsi giustificato da ragioni di contenimento della spesa pubblica, dal momento che, come si è visto, il dirigente revocato conserva comunque la compensazione finanziaria sino alla scadenza del contratto.

⁴¹⁶ L'art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001, infatti, al comma 3 prevede che "Gli incarichi di Segretario generale di ministeri, gli incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente sono conferiti con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente, a dirigenti della prima fascia dei ruoli di cui all'articolo 23 o, con contratto a tempo determinato, a persone in possesso delle specifiche qualità professionali e nelle percentuali previste dal comma 6". Secondo il comma 8 dello stesso articolo, "Gli incarichi di funzione dirigenziale di cui al comma 3 cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo"; tale disposizione, giusta quanto previsto dall'art. 2, comma 160, del d.l. n. 262 del 2006, si applica anche ai direttori delle Agenzie, incluse le Agenzie fiscali.

Anzitutto, vengono in rilievo le funzioni dirigenziali contemplate dal combinato disposto di cui agli artt. 19, comma 1-*ter*, e 21, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001⁴¹⁷. In questi casi, l'impossibilità del rinnovo dell'incarico deve conseguire dal mancato raggiungimento degli obiettivi, accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione della *performance* dirigenziale, ovvero dall'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente, previa contestazione e ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare. L'Amministrazione, in relazione alla gravità dei casi, può revocare l'incarico e collocare il dirigente a disposizione dei ruoli, ovvero recedere dal rapporto di lavoro, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio.

In secondo luogo, debbono ricordarsi gli istituti della libera recedibilità dall'incarico in seguito alla scadenza dello stesso e della facoltà dell'Amministrazione di disporre per il dirigente il passaggio ad altro incarico prima della data di scadenza, introdotti dai dd.ll. nn. 78 del 2010 e 138 del 2011 e di cui si è accennato *supra*, al paragrafo precedente.

Tentativi di ridisegnare i termini del rapporto tra vertice politico e dirigente amministrativo, nell'ambito di un generale ripensamento dei rapporti tra politica e amministrazione, sono stati intrapresi nel 2015 (con la legge Madia) e nel 2019 (con la riforma Bongiorno). Come accennato *supra*, però, l'*iter* di approvazione della c.d. riforma Madia sulla dirigenza pubblica si è arrestato a seguito della pubblicazione della

⁴¹⁷ Ai sensi dell'art. 19, comma 1-*ter*, del d.lgs. n. 165 del 2001, "Gli incarichi dirigenziali possono essere revocati esclusivamente nei casi e con le modalità di cui all'articolo 21, comma 1, secondo periodo", mentre secondo l'art. 21, comma 1 del medesimo decreto, "Il mancato raggiungimento degli obiettivi accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione di cui al Titolo II del decreto legislativo di attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni ovvero l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente comportano, previa contestazione e ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo, l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale. In relazione alla gravità dei casi, l'amministrazione può inoltre, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio, revocare l'incarico collocando il dirigente a disposizione dei ruoli di cui all'articolo 23 ovvero recedere dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo".

sent. n. 251 del 2016, mentre il d.d.l. Bongiorno è ancora in corso di esame in Commissione al Senato.

CAPITOLO IV

Gli strumenti dell'attuazione: gli atti. Il Governo e l'attività di governo dello Stato.

1.- L'atto politico: itinerario di un percorso tra governo e amministrazione e tra amministrazione e giurisdizione

Nei due capitoli precedenti si sono descritte le modalità di distribuzione dell'attività di indirizzo politico all'interno degli organi riconducibili al plesso Governo-Amministrazione. Nel secondo capitolo, in particolare, si sono illustrati, da un lato, i modelli c.d. idealtipici di relazione tra la sfera della politica e quella dell'amministrazione e, dall'altro, le vigenti disposizioni di riferimento (costituzionali e legislative) che hanno indotto la dottrina a inquadrare l'assetto vigente nel modello della distinzione c.d. strutturale⁴¹⁸. Nel terzo capitolo sono stati concretamente esaminati gli strumenti atti a salvaguardare, pur nella vigenza del modello in esame, un collegamento tra organi politici e organi amministrativi, così da garantire la rispondenza dell'azione di questi agli obiettivi da quelli prefissati. In particolare (*sub* parr. 3.1 sgg.), si è detto che la distinzione tra attività di indirizzo e controllo, da un lato, e attività di attuazione e gestione, dall'altro, è stata realizzata attraverso delle riforme che hanno riguardato, in un primo momento, i dirigenti, ampliandone i compiti, l'autonomia e le responsabilità⁴¹⁹ e, in un secondo momento, gli organi di governo⁴²⁰.

Vi sono tuttavia dei casi, legislativamente previsti, di esercizio di poteri amministrativi a carattere puntuale, ossia produttivi di effetti in ordine a specifiche

⁴¹⁸ V. nuovamente V. CERULLI IRELLI, *Costituzione, politica, amministrazione*, cit., 22.

⁴¹⁹ Si tratta, come ricordato (cfr. cap. III, parr. 3.2 sgg.), delle riforme avviate con il d.lgs. n. 29 del 1993, attuativo delle deleghe contenute nella l. n. 421 del 1992, successivamente più volte modificato e ora confluito nel d.lgs. n. 165 del 2001, poi modificato dalla l. n. 15 del 2002.

⁴²⁰ Cfr. specialmente i dd.lgs. nn. 300 e 303 del 1999 (cfr. cap. III, par. 3.1).

situazioni protette di soggetti terzi, che restano attribuiti a organi politici. In altre parole, non tutti i poteri di amministrazione diretta sono trasferiti alla titolarità degli uffici dirigenziali; viceversa, gli organi politici o di Governo, in determinati casi, esercitano poteri amministrativi in senso tecnico, che si esprimono in atti soggetti, sul piano sostanziale e su quello della tutela giurisdizionale, alle regole proprie della funzione amministrativa.

Se questa affermazione può apparire scontata nell'ambito del modello della distinzione funzionale, nel quale in capo agli organi politici si cumulano anche funzioni amministrative puntuali, essa desta invece particolare interesse in un momento storico, quale quello attuale, in cui l'ordinamento positivo italiano è invece improntato alla distinzione strutturale e nel quale è comunque necessario che l'Amministrazione assuma una direzione politica, essendo quest'ultima "manifestazione essenziale e ineliminabile in ogni modello di amministrazione"⁴²¹.

Poiché, dunque, assumono carattere "eccezionale" rispetto alla regola della distinzione strutturale, queste fattispecie senz'altro rappresentano, per il potere esecutivo, il terreno di incontro (e scontro) con le altre funzioni dello Stato, e segnatamente con l'amministrazione, alla quale compete *naturaliter* l'adozione di provvedimenti individuali e concreti, e la giurisdizione, innanzi la quale tali provvedimenti possono essere censurati dai soggetti lesi; per lo studioso, il terreno ideale di studio dei rapporti tra funzioni di governo⁴²².

Si giunge così allo scopo del presente capitolo, che è quello di analizzare l'attività di indirizzo dal punto di vista non già dei soggetti che la realizzano, bensì degli atti che di questa sono espressione.

Si tratta di una pista di ricerca invero risalente e la cui punta dell'iceberg è ravvisabile nella nozione di "atto politico", sulla quale, come dimostra l'ampiezza della letteratura presente sul tema, si sono soffermati tanto gli studiosi di diritto

⁴²¹ V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti "di alta amministrazione"*, cit., 112.

⁴²² Sul punto v. anche recentemente ID., *Amministrazione, giurisdizione, legislazione (brevi spunti sui rapporti tra funzioni di governo)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, n. 10/2019, 649 sgg.

amministrativo, quanto quelli di diritto costituzionale. La nozione è infatti nata storicamente in un contesto di diritto amministrativo e di ordine eminentemente processuale, anche se, come è stato acutamente rilevato, questa, “una volta penetrata nell’ordinamento, tende a superare l’angustia del terreno processuale entro cui si origina per svilupparsi nella sua sede naturale di diritto costituzionale sostanziale” e per saldarsi con il modello stesso di struttura e di organizzazione del potere politico⁴²³.

Va peraltro aggiunto – anticipando quanto sarà detto più diffusamente nel corso della trattazione – che la nozione di atto politico oggi restituita dalla dottrina e dalla giurisprudenza ha subito un necessario declino (o quantomeno un processo di necessario svecchiamento). Essa, infatti, ha dovuto fare i conti anzitutto con l’entrata in vigore di una Costituzione “rigida”, quale quella repubblicana, e con le disposizioni in essa contenute (in particolare quelle di cui al combinato disposto degli artt. 24 e 113 Cost., recanti il principio di effettività della tutela giurisdizionale *anche* nei confronti della pubblica Amministrazione⁴²⁴); in secondo luogo, con la trasfigurazione dell’attività legislativa da espressione della volontà generale a manifestazione dell’indirizzo politico, appartenente allo strumentario della funzione governante⁴²⁵. Al tradizionale polo di contrapposizione tra amministrazione e giurisdizione, che, come si vedrà immediatamente *infra*, ha rappresentato l’occasione processuale per la nascita del concetto di atto politico, si è aggiunto dunque quello, di natura sostanziale, del rapporto tra governo e amministrazione, i cui semi, come si è visto⁴²⁶, sono germogliati, negli anni del Fascismo, con la dottrina sulla funzione (o attività, nella prospettiva crisafulliana) di indirizzo politico⁴²⁷.

⁴²³ Sono le parole di E. CHELI, *Atto politico*, cit., 23.

⁴²⁴ Sulla portata dell’art. 113 Cost. v. P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 224; E. CHELI, *Atto politico*, cit., 186; M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 53, nonché più ampiamente *infra*, parr. 4. sgg.

⁴²⁵ Sul punto v. M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 51, 84.

⁴²⁶ Cfr. *supra*, cap. I, par. 4 sgg.

⁴²⁷ Così G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l’atto politico*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3/2012, 370 sgg.; A. MITROTTI, *L’atto politico: riflessioni intorno ad un istituto in perenne “tensione” tra scienza costituzionale ed amministrativa*, in *Nomos*, n. 1/2020, 2; A. LOLLO, *Atto politico e Costituzione*, Napoli, Jovene, 2020, 90. Sia, inoltre, consentito il rinvio al cap. I, spec. parr. 2, 4 sgg.

Come accennato, la nozione di atto politico sta oggi andando incontro a un inevitabile declino: facendosi discendere l'insindacabilità, tradizionale presidio degli atti adottati nell'esercizio del potere politico, non più e non tanto alla presenza di requisiti inerenti l'atto medesimo, bensì all'assenza di parametri legali, azionabili da titolari di situazioni giuridiche soggettive e sindacabili in sede giurisdizionale, in presenza dei quali viene meno la c.d. politicITÀ (ora “*discrezionalità politica*”⁴²⁸) dell'atto. Nel sentiero percorso da dottrina e giurisprudenza dall'insindacabilità politica all'insindacabilità per profili di merito, dell'atto politico si sono sovente messi in luce gli aspetti, soggettivi e oggettivi, di somiglianza e differenza rispetto all'atto c.d. di “alta amministrazione”, il quale, secondo l'impostazione preferibile, costituisce parimenti espressione dell'attività di indirizzo.

1.1.- L'atto politico: occasione storica e vicende del diritto positivo.

Il terreno storico di sviluppo della nozione di atto politico va ricercato oltralpe: esso, infatti, è rappresentato dalla crisi nella quale è incorso il Consiglio di Stato francese successivamente alla caduta dell'ordinamento napoleonico. Tale organo, com'è noto, è stato “più di ogni altra istituzione congeniale alla fisiologica dell'ordinamento imperiale”⁴²⁹, attraverso il quale detto ordinamento aveva inteso realizzare una nuova forma di controllo dell'Amministrazione centrale sugli organi amministrativi subordinati e periferici, facendone sostanzialmente uno strumento volto a tutelare l'omogeneità e la compattezza dell'organizzazione amministrativa più che la libertà dei soggetti privati.

Caduto l'impero napoleonico, il Consiglio di Stato francese, visto con sospetto dai liberali per la sua origine autoritaria, è limitato nelle sue attribuzioni, privato di alcune immunità già concesse ai suoi membri e attaccato in sede dottrinale e parlamentare,

⁴²⁸ Così la sent. Corte cost. n. 52 del 2016, su cui v. *amplius infra*, al par. 5.3. sgg.

⁴²⁹ E. CHELI, *Atto politico*, cit. 4.

ove se ne minaccia la soppressione: l'equilibrio costituzionale che si instaura, dopo il 1830, nelle strutture del governo parlamentare vede i Ministri tesi sempre più ad affrancare l'azione dei propri dicasteri da ogni forma di controllo diversa da quella svolta dal Parlamento in sede politica, ciò che fa ritenere recessiva l'esigenza di un organo di giustizia amministrativa.

In questo clima di ostilità, il giudice amministrativo, condizionato dal timore di riuscire troppo sgradito al Governo, tende a limitare progressivamente l'ambito delle proprie attribuzioni, abbandonando le zone incerte alla giurisdizione del giudice ordinario e le materie di maggiore impatto politico alla libera disponibilità degli organi di amministrazione attiva. Viene così a delinearsi spontaneamente la nozione di atto politico o di governo ("*acte de gouvernement*") quale atto sottratto al sindacato dell'organo di giustizia amministrativa⁴³⁰.

Negli anni della Monarchia di luglio e del Secondo impero, numerose decisioni, quasi tutte relative a provvedimenti adottati dal Governo a danni delle famiglie già regnanti in Francia, testimoniano l'irricevibilità di ricorsi relativi a controversie asseritamente di natura politica. Il Consiglio di Stato si limita a indicare caso per caso gli atti considerati insindacabili perché politici, ma non approfondisce gli elementi che ne imprimono la natura politica, né sostiene la creazione della nuova categoria con argomentazioni dogmatiche.

Nel tentativo di precisare i criteri orientativi della giurisprudenza amministrativa, la dottrina francese elabora la c.d. teoria del "movente" ("*mobile*") o della causa soggettiva, a tenore della quale qualsiasi atto della pubblica Amministrazione, ove dichiaratamente ispirato a motivi politici o volto a perseguire finalità di ordine politico, assume per ciò solo la natura di atto politico o di governo e, pertanto, si sottrae al

⁴³⁰ In particolare, è del 1° maggio 1822 la prima pronuncia che fa uso della nozione di atto politico. Come ricorda E. CHELI, *Atto politico*, cit., 5, il banchiere Laffitte, acquirente di una rendita concessa da Napoleone alla sorella Paolina Borghese, rendita soppressa con una legge del 1816, aveva impugnato innanzi il Consiglio di Stato il diniego opposto dal Ministro delle Finanze di pagare le rate della rendita maturate anteriormente alla legge di soppressione. Il Consiglio di Stato ha rigettato il ricorso, non accedendo allo scrutinio nel merito, ma affermando che la domanda del ricorrente attenesse a una "question politique dont la décision appartient exclusivement au Gouvernement".

sindacato degli organi di giustizia amministrativa. Com'è evidente, in questo modo il Governo può estendere illimitatamente l'elenco degli atti insindacabili (ossia in virtù della semplice dichiarazione che nell'atto di cui si controverte ricorrono dei motivi politici) e simmetricamente escludere il controllo del giudice amministrativo in tutti i casi in cui lo suggeriscano ragioni contingenti di opportunità politica.

La nascita della Terza Repubblica e la rinnovata centralità assunta dal principio di legalità all'interno delle nuove istituzioni agevola l'abbandono della teoria del "movente", che si confaceva ad applicazioni troppo arbitrarie, in favore di una nuova teoria, detta della "natura" dell'atto, in base alla quale si cerca di individuare un'esatta linea di demarcazione tra atti politici e atti amministrativi, tra loro differenziati per il fatto di riallacciarsi a due attività – il governo e l'amministrazione – tra loro *oggettivamente* distinte. Sulla base di questa nuova impostazione, il Consiglio di Stato accede allo scrutinio del merito dei ricorsi, respingendo le eccezioni di politicità sollevate dal Governo in tutti i casi in cui riconosca agli atti impugnati una natura oggettivamente amministrativa.

Se si sposta lo sguardo alla situazione "cisalpina", ci si avvede che l'origine della nozione dell'atto politico è analoga: anche in Italia la relativa nozione non preesiste all'istituzione di un sistema di giustizia amministrativa, ma nasce insieme a esso come conseguenza di una particolare esigenza di ordine pratico: identificare l'oggetto di una nuova forma di controllo giurisdizionale, precisandone i limiti.

Com'è noto, l'Allegato E alla legge 20 marzo 1865, n. 2248⁴³¹, ha previsto l'abolizione degli istituti del contenzioso amministrativo e la devoluzione alla giurisdizione del giudice ordinario delle controversie concernenti "*i diritti civili e politici dei cittadini*", e ciò quand'anche in esse potesse essere coinvolta la pubblica Amministrazione. Un tanto, in ottemperanza a uno dei principali obiettivi della Destra storica, rappresentato dal conseguimento della giurisdizione "unica", sulla scia

⁴³¹ Si è già parlato di tale legge in relazione all'unificazione amministrativa (c.d. "piemontesizzazione") del nuovo Regno d'Italia che con essa è stata disposta. Sul punto v. F. G. COCA *La pubblica amministrazione e la sua evoluzione*, cit., 5, nonché *supra*, cap. II, par. 4.1 sgg.

dell'ordinamento belga allora vigente⁴³². La riforma del 1865, peraltro, solo in parte raggiungeva il fine ch'essa si proponeva, consistente nel garantire la presenza di un giudice indipendente e imparziale in ogni controversia che potesse sorgere tra cittadini e Stato. Una vasta gamma di rapporti di diritto pubblico, infatti, coinvolgeva interessi di privati non elevabili, però, al rango di diritti: interessi che, a seguito dell'abolizione del contenzioso amministrativo, erano lasciati alla discrezionalità piena e insindacabile degli organi di amministrazione attiva e, dunque, ancor meno tutelati rispetto a prima.

A partire dal 1870, l'incremento dell'azione amministrativa e la pressione delle forze e dei principi liberali avevano accentuato il problema della "giustizia nell'amministrazione"⁴³³. La forma di governo parlamentare (cui erano sottese la partecipazione dei cittadini all'esercizio del potere politico e la responsabilità del Governo verso il Parlamento) non rappresentava, essa sola, una valida garanzia nell'applicazione quotidiana delle leggi operata dai pubblici poteri, vieppiù in un ordinamento, quale quello italiano, nel quale l'assetto costituzionale era stato innestato "sull'antico albero della monarchia assoluta e del suo diritto amministrativo"⁴³⁴. La legge 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, completava così l'opera di riforma avviata con l'abolizione del contenzioso amministrativo.

In tale contesto, la formulazione della nozione positiva di atto politico si determina storicamente nel contrasto tra due tendenze divergenti: l'una, garantista, la quale ricollega il perfezionamento del sistema di giustizia amministrativa all'attuazione integrale del principio di supremazia della legge, traendone come conseguenza l'eliminazione, all'interno dell'azione amministrativa, di ogni residuo di arbitrarietà; l'altra, che potremmo definire *lato sensu* autoritaria, volta invece a salvaguardare in primo luogo l'efficienza dell'apparato statale e la sicurezza dell'ordinamento considerato nella sua unità. Questa contrapposizione, evidenziata in particolare dal

⁴³² Lo ricorda E. CHELI, *Atto politico*, cit., 13.

⁴³³ Questa la felice formulazione di S. SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione*, cit., 4.

⁴³⁴ *Ivi*, 28.

dibattito tra Salandra e Crispi⁴³⁵ in ordine all'opportunità di inserire espressamente, all'interno della l. n. 5992 del 1889, una disposizione in ordine all'insindacabilità degli atti politici, riflette, da un lato, la "matrice dialettica" e di compromesso della nozione di atto politico; dall'altro, il fatto che si tratta di un concetto dinamico, essendo determinato dalla "tensione di due forze contrapposte: [...] la liberale e l'autoritaria, immanenti nella vita di ogni ordinamento"⁴³⁶, con la conseguenza che qualsiasi spostamento tra l'equilibrio delle due si riflette inevitabilmente nel contenuto della nozione in esame e nell'estensione dell'area riservata al potere politico.

Si giungeva dunque all'approvazione della disposizione poi trasfusa nell'art. 24, comma 2, della l. n. 5992 del 1889, a tenor della quale "*il ricorso non è ammesso se trattasi di atti o provvedimenti emanati nell'esercizio del potere politico*". Essa, con identica formulazione, sarà poi trasfusa nell'art. 22, comma 2, della l. 7 marzo 1907, n. 62 (c.d. "legge Giolitti"), che ha istituito la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, e, infine, nell'art. 31 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, recante il Testo Unico delle

⁴³⁵ Secondo Salandra, in particolare, l'introduzione di una categoria di atti insindacabili avrebbe rischiato di annullare ogni garanzia giurisdizionale, perché avrebbe consentito al Governo di mascherare sotto le spoglie dell'atto politico qualsiasi atto amministrativo, in tal modo restringendo o addirittura annullando l'ambito di applicazione del controllo giurisdizionale. Crispi, invece, propugnando un'interpretazione restrittiva del concetto di atto politico, sosteneva che all'istituendo organo giurisdizionale sarebbero state attribuite solamente le materie strettamente amministrative, laddove la gestione dei rapporti politici sarebbe stata rimessa alla dialettica tra Governo e Parlamento. La quadra fu trovata in ordine ai seguenti punti: *a)* la norma sull'insindacabilità avrebbe dovuto semplicemente chiarire e non limitare la competenza dell'organo di giustizia amministrativa, competenza istituzionalmente delimitata al sindacato sugli atti amministrativi; *b)* gli atti politici o di governo sarebbero dovuti essere distinti, sul piano oggettivo, da quelli amministrativi, dovendo essi corrispondere a quelli elencati dall'art. 5 dello Statuto (a tenor del quale "*Al Re solo appartiene il potere esecutivo. Egli è il Capo Supremo dello Stato: comanda tutte le forze di terra e di mare: dichiara la guerra: fa i trattati di pace, d'alleanza, di commercio ed altri, dandone notizia alle Camere tosto che l'interesse e la sicurezza dello Stato il permettano, ed unendovi le comunicazioni opportune. I trattati che importassero un onere alle finanze, o variazione di territorio dello Stato, non avranno effetto se non dopo ottenuto l'assenso delle Camere*"), a quelli delegati per legge al Governo e a tutti quelli che il Governo è tenuto ad adottare per la sicurezza pubblica, interna ed esterna dello Stato"; *c)* l'eventuale eccezione, sollevata dal Governo, in ordine alla natura politica dell'atto non avrebbe potuto vincolare nella decisione il Consiglio di Stato. Quest'ultimo, invece, sarebbe rimasto libero di giudicare e decidere sulla fondatezza di tale eccezione. Una sintesi del dibattito parlamentare è riportata da E. CHELI, *Atto politico*, cit., 9 sgg.

⁴³⁶ E. CHELI, *Atto politico*, cit., 25.

leggi sul Consiglio di Stato (*hinc inde*: anche T.U. Cons. Stato) e rimasto in vigore sino all'entrata in vigore del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, recante il Codice del processo amministrativo (*hinc inde*: anche cod. proc. amm.).

1.2.- “C'è, ma non si vede”: la nozione di atto politico dal T.U. Cons. Stato al Codice del processo amministrativo

Come si è visto, la nascita della categoria dell'atto politico è dovuta a precise giustificazioni di ordine storico e nasce dal compromesso tra libertà e legalità, da un lato, ed efficienza e autorità, dall'altro. Un compromesso consentito dalla circostanza che nell'ordinamento liberale al Governo era comunque riconosciuta l'esistenza di un potere discrezionale nella conduzione degli affari politici maggiormente rilevanti, sebbene nel rispetto del principio della separazione dei poteri. Diversa, invece, era la questione concernente i rischi che un simile potere si mutasse in arbitrio, sulla quale si sarebbero poi concentrate sia la dottrina, sia la giurisprudenza. In altre parole, in un contesto caratterizzato dall'assenza di una costituzione rigida e di un giudice che ne garantisse il rispetto, era considerata naturale la presenza di una zona franca per il Governo, riservata alla gestione di settori da sempre appannaggio del diritto costituzionale latamente inteso (rapporti internazionali, rapporti tra Governo e Parlamento, diritti e prerogative del Re etc.).

Nondimeno, ben oltre l'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e, dunque, in regime di costituzione rigida, il legislatore, all'interno dell'art. 7, comma 1, secondo periodo, cod. proc. amm., ha ribadito che “*Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico*”, così contraddicendo l'opinione di chi, a causa della mancata riproduzione della fattispecie nella legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali e del ridotto ambito applicativo della stessa, riteneva che la norma sull'atto politico fosse stata

tacitamente abrogata⁴³⁷; ciò, probabilmente, anche in virtù del fatto che nel periodo intercorrente tra la caduta del regime fascista e l'adozione della Costituzione repubblicana erano emersi seri dubbi in ordine all'opportunità di mantenere in vigore l'art. 31 del T.U. Cons. Stato⁴³⁸.

Ciononostante, il legislatore estensore del Codice del processo amministrativo ha ritenuto di riprodurre la pertinente disposizione all'interno dell'art. 7, comma 1, immediatamente di seguito a quella che individua le materie devolute alla giurisdizione amministrativa⁴³⁹. Come si evince dalla relazione di accompagnamento, tale disposizione era in realtà assente nello schema di codice predisposto dal Consiglio di Stato e inviato alle Camere per l'emissione dei pareri competenti. È stata, invece, inserita dietro recepimento delle osservazioni formulate dalla Commissione Affari

⁴³⁷ Così, in dottrina, R. ALESSI, *La giurisdizione amministrativa dopo l'istituzione dei tribunali amministrativi regionali*, Milano, Giuffrè, 1972, 11 sgg.; in giurisprudenza, cfr. Corte dei conti, Sez. Centr. contr. atti Governo e Amministrazioni dello Stato, del. 4 agosto 2010, n. 16/2010/P, nella quale, sulla base del presupposto dell'avvenuta abrogazione dell'art. 31 del T.U. Cons. Stato, ha escluso la natura politica di alcuni d.P.C.M. con i quali è stata dichiarata l'emergenza nell'area degli scavi di Pompei, ma non ha considerato la riproposizione della disposizione all'interno dell'art. 7, comma 1, cod. proc. amm. (*«la norma alla quale tradizionalmente si fa riferimento per sostenere l'esistenza di una categoria di atti «politici» sottratti a sindacato è l'art. 31 del Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato (regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054), secondo il 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». Ebbene, l'articolo 4, comma 1, numero 4 del recentissimo decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, ha espressamente abrogato il citato art. 31; né sembra rilevante il fatto che detta norma abrogatrice entri in vigore il 16 settembre 2010, atteso che il legislatore ha chiaramente espresso la sua volontà, oltre tutto pienamente conforme ad una interpretazione delle norme costituzionalmente orientata»*).

⁴³⁸ Ci si riferisce alla Relazione del Consiglio di Stato del 9 luglio 1946 (Pres. Meuccio Ruini), presentata, nella fase preparatoria della Costituzione repubblicana, quale contributo istituzionale alla nuova organizzazione dello Stato, nella quale era evidenziato che, in un perfetto sistema di garanzie giuridiche, nessun atto del potere esecutivo potesse “sfuggire ad un permanente controllo giurisdizionale”. Ne parla R. CHIEPPA, *Una inammissibilità di ricorso per conflitto di attribuzione rivestita da una opportuna motivazione sugli stretti limiti della discrezionalità politica non soggetta ad alcun sindacato giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 2012, 1160.

⁴³⁹ L'art. 7, comma 1, primo periodo, cod. proc. amm., prevede infatti che *«Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni»*.

costituzionali del Senato e dalle Commissioni Giustizia e Affari Costituzionali della Camera. Queste ultime, infatti, hanno manifestato l'opportunità di integrare la formulazione del menzionato art. 7 al culmine di un acceso dibattito, nel quale è stata sottolineata la persistenza di numerose criticità riferite alla categoria degli atti politici, legate soprattutto al carattere indeterminato e sfuggente della relativa nozione⁴⁴⁰.

Il dibattito in ordine alla formulazione della disposizione in esame testimonia la tendenza del legislatore a utilizzare la categoria dell'atto politico nell'ottica di circoscrivere in negativo l'area degli atti sottoposti al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo e, all'un tempo, conferma la presenza di diverse criticità legate all'ambiguità del concetto. Con l'intento di garantire la reciproca indipendenza tra le diverse funzioni dello Stato, in Parlamento si è sottolineata l'opportunità che il giudice amministrativo non intervenga nelle questioni concernenti la direzione suprema della cosa pubblica, rimarcando la distinzione tra atti riconducibili all'attività amministrativa, soggetti al sindacato giurisdizionale, e atti espressivi di una funzione di rango costituzionale, che a tale sindacato sono sottratti.

In definitiva, la riproposizione della disposizione sull'insindacabilità degli atti politici (*recte*: degli “*atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico*”) testimonia l'esigenza, già fatta propria dal legislatore liberale, di svincolare dal sindacato del giudice amministrativo la sfera delle relazioni tra gli organi costituzionali, così distinguendole dalle altre attività ricomprese nel concetto di amministrazione. In questo modo, la giustiziabilità delle controversie nelle quali, giusta la formulazione dell'attuale art. 7, comma 1, primo periodo, cod. proc. amm., “*si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni*”, è controbilanciata dal riconoscimento – di cui al secondo

⁴⁴⁰ V. in particolare gli interventi degli On.li Bernini, Vassalli, Calderisi, Bovicelli e Lanzillotta durante la seduta del 15 giugno 2010 innanzi la Camera dei Deputati, Commissione Affari costituzionali.

periodo del medesimo comma – di poteri decisionali, in capo agli organi di governo, ancorati all'attività di direzione politica.

Così posta, il tema assume termini in parte analoghi a quelli cui ha dovuto far fronte il legislatore liberale. Nondimeno, il mutato contesto ordinamentale, caratterizzato da una Costituzione rigida le cui violazioni sono giustiziabili quand'anche perpetrate per tramite dell'attività legislativa, ripropone sì antiche questioni, ma impone di assegnare loro risposte adeguate al mutato contesto ordinamentale⁴⁴¹.

2.- L'atto politico ai tempi dello Statuto.

Si è detto che la nozione di atto politico è storicamente condizionata dalla presenza di un sistema di giustizia amministrativa e dall'esigenza, di ordine pratico, di individuare l'oggetto della competenza da attribuire all'organo del contenzioso amministrativo, precisandone i limiti. È proprio in ragione dell'indeterminatezza delle premesse dogmatiche su cui si fonda l'atto politico al momento della sua comparsa – e dunque del rischio che la relativa nozione, proprio perché storicamente determinata, ma teoricamente sfuggente, possa esser strumentalizzata in funzione restrittiva delle garanzie di libertà, che già all'indomani dall'entrata in vigore della l. n. 5992 del 1889 la dottrina si è interrogata sui criteri differenziali tra atti politici insindacabili e atti

⁴⁴¹ Va peraltro segnalato che lo stesso art. 1 cod. proc. amm. rappresenta una spia del mutamento del contesto, dal momento ch'esso prevede che *“la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”*. Sull'importanza che gli studi in ordine alla nozione di atto politico acquisiscano rinnovata linfa v. anche G. DE GIORGI CEZZI, *Aboliamo l'art. 7 comma 1 del Codice del processo amministrativo? Limiti e autolimiti del giudice amministrativo e sostenibilità dei procedimenti di generazione delle conoscenze in ordine ai fatti. I casi dell'eccesso di potere, dell'atto politico e dei poteri non ancora esercitati*, in *Federalismi.it*, n. 11/2018, 15, ove si evidenzia il timore che la reiterazione della nozione di atto politico all'interno del Codice del processo amministrativo possa farsi occasione per porre nuovi limiti alla tutela giurisdizionale, ancorché nella forma di *“auto-limiti propri di una materia in cui, con il prosciugamento del dibattito dottrinale, sono aumentati gli spazi della «politica» giurisprudenziale che il giudice amministrativo utilizza non solo sul piano delicatissimo dell'assetto dello Stato, ma anche nel rapporto giurisdizione-amministrazione”*.

amministrativi passibili di sindacato, giungendo alla ricostruzione di una serie di teorie volte a individuare gli elementi caratterizzanti la categoria degli atti politici.

Dall'esame comparato delle varie teorie, peraltro, è possibile evincere che l'indagine relativa alla nozione di atto politico si sia sviluppata lungo tre direttrici fondamentali, corrispondenti a tre differenti orientamenti dottrinali e a tre distinte finalità politiche⁴⁴².

i) Secondo un primo orientamento, definito "soggettivo", l'elemento distintivo dell'atto politico è stato rinvenuto nel modo particolare di atteggiarsi della volontà nel soggetto agente, in relazione sia ai motivi ispiratori dell'atto (c.d. teoria del "movente politico" o della "causa soggettiva"), sia al grado di libertà di cui dispone l'organo investito di potere (c.d. teoria della "discrezionalità assoluta")⁴⁴³.

ii) Un secondo orientamento, a carattere "oggettivo", ha invece condotto la ricerca sul piano sostanziale del contenuto (c.d. teoria della "natura") o della causa (c.d. teoria della "causa oggettiva") dell'atto e sul terreno formale della relazione intercorrente tra atto e norma (c.d. teoria della "esecuzione della Costituzione"), cercando di individuare una nozione di atto politico contraddistinta da elementi costanti e immutabili⁴⁴⁴.

iii) Un terzo orientamento, definito "storicista", ha negato in radice la possibilità di trovare una soluzione dogmatica al problema dell'atto politico e sottolineato la connessione esistente tra lo svolgimento della relativa nozione e le vicende storiche dei diversi ordinamenti (a tale orientamento sono ricondotte la c.d. teoria "empirica" e quella c.d. "negativa")⁴⁴⁵.

⁴⁴² Lo ricorda E. CHELI, *Atto politico*, cit., 38 sgg.

⁴⁴³ Cfr. *ivi*, 28; E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 174; P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, cit., 221; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione*, cit., 332 sgg.

⁴⁴⁴ G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione*, cit., 335 sgg.; F. BLANDO, *Fine dell'atto politico?*, in *Nuove aut.*, 2015, 81.

⁴⁴⁵ E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 265 sgg.; P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, cit., 226; E. CHELI, *Atto politico*, cit., 35. Recentemente sembra aderire all'impostazione c.d. "storicista" G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione*, cit., 370 sgg. Essa, secondo l'Autore, reca un'affermazione sempre valida, nella misura in cui, a causa della moltitudine e della mutevolezza dei fattori storici, evidenzia l'impossibilità di attribuire una precisa collocazione dogmatica, unica e immutabile, alla nozione di atto politico.

Si tratta di tre diverse angolazioni critiche, caratterizzate da tre distinte finalità di ordine pratico o *lato sensu* politiche. In particolare, l'impostazione "soggettiva" assicura l'efficienza dell'azione governativa, quella "oggettiva" garantisce la certezza della norma e l'immodificabilità del limite posto al controllo degli organi di giustizia amministrativa e quella "storicista" non compromette la flessibilità del limite medesimo e la sua adattabilità alle diverse contingenze della vita costituzionale.

A tali distinte angolazioni, come accennato, attenta dottrina ha ricondotto altrettanto distinte finalità politiche o "di regime", affermando che l'orientamento soggettivo sottende una tendenza "autoritaria" dell'ordinamento, quello oggettivo una tendenza "liberale" e quello storicista utilizza la nozione di atto politico come strumento di regolazione dell'equilibrio tra potere esecutivo e giurisdizione amministrativa, con possibilità di operare, a seconda delle esigenze dell'ordinamento, sia in funzione autoritaria, sia in funzione garantista. Di conseguenza, non vi sarebbero, in assoluto, teorie "vere" o "false", ma ciascuna di esse raggiungerebbe, in sede storica e in relazione al grado di corrispondenza tra fine proposto e risultato conseguito, un proprio livello di "verità", ossia di efficienza e di corrispondenza ai presupposti politici di riferimento⁴⁴⁶. Ciò, ovviamente, non precluderebbe di raggiungere una definizione rigorosamente positiva della nozione di atto politico, ossia in relazione a un certo momento storico e con riferimento a un determinato ordinamento giuridico.

Riprova di quanto appena affermato è l'approccio di Guicciardi, che ha impostato la propria indagine nei limiti dell'ordinamento italiano statutario e in relazione a una precisa norma di diritto positivo: l'art. 31 del T.U. Cons. Stato⁴⁴⁷.

Secondo Guicciardi, l'atto politico è l'atto emanato da un organo di governo sulla base di motivi estranei all'ordine giuridico e sottratto al sindacato del giudice amministrativo perché necessariamente legittimo. Essa poggia sui seguenti assunti fondamentali⁴⁴⁸: a) l'art. 31 T.U. Cons. Stato è la sola base positiva cui l'interprete

⁴⁴⁶ *Ivi*, 39 sg.

⁴⁴⁷ E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 265 sgg.; *contra* v. P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, cit., 222 sgg.); E. CHELI, *Atto politico*, cit., 36 sgg.

⁴⁴⁸ E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 271.

deve far riferimento nella ricostruzione della nozione di atto politico; *b*) l'interpretazione di detta norma, in correlazione con l'art. 26 del medesimo T.U., conduce necessariamente a qualificare gli atti politici come atti formalmente e sostanzialmente amministrativi; *c*) dal campo degli atti politici vanno dunque escluse le leggi materiali e formali, gli atti in cui si manifestano i rapporti internazionali, quelli manifestazione del potere di grazia e quelli in cui si concretano i rapporti tra capo dello Stato e Camere; *d*) gli atti politici, infatti, sono quelli provvisti di un requisito soggettivo (consistente nella provenienza sostanziale da un organo di governo) e di uno oggettivo (consistente nel fatto che essi sono estrinsecazione del potere politico, da Guicciardi ritenuto la manifestazione più intensa del potere discrezionale, perché ispirati da principi – quali quelli della politica – non determinati né apprezzabili giuridicamente); *e*) così ragionando, l'atto politico è quell'atto appartenente al *genus* degli atti amministrativi discrezionali, sostanzialmente imputabile alla volontà di un organo di governo, formatasi sulla base di motivi estranei all'ordine giuridico; *f*) tale atto, tuttavia, è vincolato al rispetto di una sola norma sulla competenza, che è quella che attribuisce all'organo di governo un potere nel concorso di determinati presupposti, ma non prescrive i motivi e le modalità del suo esercizio; *g*) in caso di violazione della norma sulla competenza (ciò che sol rende l'atto politico un atto amministrativo “necessariamente legittimo”), l'atto politico illegittimo perde necessariamente la sua qualità di atto politico e si declassa a semplice atto amministrativo, incorrendo nelle forme di sindacato comuni agli atti amministrativi⁴⁴⁹.

3.- L'atto politico ai tempi della Costituzione.

La dottrina tradizionale prerепubblicana, sulla base della distinzione tra atti legislativi, amministrativi e giurisdizionali, riteneva che gli atti politici fossero riconducibili alla categoria degli atti amministrativi, pur se eccezionalmente sottratti

⁴⁴⁹ Cfr. anche E. CHELI, *Atto politico*, cit., 37 sg.

al sindacato giurisdizionale innanzi il giudice amministrativo a causa del contenuto, della causa o dei motivi in virtù dei quali erano stati adottati⁴⁵⁰.

L'entrata in vigore della Costituzione repubblicana ha avuto l'effetto di scardinare, in particolare, la tesi di Guicciardi, che, come detto, inquadrava l'atto politico nel *genus* degli atti amministrativi. Essa, infatti, mal si concilia con l'insieme dei principi costituzionali posti a presidio della giurisdizione amministrativa. Primario rilievo, in particolare, assume l'art. 113 Cost.⁴⁵¹, attraverso il quale il principio di legalità e la regola della sottoposizione alla legge dell'attività dei pubblici poteri trovano un definitivo ancoraggio alla Costituzione⁴⁵².

Il secondo comma dell'art. 113, in particolare, contiene una specificazione del principio di indefettibilità della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi del cittadino di cui al primo comma, ivi prevedendosi il divieto, per il legislatore ordinario, di escludere o limitare detta tutela per particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti della "*pubblica amministrazione*", in relazione, dunque, alla generalità degli atti da questa adottati⁴⁵³.

Se dunque il principio di effettività della tutela giurisdizionale, riferendosi a tutte le Amministrazioni pubbliche, non consente l'introduzione di limitazioni di sorta da parte del legislatore ordinario, è destinata a tramontare l'ipotesi che si diano atti autoritativi concretamente lesivi di situazioni giuridicamente protette e, tuttavia, coperti da insindacabilità in ragione della provenienza da parte degli organi di governo o dei motivi da questi indicati. Viceversa, qualsiasi atto amministrativo è destinato allo

⁴⁵⁰ *Ivi*, 38 sgg.

⁴⁵¹ Com'è noto, il comma 1 dell'art. 113 Cost. prevede che "*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*".

⁴⁵² Così espressamente L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, Cedam, 1966, 148 sgg., nonché M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 53.

⁴⁵³ Cfr. P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, il quale, nel criticare la tesi della "legittimità necessaria" di Guicciardi, sottolinea che l'art. 31 T.U. Cons. Stato sia destinato a cedere innanzi all'art. 113 Cost., salvo volerne adottare un'interpretazione restrittiva quale "riferentesi esclusivamente agli atti di governo, e non più agli atti amministrativi-politici". Sarebbe, a detta dell'Autore, proprio il secondo comma dell'art. 113 a scongiurare l'esistenza (*recte*: a sanzionare la sopravvenuta incostituzionalità) degli atti politici insindacabili, categoria definitivamente tramontata con la Costituzione repubblicana.

scrutinio del giudice amministrativo ed eventualmente all'annullamento o alla disapplicazione, laddove vi siano dei limiti, illegittimamente posti, alle situazioni giuridiche attive⁴⁵⁴.

Un non secondario rilievo nella delimitazione della nozione di atto politico occupa anche la Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, sottoscritta a Roma il 4 dicembre 1950 dai Paesi membri del Consiglio d'Europa, ratificata in Italia con l. 4 agosto 1955, n. 848 (*hinc inde*: Convenzione EDU o CEDU), le cui disposizioni, com'è noto, costituiscono parametro interposto di legittimità costituzionale, alla luce dell'interpretazione che ne dà la Corte europea dei diritti dell'Uomo (*hinc inde*: Corte EDU)⁴⁵⁵.

La Corte EDU, in particolare, nella sent. Grande Camera, Ric. n. 1398/03, 14 dicembre 2006, *Markovic e altri c. Italia*, ha avuto occasione di pronunciarsi proprio in merito al rapporto tra la nozione di atto politico e il diritto a un equo processo previsto dall'art. 6 CEDU, essendo stata chiamata a decidere sulla violazione della Convenzione EDU da parte della sent. Cass. Sez. Un. 5 giugno 2002, n. 8157. Quest'ultima aveva dichiarato il difetto di giurisdizione ai sensi dell'art. 31 T.U. Cons. Stato in relazione alla richiesta di risarcimento del danno *ex art. 2043* avanzata contro

⁴⁵⁴ L'amplissimo potere di cui gode l'Amministrazione in determinate fattispecie "può costituire un limite di penetrazione del sindacato; ma il sindacato di legittimità resta integro e completo": *ivi*, 226.

⁴⁵⁵ Questa l'impostazione adottata dalla Corte costituzionale nelle note sentenze "gemelle" nn. 348 e 349 del 2007. Com'è noto, il Giudice delle leggi, con la successiva sent. n. 49 del 2015, ha parzialmente modificato tale impostazione, affermando che il giudice nazionale sarebbe vincolato alle sole sentenze della Corte EDU costituenti "diritto consolidato" o alle "sentenze pilota" in senso stretto; la sent. n. 123 del 2017, invece, ha affermato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 106 cod. proc. amm. e degli artt. 395 e 396 cod. proc. civ., sollevata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui essi non prevedevano un caso di revocazione delle sentenze nazionali in caso di contrasto con la giurisprudenza della Corte EDU. Per ogni approfondimento in ordine alla pertinente dottrina e giurisprudenza relativa alla Convenzione EDU come parametro interposto di costituzionalità sia consentito il rinvio a S. BARBARESCHI, L.A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione "fuori contesto": considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, con postilla di B. Caravita, in *Federalismi.it*, 4 novembre 2020, 10, nonché a A. GUAZZAROTTI, *L'interpretazione conforme alla CEDU*, cit., 1 sgg. V. anche, non recentissimamente, ma comunque per un inquadramento di sistema, D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: "il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU"*, in *Quad. cost.*, n. 2/2015, 400 sgg.

la Repubblica italiana dai congiunti delle vittime della distruzione di un obiettivo non militare da parte di aerei della NATO, decollati dal territorio italiano nel corso di operazioni militari condotte contro la Repubblica federale di Jugoslavia. Secondo le Sezioni Unite, la decisione sulle modalità con cui condurre le operazioni di guerra era da ricondurre alla nozione di “*atti di governo*”. La Suprema Corte aveva ritenuto questi ultimi insindacabili in sede giurisdizionale in quanto “*manifestazione di una funzione politica*”, attribuita dalla Costituzione a un organo costituzionale e per sua natura tale da non potervi essere, in rapporto a essa, una situazione di interesse giuridicamente tutelato a che gli atti in cui si manifesta assumessero o meno un determinato contenuto, con la conseguenza che non vi sarebbe stato alcun giudice munito del potere di sindacare le relative modalità di esercizio. La Corte EDU ha rigettato il ricorso proposto innanzi a essa per motivi di merito, perché, ad avviso della stessa, la soluzione della Cassazione non aveva comportato il riconoscimento di un’immunità giurisdizionale, ma aveva solamente offerto delle indicazioni sull’ampiezza del controllo giurisdizionale esercitabile dal giudice su un atto di politica estera quale atto di guerra.

Per i profili qui di interesse, va sottolineato che la Corte EDU, in base al disposto dell’art. 6 CEDU, ha acclarato che il diritto di accesso a un tribunale presuppone la delimitazione dell’ampiezza della nozione di atto insindacabile, alla luce dei principi dello stato di diritto e del divieto di qualsiasi potere arbitrario più volte richiamati dalle disposizioni CEDU. In buona sostanza, la CEDU ha escluso il diritto al risarcimento dei danni nei confronti degli atti di guerra, riparametrando l’ambito degli atti politici soggetti alla regola dell’insindacabilità sostenuta dalla Cassazione e affermando che non è tanto l’atto di governo in sé a essere insindacabile, quanto quella particolare categoria di atti di guerra che, per ragioni di merito, preclude uno scrutinio al giudice nazionale.

Alla luce dei principi costituzionali e convenzionali ora richiamati possono rassegnarsi alcune prime considerazioni, consistenti nel fatto che nei casi in cui l’atto politico è istituzionalmente sottratto al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, ciò accade in base alla (ritenuta) natura dell’atto, piuttosto che per

un'espressione previsione di legge, essendo logicamente inconcepibile che la funzione sovrana di governo, nella propria esplicazione, altri limiti oltre quelli presenti in Costituzione e garantiti dalla Corte costituzionale⁴⁵⁶.

Quand'anche rivestito della forma di atto amministrativo, esso è insindacabile a causa dell'ampissimo potere discrezionale attribuito dalla Costituzione agli organi competenti alla conduzione dello Stato⁴⁵⁷. Nondimeno, come acutamente rilevato, la previsione di limiti al potere costituito, tipica degli ordinamenti a Costituzione rigida che hanno eletto il principio di legalità a fondamento del sistema, presidia il dogma dell'insindacabilità dell'atto politico con precisi contrappesi, consistenti, anzitutto, nel vincolo al rispetto delle libertà fondamentali e, in secondo luogo, nelle disposizioni che disciplinano l'esercizio delle attribuzioni costituzionali in capo agli organi dello Stato-apparato⁴⁵⁸.

Le circostanze di cui sopra hanno spinto la dottrina a interrogarsi sulla compatibilità con la Costituzione dell'art. 31 T.U. Cons. Stato, prima, e dell'art. 7, comma 1, secondo periodo, cod. proc. amm., poi, disposizioni che rappresentano il fondamento legislativo della relativa categoria. Si è ritenuto, da un lato, che le stesse fossero viziate di incostituzionalità sopravvenuta, essendo espressione di una tradizione storica ormai risalente e superata dal principio dell'infettibilità della tutela giurisdizionale avverso tutti gli atti della pubblica Amministrazione⁴⁵⁹. In senso contrario, si è condizionata la compatibilità di tali disposizioni con l'art. 113 Cost. alla limitazione del loro ambito di applicabilità e, dunque, collocando l'atto politico al di fuori della categoria degli atti amministrativi e all'interno di quella degli atti di indirizzo politico, posti in essere da organi liberi di determinare le direttive per l'esercizio della propria azione e operanti

⁴⁵⁶ Su cui v. E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 292 sgg.

⁴⁵⁷ In questo senso v. P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, cit., 225.

⁴⁵⁸ Così S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 659 sgg.

⁴⁵⁹ Così, in relazione all'art. 31 T.U. Cons. Stato, G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Atto politico e atto di governo*, in *Enc. giur.*, Vol. IV, Roma, Treccani, 1988, 4; in relazione all'art. 7 cod. proc. amm., F.G. SCOCA, *Principi funzionali o di efficienza*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli, 2013, 166 sgg.

nella sfera delle scelte non apprezzabili giuridicamente, perché giustificabili esclusivamente alla luce di criteri indicati dai principi della politica⁴⁶⁰.

Si è giunti così a un'interpretazione costituzionalmente orientata della relativa disposizione, la quale, se portata alle sue estreme conseguenze, conduce, secondo alcuni, ad affermare che l'art. 31 T.U. Cons. Stato (e, oggi, l'art. 7, comma 1, secondo periodo, cod. proc. amm.) sia una disposizione non solo non incostituzionale, ma anche pleonastica, ragion per cui in letteratura molto si è discusso in ordine all'opportunità di (non) abrogarla. Nel caso dell'atto politico, in buona sostanza, si verterebbe intorno a fattispecie prive di una concreta capacità lesiva, cui farebbe da contraltare l'assenza di una ragione specifica di tutela giurisdizionale in capo al singolo: all'affermazione di un momento di autorità non corrisponderebbe la compressione di un momento di libertà. Ma se l'incapacità lesiva di un atto è essa stessa motivo di insindacabilità giudiziale, perché si risolve nel difetto di interesse individuale a promuovere l'azione, va da sé che l'asserita politicità (e, di conseguenza, l'insindacabilità) di un determinato atto nulla aggiunge rispetto alle regole generali sul funzionamento del processo e che la norma sull'insindacabilità dell'atto o provvedimento emanato nell'esercizio di un potere politico, più che una deroga all'art. 113 Cost., ne costituisce una riaffermazione⁴⁶¹.

3.1.- L'atto politico come "atto di governo"

Nell'ordinamento prerepubblicano, la dottrina ha preso le mosse dalla collocazione degli atti politici all'interno del *genus* di quelli amministrativi per affermarne l'insindacabilità innanzi gli organi di giustizia amministrativa senza dover minare uno

⁴⁶⁰ P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, cit., 221 sgg.; G.B. GARRONE, *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. I, Torino, Utet, 1987, 544 sgg.; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti "di alta amministrazione"*, cit., 121.

⁴⁶¹ In questi termini ID., 114 sgg.; G. DE GIORGI CEZZI, *Aboliamo l'art. 7 comma 1 del Codice del processo amministrativo?*, cit., 1 sgg.

dei fondamenti del sistema liberale: il principio di divisione dei poteri. Si presupponeva, infatti, una visione “unitaria” del potere esecutivo, all’interno del quale, accanto all’attività amministrativa, ve n’era una di governo, volta alla predisposizione delle direttive da impartire agli organi burocratici, che avrebbero dovuto garantirne l’attuazione. L’attività di governo, pertanto, era vista come l’espressione più autorevole del potere esecutivo, perché dava impulso e direzione all’azione statale in vista dell’interesse generale al benessere dei cittadini; l’attività di amministrazione era un complemento della stessa, volta all’adozione di strumenti concreti per la cura di detto interesse⁴⁶².

Quale parte “preminente” del potere esecutivo, il Governo era, da un lato, in posizione sovraordinata rispetto all’Amministrazione, ma subordinata rispetto alla legge. Così delineata, nel pensiero liberale l’attività di governo tendeva a esser considerata non quale funzione oggettivamente autonoma accanto alle tre tradizionali, bensì quale la risultante di attività diverse per natura, ma riconducibili a unità per il fatto di provenire da organi dell’apparato amministrativo o di rivestire la forma degli atti amministrativi⁴⁶³.

Tale impostazione trova una spiegazione storica, se si considera che la prima fase di sviluppo relativa all’attività di governo si sovrappone al rafforzamento dell’ideologia liberale e, con essa, del sistema parlamentare. Nella prospettiva dello Stato di diritto, il fine fondamentale che informa l’ordinamento è quello della garanzia del cittadino. Lo Stato trova giustificazione alla sua esistenza in questo fine, perseguito attraverso “una strumentazione di diritto costituzionale che ruota su due perni fondamentali: il principio di separazione (tripartizione) dei poteri ed il principio di supremazia della legge”⁴⁶⁴. Il primo, in particolare, ostava – nei termini poc’anzi detti – alla possibilità di qualificare in modo autonomo l’attività di governo, mentre il secondo impediva di evidenziare, all’interno di tale attività, le caratteristiche di

⁴⁶² Così E. GUICCIARDI, *L’atto politico*, cit., 265 sgg.; M.P. GENESIN, *L’attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, Napoli, Jovene, 2009, 69 sgg.

⁴⁶³ E. CHELI, *Atto politico*, cit., 46.

⁴⁶⁴ *Ibidem*.

direzione, impulso e coordinamento che ne rappresentavano, in realtà, il contenuto preminente, ma che, una volta sottolineate, avrebbero messo in pericolo la superiorità dell'organo parlamentare (e dell'atto legislativo, che ne costituisce l'espressione tipica) sull'organo di governo (e sull'atto promanante dal potere esecutivo).

In definitiva, in epoca liberale, al riconoscimento della "preminenza" sostanziale dell'attività di governo all'interno dello spettro del potere esecutivo non si accompagnava quello della "preesistenza" alle altre funzioni statuali, che sarebbe poi stato affermato dalle successive dottrine sull'indirizzo politico⁴⁶⁵. Di qui l'esigenza di distinguere, nell'ambito della stessa attività, gli atti amministrativi, sottoposti al sindacato giurisdizionale, da quelli politici, i quali, pur sempre adottati dal Governo, rappresentavano, secondo l'opinione allora dominante, l'esercizio di un potere di natura costituzionale e, come tale, affrancato da tale sindacato.

La predisposizione di controlli sulle decisioni degli organi posti al vertice dell'ordinamento, del resto, era estranea alla concezione dello Stato liberale di diritto (e avrebbe seguito a esserlo anche nello Stato fascista). In assenza di una Costituzione rigida e della possibilità di sottoporre a un "giudice" le decisioni del legislatore, era logicamente e giuridicamente naturale prevedere, anche per gli atti compiuti dal Governo, delle ipotesi di insindacabilità, ove quest'ultimo agisse non già in veste di mero esecutore delle leggi, bensì tramite l'adozione di provvedimenti frutto di scelte politiche eminentemente discrezionali⁴⁶⁶.

A seguito dell'adozione di un modello fondato sulla rigidità della Costituzione entra specularmente in crisi la rigidità del modello di tripartizione dei poteri. L'intrecciarsi dei rapporti tra i diversi livelli di Governo determina il superamento dello Stato minimo ottocentesco; l'unificazione della base del potere sovrano e la distribuzione del suo esercizio attraverso una vasta rete di organi, funzioni e atti, che non rispecchiano i poteri tradizionalmente (t)ripartiti, va a stemperare la finalità garantista di tale separazione. Questa, invece, assume più le sembianze di "un sistema più

⁴⁶⁵ V. per tutti C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., 10, 17-18; CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, cit., 73, 80, nonché *supra*, cap. I, parr. 4.1. sgg.

⁴⁶⁶ E. CHELI, *Atto politico*, cit., 47 sgg.

completo e complesso di «*checks and balances*», conseguente alla “estesa articolazione degli equilibri intercorrenti tra le diverse competenze d’ordine costituzionale”⁴⁶⁷.

In secondo luogo, entra in crisi il principio della supremazia incondizionata delle leggi, stante l’introduzione del concetto di legittimità costituzionale e del meccanismo di giustizia costituzionale che ne garantisce l’effettività. Anche la legge, atto politico per eccellenza, è infatti ora sottoposto a un sindacato di validità innanzi un giudice (pur particolare che sia).

Al declino (o, se si vuole, allo stemperamento) di tali principi si accompagna quello dei presupposti che avevano indotto la dottrina liberale a inquadrare gli atti e le attività di governo nella categoria degli atti e delle attività di esecuzione o di amministrazione in senso lato.

Come si è ampiamente visto nel corso del primo capitolo, già nel corso degli anni del Fascismo l’impianto liberale era stato messo in discussione e sostanzialmente accantonato, in corrispondenza all’emersione della nozione di funzione (o attività, secondo Crisafulli) di indirizzo politico, considerato, nella prospettiva di allora, quale nucleo essenziale e originario dell’azione statale, momento primo e logicamente anteriore a ogni altro⁴⁶⁸.

Per un verso, dunque, l’attività di governo assurge a funzione – adesso sì – preminente e preesistente alle altre attività statali: mentre l’attività amministrativa è considerata quale attività di esecuzione della legge, esercitata nella sfera del diritto costituito, quella di governo tende ad assurgere autonomamente quale momento sia “ausiliario”, finalizzato a garantire il funzionamento degli ingranaggi essenziali dello Stato, sia “di impulso e di suprema direzione della macchina statale, in posizione di piena indipendenza dal diritto costituito”⁴⁶⁹.

Per altro verso, l’atto politico è ricondotto nel quadro unitario dell’attività di governo, abbandonando il terreno del diritto amministrativo processuale (*i.e.*, come

⁴⁶⁷ *Ivi*, 83.

⁴⁶⁸ Su cui v. ampiamente *supra*, all’interno del primo capitolo, parr. 4. sgg.

⁴⁶⁹ *Ivi*, 52.

accennato in apertura del presente capitolo, l'“occasione” nel quale aveva avuto origine), trasferendosi su quello del diritto costituzionale sostanziale, “collegandosi ad una visione che investe in profondità la struttura e l'organizzazione del potere politico nello Stato moderno e contemporaneo”. Di qui l'esigenza avvertita dalla dottrina costituzionalistica di rimeditare l'inquadramento della categoria, nel tentativo di offrirne una sistemazione “costituzionalmente orientata”. Una volta abbandonata la tesi che vedeva l'atto politico riconducibile al *genus* degli atti amministrativi, perché inconciliabile con l'inviolabilità del diritto di difesa contro gli atti dell'Amministrazione, la nozione di atto politico, che prima ruotava solamente attorno al polo dialettico tra amministrazione e giurisdizione, viene rivalutata anche alla luce dei rapporti tra governo e amministrazione.

All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, l'atto politico assume la nozione di atto posto in essere dagli organi costituzionali non più per lo svolgimento di attività esecutiva o amministrativa *lato sensu* intesa, bensì nell'esercizio della funzione di governo e volto al perseguimento di superiori esigenze concernenti la direzione suprema dello Stato, all'interno o all'esterno di esso, nel suo complesso e nella sua unità⁴⁷⁰.

3.1.1.- Profili problematici

La tesi che ha identificato l'atto politico con l'atto di governo costituisce la conseguenza logica del superamento di quella⁴⁷¹ che lo inquadrava nel *genus* degli atti amministrativi. In particolare, l'aver circoscritto la portata della norma – ora trasfusa nell'art. 7, comma 1, secondo periodo, cod. proc. amm. – agli atti non lesivi di situazioni giuridiche conduce a ritenere che gli “*atti o provvedimenti emanati dal*

⁴⁷⁰ Cfr. P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, cit., 224 sgg.; E. CHELI, *Atto politico*, cit., 43 sgg.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1974, 13 sgg.; G.B. GARRONE, *Atto politico*, cit., 545 sgg.

⁴⁷¹ E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 292 sgg.

Governo nell'esercizio del potere politico” ivi contemplati abbiano efficacia super-individuale, quali quelli, appunto, posti in essere da organi dello Stato-apparato. Con l'ulteriore conseguenza che, nella riflessione dottrinale, l'atto politico acquista la natura di atto costituzionale: categoria che, malgrado numerose incertezze dal punto di vista dogmatico⁴⁷², ricomprenderebbe gli atti adottati nello svolgimento di attribuzioni di specifici poteri o organi dello Stato e insindacabili da parte di un giudice, perché incapaci di ledere direttamente le situazioni giuridiche soggettive. Tale atto, inoltre – è stato rilevato – sarebbe indipendente rispetto alla gerarchia delle fonti e libero nelle forme, facendosi portare di un'azione che, a differenza dei normali atti amministrativi – posti in attuazione delle leggi ordinarie – assumerebbe rilievo tutt'altro che secondario rispetto all'azione legislativa, promanando direttamente dalla Costituzione e dalle leggi costituzionali⁴⁷³.

Tale prospettiva, per quanto valorizzi la distinzione tra atto politico e atto amministrativo, appare comunque non del tutto convincente.

Non appare convincente, anzitutto, dal punto di vista descrittivo. L'elemento comune a tali atti sarebbe infatti rappresentato esclusivamente dalla circostanza di provenire dagli organi costituzionali nell'esercizio delle funzioni in cui si concreta la direzione suprema dello Stato. Ciò, per un verso, consente di equiparare una serie di atti in ragione della loro esclusione dal sindacato del giudice amministrativo; per altro verso, però, non valorizza la diversità di funzioni e di contenuti che caratterizza ciascuno di essi⁴⁷⁴: nella stessa categoria sarebbero infatti compresi sia gli atti provenienti dagli organi di indirizzo politico, sia quelli provenienti dagli organi di

⁴⁷² Così G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2000, spec. 301 sgg.

⁴⁷³ In questo senso G.B. GARRONE, *Atto politico*, cit., 546, a tenor del quale non esiste, nel nostro ordinamento, una forza tipica e generale degli atti politici e di governo, bensì essi acquistano una forza giuridica diversa a seconda degli organi che li emanano o della forma che è loro propria.

⁴⁷⁴ Cfr. P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, cit., 225, a tenor del quale l'insindacabilità degli atti politici rimarrebbe ferma anche laddove fossero lesivi di alcune situazioni giuridiche soggettive, come nel caso dello scioglimento dei Consigli regionali. Questo dissolve sì gli effetti del diritto di voto dei cittadini, ma tale lesione non varrebbe a determinarne l'illegittimità, atteso ch'essi rimarrebbero “sempre legittimi perché *sono previsti implicitamente od esplicitamente dalla Costituzione, in quanto indispensabili per l'esplorazione della funzione di governo*” (corsivo nell'originale).

garanzia costituzionale⁴⁷⁵. Nel tentativo di circoscrivere gli ambiti materiali in cui si concretano le esigenze relative alla direzione suprema dello Stato, si fa poi riferimento all'ordinamento giuridico internazionale, nel quale l'individuo non sarebbe soggetto di diritto, e ai rapporti tra gli organi costituzionali dello Stato: ambiti nei quali la rilevanza degli atti emanati resterebbe sempre circoscritta sotto il profilo giuridico, senza ledere la sfera degli interessi individuali⁴⁷⁶.

Ora, anche a voler tralasciare l'indicazione del diritto positivo di cui all'art. 31 T.U. Cons. Stato, ora riproposta all'art. 7, comma 1, primo periodo, cod. proc. amm. (che individua la categoria dell'atto politico negli "*atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico*"), che fa riferimento unicamente agli atti del potere *esecutivo*, rimane, comunque, sottotraccia la circostanza che si tratta di atti accomunati unicamente dalla circostanza di scaturire dagli organi costituzionali nell'esercizio delle funzioni in cui si concreta la direzione suprema statale, equiparati nonostante la differenza di funzione e contenuto, così come parimenti differente sono la natura e le funzioni svolte dai diversi organi dello Stato-apparato.

Non convince, poi, nemmeno per il profilo prescrittivo, atteso che, così ricostruita, l'utilità della nozione di atto politico consisterebbe unicamente nella capacità di discernere gli atti (adottati dagli organi) costituzionali da quelli propriamente amministrativi: i primi, di regola, sottoposti alla giurisdizione costituzionale, i secondi a quella del giudice ordinario o amministrativo.

⁴⁷⁵ *Ivi*, 224, ove l'Autore vi ricomprende anche le sentenze della Corte costituzionale, peraltro prendendo atto, in relazione alle precedenti ricostruzioni dottrinali, del "fallimento di ogni tentativo di raggruppare empiricamente tutti gli atti politici sotto una categoria unitaria" e della circostanza che la distinzione tra "atti di governo" e "atti politici" lasci ancora irrisolte "molte questioni in seno a ciascuna delle due categorie".

⁴⁷⁶ Oltre all'elencazione contenuta *ibidem* v. da ultimo G.B. GARRONE, *Atto politico*, cit., par. 4, vi ricomprende "la deliberazione dei decreti legge e dei decreti legislativi; gli atti di iniziativa legislativa governativa e regionale; la proposta di nomina dei Ministri e la nomina dei Sottosegretari; il conferimento di onorificenze; la stipula dei trattati internazionali, la nomina e l'accettazione dei rappresentanti diplomatici; la proposizione della questione di fiducia; la deliberazione di intervenire in difesa delle leggi impugnate dinanzi alla Corte costituzionale; determinati atti di «controllo» sugli organi regionali, quali, ad esempio, lo scioglimento dei consigli regionali nelle ipotesi delineate dai primi tre commi dell'art. 126 Cost.; la dichiarazione di guerra; determinati atti diretti a regolare i rapporti internazionali, ad esempio la decisione di applicare sanzioni politiche e/o economiche".

Lo stesso modello è destinato a entrare in crisi nel momento in cui si interseca la problematica dell'atto politico con quella dell'indirizzo politico e dell'elemento della libertà dei fini da perseguire come caratterizzante l'attività politica⁴⁷⁷. Infatti, se certamente è ammissibile la sussistenza di tale profilo di libertà negli atti riconducibili al circuito Governo-Parlamento, essa va certamente negata a quelli c.d. "sostanzialmente presidenziali" adottati dal Presidente della Repubblica e alle decisioni della Corte costituzionale. Questi ultimi, secondo l'analisi che appare più convincente⁴⁷⁸, sono costantemente e positivamente vincolati alla realizzazione di quel complesso di fini individuati nella Costituzione formale e deputati ad assicurare l'osservanza delle regole costituzionali da parte degli organi di indirizzo politico⁴⁷⁹, garantita dal sindacato di validità dei relativi atti innanzi alla giurisdizione della Corte costituzionale e dall'inoppugnabilità delle decisioni di quest'ultima, giusta gli artt. 136 e 137, comma 3, Cost. Da ciò la conseguenza che, mentre l'attività politica è senz'altro attività di governo dello Stato, non tutta l'attività di governo dello Stato è attività politica⁴⁸⁰.

La tesi che equipara gli atti politici a quelli di governo, inoltre, sembrerebbe non tener conto di due circostanze.

Anzitutto, dell'esistenza, accanto alla funzione di indirizzo politico *tout court*, di quella, diversa, di "indirizzo amministrativo", la cui base è rinvenibile nell'art. 95, comma 1, Cost. e nel cui ambito, secondo l'opinione prevalente in dottrina e in giurisprudenza, sono ricompresi degli atti espressione di un'area intermedia tra l'attività di governo e quella propriamente amministrativa e ne esprimono un

⁴⁷⁷ Così, *ex multis*, E. CHELI, *Atto politico*, cit., 108 sgg. ove il potere politico è definito il "nucleo originario di forza sociale suscettibile di determinare le particolari formule organizzative in cui si concreta, di volta in volta, il fenomeno statale"; similmente A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 14.

⁴⁷⁸ V. *supra*, cap. I, parr. 5.4. sgg.

⁴⁷⁹ E. CHELI, *Atto politico*, cit., 110 sgg.

⁴⁸⁰ Cfr. M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, cit., 81, per la quale l'espressione atto politico come sinonimo di atto di governo rappresenterebbe una "superfetazione del linguaggio giuridico".

“raccordo”⁴⁸¹ o una “saldatura”⁴⁸²: si tratta degli atti di c.d. “alta amministrazione”, i quali, a ben vedere, sono espressione di quel “problema antico” tra politica e amministrazione di cui già si è parlato⁴⁸³. Tali atti, caratterizzati da un alto tasso di discrezionalità decisionale spettante agli organi di governo che li pongono in essere, possiedono concreta capacità lesiva dei singoli e sono sindacabili innanzi l’autorità giurisdizionale⁴⁸⁴.

In secondo luogo, non si considera che alcuni atti del Governo, distinti da quelli propriamente amministrativi, si prestano a esser sindacati innanzi il giudice se dotati di immediata capacità lesiva di situazioni giuridiche soggettive (dei privati o di altri soggetti pubblici). Ne è un esempio il caso dei regolamenti governativi: atti, come si vedrà, sostanzialmente normativi, nonostante la forma di provvedimenti amministrativi, e soggetti, in presenza dei necessari presupposti processuali, al sindacato del giudice amministrativo⁴⁸⁵.

3.2.- L’atto politico come “atto costituzionale libero nel fine”

A partire dalla distinzione tra atti costituzionali e atti amministrativi, un’attenta dottrina, muovendo dalla distinzione tra funzione di indirizzo politico, libera nei fini da perseguire, e funzione di controllo costituzionale, strettamente vincolata al rispetto

⁴⁸¹ Così A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 16 sg.

⁴⁸² Così E. CHELI, *Atto politico*, cit., 158.

⁴⁸³ V. *supra*, cap. II, parr. 1 sgg., nonché cap. III, par. 6.

⁴⁸⁴ Cfr. C. CUGURRA, *L’attività di alta amministrazione*, Padova, Cedam, 1973, 273; M.P. GENESIN, *L’attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, cit., 128.

⁴⁸⁵ Il problema è, per così dire, “riconosciuto” anche sul piano del diritto positivo, se si considera che il d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 ss.mm.ii. (“*Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi*”), pubbl. in G.U. n. 13 del 17 gennaio 1972, il quale, tra l’altro, disciplina le modalità e i termini per la presentazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, prevede, all’art. 14 (“*Decisione del ricorso straordinario*”), comma 3, che “*qualora il decreto di decisione del ricorso straordinario pronunci l’annullamento di atti amministrativi generali a contenuto normativo, del decreto stesso deve essere data, a cura dell’Amministrazione interessata, nel termine di trenta giorni dalla emanazione, pubblicità nelle medesime forme di pubblicazione degli atti annullati*”, così postulando l’esistenza di “*atti amministrativi generali*” muniti di “*contenuto normativo*”.

della Costituzione, ha inteso l'atto politico come "atto costituzionale libero nel fine" in quanto espressione della funzione di indirizzo politico di maggioranza⁴⁸⁶.

Come si è detto⁴⁸⁷, tale ricostruzione colloca in uno "spazio intermedio" tra legge costituzionale e legge ordinaria sia la funzione di indirizzo politico, sia quella di controllo costituzionale: la prima, quale attività politica vera e propria, attribuita agli organi costituzionali direttamente collegati alle forze di maggioranza e libera nei fini da perseguire; la seconda, attribuita agli organi costituzionali di garanzia, vincolata al rispetto della Costituzione e al controllo del rispetto di questa da parte degli altri organi costituzionali⁴⁸⁸.

Ebbene: poiché, in tale prospezione, l'indirizzo politico è destinato a tradurre, in termini formali (*recte*: giuridici) le scelte operate dalle forze di maggioranza, esso si esprime attraverso atti di "natura politica". Per un verso, infatti, non vi sarebbe "atto politico che non venga a manifestarsi in connessione con la presenza di un certo indirizzo politico, collegandosi ad un piano organico di scelte politiche imputabili alle forze di maggioranza"; per altro verso, non vi sarebbe indirizzo politico che non abbisogni, per potersi esprimere, di concretarsi in atti giuridici a contenuto politico, considerati tali perché appunto "posti in essere dagli organi costituzionali investiti della funzione di indirizzo e caratterizzati da un elemento di libertà"⁴⁸⁹. Gli atti politici, dunque, sembrerebbero consistere negli "atti costituzionali che si presentino liberi nel fine" e nei quali la politicità discenderebbe dalla natura costituzionale dell'atto e dalla libertà connessa al fine.

Corollario di tale impostazione è che, mentre tutti gli atti politici sono costituzionali (perché provenienti dagli organi di governo), non tutti gli atti costituzionali sono politici (se si intende la politicità come libertà del fine perseguito). Si deve distinguere, pertanto, tra: a) atti costituzionali politici, ossia liberi nel fine, anche se vincolati in

⁴⁸⁶ Così E. CHELI, *Atto politico*, cit., 43 sgg., 181 sgg.

⁴⁸⁷ V. *supra*, cap. I, par. 5.4 sg.

⁴⁸⁸ In questo modo, secondo tale ricostruzione, è integralmente esaurito il settore delle competenze costituzionali, poiché "non esistono atti compresi entro l'area costituzionale che non siano suscettibili di inquadarsi in una delle due funzioni": *ivi*, 132.

⁴⁸⁹ *Ivi*, 130 sgg.

relazione ad altri elementi (come, ad esempio, la concessione o la revoca della fiducia⁴⁹⁰); *b*) atti costituzionali discrezionali, ossia vincolati nel fine, anche se liberi in relazione ad altri elementi (come, ad esempio, il rinvio presidenziale); *c*) atti costituzionali prescritti, ossia interamente vincolati, senza alcun profilo di libertà (come, ad esempio, le sentenze della Corte costituzionale)⁴⁹¹.

Dalla qualificazione degli atti politici quali atti costituzionali discende, anzitutto, l'inammissibilità della categoria degli atti amministrativo-politici, ossia di atti formalmente e sostanzialmente amministrativi, ma sottratti al regime tipico degli atti amministrativi perché adottati in vista del perseguimento di finalità politiche⁴⁹². Alla stessa conclusione erano giunte anche le teorie che equiparano gli atti politici agli atti di governo; diversamente da queste, tuttavia, resta esclusa la possibilità di attribuire natura politica a determinati atti emanati da organi periferici o da organi centrali non costituzionali⁴⁹³.

Sotto il profilo dei controlli, dal livello costituzionale riconosciuto alla funzione della quale gli atti politici sono espressione (*recte*: dalla funzione di indirizzo politico, esercitata, per tramite degli atti politici, dagli organi costituzionali direttamente collegati alle forze di maggioranza) discende la loro esclusione dai controlli e dalle garanzie riservate a categorie di atti diversi da quelli costituzionali e all'un tempo, simmetricamente, l'ammissione dei controlli e delle garanzie – di natura giurisdizionale e politica – suscettibili di valere verso gli atti costituzionali⁴⁹⁴.

Sul piano giurisdizionale, nei confronti degli atti politici sono da escludere le forme di sindacato istituzionalmente preposte per gli atti di natura amministrativa innanzi il giudice comune (ordinario o amministrativo). Operano, invece, le competenze fondamentali attribuite all'organo di giustizia costituzionale e cioè il sindacato sulla

⁴⁹⁰ Mentre la Costituzione contiene la disciplina relativa alla forma e all'efficacia della fiducia, nulla si evince dalla medesima riguardo ai fini, identificabili in quelli, particolari e contingenti, perseguiti dalle forze politiche che compongono la maggioranza parlamentare: *ivi*, 183, *sub* nota 9.

⁴⁹¹ *Ibidem*.

⁴⁹² Così invece, come detto, E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 292 sgg.

⁴⁹³ E. CHELI, *Atto politico*, cit., 185.

⁴⁹⁴ *Ivi*, 192.

legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni, nonché quello connesso alla soluzione dei conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e tra lo Stato e le Regioni, nelle ipotesi in cui tali conflitti siano scaturiti dalla posizione di atti di natura politica⁴⁹⁵.

Sul piano politico, invece, la garanzia investe non tanto la legittimità, quanto il merito dell'atto sottoposto a controllo, vieppiù nell'ambito di una valutazione che, più che colpire l'atto in sé considerato, tende a riflettersi direttamente sul soggetto, ossia sulla fonte di un determinato indirizzo in attuazione del quale l'atto è stato adottato. Da questo punto di vista, il controllo si realizza, anzitutto, attraverso il vincolo di responsabilità che lega il Governo alle Camere e, in secondo luogo, attraverso “[l’]’ingranaggio complessivo del sistema costituzionale e [i] rapporti di fondo tra le forze politiche che presiedono in ultima istanza alla garanzia del corretto funzionamento del sistema medesimo”⁴⁹⁶, ossia attraverso quelle “forme di garanzia e controllo che, inquadrandosi nel vasto meccanismo degli «check and balances» operano sia al livello dei rapporti intercorrenti tra i diversi organi costituzionali, mediante la dinamica fondamentale tra attività d’indirizzo e attività di controllo, sia al livello dei rapporti intercorrenti tra comunità ed apparato, mediante gli innumerevoli strumenti di pressione influenza reazione suscettibili di sensibilizzare il corpo sociale all’azione politica degli organi costituzionali investiti della funzione d’indirizzo”⁴⁹⁷.

4.- Dall’atto politico alla funzione di indirizzo politico e ritorno: l’atto politico come manifestazione degli strumenti attuativi dell’indirizzo.

La tesi di cui poc’anzi si è parlato, come anche quella che individua l’atto politico nell’atto di governo, ha spostato l’indagine nel contesto della forma di governo, elevando l’atto politico a problema di diritto costituzionale sostanziale. Rispetto, però,

⁴⁹⁵ *Ivi*, 194.

⁴⁹⁶ V. CRISAFULLI, *Le norme “programmatiche” della Costituzione*, cit., 70.

⁴⁹⁷ E. CHELI, *Atto politico*, cit., 198.

all'impostazione che equiparava *in toto* gli atti politici a quelli di governo, essa tenta di rinvenire un elemento in grado di distinguere l'attività politica "pura" rispetto alle diverse attività svolte dagli altri organi costituzionali (segnatamente quelli di controllo), consistente nella libertà dei fini che caratterizza l'azione delle forze politiche di maggioranza (*recte*: degli organi costituzionali a questi direttamente collegati).

A questa fase, che potremmo definire "ascendente", di inquadramento dell'atto politico nell'ambito della funzione di indirizzo, l'impostazione in esame ne fa seguire una "discendente", nella quale, alla luce di tale inquadramento, sono indagati i tratti distintivi dell'atto politico. Centrale, in particolare, è la constatazione di un "*vincolo d'interdipendenza necessaria tra atto politico e funzione d'indirizzo*"⁴⁹⁸.

Come illustrato nel paragrafo precedente, da un lato, non esiste atto politico che non si manifesti in connessione con la presenza di un certo indirizzo politico, collegandosi a un piano organico di scelte politiche imputabili alle forze di maggioranza; d'altro lato, non esiste indirizzo politico che non abbisogni, per potersi realizzare, di sfociare nella formulazione di determinati atti giuridici, qualificandosi l'indirizzo come funzione giuridica suscettibile di esternarsi solo attraverso la posizione di atti giuridicamente rilevanti. La centralità che in questa impostazione assume il momento "effettuale" di indirizzo⁴⁹⁹, consistente nella traduzione dell'indirizzo stesso in schemi giuridici formali e nell'"efficacia giuridica riconosciuta agli atti, legislativi o amministrativi, attraverso i quali l'attività di indirizzo si viene ad esprimere"⁵⁰⁰, a ben vedere, non è contraddetta dalle tesi che in tale attività ricomprendono anche le fasi volte alla predisposizione dei mezzi organizzativi e, soprattutto, alla determinazione dei fini da perseguire: le quali, infatti, opportunamente

⁴⁹⁸ E. CHELI, *Atto politico*, cit., 181 (corsivo nell'originale).

⁴⁹⁹ V. *supra*, cap. I, parr. 5.3 sg.

⁵⁰⁰ *Ivi*, 168.

danno rilevanza (quand'anche non esclusiva) al momento effettuale, dagli altri isolandolo logicamente⁵⁰¹.

In tale prospettiva, l'atto politico, nato quale atto amministrativo insindacabile, mutato in atto costituzionale libero nel fine, espressione della funzione di indirizzo degli organi di governo, rappresenta in realtà solo una manifestazione – quand'anche la più significativa – degli atti adottati nell'esercizio di tale funzione, giuridicamente riconoscibili per il loro contenuto normativo o amministrativo.

Si pone allora il problema di indagare la natura normativa e/o amministrativa degli atti espressione dell'attività di indirizzo⁵⁰². Sul punto, tuttavia, anticipando qui considerazioni che saranno meglio sviluppate *infra* (par. 5. sgg.), è necessario dar conto di un (pur apparente) paradosso.

Nonostante la letteratura che ha indagato l'atto politico, a partire dal rapporto tra amministrazione e funzione giurisdizionale, abbia progressivamente convogliato il proprio interesse su quello tra funzione di governo e amministrazione, è ancora attorno alla dicotomia tra amministrazione e giurisdizione che si concentrano i più recenti contributi scientifici a proposito dell'atto politico. Con la conseguenza che i problemi derivanti dalla qualificazione “politica” di un atto tendono tuttora a porsi a proposito della sindacabilità o meno del medesimo innanzi un giudice più che nei termini del rapporto tra funzione d'indirizzo e contenuto normativo o amministrativo dell'atto.

Si tratta, in realtà, di un paradosso in realtà solo apparente, se si considerano due dati, l'uno positivo, l'altro, per così dire, di sistema.

In primo luogo, è proprio il mutato contesto costituzionale a sottolineare la centralità della funzione giurisdizionale quale momento di “chiusura” del sistema e

⁵⁰¹ Si v. ancora la tripartizione di T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., 134 sgg., nonché la bipartizione di S. GALEOTTI, *Il potere di decisione*, cit., 123 sgg., nonché i riferimenti bibliografici di cui *supra*, al cap. I (spec. parr. 5 sgg.)

⁵⁰² Sul punto v. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit. 433, il quale manifestava perplessità “nei riguardi della diffusa tripartizione delle funzioni in esame, per cui converrebbe suddividerle fra quelle prettamente politiche o di indirizzo politico, quelle legislative o più generalmente normative e quelle amministrative o di alta amministrazione”, tripartizione alla quale era sottesa anche quella in atti di indirizzo politico, normativi e amministrativi.

l'importanza di una tutela effettiva *anche* nei confronti della pubblica Amministrazione, affermando, all'art. 113 Cost., il principio della generale sindacabilità di tutti gli atti di quest'ultima⁵⁰³.

In secondo luogo, almeno secondo l'impostazione che appare più convincente, in un ordinamento di *civil law*, retto dal principio (ancorché tendenziale, come si vedrà *infra*, *sub* par. 4.1.) di divisione dei poteri, è soprattutto alla funzione giurisdizionale che è affidata la missione "sistemica" di certezza del diritto, essendo questa il riflesso oggettivo della finalità, individuale e soggettiva, di "soddisfazione della parte vittoriosa" del processo⁵⁰⁴.

Pertanto, la distinzione degli atti politici rispetto agli atti c.d. di "alta amministrazione" è quella su cui si sono maggiormente appuntate le recenti indagini in tema di atto politico, in considerazione del fatto che, come si vedrà, i secondi, a differenza dei primi, sono soggetti al sindacato giurisdizionale e della conseguente esigenza del giudice di delimitare l'ambito della propria giurisdizione. Al di là di tale distinzione, tuttavia, l'atto politico "non rileva autonomamente, né presenta tratti formali tipici"⁵⁰⁵.

Orbene, pur non disconoscendo l'importanza dell'apporto giurisprudenziale, sul quale si ritornerà *infra* (par. 5.), nella qualificazione degli atti governativi d'indirizzo, si ritiene di dover prender le mosse, in primo luogo, dall'individuazione degli atti del

⁵⁰³ Così *ex multis* v. A. LOLLO, *Atto politico e Costituzione*, cit., 75 sgg., 136 sgg.

⁵⁰⁴ Non è questa la sede opportuna per sottolineare il nesso tra comunità politica, sicurezza, pace, certezza del diritto e funzione "sistemica" della giurisdizione. Sul punto, nel senso indicato nel testo, v. M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, 27, 33 sg.

⁵⁰⁵ Lo sottolinea R. DICKMANN, *L'atto politico questo sconosciuto*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 9 ottobre 2012, 4, il quale aggiunge che, se "sul piano classificatorio può assegnarsi il rilievo di atto costituzionale, categoria che, pur di elaborazione dottrinale, si rivela utile [...] perché permette di evitare equivoci interpretativi [...], il Consiglio di Stato non indulge in eccessivi argomenti nel qualificare la categoria dell'atto politico, perché in realtà il percorso argomentativo utilizzato è funzionale più che altro a radicare la propria giurisdizione con riferimento all'atto *in concreto* sottoposto al proprio esame. Non punta cioè a separare gli atti politici dagli atti amministrativi in via generale, nell'assunto che i primi costituiscano una categoria unitaria, e tanto meno si preoccupa della possibilità di distinguere l'ulteriore categoria degli atti costituzionali, perché su di essi non ha giurisdizione" (corsivo nell'originale). In questi termini v. anche G. GRECO, *I regolamenti amministrativi*, Torino, Giappichelli, 2013, 69.

Governo a contenuto normativo e amministrativo, i quali, nella prospettiva qui accolta, rappresentano la traduzione in schemi formali (e, dunque, giuridici) di un determinato indirizzo politico: dei quali la nozione di atto politico costituisce, come detto, la manifestazione più tipica⁵⁰⁶.

4.1.- Indirizzo politico e normazione primaria: la legge da limite a strumento dell'azione di governo

Lo studio delle funzioni normative primarie del Governo non può che partire dal testo della Costituzione. Per quanto invece concerne la normazione secondaria, come si vedrà in seguito, un importante punto di riferimento è rappresentato dalla già più volte menzionata l. n. 400 del 1988, recante la “*disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*”⁵⁰⁷.

Sul versante della normazione primaria, può osservarsi che le norme della Costituzione relative alla funzione legislativa sembrano recepire, senza modificazioni significative, l'impostazione liberale, nell'ottica di recuperare, a seguito della parentesi autoritaria, la centralità della legge e del Parlamento e di attribuire al Governo il ruolo di mero esecutore delle decisioni delle assemblee parlamentari⁵⁰⁸. I principi di separazione dei poteri e di legalità, cardini dello Stato di diritto ottocentesco, sono infatti stati ripresi e riadattati da parte della Costituzione repubblicana al nuovo contesto ordinamentale⁵⁰⁹; muovendo dall'art. 70, che

⁵⁰⁶ E. CHELI, *Atto politico*, cit., 166. Sull'importanza della forma giuridica e del collegamento tra quest'ultima e la forza giuridica quale “legato della modernità, radicato nella premessa del (più o meno maturo) relativismo etico e nel convincimento che i diritti individuali potessero essere garantiti solo in questo modo, mentre sarebbero stati esposti al peggior degli arbitri se la forza fosse stata collegata a dati sostanziali (variamente apprezzabili, ovviamente, a seconda delle tavole assiologiche di riferimento di ciascuno)” v. *amplius* M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza*, cit., 34.

⁵⁰⁷ Questo il *titulum* della l. n. 400 del 1988, sulla quale v. anche *supra*, cap. I, par. 5; cap. III, par. 2.1.

⁵⁰⁸ In questi termini M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit. 51. V. anche *supra*, cap. I, par. 5 sg.

⁵⁰⁹ Così L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, cit., 129 sgg. Esula dai limiti di questa indagine l'approfondimento della nota dottrina di Esposito sulla decretazione d'urgenza

testualmente attribuisce l'esercizio della funzione legislativa alle due Camere, si ritiene che l'attribuzione di poteri legislativi al Governo di cui agli artt. 76 e 77 abbia carattere derogatorio ed eccezionale, non consentita in mancanza di esplicite previsioni costituzionali, e che, ove il Governo esercitasse la funzione legislativa in maniera diffusa e prolungata nel tempo, sarebbe violata la previsione costituzionale che la attribuisce in via ordinaria alle Camere, con conseguenze sugli equilibri istituzionali e addirittura sulla forma di governo, come più volte osservato dalla Corte costituzionale⁵¹⁰. La stessa doppia negazione utilizzata dai due articoli per prevedere la possibilità che il Governo eserciti la funzione legislativa⁵¹¹ sarebbe intenzionalmente volta a sottolineare la diffidenza – chiaramente emersa nei lavori della Costituente⁵¹² – verso l'esercizio di potestà normative primarie da parte del Governo⁵¹³. Diffidenza che, in secondo luogo, è sottesa anche alla particolare premura con cui, in controtendenza rispetto all'epoca fascista, sono stati chiaramente indicati i limiti che gli strumenti normativi dell'esecutivo debbono rispettare⁵¹⁴.

come atto originariamente illegittimo, su cui si rimanda, ovviamente, a C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, Vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, 832 sgg.

⁵¹⁰ Così la Corte costituzionale nella nota sent. n. 360 del 1996, che ha dichiarato l'incompatibilità della prassi della reiterazione dei decreti-legge con l'art. 77 Cost.; in termini v. anche le sentt. n. 32 del 1961 e 302 del 1988, nonché, successivamente, le nn. 244 e 429 del 1997, 398 del 1998, 416 del 1999, 419 del 2000, 171 del 2007, 44 e 58 del 2018.

⁵¹¹ Com'è noto, l'art. 76 Cost. prevede che "*l'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti*", mentre il primo comma dell'art. 77 Cost. recita che "*il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria*".

⁵¹² Lo sottolinea, ad esempio, L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., 193 sgg.

⁵¹³ Sulla natura derogatoria ed eccezionale (anche) della legislazione delegata v. A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, cit., 6 sgg.

⁵¹⁴ In questo senso, "la breve vita del decreto legge, la sua perdita di efficacia *ex tunc* in caso di mancata conversione, le limitazioni per oggetto, tempi e contenuti dei decreti legislativi e molti altri aspetti della disciplina costituzionale in esame sono considerate per lo più giuste e necessarie cautele dirette a ripristinare un corretto rapporto tra parlamento e governo nell'ambito della produzione legislativa, gravemente leso nell'epoca del regime autoritario": sono le parole di M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 56 sg., la quale, con riferimento alla delegazione legislativa, aggiunge anche che il loro impiego in sede di "riforme normative caratterizzate da un altro grado di complessità tecnica" e di coordinamento di testi normativi preesistenti attraverso l'"elaborazione di codici e di testi unici", caratterizzati da una "limitatissima capacità innovativa", consente di "confinare le funzioni normative

L'effigie del Governo quale mero esecutore delle scelte legislative non è estirpata nemmeno da chi dubita della perdurante validità del principio della separazione dei poteri, quantomeno inteso secondo la tradizione liberale. Nonostante le posizioni oscillino tra chi smentisce che, nell'ordinamento vigente, si possa continuare a parlare di separazione di poteri⁵¹⁵ e chi, invece, ritiene che esso informi tuttora l'ordinamento, seppur mitigato e trasformato rispetto alla sua versione "classica"⁵¹⁶, si ritiene generalmente che la previsione di potestà normative primarie del Governo rappresenti una deviazione da tale principio, così dando a intendere che i postulati della centralità della legge del Parlamento e della subordinazione a essa delle altre funzioni tradizionali – quella esecutiva e quella giudiziaria⁵¹⁷ - continuino a condizionare la prospettiva di analisi dei rapporti tra Parlamento e Governo nel contesto dell'attività normativa.

Tale impostazione, figlia del parlamentarismo e del costituzionalismo ottocentesco e accolta dalla Costituzione repubblicana, è stata però progressivamente smentita dalla prassi, connotata – così in Italia come in molte altre democrazie occidentali – dalla crescita dei poteri normativi dell'esecutivo⁵¹⁸. Una spia dello stato di crisi verificatosi tra la realtà effettuale e l'impostazione teorica è rappresentato dall'accentuarsi della riflessione scientifica su questi temi, costretta a cimentarsi con l'incremento quantitativo di forme di produzione normativa da parte del Governo: anzitutto, con gli atti regolamentari, a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 400 del 1988, e

primarie del governo in ambiti tecnici, e quindi apparentemente più neutrali, lontani dalle grandi scelte politiche, appannaggio del solo parlamento”.

⁵¹⁵ Così F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, cit., 483 sgg.

⁵¹⁶ Così invece G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, 710 sgg.; G. BOGNETTI, *Poteri (divisione dei)*, cit., 372 sgg.

⁵¹⁷ L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., 143 sgg.

⁵¹⁸ Così E. CHELI, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 463 sgg., nonché, più recentemente, M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 61, e N. LUPO, *Sulla (complessiva) crescita del ruolo normativo del Governo e sulle difficoltà della funzione legislativa*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, 3 sgg., il quale opportunamente sottolinea che “nella logica costituzionale l'attribuzione al Governo del potere di adottare atti con forza di legge si giustifica e risulta non dissonante nell'equilibrio del sistema in quanto a tali atti si accompagna necessariamente una legge, approvata in esito ad un procedimento legislativo parlamentare”.

successivamente con i decreti-legge. Per quanto in particolare concerne la decretazione d'urgenza, infatti, nonostante un decisivo intervento della Corte costituzionale ne abbia stigmatizzato l'abuso⁵¹⁹, il Governo ha seguito a farne uso abituale, tuttora adoperandola quale "strumento volto a provvedere alle più varie necessità politiche imposte dai mutevoli imperativi dello Stato contemporaneo"⁵²⁰.

Più di recente, il problema è stato inquadrato in una prospettiva parzialmente diversa, a partire dalla presa d'atto che il potere esecutivo sia andato progressivamente esercitando attività non sempre configurabili come esecuzione della legge. Dato, questo, già acquisito proprio dagli studi sulla funzione di indirizzo politico, che hanno condotto a ritenere l'attività di governo un momento di armonizzazione delle altre funzioni tradizionalmente intese, rispetto alle quali, come detto, ha preminenza giuridica e preesistenza logica⁵²¹: si è osservato, però, che da tali studi non sarebbero state tratte (tutte) le dovute conseguenze, oltre che sul terreno della forma di governo, anche su quello della produzione normativa⁵²².

Per quanto attiene alla forma di governo, non può essere revocato in dubbio che l'esecutivo, oggigiorno, giochi un ruolo riconducibile all'attività politica e di governo più che alla tradizionale funzione di esecuzione della legge, come attestano i riscontri nel diritto positivo e segnatamente le riforme volte a esonerare il Governo dalle attività prettamente amministrative ed esecutive della legge nell'ottica di un rafforzamento delle sue funzioni di indirizzo. Per fronteggiare l'espansione dei compiti devoluti allo Stato-apparato, i compiti di amministrazione ed esecuzione sono stati progressivamente riallocati in capo ai vertici burocratici, laddove gli organi del Governo, tradizionalmente raffigurati quali punti di intersezione tra la sfera della

⁵¹⁹ In questi termini A. CELOTTO, *L'abuso del decreto legge*, Padova, Cedam, 1997, 103 sgg., nonché, più recentemente, C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge. La decretazione d'urgenza come potere discrezionale vincolato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 38 sgg.

⁵²⁰ *Ivi*, 171.

⁵²¹ Sono, queste, ovviamente le posizioni sostenute già nel periodo prerепubblicano da Mortati, Panunzio, Crisafulli e Lavagna già illustrate *supra*, al cap. I, parr. 4 sgg., ai quali si rinvia.

⁵²² Così M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 71, 81.

politica e quella dell'amministrazione⁵²³, tendono sempre più a operare tramite lo strumentario degli atti di indirizzo. Espressione di tale tendenza sono stati i mutamenti, illustrati nel corso dei capitoli precedenti, volti dapprima a realizzare la distinzione tra attività di indirizzo e controllo e quella di attuazione e gestione e, in secondo luogo, alla riorganizzazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dei Ministeri⁵²⁴.

Alla luce di tale percorso storico, è certo possibile affermare che, nei rapporti con le altre istituzioni e funzioni statali, il Governo si è progressivamente emancipato dal ruolo di mero esecutore delle decisioni del legislatore attraverso l'assunzione di compiti di direzione politica che oggi giorno sembrano guadagnare sempre più spazio rispetto alle funzioni amministrative tradizionali, occupando quasi interamente lo spettro della propria attività⁵²⁵.

Per quanto invece attiene alla produzione normativa e segnatamente alla normazione primaria, come detto, si continua invece generalmente a ritenere che il Governo sia legittimato a intervenire solo in via eccezionale o, comunque, in ipotesi derogatorie al normale ordine delle competenze. A tal proposito, è stata opportunamente sottolineata la mancanza di un "punto di intersezione tra le linee di riflessione che si occupano del governo nel sistema istituzionale [...] e quelle riguardanti le sue funzioni normative, con l'effetto che i risultati dell'una raramente sono rifluiti nell'altra" e che l'approccio al tema delle fonti di origine governativa sembra rimasta ancorata ai principi dello Stato liberale; mancanza che desterebbe tanto più stupore, quanto più da tempo la letteratura insiste nel sottolineare il nesso strettissimo intercorrente tra forma di governo e sistema delle fonti e, sul terreno dei rapporti tra fonti, tra quelle di origine parlamentare e quelle di origine governativa⁵²⁶.

Già negli studi degli anni Sessanta sulle competenze normative del Governo si sottolineava "l'elasticità della frontiera tra normazione primaria e secondaria":

⁵²³ V. per tutti A.M. SANDULLI., *Governo e amministrazione*, cit., e L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., 160 sgg., nonché, *supra*, i capp. II e III.

⁵²⁴ Su cui v. *supra*, cap. III, parr. 1. sgg.

⁵²⁵ Cfr. M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 78.

⁵²⁶ *Ivi*, 80.

un'elasticità che rifletteva la mobilità del sistema di relazioni tra gli organi costituzionali⁵²⁷ e sulla quale, con riferimento al carattere comune a entrambe le linee di riflessione, si è soffermata anche la dottrina meno risalente, evidenziando il rapporto di correlazione tra spostamento del baricentro della forma di governo e riallocazione del centro della produzione normativa⁵²⁸.

La riflessione sui fattori che hanno mutato il ruolo dell'esecutivo, tuttavia, ha comunque obliterato il nesso di strumentalità esistente tra l'attività di indirizzo politico e l'esercizio di poteri normativi. Se l'elaborazione di atti normativi costituisce una delle principali manifestazioni formali della funzione di indirizzo⁵²⁹; se chi ha il potere di governare, ossia di individuare i fini e gli obiettivi da realizzare, necessita di quello di legiferare; se tutto ciò è vero, attività di governo e attività legislativa sono "unite da una relazione di proporzionalità diretta" e nelle forme di governo parlamentare la centralità del Governo o del Parlamento nella quotidianità politica è sempre accompagnata dalla crescita dell'uso dei relativi poteri legislativi⁵³⁰.

Occorre, dunque, inquadrare la legislazione nell'ambito della funzione d'indirizzo, atteso che "governare non significa solo eseguire le leggi, ma anche ed essenzialmente legiferare"⁵³¹. Ciò, del resto, collima con il superamento della dogmatica del

⁵²⁷ Così A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, cit., 37 sgg., ove l'Autore, quanto al contenuto della normazione, già allora sottolineava che "ancor più che in passato, con l'estendersi della sfera d'azione della pubblica Amministrazione a territori non meno ampi di quelli aperti alla funzione legislativa del Parlamento, e comprensivi di tutti i campi della vita associata, risulterebbe estremamente difficile, per non dire impossibile, isolarne uno – sia pure vasto – differenziabile e distinguibile dagli altri, e meritevole – in quanto capace di abbracciare una materia al di là della quale la potestà normativa della pubblica Amministrazione non sarebbe in grado, in astratto, di espandersi – dell'attributo di «amministrativo», sì da considerarlo come il solo suscettibile di una «potestà normativa amministrativa»".

⁵²⁸ V. ad. es. B. CARAVITA – M. LUCIANI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: note e materiali*, in *Pol. dir.*, n. 2/1986, 263 sgg.

⁵²⁹ È questa – lo si ricorda – la tesi di E. CHELI, *Atto politico*, cit., 137 sgg., laddove per altri Autori, come Martines e Galeotti, accanto al momento c.d. effettuale o di attuazione dell'indirizzo politico farebbero parte della funzione anche quelli rispettivamente teleologico e strumentale (secondo la teoria tripartita di Martines) e di adozione (secondo la teoria bipartita di Galeotti): v. nuovamente T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., 134 sgg.; S. GALEOTTI, *Il potere di decisione*, cit., 123 sgg.

⁵³⁰ M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 84.

⁵³¹ E. CHELI, *Atto politico*, cit., 146.

parlamentarismo liberale, nella quale la necessaria contrapposizione tra funzione di governo e funzione legislativa discendeva da quella tra i centri di potere politico (Monarca e Popolo) da cui le due funzioni promanavano e la legge era “espressione della volontà generale”. Nel momento in cui la base del potere sovrano viene a unificarsi nel Popolo, si determina nel sistema delle competenze costituzionali, attraverso il partito (o i partiti) di maggioranza, una saldatura tra Parlamento e Governo tale da porre le premesse per lo svolgimento di un processo di sovrapposizioni tra attività di governo e attività legislativa. Conseguentemente, la maggioranza parlamentare che consente l’adozione di un determinato provvedimento legislativo è la stessa maggioranza parlamentare che, attraverso il voto di fiducia, sostiene l’azione del Governo: in tale prospettiva, la legge non esprime o non dovrebbe esprimere, nella normalità dei casi, una volontà particolare di maggioranze occasionali, in quanto organicamente collegata a un piano generale di scelte politiche, perseguito da quelle stesse forze che dispongono del Governo⁵³².

La legge, abbandonata la sua funzione originaria di limite all’azione del Governo, di espressione della volontà generale e di frutto della partecipazione di tutto il popolo sovrano, assurge ora nel sistema a strumento di azione di una parte politica (maggioritaria, ma pur sempre una parte), divenendo creazione artificiale di chi governa e indica pel suo tramite una direzione di parte alla comunità statale. Riconoscere lo scarto tra pretesa volontà generale ed effettiva maggioranza deliberativa e legare la parzialità della legge all’attività di indirizzo permette, allora, di svincolare l’attività normativa anche al di fuori delle aule parlamentari e di “aprire il ventaglio dei soggetti abilitati a partecipare alla produzione normativa, coinvolgendo *in primis* il Governo”. Ma se l’attività normativa va ricondotta allo strumentario attraverso il quale è esercitata la funzione di indirizzo politico e se a tale funzione prende parte anche il Governo, ne consegue che, quando quest’ultimo esercita attività normativa, agisce nell’ambito di una funzione che, nel rispetto dei limiti e delle

⁵³² E. CHELI, *Atto politico*, cit., 146 sgg.

condizioni imposte dalla Costituzione, gli appartiene istituzionalmente, ragion per la quale non può esser considerato come un “invasore” delle altrui attribuzioni⁵³³.

Se le premesse ora descritte sono corrette, a porre problemi d’ordine costituzionale, più che il *quantum* dell’uso della potestà normativa da parte del Governo, è allora il *quomodo*, ossia la necessità che il Governo, nell’utilizzo dei poteri normativi istituzionalmente spettantigli, rispetti i vincoli procedurali e di contenuto che la Costituzione gli impone.

Strettamente connesso a questo profilo è l’interrogativo per cui, soprattutto nelle forme di governo parlamentare, il Governo, pur godendo del sostegno della maggioranza in Parlamento, preferisca agire utilizzando strumenti normativi suoi propri anziché la legge parlamentare. Esso discende direttamente dalle considerazioni di chi ritiene che gli atti governativi con forza di legge siano in tutto e per tutto assimilabili alla legge parlamentare a causa del medesimo rapporto di strumentalità con la funzione di governo; le quali, se condivise pienamente, porterebbero a concludere che il Governo, per attuare il proprio indirizzo politico, potrebbe indifferentemente ricorrere a leggi parlamentari o ad atti con forza di legge (tanto più nei sistemi parlamentari di tipo maggioritario, in presenza di un dominio tendenzialmente incontrastato del Governo sul Parlamento)⁵³⁴. Ciò, però, non spiega il declino della legge e l’ascesa del ricorso ad atti con forza di legge da parte del Governo.

A tali quesiti si tende a rispondere facendo leva sulla lentezza e farraginosità del procedimento legislativo, a fronte dell’agilità della procedura deliberativa in seno alla compagine governativa, e sulla maggior efficienza dei canali informativi governativi rispetto a quelli a disposizione dell’Assemblea parlamentare. Si tratta di argomenti che, per quanto fondati, non sembrano giustificare del tutto la preferenza accordata

⁵³³ M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 85.

⁵³⁴ Così E. CHELI, *Atto politico*, cit., 153 sgg., il quale evidenzia che, in virtù della maggioranza politica presente nel Parlamento e che, all’un tempo, intrattiene con il Governo il rapporto fiduciario, sia la legge che gli atti di forza di legge sarebbero pari espressione dell’indirizzo politico della maggioranza di governo.

agli strumenti normativi governativi in luogo di quelli parlamentari. Essi, infatti, sono senz'altro spendibili per il ricorso alla decretazione d'urgenza, ma non per quello ai decreti legislativi o ai regolamenti, necessariamente preceduti, com'è noto, da un atto legislativo parlamentare e legati, come si vedrà, alla richiesta di pareri obbligatori che rallentano l'*iter* decisionale governativo.

A ben vedere, il *discrimen* è stato colto da chi ha sottolineato la visione "semplicitistica"⁵³⁵ di quelle rappresentazioni che, nelle forme di governo parlamentare, insistono sull'omogeneità di indirizzo tra sedi parlamentare e governativa, evidenziando che se è vero che sia la legge, sia gli atti normativi del Governo sono strumenti per l'attuazione dell'indirizzo politico, essi non sono adottati dal medesimo *soggetto* politico e non è affatto detto ch'essi siano espressione del *medesimo* indirizzo politico. Ciò per una serie di ragioni.

i) Anzitutto, il Governo tende a rifuggire la sede parlamentare per evitare di dover trattare o negoziare con determinati gruppi parlamentari l'approvazione di una legge o di una disposizione di legge in cambio del sostegno a una misura legislativa indesiderata (si tratta del c.d. *legislative bargaining*). In Consiglio dei Ministri, viceversa, l'adozione di un atto con forza di legge necessita ovviamente dell'assenso di un numero inferiore di interlocutori⁵³⁶.

ii) In secondo luogo, le decisioni assunte in Consiglio dei Ministri non sempre godono del sostegno unanime dell'intera maggioranza governativa che lo compone, potendo invece verificarsi che su esse converga una parte soltanto delle forze di governo (c.d. "maggioranza della maggioranza")⁵³⁷.

iii) In terzo luogo, lo stesso art. 94, comma 4, Cost., il quale afferma che "*il voto contrario di una delle Camere su una proposta del governo non importa l'obbligo di dimissioni*", sembra presupporre una distinzione tra le dinamiche di integrazione

⁵³⁵ Così testualmente M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 89.

⁵³⁶ *Ivi*, 88.

⁵³⁷ *Ivi*, 90, ove l'Autrice sottolinea che "non a caso nelle forme di governo parlamentari sono soprattutto i governi sostenuti da maggioranze deboli e poco coese che tendono ad abusare degli strumenti normativi messi a disposizione dalle Costituzioni".

politica in sede parlamentare e quelle in sede governativa, svincolando la sorte del rapporto fiduciario da quella delle singole iniziative legislative governative. Infatti, proprio in virtù del menzionato quarto comma dell'art. 94 Cost, in assenza della formalizzazione della questione di fiducia l'eventuale dissenso della maggioranza parlamentare rispetto agli orientamenti dell'esecutivo non è destinato a produrre crisi di governo.

iv) Come detto sub i), la preferenza del Governo per strumenti legislativi "propri" a fronte della legge parlamentare è dovuta anche al vantaggio di dover conseguire una maggioranza che è *altra*, e spesso anche numericamente inferiore, rispetto a quella necessaria in sede parlamentare. Ciò si ricollega alla circostanza per cui le deliberazioni parlamentari, non di rado, sono frutto di consensi non perfettamente coincidenti con la maggioranza di indirizzo. La maggioranza di governo è il principale soggetto che sostiene l'indirizzo politico dell'esecutivo, ma le singole espressioni in cui esso si svolge spesso sono oggetto della convergenza di più forze politiche, anche di minoranza o di opposizione, e non necessariamente anche di quelle di maggioranza⁵³⁸, determinati a fare approvare o a influenzare politiche a loro gradite (si è parlato, in proposito, della natura c.d. *policy-seeking* delle strutture partitiche che agiscono per tramite dei gruppi parlamentari⁵³⁹).

v) È stato evidenziato che la presunta unificazione soggettiva delle istituzioni parlamentare e governativa è, inoltre, smentita dal ruolo dei partiti politici e delle posizioni di *leadership* all'interno del sistema politico. Quanto ai primi, indipendentemente dal voler includere il sistema dei partiti nell'analisi giuridica relativa alla forma di governo dello Stato⁵⁴⁰, si è detto la struttura "bipartitica, bipolare o multipolare" dei soggetti politici è capace di produrre "rendimenti politici lontanissimi l'una dall'altra"⁵⁴¹. Quanto alle seconde, il problema in ordine

⁵³⁸ *Ibidem*.

⁵³⁹ L'espressione è di G. PASQUINO, *Governo*, in AA.VV., *Dizionario di politica*, cit., 410.

⁵⁴⁰ Su cui cfr., ovviamente, L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., 638; *contra* M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, cit., 554; v. anche *supra*, cap. I, par. 4.2.

⁵⁴¹ M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 92.

all'individuazione di “chi determina l'atteggiamento dei partiti all'interno della coalizione di maggioranza” tra Ministri, capigruppo parlamentari e segretari di partito comporta – a causa della possibile pluralità delle *leadership* – un indebolimento della tenuta governativa in Parlamento, ossia della capacità dell'esecutivo di avere in Assemblea un seguito certo alle decisioni politiche ivi proposte⁵⁴².

vi) Da ultimo, ma non meno importante, è stata da più parti evidenziata la debolezza strutturale della posizione del Governo “in” Parlamento, anzitutto nel procedimento legislativo, nel quale, anche a seguito delle modifiche dei regolamenti parlamentari del 1971, l'esecutivo è stato privato – almeno formalmente – della possibilità di svolgere un ruolo direttivo dell'Assemblea parlamentare⁵⁴³.

Su quest'ultimo punto, in particolare, è opportuno soffermarsi ulteriormente. La debolezza del Governo nell'*iter legis* è stata ricondotta alla circostanza che, soprattutto in Italia, nei primi quarant'anni della Costituzione repubblicana, nella produzione legislativa il Parlamento ha avuto un ruolo e un peso effettivo, nella misura in cui i partiti politici ivi rappresentati sono riusciti a esercitare un'“efficace azione rappresentativa” e la legge ha realmente rappresentato un compromesso accettabile tra maggioranza e opposizione e che, all'un tempo, però, ne è uscito svalutato il ruolo del Governo nel procedimento legislativo, pur formalmente riconosciuto dalla Costituzione, dai regolamenti e dalle prassi parlamentari⁵⁴⁴.

Più recentemente è stata registrata un'inversione di tendenza, testimoniata da un utilizzo decisamente più intenso da parte dell'esecutivo delle prerogative a esso spettanti nel procedimento legislativo. Infatti, nonostante siano rimaste immutate le norme costituzionali che regolano, nell'*iter legis*, i poteri del Governo, quest'ultimo è riuscito a conquistare “incisivi poteri di influenza e di condizionamento dei tempi e dei contenuti del procedimento legislativo, usati soprattutto al fine di compattare

⁵⁴² *Ibidem*.

⁵⁴³ *Ivi*, 93, ove si fa riferimento alla posizione ordinaria (e non “privilegiata”) della maggioranza di governo “nella programmazione dei lavori, nel riparto dei tempi della discussione, nell'uso degli emendamenti, nelle modalità di votazione e in altre fasi delle procedure parlamentari”.

⁵⁴⁴ Così N. LUPO, *Sulla (complessiva) crescita del ruolo normativo del Governo e sulle difficoltà della funzione legislativa*, cit., 6.

maggioranze parlamentari sempre molto eterogenee e spesso anche risicate (in almeno uno dei due rami del Parlamento) [...] talvolta anche attraverso «forzature» delle norme vigenti, di rango costituzionale o collocate nei regolamenti parlamentari, a partire dai maxiemendamenti con questione di fiducia⁵⁴⁵. Poteri di influenza che, sommati al descritto incremento degli atti normativi governativi – e in particolare di quelli aventi forza di legge – hanno condotto a raffigurare il Governo quale il “signore delle fonti”⁵⁴⁶ e a ravvisare la necessità di rafforzare, anche formalmente, la posizione del Governo in Parlamento⁵⁴⁷.

4.2.- Indirizzo politico, normazione secondaria e amministrazione.

Si può ora passare all’esame dei provvedimenti deputati all’attuazione delle fonti primarie.

Preliminarmente, occorre ritornare sulla legge n. 400 del 1988, la quale del Governo ha disciplinato sia l’organizzazione, sia la potestà normativa. Il capo III, in particolare, dopo aver trattato degli atti aventi forza di legge, disciplina, all’art. 17, i regolamenti del Governo, dei quali individua le diverse tipologie e i relativi procedimenti di adozione. La formalizzazione di questi ultimi, peraltro, è stata percepita negli ultimi 30 anni come eccessivamente rigida e per questo, come si vedrà, in più occasioni aggirata a favore dell’utilizzo di altre tipologie di strumenti normativi.

In secondo luogo, va sottolineato che la stessa legge n. 400 del 1988, ovviamente, incontra tutti i limiti di una fonte primaria (il primo fra tutti quello della derogabilità

⁵⁴⁵ Ancora testualmente *ivi*, 7.

⁵⁴⁶ Così M. CARTABIA, *Il Governo “signore delle fonti?”*, in AA.VV. *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, a cura di M. Cartabia, E. Lamarque e P. Tanzarella, Torino, Giappichelli, 2011, IX sgg.

⁵⁴⁷ Così M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 94. Dell’esigenza di un “avvicinamento della prassi alla Costituzione, innescando cioè processi che facciano rientrare almeno le «forzature» più evidenti nell’alveo della carta costituzionale”, parla N. LUPO, *Sulla (complessiva) crescita del ruolo normativo del Governo e sulle difficoltà della funzione legislativa*, cit., 8.

da fonti successive di pari grado); per tale ragione, nonostante la previsione di una forma tipica ai regolamenti, non è riuscita a porre fine al pluralismo disordinato nella normazione secondaria⁵⁴⁸. Già a partire dalla sua entrata in vigore, infatti, è stata evidenziata la tendenza del Governo a rifuggire dai regolamenti: si è dunque parlato di “fuga dal regolamento”, per indicare la prassi del Governo e dei Ministri di adottare provvedimenti secondari di natura normativa, ma senza richiamare il *nomen iuris* “regolamento” o tantomeno osservare le procedure e i controlli indicati dalla legge n. 400 del 1988⁵⁴⁹, in maniera simile a quel fenomeno della “fuga del governo dalla legge parlamentare”⁵⁵⁰ del quale nel paragrafo precedenti sono stati illustrati i tratti essenziali.

Nonostante – come si vedrà – sovente sia arduo distinguere tra atti normativi e atti amministrativi (soprattutto nel caso dei c.d. atti amministrativi generali), il rinvio a regolamenti governativi o ministeriali, nella maggior parte dei casi, acquista carattere residuale rispetto all’adozione di altri provvedimenti attuativi di natura non normativa.

4.2.1.- I regolamenti adottati ai sensi dell’art. 17 della l. n. 400 del 1988

L’art. 17 della l. n. 400 del 1988 disciplina le tipologie di regolamento che il Governo e i singoli Ministri possono adottare⁵⁵¹.

Il comma 1, com’è noto, disciplina le seguenti quattro fattispecie: a) i “regolamenti esecutivi”, volti all’attuazione delle leggi, dei decreti legislativi e dei regolamenti

⁵⁴⁸ Cfr. V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarta tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2011, 3.

⁵⁴⁹ V. N. LUPO, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del Governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, Il Mulino, 2003, 127 sgg.

⁵⁵⁰ Così testualmente M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 90.

⁵⁵¹ Sul punto v. recentemente F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in AA.VV., *Diritto pubblico*, cit., 231 sgg.; L. CARLASSARE, *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 614.

dell'Unione europea⁵⁵²; b) i “regolamenti finalizzati all’attuazione e all’integrazione” delle leggi e dei decreti legislativi contenenti norme di principio; c) i “regolamenti indipendenti”, adottabili nelle materie non disciplinate da una legge o da un atto avente forza di legge e sempreché non si tratti di materie coperte da una riserva di legge; d) i “regolamenti per l’organizzazione e il funzionamento delle amministrazioni pubbliche”.

Una chiara finalità attuativa delle fonti primarie e, in ultima analisi, dell’indirizzo politico è ravvisabile, anzitutto, nei regolamenti – appunto – di “attuazione” e “integrazione” delle leggi e degli atti aventi forza di legge, l’adozione dei quali, com’è noto, è subordinata al fatto che gli atti normativi da essi “attuati” o “integrati” non siano compiutamente definiti quanto al contenuto, ma si limitino alla fissazione dei principi di una determinata materia, che saranno poi sviluppati in sede regolamentare. Ne è evidente, dunque, la portata innovativa rispetto ai regolamenti di esecuzione, che non innovano o aggiungono alcunché, ma si limitano allo sviluppo di una disciplina già contenuta nella fonte primaria.

Se queste notazioni elementari sono senz’altro condivisibili in linea di principio, nella prassi è assai arduo stabilire la natura dei regolamenti e in particolare distinguere quelli di attuazione e integrazione da quelli di esecuzione. Vi è anzitutto una difficoltà formale, data dal fatto che nei relativi preamboli è spesso assente l’indicazione della tipologia di regolamento adottata. Ve n’è, poi, anche una sostanziale, dovendosi registrare, negli ultimi anni, una commistione tra intento esecutivo e intento attuativo-integrativo del regolamento, ossia il fatto che il Governo adotti atti che rispondono, all’un tempo, all’una e all’altra finalità.

⁵⁵² Non è forse questa la sede opportuna per un approfondimento relativo all’attuazione del diritto europolitano nell’ordinamento nazionale, ma va comunque ricordato che anche le direttive dell’Unione europea possono essere attuate mediante regolamenti governativi. Tale modalità di attuazione, prevista originariamente dalla l. 9 marzo 1989, n. 86 (c.d. legge La Pergola), è ora confermata dall’art. 35 della l. 24 dicembre 2012, n. 234 (“*Norme generali sulla partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’Unione europea*”), che contempla espressamente il “*Recepimento di direttive europee in via regolamentare e amministrativa*”.

Estranei a finalità “attuative” della legge, poi, risultano i regolamenti “indipendenti”, concepiti proprio per intervenire su materie non disciplinate da leggi o atti aventi forza di legge, mentre i regolamenti di organizzazione sono finalizzati alla disciplina dello specifico settore – appunto – dell’organizzazione e del funzionamento delle Amministrazioni pubbliche⁵⁵³. Anche i regolamenti di cui al comma 4-ter dell’art. 17 della l. n. 400 del 1988 rispondono a finalità peculiari, consistenti nel periodico riordino delle disposizioni regolamentari vigenti, alla ricognizione di quelle oggetto di abrogazione implicita e all’espressa abrogazione di quelle che hanno esaurito la loro funzione, prive di effettivo contenuto normativo o comunque obsolete.

Il secondo comma dell’art. 17 contempla, poi, i regolamenti governativi c.d. di “delegificazione”, volti a disciplinare materie per le quali le leggi della Repubblica autorizzano l’esercizio del potere regolamentare del Governo in sostituzione della disciplina legislativa. In letteratura è stato affrontato il problema della compatibilità costituzionale di tali regolamenti, anche alla luce dell’uso che se ne è fatto nella prassi⁵⁵⁴. Infatti, nonostante siano finalizzati non all’attuazione di una legge, bensì alla delegificazione di una certa materia, una legge “attuata” vi è comunque: quella di autorizzazione alla delegificazione, la quale contiene, di regola, le norme generali regolatrici della materia rimessa alla potestà regolamentare. In tale prospettiva, dunque, si può ritenere che tali regolamenti siano comunque una *species* del *genus* dei regolamenti deputati all’attuazione delle leggi.

Vale anche qui, tuttavia, quanto già osservato in tema di regolamenti di esecuzione e attuazione e integrazione, ossia che anche di tale tipologia di regolamenti spesso il Governo ha fatto un utilizzo promiscuo, introducendovi norme che rispondono a diverse finalità. Non è dunque infrequente imbattersi in leggi che autorizzano un regolamento all’attuazione di una certa disciplina e al contempo ne prescrivono la

⁵⁵³ M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 58, in merito ai regolamenti indipendenti osserva che attorno ai regolamenti indipendenti si è sorto “un dibattito vivo e scottante, che in fondo non si è mai del tutto risolto sul piano teorico, ma che poi è stato superato dalla prassi che offre rarissimi esempi di regolamenti indipendenti”.

⁵⁵⁴ Cfr. N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, cit., 127.

delegificazione, nell'ottica di dar un'unica forma regolamentare a disposizioni concernenti una stessa materia o, comunque, connesse per materia. Anche per questa ragione è stata sviluppata la prassi di prevedere il parere delle Commissioni parlamentari: ciò è stato dapprima previsto dalle singole disposizioni legislative di autorizzazione alla delegificazione e, successivamente, in via generale, attraverso la modifica dell'art. 17, comma 2, della citata l. n. 400 del 1988⁵⁵⁵.

Com'è noto, anche i singoli Ministri possono adottare propri regolamenti, purché nei limiti delle competenze loro attribuite e solo quando tale potere sia loro espressamente conferito dalla legge; tali regolamenti, subordinati a quelli governativi, debbono essere comunicati al Presidente del Consiglio dei Ministri prima della loro emanazione. Tra le due tipologie vi sono poi ulteriori differenze relative alla procedura di adozione. Mentre la veste formale dei regolamenti governativi è rappresentata dal decreto del Presidente della Repubblica, adottato previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, quelli ministeriali sono adottati con decreto ministeriale o interministeriale, se vertenti su materie di competenza rispettivamente di un singolo Ministro o di più Ministri. È comunque previsto ch'essi rechino la denominazione di "regolamento" e che siano adottati previo parere del Consiglio di Stato, sottoposti al visto e alla registrazione della Corte dei conti e pubblicati in Gazzetta Ufficiale.

4.2.2.- I decreti ministeriali, i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e i decreti aventi natura non regolamentare.

Come si è visto, la legge n. 400 del 1988, per quanto attiene sia ai controlli, sia alla pubblicità, definisce puntualmente la procedura volta a garantire la chiara qualificazione del provvedimento come regolamento.

Non sempre, tuttavia, i provvedimenti attuativi aventi contenuto normativo sono adottati secondo le procedure previste dalla legge in esame. È infatti frequente il rinvio

⁵⁵⁵ Così l'art. 5 della l. n. 69 del 2009.

a decreti ministeriali, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri o a “decreti aventi natura non regolamentare”, così onerando l’interprete – e il giudice in particolare – della qualificazione del provvedimento attuativo⁵⁵⁶. In ragione dello specifico contenuto, come si vedrà, è stata riconosciuta a tali atti natura a volte normativa, a volte amministrativa.

Quanto ai *decreti ministeriali*, la tipologia di contenuti che possono assumere è particolarmente eterogenea: atti normativi, atti amministrativi generali a contenuto non normativo, atti di controllo, atti specifici che rappresentano il momento conclusivo di un procedimento (provvedimenti amministrativi) o endoprocedimentali e così via⁵⁵⁷. In particolare, con decreto ministeriale possono essere adottati regolamenti ministeriali nelle materie di competenza dei Ministri, secondo le procedure di cui alla l. n. 400 del 1988; al contempo, però, esso può assumere a contenuto atti amministrativi di competenza del Ministro, riconducibili alla sua funzione di indirizzo politico-amministrativo (*recte*: amministrativo) e alla funzione di “sintesi”⁵⁵⁸ tra attività di indirizzo politico e attività amministrativa in senso stretto che, secondo la tesi che appare più convincente⁵⁵⁹, è chiamato a svolgere. Il fatto che il decreto ministeriale si presti a ospitare un’ampia varietà di contenuti e che, nella prassi, sia assai complicato distinguere tra le diverse funzioni di cui il Ministro è titolare, ha determinato una certa difficoltà nell’individuare in astratto i caratteri propri di un decreto ministeriale rispetto a quelli di un decreto dirigenziale o direttoriale⁵⁶⁰.

⁵⁵⁶ Di un “deciso incremento del ruolo dell’interprete e del giudice in particolare” parla anche – ma con riferimento a “testi legislativi sempre meno soddisfacenti sul piano qualitativo” – N. LUPO, *Sulla (complessa) crescita del ruolo normativo del Governo e sulle difficoltà della funzione legislativa*, cit., 5 sgg.

⁵⁵⁷ Così F. POLITI, *Decreto ministeriale*, in *Enc. Dir.*, Annali V, Milano, Giuffrè, 2001, 341, nonché, in ordine all’efficacia di un decreto ministeriale avente contenuto normativo, G. DI COSIMO, *Se una legge vale meno di un decreto ministeriale*, in *Le Regioni*, n. 3/2013, 630 sgg.

⁵⁵⁸ F. POLITI, *Decreto ministeriale*, cit., 342, a parere del quale l’attività di “alta amministrazione” sarebbe proprio quella del Ministro, distinta dall’attività e dagli atti amministrativi di competenza dei dirigenti.

⁵⁵⁹ Così E. CHELI, *Atto politico*, cit., 160.

⁵⁶⁰ Si pensi, ad esempio, al ventaglio di decisioni adottabili in attuazione di atti normativi: circolari o altri atti di indirizzo interpretativo e applicativo; atti volti alla definizione di obiettivi, priorità, piani, programmi e direttive generali per l’attività amministrativa, all’individuazione delle risorse umane,

Come il decreto ministeriale, anche il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri è un provvedimento suscettibile di assumere contenuti distinti, vieppiù a causa dell'assenza di chiare indicazioni dei casi in cui il Presidente del Consiglio dei Ministri può farvi ricorso⁵⁶¹. Nella generalità dei casi, pel tramite del decreto in parola si dovrebbe provvedere all'adozione degli atti del Presidente del Consiglio in tema di indirizzo politico, indirizzo amministrativo e coordinamento dell'attività dei Ministri, oltre ai casi in cui è la legge stessa - o altro provvedimento alla legge equiparato - a richiamarne l'adozione (si considerino ad es. le direttive in tema di buon andamento dei pubblici uffici o gli adempimenti necessari all'attuazione di alcune previsioni legislative)⁵⁶².

Con riguardo ai contenuti, anche i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri possono avere contenuto normativo o amministrativo. Essi, nella prima eventualità, si sostanziano in regolamenti⁵⁶³, il cui utilizzo, come è stato più volte osservato in letteratura, implica anche una possibile elusione dei controlli previsti dalla legge n. 400 del 1988, atteso che, di norma, sono pochi i decreti in esame sottoposti al previo parere del Consiglio di Stato⁵⁶⁴. È probabilmente questa la ragione per cui, negli ultimi anni, il ricorso a regolamenti adottati con siffatti decreti si è particolarmente intensificato e questi ultimi sono stati inquadrati alla stregua di una fonte intermedia

materiali, economico-finanziarie, alla definizione di criteri generali in materia di ausili finanziari a terzi e di determinazione di tariffe, canoni e analoghi oneri a carico di terzi. Sul punto v. anche le attività di "alta amministrazione" individuate dalla giurisprudenza *infra*, in questo capitolo, ai parr. 5.1. sgg., e la bibliografia ivi richiamata.

⁵⁶¹ D. PICCIONE, *Il Comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Federalismi.it*, n. 3/2017, 5, a parere del quale, dal panorama che emerge dalla lettura sistematica delle disposizioni della l. n. 400 del 1988, il d.P.C.M. è funzionale in primo luogo all'organizzazione e all'autorganizzazione della Presidenza.

⁵⁶² A tal proposito, il Comitato per la legislazione ha attribuito l'intensificarsi del ricorso al d.P.C.M. alla crisi economico-finanziaria degli ultimi anni. Quest'ultima, in un primo momento, avrebbe comportato un rafforzamento del ruolo del Ministero dell'Economia e delle Finanze; successivamente, della stessa Presidenza del Consiglio dei Ministri, nella gestione e razionalizzazione delle spese.

⁵⁶³ Ciò, nonostante l'art. 17 della l. n. 400 del 1988 si riferisca *expressis verbis* solamente ai regolamenti governativi e a quelli ministeriali e interministeriali.

⁵⁶⁴ Di "fuga dal Consiglio di Stato" parla V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2016, 3 sgg.

tra regolamenti ministeriali (i quali, come detto, debbono semplicemente essere *comunicati* alla Presidenza del Consiglio dei Ministri) e quelli governativi (i quali dal Consiglio dei Ministri debbono invece essere *deliberati*)⁵⁶⁵. Essi possono rientrare nell'ambito della categoria degli atti amministrativi, ove siano riconducibili all'esercizio delle funzioni "sostanzialmente ministeriali" che la legge attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri, ovvero siano relativi ad atti di predisposizione a uffici direttivi dell'Amministrazione che non assumono la forma del decreto del Presidente della Repubblica e non siano di competenza esclusiva di un Ministro.

Il quadro restituito dalla prassi si complica ulteriormente con il rinvio, sempre più frequente, operato dalle leggi e dagli atti aventi forza di legge ad atti non tipizzati denominati "decreti aventi natura non regolamentare". Come il nome suggerisce, si tratta di decreti posti al di là del tentativo di razionalizzazione delle fonti dell'ordinamento, innominati e connotati da procedure non predeterminate⁵⁶⁶, la cui "non regolamentarità" è funzionale a evitare le conseguenze previste per i normali atti regolamentari in termini di regime, di controlli e di pubblicità⁵⁶⁷. Nella normalità dei

⁵⁶⁵ Dell'utilizzo dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri in costanza di emergenza sanitaria da COVID-19 v. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 121 sgg., il quale peraltro sottolinea che tali decreti sono fondati sia sul d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, recante il "Codice della protezione civile", sia sui decreti-legge "emergenziali". Con la rilevante conseguenza che "i decreti [del Presidente del Consiglio dei Ministri] possono derogare alle leggi vigenti, ma poiché non è consentito alla fonte legittimata derogare alla fonte legittimante, essi non possono disporre in difformità da quei decreti-legge".

⁵⁶⁶ Si è parlato, a tal proposito, di "truffa delle etichette": infatti, quand'anche tali atti avessero contenuto normativo, non è loro attribuibile il *nomen* di "regolamenti". Sul punto cfr. F. CINTIOLI, *A proposito dei decreti ministeriali "non aventi natura regolamentare"*, in *Quad. cost.*, 2003, 820 sgg., ove si sottolinea che, quando la fonte primaria esplicita la natura non regolamentare di decreti emanandi, il cui oggetto, però, sia già stato definito, deroga al regime ordinario dei regolamenti ministeriali previsto dalla l. n. 400, nella misura in cui sottrae tali decreti al vaglio del Consiglio di Stato. Sul punto v. anche G. DI COSIMO, *Storia di un regolamento mai nato. In margine al decreto-legge 24/2003*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 25 aprile 2003.

⁵⁶⁷ A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, in *Giur. Cost.*, n. 6/2008, 5075, sottolinea la connessione tra la "truffa delle etichette" e la "fuga dal regolamento", motivati dalla volontà di eludere, anzitutto, le forme previste dall'art. 17 della l. n. 400 del 1988 e successivamente, dopo la riforma del Titolo V, il riparto di competenze regolamentari previsto dall'art. 117, comma 6, Cost. (in particolare a svantaggio della competenza regolamentare regionale).

casi, sono adottati dal Ministro e la legge vi rinvia in svariate materie, alterando – nel modo poc’anzi precisato – la corrispondenza tra la forma dell’atto e la sua sostanza normativa⁵⁶⁸. Ora, pur essendo legittimo, in linea di principio, che una fonte primaria disciplini la propria attuazione anche per tramite di atti di natura provvedimentale, per attribuire a quest’ultimo effetti normativi dovrebbero rispettarsi le forme di pubblicità e controllo di cui all’art. 17 della l. n. 400 del 1988, previste a tutela del principio di certezza del diritto⁵⁶⁹.

4.2.3- Altri atti.

Con espressione immaginifica vi è chi ha descritto gli atti normativi secondari del Governo alla stregua di un “complesso universo”⁵⁷⁰: molte, infatti, sono le fattispecie di atti secondari – aventi natura normativa o meno – alle quali le fonti primarie, per la propria attuazione, possono rinviare. Ovviamente, non è possibile (né utile, ad avviso di chi scrive, ai fini dell’indagine che ne occupa) richiamarli tutti in questa sede, data la loro eterogeneità. Nondimeno, è opportuno soffermarsi brevemente su alcuni atti di competenza governativa che, nella maggior parte delle volte, sono adottati – in luogo di appositi regolamenti governativi - con finalità integrative o attuative della legge cui si riferiscono.

⁵⁶⁸ Ciò ha spinto taluni a parlare di “fonti atipiche”, con riferimento, appunto, alla dissociazione tra forma e contenuto: cfr. A.A. GENNA, *Il Comitato per la legislazione e le anomalie nel sistema delle fonti del diritto: un tentativo di ricostruzione sui decreti governativi e ministeriali “di natura non regolamentare”*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2011, 4.

⁵⁶⁹ Così A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo “di natura non regolamentare”*, cit., 5098. L’Autrice sottolinea che il legislatore “non modifica [...] il procedimento ma si limita a definire «non regolamentare» l’atto per evitare di incorrere nei controlli di legittimità disposti dall’art. 17 della l. n. 400 ovvero per evitare di incorrere in una censura di illegittimità costituzionale per violazione dell’art. 117, comma 6 Cost.”. Il che significa che il legislatore non si pone il proposito della possibile modifica espressa o tacita dell’art. 17 della l. n. 400 del 1988, ma quello di immettere nell’ordinamento contenuti normativi nuovi escludendo la fattispecie regolamentare.

⁵⁷⁰ Così U. DE SIERVO, *Il complesso universo degli atti normativi secondari del Governo*, in AA.VV., *Norme secondarie e direzione dell’amministrazione*, a cura di U. De Siervo, Bologna, Il Mulino, 1992, 11 sgg.

i) È particolarmente diffusa, all'interno dei singoli Ministeri, l'adozione di *decreti dirigenziali* o *direttoriali*. Essi dovrebbero dar forma a tutti quei provvedimenti che, ai sensi dell'art. 4, comma 2, TUIP, sono affidati alla competenza di dirigenti e direttori generali, ai quali, come già ricordato⁵⁷¹, spetta “*l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo*”. Anche tali atti sono andati via via assumendo un contenuto eterogeneo (carattere normativo; amministrativo generale a contenuto non normativo; provvedimento; endoprocedimentale), ciò che, ad avviso della dottrina, li rende simili ai decreti ministeriali, dei quali parimenti è testimoniata la difficoltà di ravvisare una nozione sostanziale.

ii) Frequente è anche l'adozione di *circolari*. Non sempre richiamate dalle fonti primarie, spesso sono adottate a iniziativa della stessa Amministrazione per agevolare l'attuazione o l'interpretazione di disposizioni di leggi o di atti aventi forza di legge. Anche questi atti presentano una spiccata varietà, con riferimento sia al contenuto, sia agli effetti. In realtà, le disposizioni introdotte con circolare, di norma, sono dirette a disciplinare esclusivamente aspetti organizzativi e procedurali dell'attività amministrativa: ciò da cui discende, per costante giurisprudenza, l'assenza di natura vincolante delle circolari nei confronti di coloro che sono destinatari degli atti applicativi delle medesime (i quali, invece, sono vincolanti)⁵⁷². Nondimeno, alcuni

⁵⁷¹ V. *supra*, cap. III, parr. 2. sgg.

⁵⁷² Cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. IV, sent. 28 gennaio 2016, n. 310, a tenor della quale “*le circolari amministrative non hanno mai valore normativo o provvedimento e non assumono valore vincolante per i soggetti destinatari degli atti applicativi di esse*”; questi ultimi non hanno l'onere di impugnare le circolari presupposte, ma “*possono limitarsi a contestarne la legittimità al solo scopo di sostenere che sono illegittimi perché scaturiscono da una circolare illegittima che avrebbe dovuto essere disapplicata*”; da ciò discende, a fortiori, che “*una circolare amministrativa contra legem può essere disapplicata anche d'ufficio dal giudice investito dell'impugnazione dell'atto che ne fa applicazione*”. Ancor più recentemente v. par. Cons. Stato, Sez. I, 7 marzo 2017, n. 567, con il quale è stato dichiarato inammissibile il ricorso straordinario proposto avverso la circolare del Ministero dell'interno che reca istruzioni operative sui reati di omicidio stradale e di lesioni personali stradali di cui alla l. 23 marzo 2016, n. 41.

Autori affermano che le circolari finiscono per incidere, seppur indirettamente, nei confronti della generalità dei soggetti che entrano in contatto con la pubblica Amministrazione, abbreviando “la distanza che intercorre tra le fonti regolamentari tipiche (nella tipologia che ora ne disegna la l. n. 400) e le norme espresse mediante circolari”⁵⁷³. In definitiva, si tratta di uno strumento assai duttile e di semplice emanazione, utilizzato dall’esecutivo per garantire alla propria azione, oltre all’uniformità di intervento, anche una certa tempestività, quanto ai tempi e ai modi di attuazione di nuove norme⁵⁷⁴.

iii) Come osservato per le circolari, anche nelle *direttive* è dato riscontrare una poliedricità di contenuti ed effetti. Com’è noto, tali atti recano “massime, consigli, istruzioni, ammonimenti, promesse, programmi” di per sé non vincolanti, ma da tenere presenti e da cui non discostarsi senza un motivo plausibile⁵⁷⁵. Contenuti, dunque, variabili, ma accomunati dall’intento dell’Amministrazione di uniformare determinati comportamenti e finalità che l’attività amministrativa, nell’attuazione delle fonti primarie, è tenuta a perseguire. Deve peraltro osservarsi che la definizione della direttiva quale atto meramente interno all’Amministrazione sconta una certa

⁵⁷³ Così R. TARCHI, *Le circolari ministeriali con particolare riferimento alla prassi*, in AA.VV., *Norme secondarie e direzione dell’amministrazione*, cit., 247, il quale, così ragionando, giunge a individuare la categoria delle c.d. “circolari-regolamenti”, ossia atti che, quanto al contenuto e all’efficacia, risultano assimilabili ai regolamenti governativi e ministeriali, ma, quanto alla forma, sono circolari. Sul punto v. anche M.S. GIANNINI, *Circolare*, in *Enc. dir.*, Vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, 1 sgg., il quale definisce la circolare quale un documento contenente un’enunciazione discorsiva che da un ufficio viene comunicato a un altro e sottolinea che nell’uso comune si faccia riferimento alle circolari ricomprendendovi anche gli atti normativi interni, le direttive e gli ordini generali, che normalmente confluiscono nelle circolari, pur essendo altro da esse. Più recentemente cfr. D. RISO, *Le circolari a contenuto normativo*, in *Giust. it.*, 9/1999, ora in *LexItalia.it*, il quale sottolinea che “l’informalità propria delle circolari, supportata dalla scarsissima regolamentazione legislativa delle medesime, ne ha fatto un mezzo di esercizio di poteri amministrativi (e spesso anche normativi), tali da sfuggire a qualsivoglia forma di controllo, e da insinuarsi all’interno del sistema delle fonti del diritto, provocandone talune dilatazioni”.

⁵⁷⁴ Ancora R. TARCHI, *Le circolari ministeriali*, cit., 249; v. anche A. RUGGERI, *Circolari amministrative e circolari di indirizzo politico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1973, 1758 sgg., a tenor del quale le circolari riempiono, integrano e compongono l’organizzazione amministrativa negli spazi lasciati dalla disciplina normativa (leggi e regolamenti), che ne costituiscono, invece, l’ossatura.

⁵⁷⁵ Questa la nota definizione di S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1945, 127.

inattualità, atteso che l'uso ormai invalso nella prassi induce ad accostarla sia agli atti amministrativi generali, sia agli altri atti normalmente utilizzati dall'Amministrazione per precisare le concrete modalità attuative di principi e precetti⁵⁷⁶.

iv) Frequente, infine, è il rinvio operato da leggi o atti aventi forza di legge, per disciplinare il funzionamento di nuovi istituti o nuove procedure, a c.d. *linee guida*. La letteratura che si è interrogata sulla natura di tali atti ne ha riscontrato il richiamo da parte delle fonti primarie soprattutto laddove queste ultime, in virtù dell'informalità dei procedimenti di adozione delle linee guida, intendano garantire alla materia una certa "fluidità" e manipolatività, tali da consentire di ritornare sulla disciplina per progressivi aggiustamenti in maniera relativamente agevole⁵⁷⁷. Anche in questo caso, tuttavia, i contenuti e le forme che tali atti possono assumere sono assai eterogenei. Sul punto la giurisprudenza amministrativa è ondivaga: talvolta ha ricondotto le linee guida ad "*atti con i quali si indirizzano le attività di altri soggetti ed organi, indicando loro priorità, criteri informativi dell'azione, modalità di attuazione di obiettivi da perseguire*"⁵⁷⁸; talaltra – con riferimento a linee guida ministeriali – ha invece affermato la natura normativa, sottolineando di conseguenza l'opportunità di attribuir

⁵⁷⁶ Così E. CATELANI, *Criteri di individuazione, caratteristiche ed efficacia delle direttive interorganiche*, in AA.VV., *Norme secondarie e direzione dell'amministrazione*, cit., 57, la quale osserva anche la potenziale scissione tra il contenuto "direttivo" e la forma dell'atto, che può assumere quella di un decreto ministeriale e, più raramente, di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri o di una circolare: *ivi*, 83.

⁵⁷⁷ Cfr. F. DI MAURO, *Le norme tecniche e linee guida applicative delle disposizioni in materia di sponsorizzazioni dei beni culturali: i tratti essenziali*, in *Aedon*, n. 3/2012, consultabile online.

⁵⁷⁸ Così Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, ad. 21 gennaio 2008, n. 137, ove il Giudice amministrativo ha chiarito che la relazione che si viene a instaurare tra il soggetto che emana le linee guida e i destinatari costituirebbe "*manifestazione del potere di direttiva, che è classica relazione organizzativa diversa dalla legittimazione alla produzione di norme giuridiche*". Si trattava, in quel caso, di "*linee guida adottate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della pubblica istruzione formulata di concerto con il Ministro del lavoro e della previdenza sociale e con il Ministro dello sviluppo economico, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281*", volte alla riorganizzazione del sistema dell'istruzione e formazione tecnica superiore (IFTS) di cui all'art. 69 della l. 17 maggio 1999, n. 44, nel quadro del potenziamento dell'alta formazione professionale e delle misure per valorizzare la filiera tecnico-scientifica contemplati dall'art. 1, comma 631, della l. 27 dicembre 2006, n. 296.

loro la qualificazione di regolamento⁵⁷⁹. In questa direzione si è mossa anche la Corte costituzionale, che ha riconosciuto la natura regolamentare di linee guida adottate con decreto ministeriale⁵⁸⁰. Infine, se il *nomen* “linee guida” rende, nei confronti dell’interlocutore, l’idea di atti di regolazione non vincolanti, appartenenti alla c.d. *soft law*, negli ultimi anni i contenuti e le forme assunte da tali atti si sono progressivamente modificati ed essi acquisiscono il regime giuridico dell’atto che li recepisce (talvolta atti di indirizzo, talaltra decreti ministeriali o decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri o anche regolamenti contemplati dall’art. 17 della l. n. 400 del 1988)⁵⁸¹.

Per concludere sul punto, è degna di nota la previsione di cui all’art. 1, comma 9, del d.l. 10 ottobre 2012, n. 174 (convertito, con modificazioni, in l. 7 dicembre 2012, n. 213), in tema di rendiconto dei gruppi consiliari. Ivi si prevede che il rendiconto di esercizio annuale approvato da ciascun gruppo consiliare sia “*strutturato secondo linee guida deliberate dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e recepite con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, per assicurare la corretta rilevazione dei fatti di gestione e la regolare tenuta della contabilità, nonché per definire la documentazione*

⁵⁷⁹ Così, invece, par. Cons. Stato, Comm. spec. sul Codice degli appalti, 1° aprile 2016, n. 855, con riferimento a linee guida ministeriali. Sulla qualificazione giuridica delle linee guida dell’ANAC v. problematicamente C. DEODATO, *Le linee guida dell’ANAC: una nuova fonte del diritto?*, consultabile sul sito web istituzionale della Giustizia Amministrativa, 29 aprile 2016.

⁵⁸⁰ Il riferimento è alla sent. Corte cost. n. 275 del 2011 (ma v. anche sentt. nn. 11 del 2014 e 284 del 2016), ove si è affermata la natura regolamentare delle linee guida contenute nel d.m. 10 settembre 2010. Quest’ultimo reca norme destinate a disciplinare, in via generale e astratta, il procedimento di autorizzazione all’installazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, alle quali sono vincolati tutti i soggetti – pubblici e privati – che a tale procedimento prendono parte.

⁵⁸¹ A tal proposito v. R. BIN, *La scarsa neutralità dei neologismi. Riflessioni attorno a soft law e a governance*, in AA.VV., *Per il 70° compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà*, a cura di L. Desanti, P. Ferretti, A.D. Manfredini, Milano, Giuffrè, 2009, 24, il quale osserva che gli atti – nella definizione che ne dà l’Autore – di “*post law*”, consistenti in linee guida, direttive interpretative, circolari, etc. – “ricadiamo in pieno nel problema, tutto sommato tradizionale, se il singolo atto sia o meno qualificabile come «fonte» (sub legislativa, di natura tendenzialmente regolamentare)». Si tratta – a detta dell’Autore – di “*istruzioni per l’uso*”, che “spesso veicolano lungo i canali gerarchici della comunicazione burocratica, e indirizzano i comportamenti dei «sottoposti», privi però di alcuna efficacia normativa nell’ordinamento generale. Nulla di nuovo, dunque”: *ivi*, 26.

necessaria a corredo del rendiconto”. Si tratta dunque di un atto normativo del Governo (il decreto-legge), che rinvia a un altro atto governativo (il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri), tenuto a sua volta al recepimento della deliberazione (le linee guida) di un organo di raccordo fra livelli di Governo (la Conferenza Stato-Regioni)⁵⁸².

4.3.- Quale linea di confine tra normazione e amministrazione?

Dal quadro appena esaminato emerge la varietà e la complessità degli atti di natura secondaria che possono dare attuazione a una fonte primaria, alcuni aventi carattere normativo, altri amministrativo.

La distinzione tra normazione e amministrazione, come detto *supra* (par. 4), non ha impegnato particolarmente gli studi intorno alla funzione d’indirizzo politico, i quali tradizionalmente hanno dato prioritaria rilevanza al momento c.d. “teleologico”, relativo alla posizione dei fini ultimi che lo Stato deve perseguire, più che a quello c.d. “effettuale”, concernente gli strumenti che a tali fini danno svolgimento. La tripartizione dell’attività di indirizzo, volta, in ultima analisi, a dar rilevanza anche alla fase attuativa, è una conquista del secondo dopoguerra (dovuta, in particolare, all’opera di Martines⁵⁸³), così come è del secondo dopoguerra la rappresentazione che considera la funzione d’indirizzo politico quale funzione destinata a tradursi esclusivamente in schemi formali, senza comprendere le fasi preliminari dirette a determinare o, comunque, a influire sulle forze di maggioranza in relazione alle scelte

⁵⁸² Si tratta del d.P.C.M. 21 dicembre 2012. Sul punto si è pronunciata la Corte costituzionale con la sent. n. 39 del 2014, annotata da G. DI COSIMO, *Sul contenuto e sul controllo degli atti normativi*, in *Le Regioni*, n. 4/2014, 837 sgg., cui si rinvia per un approfondimento in ordine alla controversa natura del d.P.C.M. in questione. Evidenzia la problematicità della “catena normativa” anche F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge. Tendenze e prospettive dell’attuazione delle fonti primarie tra Governo e Parlamento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 45.

⁵⁸³ V. ancora T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., 134 sgg.

da compiere⁵⁸⁴. La distinzione, tuttavia, è meritevole di approfondimento ad avviso di chi scrive, perché consente di meglio investigare la direzione che va assumendo l'utilizzo delle fonti da parte del Governo e il rapporto di questo con il Parlamento, sulla base della già nota affermazione che l'assetto delle fonti del diritto rispecchia, almeno tendenzialmente, quello dei poteri tra gli organi che il diritto sono legittimati a produrre⁵⁸⁵.

Distinguere tra le due ipotesi, tuttavia, non è affar semplice, poiché solo in rari casi la fonte primaria rinvia espressamente alle procedure e ai controlli previsti dalla l. n. 400 del 1988 (segnatamente dall'art. 17 della legge medesima). Laddove non vi è un chiaro richiamo all'adozione di un "regolamento", non si può escludere che il provvedimento attuativo abbia comunque natura normativa, soprattutto se si pone mente ai fenomeni, cui *supra* si è accennato, di "fuga dal regolamento" e di "truffa delle etichette".

Per individuare la natura - normativa o amministrativa - di un atto può essere utile richiamare i caratteri posti a fondamento di tale distinzione. Si tratta di un tema classico della teoria generale del diritto, testimoniato dalla copiosità della letteratura sul punto; non è inoltre necessario, qui, ricordare tutte le conseguenze⁵⁸⁶ derivanti dalla qualificazione di un atto come normativo, quali: la sottoposizione al principio *iura novit curia*; la ricorribilità in Cassazione per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, giusta l'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ.; l'invalidità degli atti amministrativi per "violazione di legge"⁵⁸⁷, ai sensi dell'art. 21-*octies* della l. n. 241 del 1990; e così via.

Sono molteplici i contributi della dottrina che hanno sottolineato la ricorrenza, all'interno degli atti normativi, dei caratteri della genericità (consistente nella riferibilità della norma a un numero indeterminabile di soggetti nello spazio) e

⁵⁸⁴ Il riferimento è a E. CHELI, *Atto politico*, cit., 166.

⁵⁸⁵ Su cui v. A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, cit., 15; M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 81; nonché *supra*, par. 4.1.

⁵⁸⁶ Conseguenze magistralmente compendiate da V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 8 sgg.

⁵⁸⁷ Sulla distinzione tra riserva di legge e principio di legalità v. ancora *ivi*, 55 sgg.

dell'astrattezza (consistente invece nella ripetibilità dell'applicazione della norma a un numero indeterminabile di casi nel tempo), ai quali si aggiungono quelli dell'innovatività (l'idoneità a modificare il preesistente ordine normativo) e dell'efficacia *erga omnes*⁵⁸⁸. È stato infatti autorevolmente sostenuto che il nodo della distinzione tra atti normativi e atti amministrativi risiederebbe nella “distinzione tra il disporre, in linea preventiva e generale, cioè il dare regola all'azione, e il provvedere, caso per caso e in concreto”⁵⁸⁹.

Il “provvedere caso per caso e in concreto” dovrebbe, quantomeno in linea puramente teorica, contraddistinguere l'atto amministrativo. Dotato di un contenuto concreto e rivolto a uno o più destinatari concreti, esso è stato definito come “qualsiasi manifestazione di volontà, desiderio, giudizio o conoscenza proveniente da una pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa”⁵⁹⁰. Da tempo però la letteratura ha messo in luce che il sintagma “atto amministrativo” è suscettibile di essere utilizzato in tre accezioni distinte, dal momento che, a seconda dei casi, può essere riferito a: un atto di cui è *autrice* un'Amministrazione pubblica; un atto che esprime una *funzione* di amministrazione pubblica; un atto sottoposto a un *regime* peculiare, detto di diritto amministrativo⁵⁹¹.

La distinzione, poi, si complica anche in virtù dell'esistenza di atti amministrativi generali, muniti di contenuto generale e rivolti in maniera indifferenziata a categorie più o meno ampie di destinatari⁵⁹², e della circostanza che in tale ambito possono esser ricondotte numerose tipologie di atti (a titolo esemplificativo e non esaustivo: bandi di

⁵⁸⁸ Così G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, Zanichelli, 2003, 21 sgg.

⁵⁸⁹ V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., 238 sgg.; A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2006, 54.

⁵⁹⁰ Così E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 540.

⁵⁹¹ D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Annali VII, Milano, Giuffrè, 2014, 46 sgg., il quale aggiunge che l'atto amministrativo può sia riunire insieme queste tre caratteristiche, sia combinarle in modo differente.

⁵⁹² Su cui v. A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Il Foro Italiano*, n. 10/1954, 217 sgg., ora in *Scritti giuridici*, Vol. I, Napoli, Jovene, 1990, 41 sgg.; ID., *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 1983, spec. 10 sgg.

concorso, avvisi di gara, atti di pianificazione e programmazione)⁵⁹³. Alcuni Autori, per negare la natura normativa degli atti amministrativi generali, hanno ridefinito, estendendola, la nozione di astrattezza, con essa intendendo “il carattere derivante dalla necessità di un ulteriore esercizio di poteri ai fini della produzione dell’effetto”, di modo da attribuire agli atti normativi “un potere diverso da quello amministrativo, nel senso che, ponendo norme di azione, essi non costituiscono esercizio di azione dell’amministrazione, ma ne disciplinano il futuro svolgimento”⁵⁹⁴.

Nella disputa qualificatoria è intervenuta anche la Corte costituzionale, in relazione sia ai regolamenti regionali, sia – dopo la riforma del Titolo V – alla qualificazione degli atti secondari del Governo, ai fini del sindacato sul corretto esercizio della potestà regolamentare da parte dello Stato nel riparto di questa con le Regioni.

Quanto al primo profilo, per distinguere i regolamenti regionali dagli atti amministrativi regionali, il Giudice delle leggi è ricorso a criteri eterogenei, di volta in volta legati alla lettera della legge, alla temporaneità degli effetti o alla natura esecutiva dei compiti che la disposizione contemplava. È stato posto l’accento talvolta sul requisito dell’astrattezza, definita quale “*indefinita ripetibilità, nel tempo, delle regole contenute nell’atto, ovvero quale attitudine dell’atto stesso ad essere applicato tutte le volte in cui si verificano i presupposti da esso indicati*”⁵⁹⁵, talaltra sulla possibilità espressa dall’atto di produrre “*norme intese a disciplinare stabilmente, nel tempo, rapporti giuridici*”⁵⁹⁶.

Quanto al secondo profilo, la Corte ha chiarito che non possono essere “*requisiti di carattere formale, quali il nomen iuris e la difformità procedimentale rispetto ai modelli di regolamento disciplinati in via generale dall’ordinamento, a determinare*

⁵⁹³ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2017, 80 sgg., sottolinea problematicamente che alcuni atti amministrativi generali sono anche muniti del carattere dell’astrattezza, potendo applicarsi a una ripetuta serie di casi (anche se tuttavia, ad avviso di chi scrive, la serialità della ripetizione non è del tutto sovrapponibile all’indeterminatezza e indeterminabilità che contraddistingue la normazione).

⁵⁹⁴ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 407.

⁵⁹⁵ Cfr. sent. Corte cost. n. 139 del 2012.

⁵⁹⁶ Cfr. sent. Corte cost. n. 146 del 2016.

*di per sé l'esclusione dell'atto dalla tipologia regolamentare, giacché, in tal caso, sarebbe agevole eludere la suddivisione costituzionale delle competenze, introducendo nel tessuto ordinamentale norme secondarie, surrettiziamente rivestite di altra forma, laddove ciò non sarebbe consentito*⁵⁹⁷. In sintonia con questa lettura, in altre occasioni si è espressa nel senso della natura regolamentare di atti che, nonostante non presentassero il *nomen* di regolamento, avevano contenuto normativo⁵⁹⁸.

Sul punto si trovano delucidazioni anche nella giurisprudenza amministrativa. Quest'ultima, chiamata a pronunciarsi sulla natura di un decreto ministeriale che non era stato adottato secondo le procedure contemplate dall'art. 17 della l. n. 400 del 1988, ha escluso che, in via di principio, il potere normativo dei Ministri – e del Governo in generale – possa essere esercitato mediante atti “atipici” di natura non regolamentare e utilizzando forme e procedimenti alternativi a quello previsto dalla legge n. 400 del 1988, specialmente nel caso in cui la fonte primaria attributiva della potestà normativa nulla dica in ordine a tale possibilità⁵⁹⁹. Proponendo un criterio di individuazione, i Giudici di Palazzo Spada hanno poi affermato che “è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminata di casi, ma,

⁵⁹⁷ Cfr. sent. Corte cost. n. 278 del 2010, par. 16 del *Considerato in diritto*. In tale occasione, la Corte ha escluso la natura regolamentare a una delibera del Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (*hinc inde*: CIPE) adottata ai sensi dell'art. 26, comma 1, della legge 23 luglio 1999, n. 99, e ha affermato che la potestà affidata al CIPE dalla legge non comportasse la produzione di norme generali e astratte, ma esprimesse “una scelta di carattere essenzialmente tecnico, con cui l'amministrazione persegue la cura degli interessi pubblici a essa affidati dalla legge, individuando le tipologie di impianti idonee, in concreto e con un atto, la cui sfera di efficacia si esaurisce e si consuma entro i limiti, obiettivi e temporali, della scelta stessa”.

⁵⁹⁸ V. ad es. sentt. Corte cost. nn. 274 del 2010 e 275 del 2011.

⁵⁹⁹ Si tratta dell'art. 7, comma 2, lett. d), del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, il quale attribuisce al Ministero delle attività produttive il potere di adottare uno o più decreti per disciplinare i criteri per l'incentivazione della produzione di energia da fonte solare. Sul punto v. *amplius* N. LUPU, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12/2012, 1209 sgg.

*conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti*⁶⁰⁰.

Più di recente, la giurisprudenza amministrativa è parsa assestarsi su posizioni meno rigorose di quella ora menzionata. Il Consiglio di Stato, in particolare, nel riformare alcune sentenze che avevano censurato il mancato rispetto delle forme previste dall'art. 17 della l. n. 400 del 1988, ha escluso la natura normativa di alcuni decreti qualificati come non regolamentari, affermando che *“la qualificazione dell’atto come «non regolamentare» comporta la inapplicabilità di tale disposizione costituzionale e del vincolo modale da essa previsto nel riparto delle competenze”* e che, in ogni caso, *“qualora fosse stato qualificato il decreto in esame come atto regolamentare, in ogni caso il legislatore statale ha il potere di prevedere un sistema normativo fondato sulla sussidiarietà, che può ricomprendere anche la funzione regolamentare”*⁶⁰¹.

5.- L’atto politico nel prisma della giurisdizione

Nei paragrafi che precedono si sono ricondotti gli strumenti di attuazione dell’indirizzo alle funzioni normativa e amministrativa, in accordo con le tesi che individuano nella fase effettuale un momento necessario⁶⁰², se non addirittura il momento esclusivo⁶⁰³, dell’attività di indirizzo e osservando altresì che possono darsi sia atti con il medesimo *nomen*, ma a contenuto differente, sia atti con *nomen*

⁶⁰⁰ Così sent. Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9.

⁶⁰¹ Così Cons. Stato, sentt. Sez. VI, 30 novembre 2016, nn. 5035 e 5036; 24 luglio 2017, nn. 3665 e 3666; parere Comm. Spec. 14 ottobre 2016, n. 2113, ove si è affermato che è ammessa l’adozione di regolamenti governativi anche in ambiti di competenza regionale attratti in sussidiarietà a livello statale. Su tali pronunce v. N. LUPO, *La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione*, in *Federalismi.it*, n. 15/2017, 15.

⁶⁰² Il riferimento, ovviamente, è ancora una volta a T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., spec. 141.

⁶⁰³ Così E. CHELI, *Atto politico*, cit., 166.

differente, ma dal contenuto analogo, ciò che rappresenta la difficoltà di tracciare con sicurezza il confine tra normazione e amministrazione.

Come già detto⁶⁰⁴, tuttavia, il problema della riconduzione di un determinato atto allo svolgimento di una funzione di indirizzo è nato e continua a porsi soprattutto in termini di giurisdizione, ossia in relazione alla sindacabilità del medesimo innanzi un giudice. La questione, peraltro, oltre a presentare caratteristiche analoghe al contesto storico di origine dell'atto politico (ravvisabili nella concreta necessità, da parte del giudice, di circoscrivere l'ambito della propria giurisdizione⁶⁰⁵), si pone in termini in parte differenti da quelli che hanno assistito la nascita dell'atto politico come categoria, in considerazione: del mutato contesto costituzionale, caratterizzato da una Costituzione rigida; del recepimento, all'interno di detta Costituzione, del principio di effettività della tutela giurisdizionale avverso gli atti della pubblica Amministrazione di cui all'art. 113 Cost.; dell'introduzione, a garanzia della rigidità della Costituzione e delle disposizioni ivi contenute, del sindacato da parte della Corte costituzionale⁶⁰⁶.

In aggiunta, è stato sottolineato che l'analisi dei dati giurisprudenziali costituiscono "la cartina al tornasole del concetto di atto politico, assumendo un significato dirompente nell'ottica di vagliare la tenuta delle differenti impostazioni teoriche sostenute"⁶⁰⁷. D'altra parte, non può negarsi che in sede giurisprudenziale, l'interpretazione della disposizione che, di volta in volta, sancisce l'insindacabilità degli atti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico vari a seconda del differente quadro normativo di riferimento.

Così, sia nell'ordinamento liberale, sia in quello fascista, si riteneva che l'atto politico fosse un atto amministrativo il quale, in via eccezionale e a causa della propria intrinseca essenza, era sottratto al sindacato giurisdizionale. Conseguentemente, erano

⁶⁰⁴ V. *supra*, in questo stesso capitolo, par. 4.

⁶⁰⁵ Su tale profilo v. tra gli altri R. DICKMANN, *L'atto politico questo sconosciuto*, cit., 4.

⁶⁰⁶ In questi termini v. *ex multis* P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, cit., 224; E. CHELI, *Atto politico*, cit., 186 sgg.; M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 53 sgg., nonché, tra i contributi più recenti, A. MITROTTI, *L'atto politico*, cit., 7; A. LOLLO, *Atto politico e Costituzione*, cit., 37, 77.

⁶⁰⁷ *Ivi.*, 130.

considerati tali gli atti deputati a garantire la sicurezza interna o esterna dello Stato o la pubblica incolumità, gli atti *extra iuris ordinem* (decreti-legge, leggi delegate, decreti di stato d'assedio o di emergenza) destinati a tutelare l'azione degli organi statali e tutti i provvedimenti formalmente amministrativi aventi carattere politico in virtù della causa loro impressa dall'organo che li ha adottati⁶⁰⁸.

In tale quadro storico e normativo ricorre il maggior numero di ipotesi in cui la giurisprudenza amministrativa ha dato concreta applicazione all'allora art. 31 T.U. Cons. Stato, riconoscendo l'insindacabilità degli atti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico. Al di là delle ideologie dominanti nei contesti liberale e fascista, detta circostanza è stata spiegata facendo leva sulla natura flessibile dello Statuto Albertino e sulla conseguente assenza di un giudice posto a presidiarlo⁶⁰⁹. Ration per cui la tassonomia degli atti di governo sottratti a qualsivoglia forma di controllo giurisdizionale abbracciava essenzialmente quei settori che, per tradizione dottrinale, da sempre appartenevano al diritto costituzionale latamente inteso e, sin dalle intenzioni del legislatore estensore della legge istitutiva della Quarta Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, erano identificati nelle materie di cui all'art. 5 dello Statuto, nonché nelle altre delegate al Governo per legge o comunque spettantigli per tutelare la sicurezza dei cittadini⁶¹⁰.

In epoca anteriore alla Costituzione repubblicana, dunque, gli atti politici, insindacabili innanzi il Giudice amministrativo, sono quegli atti che non si prestano, per loro stessa natura, a esser scrutinati dal punto di vista della pura legalità o, per dir

⁶⁰⁸ Cfr. sentt. Cons. Stato, Sez. IV, 8 maggio 1891, n. 903. Sono, qui, rinvenibili i presupposti della teoria della "causa oggettiva", nella misura in cui all'atto governativo è attribuita natura politica in ragione dell'intrinseca essenza dell'atto: sul punto v. P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, cit., 222.

⁶⁰⁹ Così M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, cit., 99 sgg.

⁶¹⁰ Così P. ZICCHITU, *Una "nuova stagione" per l'atto politico? Alcune riflessioni tra teoria e prassi costituzionale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 11/2018, 15. V. anche *supra*, par. 1.1., nonché cap. II, par. 4.1. In tal modo veniva parimenti esclusa l'ipotesi, temuta dai teorici del "movente politico", che uno stesso atto potesse essere di natura politica o amministrativa a seconda della diversa valutazione effettuata dalla stessa Autorità emanante: v. sul punto nuovamente M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, cit., 99 sgg.

così, della legalità “legale”, dal momento ch’essi hanno a oggetto la tutela di esigenze di rango super primario. Essi, però, in assenza di una costituzione rigida e di un custode della stessa, sfuggono a ogni forma di sindacato giurisdizionale⁶¹¹.

Nel contesto repubblicano, l’interpretazione giurisprudenziale relativa alla norma sull’insindacabilità degli atti politici subisce una svolta in senso restrittivo: sin dall’indomani dell’entrata in vigore della Costituzione, infatti, vi è una drastica diminuzione delle pronunce in cui si fa applicazione dell’art. 31 T.U. Cons. Stato.

Ciò non deve stupire. Anzitutto, con l’introduzione del sindacato di legittimità costituzionale sono sottoposti al sindacato della Corte costituzionale, al pari della legge, anche i decreti-legge e i decreti legislativi, i quali, nella parentesi autoritaria, degli atti politici rappresentavano “la più tipica espressione”⁶¹².

In secondo luogo, la previsione a livello costituzionale del principio dell’inderogabilità dell’azione giurisdizionale avverso tutti gli atti della pubblica Amministrazione di cui all’art. 113 Cost. ha fatto definitivamente tramontare l’idea dell’esistenza di atti che, pur formalmente amministrativi, potessero esser sottratti al sindacato giurisdizionale in virtù della natura politica dichiarata dall’esecutivo (si tratta, come già accennato, della teoria del “movente politico”).

In terzo luogo, il rafforzamento del principio di legalità porta a ritenere illegittimi atti *contra legem* quali le ordinanze di urgente necessità, in epoca prerепubblicana sottratte al sindacato giurisdizionale a causa della propria natura politica⁶¹³.

Malgrado il subentro di un’“atmosfera libertaria”⁶¹⁴, sino alla fine degli anni Ottanta la giurisprudenza sembra ancora oscillare tra la tesi della “causa oggettiva”, che ricomprende gli atti politici all’interno del *genus* di quelli formalmente amministrativi, sottraendoli al sindacato giurisdizionale perché funzionali alla “*conservazione interna dello Stato, alla sua sicurezza esterna con essenziale riferimento alla tutela dei supremi interessi dello Stato stesso nella sua entità,*

⁶¹¹ Così A. LOLLO, *Atto politico e Costituzione*, cit., 136.

⁶¹² *Ivi*, 136.

⁶¹³ Lo rileva F. BLANDO, *Fine dell’atto politico?*, in *Nuove aut.*, 2015, 85.

⁶¹⁴ G. GROTTANELLI DE’ SANTI, *Atto politico e atto di governo*, cit., 3.

*restando ininfluyente il movente, o le circostanze ed il momento di adozione*⁶¹⁵, e quella che, interpretando in maniera costituzionalmente orientata l'art. 31 T.U. Cons. Stato, li riconduce alla categoria degli atti costituzionali (o di governo), posti in essere dallo Stato nell'esercizio della funzione di indirizzo politico del Paese, poiché coinvolgenti *"i supremi interessi dello Stato e delle sue istituzioni fondamentali"*⁶¹⁶. Le ipotesi in cui è accolta l'eccezione di politicità formulata in giudizio, in ogni caso, non sono molte e riguardano esclusivamente le sfere delle relazioni internazionali tra Stati e quella dei rapporti tra organi costituzionali, le quali, presupponendo un'ampio margine di libertà, tutelato essenzialmente tramite forme di controllo di natura politica, sono tendenzialmente precluse al sindacato del giudice comune⁶¹⁷.

Successivamente, a decorrere dagli anni Novanta, va imponendosi un orientamento che, adeguandosi alle teorie "costituzionalistiche", sancisce il superamento della teoria della "causa oggettiva", ritenendo gli atti politici come atti esecutivi della Costituzione o comunque dalla Costituzione tutelati. Nel 1993, infatti, una nota pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, nell'escludere la giurisdizione del giudice amministrativo sulle nomine presidenziali dei senatori a vita disposte in eccedenza rispetto al limite numerico di cui all'art. 59, comma 2, Cost., ha messo a fuoco i limiti della giurisdizione amministrativa, ritenendola sussistente esclusivamente con riferimento all'"atto amministrativo in senso proprio"⁶¹⁸. Secondo le Sezioni Unite, gli atti di nomina presidenziale, poiché posti in essere nell'esercizio di una funzione "tipicamente diversa" da quella amministrativa, non sono soggetti al sindacato del giudice amministrativo e l'unica forma di controllo consentita, relativa alla verifica dei titoli di ammissione, è effettuata direttamente dal Senato nell'esercizio della funzione di autodichia.

⁶¹⁵ Così ad es. sentt. TAR Lazio, Sez. I, 9 luglio 1980, n. 792; 23 marzo 1983, n. 265.

⁶¹⁶ Così ad es. sent. Cons. Stato, Sez. IV, 17 gennaio 1986, n. 30.

⁶¹⁷ In questo senso L. BUSCEMA, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014, 10 sg.; G. PEPE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento*, in *Federalismi.it*, n. 22/2017, 4.

⁶¹⁸ Si tratta della sent. Cass. civ. Sez. Un., 25 giugno 1993, n. 7075.

L'importanza della pronuncia delle Sezioni Unite è data dal fatto ch'essa, da un lato, delimita l'ambito applicativo del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 113 Cost. riferendola ai soli "atti amministrativi in senso proprio"; d'altro lato, riconosce nell'esercizio di funzioni "diverse" da quella amministrativa il confine della giurisdizione, così ammettendo la distinzione, già ipotizzata in dottrina, tra atti amministrativi, sindacabili innanzi il giudice comune, e atti costituzionali politici, estranei alla categoria degli atti amministrativi ed eventualmente sindacabili innanzi il giudice costituzionale nei limiti in cui ciò sia consentito dal sistema di giustizia costituzionale⁶¹⁹.

In base a tale precedente, la nozione di atto politico consolidata nella giurisprudenza successiva è quella di una categoria estranea all'esercizio della funzione propriamente amministrativa e invece riconducibile al *genus* degli atti costituzionali⁶²⁰, sulla base di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 31 T.U. Cons. Stato. Ritenere che il riferimento agli atti politici del Governo riguardi esclusivamente gli atti rispetto ai quali il giudice amministrativo è sprovvisto di giurisdizione, infatti, è l'unica maniera possibile per evitare le censure di costituzionalità alle quali altrimenti il citato art. 31 si esporrebbe, in virtù del divieto di esclusione e di limitazione del sindacato giurisdizionale per determinate categorie di atti della pubblica Amministrazione di cui all'art. 113, comma 2, Cost.

Tale orientamento, come detto, ha avuto il pregio di affermare l'irriducibilità degli atti politici alla categoria degli atti amministrativi, ma l'enucleazione di criteri di riconoscimento dei primi per distinguerli dai secondi risale alla giurisprudenza successiva. Uno, di carattere soggettivo, consiste nel provenire l'atto dal Governo, ossia dall'organo cui spetta la funzione di indirizzo politico e di direzione politica dello Stato; l'altro, oggettivo, consistente nel fatto che l'atto è emanato nell'esercizio di potere politico anziché nell'espletamento di un'azione amministrativa⁶²¹ e, in

⁶¹⁹ V. anche *supra*, parr. 3. sgg.

⁶²⁰ Così ad es. sentt. Cons. Stato, Sez. V, 6 ottobre 2009, n. 6094; Sez. IV, 29 febbraio 1996, n. 217.

⁶²¹ In tal senso, nella giurisprudenza amministrativa, per limitarsi alle pronunce più recenti, v. sent. TAR Lazio, Sez. III, 7 gennaio 2019, n. 176; sentt. Cons. Stato, Sez. VI, 11 giugno 2018, n. 3550; Sez. IV,

particolare, nel fatto che l'atto politico è espressione della “*libertà politica commessa dalla Costituzione ai supremi organi decisionali dello Stato per la soddisfazione di esigenze unitarie ed indivisibili a questo inerenti e sono liberi nella scelta dei fini*”, laddove gli atti amministrativi, “*anche quando sono espressione di ampia discrezionalità, sono comunque legati ai fini posti dalla legge*”⁶²².

I criteri ora illustrati, pur consentendo di distinguere la categoria degli atti politici da quelli amministrativi, non permettono però ancora di giustificare l'esenzione da qualsiasi sindacato di legittimità. Il possesso del duplice requisito, soggettivo e oggettivo, non esonera infatti gli atti emanati dagli organi politici dal rispetto del principio di legalità costituzionale, atteso che l'insindacabilità è riconducibile, più che all'emanazione da parte di un organo di vertice – che accomuna, come si vedrà, gli atti politici a quelli c.d. di “alta amministrazione” – al margine di libertà nella scelta dei fini accordato dalla Costituzione all'organo in questione. Così ragionando, però, il problema da processuale diviene sostanziale, perché attiene all'esistenza di uno *spatium deliberandi* a favore del potere politico e, se appare definito, in negativo, sul piano della giustizia amministrativa, resta ancora da risolvere, in positivo, su quello del diritto costituzionale⁶²³.

5.1.- La progressiva definizione per sottrazione: gli atti di “alta amministrazione”

A partire dagli anni Novanta e sino alla fine del primo decennio degli anni Duemila si assiste, negli arresti giurisprudenziali, all'emersione della categoria degli atti di “alta amministrazione”.

A differenza della dottrina, la giurisprudenza non si sofferma particolarmente sulla ricostruzione dell'identità dell'atto politico, ma lo definisce “per sottrazione”, avendo

29 febbraio 2016, n. 808; Sez. IV, 8 luglio 2013, n. 3609; Sez. IV, 3 gennaio 2013, n. 92; Sez. IV, 4 maggio 2012, n. 2588.

⁶²² Così sentt. Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 2007, n. 209; Sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502.

⁶²³ Così efficacemente A. LOLLO, *Atto politico e Costituzione*, cit., 141 sgg.

interesse a delimitare in negativo l'ambito della propria giurisdizione ed enumerando, caso per caso, gli atti che non rientrano tra quelli insindacabili, pur nel rispetto del principio costituzionale della sindacabilità di tutti gli atti della pubblica Amministrazione. L'occasione, come più volte sottolineato, è rappresentata dalla necessità di rispondere alle infrequenti eccezioni di inammissibilità sollevate in giudizio dalle Amministrazioni resistenti sulla base, prima, dell'art. 31 T.U. Cons. Stato e, poi, dell'art. 7, comma 1, cod. proc. amm.⁶²⁴, secondo un approccio che è stato definito "casistico-enumerativo"⁶²⁵.

Per diversi aspetti, le due categorie risultano affini: tanto gli atti politici, quanto quelli di "alta amministrazione", infatti, sono adottati da organi di vertice e connotati da un ampio margine di discrezionalità. A differenza degli atti politici, tuttavia, gli atti di alta amministrazione si prestano a esser sindacati innanzi il giudice amministrativo. Ovviamente, lo scrutinio del giudice sugli atti di "alta amministrazione" è assai meno penetrante rispetto a quello riservato ai normali atti amministrativi: esso, infatti, è limitato alla rilevazione di manifeste illogicità formali e procedurali, simmetricamente all'amplessissima discrezionalità che connota detta attività. Ciononostante, da più parti è stata registrata la tendenza del giudice comune a respingere pressoché costantemente le eccezioni di politicità, per l'effetto rafforzando le garanzie di tutela del singolo nei confronti degli atti autoritativi dei pubblici poteri, in sintonia con i principi dello Stato di diritto. Si è venuto così ricostruendo uno "schema piramidale", che vede al vertice gli atti espressione dell'indirizzo politico, alla base gli atti di ordinaria amministrazione e, in posizione intermedia, quale elemento di raccordo tra gli uni e gli altri, gli atti di "alta amministrazione"⁶²⁶.

⁶²⁴ In tal senso v. V. CERULLI IRELLI, *Costituzione, politica, amministrazione*, cit., 41, il quale ricollega la nascita della categoria "al fine di escludere [...] il carattere di atto «politico» e quindi insindacabile, di determinati atti, a fronte dell'eccezione, diciamo così, della «politicità»"; A. MITROTTI, *L'atto politico*, cit., 7.

⁶²⁵ P. ZICCHITTU, *Una "nuova stagione" per l'atto politico?*, cit., 35.

⁶²⁶ È, questa, la ricostruzione di M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, cit., 95 sg., e ripresa, da ultimo, da A. LOLLO, *Atto politico e Costituzione*, cit., 145 sg., ma in realtà già prefigurata da E. CHELI, *Atto politico*, cit., 160, nella parte in cui individua proprio nell'attività di alta amministrazione "la saldatura tra indirizzo politico e ordinaria

Come si vedrà a breve, la portata delle singole decisioni del giudice amministrativo che hanno di volta in volta ricondotto singole fattispecie all'area degli atti di alta amministrazione ha comportato, ovviamente, una considerevole riduzione dell'ambito dell'insindacabilità. Per completezza di analisi, tuttavia, va considerato che anche nella letteratura scientifica si è registrata un'espansione della categoria concettuale degli atti di "alta amministrazione". Per certa dottrina (invero più risalente) l'attività di alta amministrazione era riconducibile unicamente alla funzione di indirizzo propria del Governo e degli organi politici, in particolare laddove, a differenza degli atti politici, era prevista la partecipazione, anche mediante procedimenti informali, dei soggetti sociali portatori degli interessi coinvolti nella decisione: partecipazione che avrebbe condotto "all'emanazione di un provvedimento di indirizzo amministrativo"⁶²⁷. In quest'ottica, tutti i casi ascritti alle attività di alta amministrazione nell'esperienza repubblicana sarebbero manifestazioni dell'attività di indirizzo degli organi del Governo e di quelli delle Regioni.

Nella letteratura più recente, alcuni tendono invece ad assumere un concetto più ampio di "alta amministrazione", ricomprendendovi sia l'attività di indirizzo

attività amministrativa". Questi, pur definendo l'attività di alta amministrazione quale "*attività amministrativa immediatamente esecutiva dell'indirizzo politico*", ritiene che si tratti di una "forma di azione amministrativa caratterizzata da un livello altissimo di discrezionalità, ma pur sempre distinta dall'indirizzo politico che è chiamata ad attuare in primo grado". Conseguentemente, "il potere connesso all'esercizio delle competenze di «alta amministrazione» [...] al pari di quello relativo all'esercizio delle ordinarie competenze amministrative, oltre a svolgersi entro i limiti delle leggi ordinarie e costituzionali, si mostra costantemente vincolato a fini posti nelle leggi ordinarie e costituzionali" (corsivo nell'originale). Sul punto v. anche prec. C. LAVAGNA, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici*, cit., 65 sgg., a tenor del quale l'attività di amministrazione va ricondotta all'attività "di governo", ma distinta dall'attività *de plano* "politica".

⁶²⁷ Così G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, cit., 315 sg., a tenor del quale "le fattispecie procedurali costituenti attività di alta amministrazione [possono] essere ricostruite solamente attribuendo parità di rilevanza giuridica non soltanto a quegli interventi di figure soggettive che siano imposti dal legislatore ma anche a *quegli altri interventi i quali, affermatisi nella prassi, si rivelino in qualche modo determinanti ai fini della formulazione del dispositivo del provvedimento*" (corsivo nostro). Di conseguenza, "una ricerca nel senso indicato è suscettibile di produrre i suoi effetti soltanto qualora venga presa in considerazione, accanto alle indicazioni fornite dal dettato normativo, un'ampia gamma di *altri elementi (per la verità di assai più difficile rilevazione) scaturenti dal terreno effettuale*" (corsivo nostro).

amministrativo⁶²⁸, sia atti di vera e propria amministrazione “puntuale” i quali, pur emanati da autorità politiche, non sono ascrivibili alla categoria degli atti politici⁶²⁹. L’ampia discrezionalità, in particolare, non sarebbe di per sé sufficiente a differenziare gli atti di “alta amministrazione” dalle altre categorie di atti amministrativi, poiché il contenuto discrezionale degli atti della funzione amministrativa sarebbe più o meno ampio a seconda delle disposizioni di legge che disciplinano il relativo potere e varierebbero da caso a caso, a prescindere dall’imputazione soggettiva del potere medesimo; viceversa, il carattere distintivo di questi atti sarebbe la loro imputazione all’autorità politica. Si tratterebbe, dunque, di atti di amministrazione puntuale, ma adottati dagli organi politici di vertice, anziché, come imporrebbe il principio della “distinzione strutturale”, dagli organi appartenenti alla dirigenza⁶³⁰.

5.1.1.- (segue) Le singole fattispecie

Se si volge lo sguardo nuovamente alla giurisprudenza, ci si avvede che molti sono i casi in cui la giurisprudenza ha riconosciuto all’atto o agli atti impugnati il carattere di atto di “alta amministrazione”, conseguentemente affermandone la sindacabilità in sede giurisdizionale.

A titolo esemplificativo e non esaustivo, si possono menzionare le seguenti manifestazioni di “alta amministrazione”⁶³¹.

⁶²⁸ V. anche A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 16 sgg., 259, per il quale gli atti di alta amministrazione, pur non rientrando nell’attività “politica”, “rappresentano il primo grado dell’attuazione dell’indirizzo politico nel campo amministrativo”.

⁶²⁹ M. NIGRO - E. CARDI, *L’azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in AA.VV., *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna, Il Mulino, 1984, 709.

⁶³⁰ V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti “politici” e atti “di alta amministrazione”*, cit., 123.

⁶³¹ Sul punto, oltre alla già nutrita elencazione di E. CHELI, *Atto politico*, cit., 161 sgg., v. anche, più di recente, quelle proposte da V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti “politici” e atti “di alta amministrazione”*, cit., 123 sgg., e da M.P. GENESIN, *L’attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, cit., 181 sgg. (quest’ultima Autrice ne propone peraltro una ripartizione in base all’organo emanante).

i) Il decreto di cui all'art. 13 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, con il quale il Ministro dell'Interno, dandone “*notizia al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministero degli affari esteri*”, dispone “*per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato*” l'espulsione dello straniero “*anche non residente nel territorio dello Stato*”⁶³².

ii) Il decreto con il quale il Ministro della Giustizia concede l'extradizione, ai sensi dell'art. 708 cod. proc. pen., “*entro quarantacinque giorni dalla ricezione del verbale che dà atto del consenso all'extradizione, ovvero della notizia della scadenza del termine per l'impugnazione o dal deposito della sentenza della Corte di cassazione*”⁶³³.

iii) Il decreto del Presidente della Repubblica di scioglimento dei Consigli comunali e provinciali (art. 143 del d.lgs. n. 267 del 2000) per “*collegamenti diretti o indiretti degli amministratori con la criminalità organizzata*”⁶³⁴.

⁶³² Cfr. sent. Cons. Stato, Sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 88. Secondo il giudice amministrativo, il decreto di espulsione costituisce “*espressione di esercizio di alta discrezionalità amministrativa*”, cui “*fa riscontro la limitata sindacabilità dello stesso in sede di giurisdizione di legittimità, sindacabilità che deve ritenersi ristretta al vaglio estrinseco in ordine alla mancanza di una motivazione adeguata o alla sussistenza di eventuali profili di travisamento, illogicità o arbitrarietà*”.

⁶³³ Cfr. sent. Cons. Stato, Sez. IV, sent. 3 luglio 2014, n. 3345, a tenor della quale “*il provvedimento con il quale il Ministro della Giustizia, all'esito dello speciale procedimento previsto dal codice di procedura penale, concede l'extradizione è un provvedimento di alta amministrazione, come tale caratterizzato da ampia discrezionalità, ma non sottratto al sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute dall'autorità politico-amministrativa in ordine alla concessione «in concreto» dell'extradizione, per la quale l'autorità giudiziaria ha già valutato la sussistenza dei relativi presupposti*”; v. anche, in termini, Cons. Stato, Sez. IV, 18 marzo 2013, n. 1576.

⁶³⁴ Cfr. sent. Cons. Stato, Sez. III, 24 aprile 2015, n. 2054, a tenor della quale “*il D.P.R. con il quale è disposto lo scioglimento, e la relazione ministeriale di accompagnamento, costituiscono [...] atti di alta amministrazione, perché determinano la prevalenza delle azioni di contrasto alle mafie rispetto alla conservazione degli esiti delle consultazioni elettorali*” e ove si è anche affermato, con riferimento all'ampiezza dei poteri di cui dispone il giudice amministrativo nell'esame delle impugnazioni dei provvedimenti di scioglimento, che, “*considerata la natura del procedimento dissolutorio, può essere esercitato un sindacato di legittimità di tipo estrinseco, senza possibilità di valutazioni che, al di fuori della repressione del travisamento dei fatti, si muovano sul piano del merito*”; v. anche, in termini, sent. Cons. Stato, Sez. III, 28 maggio 2013, n. 2895; Sez. III, 6 marzo 2012, n. 1266.

Sul punto occorre poi ricordare la sent. Corte cost. n. 103 del 1993, nella quale la Corte, sia pur incidentalmente, ha affermato che i provvedimenti di scioglimento dei Consigli comunali non rientrano nella categoria degli atti politici, non presentandone i requisiti, giacché “*da un lato la salvaguardia delle amministrazioni locali dalle ingerenze della criminalità organizzata risponde ad un interesse specifico e delimitato dello Stato, per quanto pressante e necessaria sia l'esigenza dell'intervento, e, d'altro lato,*

iv) Il decreto con cui il Presidente del Consiglio dei Ministri, previa delibera del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente, nomina gli organi di vertice degli enti pubblici di ricerca, ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. 5 giugno 1998, n. 204⁶³⁵.

v) Il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato su proposta del Ministro competente, per il conferimento di incarichi di funzioni dirigenziali di livello generale, ai sensi dell'art. 19, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001, e il decreto del Presidente della Repubblica, adottato “*previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente*”, per il conferimento degli incarichi di Segretario generale di ministeri e di quelli “*di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente*”, ai sensi dell'art. 19, comma 3, d.lgs. n. 165 del 2001)⁶³⁶.

vi) Il provvedimento di revoca di un membro del Consiglio di Amministrazione della Rai – Radiotelevisione Italiana S.p.A. (*hinc inde*: anche Rai), segnatamente il

una volta che la norma abbia previsto i presupposti ed i contenuti del provvedimento, le valutazioni di ordine politico devono intendersi esaurite nella sede legislativa, restando al potere esecutivo il compito, che è proprio della sfera di azione della potestà amministrativa, di rendere operante il dettato della fonte primaria”.

⁶³⁵ Soprattutto in tema di revoca e nomina di commissari straordinari di detti enti v. sent. TAR Lazio, Sez. II, 8 aprile 2003, n. 3276, secondo la quale tali provvedimenti rientrano nella categoria degli atti di alta amministrazione e “*costituiscono il primo grado di attuazione dell’indirizzo politico del Governo in campo amministrativo*”.

In particolare, “*Gli incarichi conferiti ai supremi organi di direzione della pubblica amministrazione, pure assolvendo a una funzione del tutto peculiare (in quanto segnano il raccordo tra la funzione di governo e la funzione amministrativa) pur sempre ineriscono all’attività amministrativa dell’esecutivo e sono soggetti al regime giuridico proprio degli atti amministrativi. Essi scaturiscono da un normale procedimento amministrativo, sia pure estremamente semplificato in considerazione dell’ampia discrezionalità che dà carattere al provvedimento che lo conclude*”. Ne consegue che detti atti sono “*sottoposti al sindacato del giudice amministrativo non diversamente da tutti gli atti amministrativi che coinvolgono posizioni di interesse legittimo (art. 113 Cost.) e, diversamente dagli atti politici, non sono liberi nella scelta dei fini, ma sono legati, pure nell’ampia discrezionalità che caratterizza l’alta amministrazione, ai fini segnati dall’ordinamento giuridico*”.

⁶³⁶ Su cui v. anche *supra*, cap. III, parr. 2. sgg.

decreto del Direttore Generale del Dipartimento del Ministero del Tesoro, attuativo della direttiva del Ministero dell'Economia e delle finanze⁶³⁷.

vii) Il decreto presidenziale di nomina dell'Avvocato Generale dello Stato⁶³⁸.

viii) Il decreto presidenziale di rimozione dalla carica di Comandante generale della Guardia di Finanza⁶³⁹.

⁶³⁷ Cfr. sent. TAR Lazio, Sez. III, 16 novembre 2007, n. 11271. Si tratta del noto caso Petroni, nel quale il giudice amministrativo ha tentato di ricostruire il quadro della situazione relativa al rapporto tra atti politici e atti di alta amministrazione, affermando che:

- *“l'atto politico [...] è [...] connotato da due elementi, uno soggettivo (dovendo provenire da organo preposto 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”;*

- l'art. 31 T.U. Cons. Stato va interpretato nel senso che deve trattarsi *“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, e «nell'esercizio di potere per sua natura politico», anziché nell'esercizio di attività meramente amministrativa”;*

- *“Non sono quindi, per i loro caratteri intrinseci, soggetti a controllo giurisdizionale solo un numero ristretto di atti con cui si realizzano scelte di specifico rilievo costituzionale e politico; atti che non sarebbe corretto qualificare come amministrativi e in ordine ai quali l'intervento del giudice determinerebbe una interferenza del potere giudiziario nell'ambito di altri poteri”;*

- in conclusione, i giudici del TAR ritengono che la revoca del prof. Petroni sia un atto amministrativo sindacabile, atteso che *“lo scopo perseguito dal Ministro è indubbiamente politico (sostituire la maggioranza costituita dal precedente Governo con altra gradita dal nuovo Governo), ma lo strumento che con palese sviamento di potere ha utilizzato a tal fine è di chiara natura amministrativa”* e lo stesso ha *“al più natura di alta amministrazione”*.

⁶³⁸ Cfr. sent. Cons. Stato, Sez. IV, 14 aprile 1981, n. 340, sulla nomina ad Avvocato Generale dello Stato e, più di recente, sent. Cons. Stato, Sez. IV, 22 marzo 2005, n. 1198, sulla nomina a Vice Avvocato Generale dello Stato.

⁶³⁹ Cfr. sent. TAR Lazio, Sez. II, 15 dicembre 2007, n. 13361, relativa al noto caso della revoca dall'incarico del Comandante generale della Guardia di Finanza del Generale Roberto Speciale.

Ivi si è affermato che *“non sono [...], per i loro caratteri intrinseci, soggetti a controllo giurisdizionale solo gli atti con cui si realizzano scelte di specifico rilievo costituzionale e politico, ossia quelli che non si possono qualificare o non sono identificabili come amministrativi e in ordine ai quali l'intervento di questo giudice determinerebbe una interferenza del potere giudiziario nell'ambito di altri poteri”*. Viceversa, *“gli atti preordinati alla provvista di personale dello Stato ai massimi livelli sono atti d'alta amministrazione e non d'indirizzo politico e, come tali, soggiacciono comunque al sindacato giurisdizionale, secondo le regole proprie del giudizio di legittimità”* e i relativi parametri di legittimità sono riscontrabili negli artt. 97 e 113 Cost., oltre che nella disciplina di fonte primaria di cui alla l. n. 241 del 1990.

Sul punto, il TAR Lazio, richiamato il precedente giurisprudenziale relativo al conferimento dell'ufficio di Primo Presidente della Corte di cassazione (sent. Cons. Stato, Sez. IV, 10 luglio 2007 n. 3893), *“prima carica giudiziaria della Repubblica (e, agli occhi del Collegio, certo d'importanza non inferiore alla*

ix) Il decreto con cui il Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri e su proposta motivata del Ministro degli Affari esteri, conferisce le nomine al grado di Ministro plenipotenziario, giusta l'art. 109, comma 2, del d.P.R. 5 gennaio 1967, n. 18⁶⁴⁰.

x) La determinazione finale della conferenza di servizi di cui all'art. 14-*quater*, comma 3, della l. n. 241 del 1990, nella versione anteriore alla novella di cui alla l. 11 febbraio 2005, n. 15, assunta dal Consiglio dei Ministri in caso di "*motivato dissenso*" tra Amministrazioni statali "*espresso da un'amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio artistico o alla tutela della salute*"⁶⁴¹.

nomina del Comandante della GDF)", ha ribadito che, nonostante detta nomina "*abbia natura giuridica d'atto d'alta amministrazione, non per ciò solo è sottratta al sindacato giurisdizionale di legittimità e, più in generale, alla garanzia di tutela prevista nei confronti di tutti gli atti della p.a. ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost.*". Un tanto, perché "*per quanto la p.a., soprattutto in occasione della nomina di così alte cariche pubbliche, eserciti un elevatissimo potere discrezionale – che non s'esaurisce nel mero riscontro dei requisiti prescritti dalla legge in capo ai candidati, ma implica articolate, delicate e talvolta addirittura sfumate valutazioni sulla stessa personalità di costoro – ciò limita e attenua, ma non esclude il sindacato giurisdizionale sull'esercizio di siffatta discrezionalità, specie con riferimento al riscontro dell'esistenza dei presupposti, alla congruità della motivazione ed alla sussistenza del nesso logico di consequenzialità fra presupposti e conclusione*".

⁶⁴⁰ Cfr. sent. Cons. Stato, Sez. IV, 10 novembre 2003, n. 7137, secondo la quale le nomine dei funzionari diplomatici ai gradi più elevati della carriera sono connotate da "*un alto tasso di discrezionalità*" per cui "*le sole censure che possono avere ingresso in sede giurisdizionale sono quelle che attengano alla manifesta irragionevolezza delle proposte di nomina o alla irragionevole sottovalutazione delle qualità degli aspiranti*". Dal punto di vista dello scrutinio del giudice amministrativo, infatti, "*L'esistenza di un potere discrezionale particolarmente intenso sposta l'equilibrio del sindacato giurisdizionale dal lato dell'amministrazione anziché dal lato del ricorrente*" e "*l'alto tasso di discrezionalità, in sostanza, è sinonimo di un allargamento della sfera del merito insindacabile e di una restrizione dell'ambito di quelle regole di procedura alla cui osservanza l'Amministrazione è invariabilmente tenuta*"; "*nei giudizi dell'Amministrazione le considerazioni di stretta opportunità sono molto vicine a quelle che ineriscono alla ponderazione dei singoli elementi indicati dal legislatore; e ciò accade proprio in funzione dei peculiari interessi in gioco e delle responsabilità che ne discendono a vario livello*".

⁶⁴¹ Cfr. par. Cons. Stato, Sez. II, 6 febbraio 2002, affare n. 2457/2001, ove il Consiglio di Stato, nell'esaminare i poteri degli organi periferici del Ministero per i Beni e le Attività culturali nell'ambito della conferenza di servizi nelle quali viene coinvolto anche l'interesse pubblico alla tutela paesistico-ambientale, ha affermato che "*in caso di dissenso, la determinazione finale e conclusiva, a componimento dei contrastanti interessi in gioco, non importa se adesiva o meno al dissenso manifestato, viene assunta dal Consiglio dei Ministri, in sede di alta amministrazione*".

xi) La determinazione del Ministro delle Comunicazioni ostativa all'autorizzazione alla cessione, da parte della Rai, di azioni di una società controllata⁶⁴².

xii) Le deliberazioni del Governo in ordine alla registrazione con riserva di atti amministrativi ai quali la Corte dei conti ha negato il visto⁶⁴³.

⁶⁴² Cfr. sent. TAR Lazio, Sez. II, 12 marzo 2002, n. 1897, secondo la quale “*il provvedimento di diniego di autorizzazione alla cessione dalla Rai di parte delle azioni Raiway non è permeato di un così totale rilievo e significato politico da giustificare la sua sottrazione alla tutela giurisdizionale garantita dall'art. 113 Cost. per le situazioni soggettive lese dai provvedimenti delle autorità amministrative*” e “*anche se connotato da amplissima discrezionalità, l'atto di alta amministrazione è pur sempre un vero e proprio atto amministrativo e come tale sicuramente sindacabile in sede giurisdizionale: sicché, per tale via, l'asserita caratterizzazione giuridica del provvedimento ministeriale non potrebbe essere valorizzata per affermarne la sua non impugnabilità*”.

⁶⁴³ In giurisprudenza è stato riconosciuto il carattere di atto di alta amministrazione della delibera del Consiglio dei Ministri che ha negato la registrazione con riserva, delibera sollecitata dall'interessato a fronte del diniego del visto da parte della Corte dei conti di un atto per lui vantaggioso: cfr. sent. TAR Emilia-Romagna, Sede di Parma, 7 marzo 2007, n. 65, ove è presente anche una corretta puntualizzazione dei caratteri della categoria degli atti di alta amministrazione e del sindacato del giudice amministrativo in ordine agli stessi (limitato “*ai casi in cui l'atto impugnato abbia contenuto manifestamente illogico o in cui lo stesso sia diretta conseguenza di palese travisamento di fatti*”). In letteratura cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 283, il quale afferma che, qualora il Consiglio dei Ministri chieda la pronuncia della Corte dei conti a Sezioni riunite per superare la negazione del visto da parte della Sezione di controllo e le Sezioni riunite, persistendo nel convincimento della illegittimità del provvedimento, appongono il visto “con riserva”, il Governo consegue sì l'obiettivo di poter dare esecuzione al provvedimento, ma “assume la responsabilità, sul piano politico, verso il Parlamento, di tale esecuzione, effettuata nonostante il consenso dell'organo di controllo di legittimità”. Assunzione che, in ogni caso, “come non può fare venir meno (qualora effettivamente esista) la illegittimità del provvedimento [...], così non basta a fare escludere [...] la responsabilità civile dell'Amministrazione, e neanche quella civile, amministrativa e penale dei titolari dell'organo cui sia da far risalire l'ordine di esecuzione”. Tale conseguenza discende, per l'Autore, direttamente dai principi di eguaglianza e di legalità, dalla regola della responsabilità dell'Amministrazione e dei funzionari per i fatti lesivi di diritti e dal principio per cui, “neanche per ragioni politiche, sono ammessi nel vigente ordinamento costituzionale atti *extra ordinem* – onde non possono darsi categorie di «atti politici» fuori di quelli previsti dalla Costituzione”. Ragion per cui l'Autore ritiene che “l'istituto della registrazione con riserva sia venuto a svuotarsi del valore originario, che possedeva allorché serviva a legittimare il Governo a porre in essere – per «ragione politica» - ogni sorta di provvedimenti arbitrari”. Perplesità, invece, avanza V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti “politici” e atti “di alta amministrazione”*, cit., 128.

xiii) I decreti di annullamento straordinario di atti governativi illegittimi di cui all'art. 2, comma 3, lett. p), della l. n. 400 del 1988 per gli atti delle Amministrazioni statali e all'art. 138 del d.lgs. n. 267 del 200 per gli atti degli enti locali⁶⁴⁴.

xiv) Le deliberazioni adottate rispettivamente dalla Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi di cui all'art. 4 della l. 14 aprile 1975, n. 103 (*hinc inde*: anche Commissione di vigilanza), e dal Consiglio di Amministrazione della Rai nell'ambito del procedimento *ex art.* 49, comma 5, del d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177, volto a individuare il titolare della presidenza Rai⁶⁴⁵.

⁶⁴⁴ V. sul punto sentt. TAR Lazio, sez. I-bis, 11 marzo 1997, n. 454, ove si è affermato ch'essi sono espressione di *“un potere di alta amministrazione, che trova applicazione in situazioni di carattere straordinario, nelle quali si ravvisa l'esigenza di una rimozione di atti illegittimi per prevalenti ragioni di interesse nazionale”*; Cons. Stato, sez. I, 30 giugno 1999, n. 288, secondo cui *“il provvedimento di annullamento degli atti viziati da incompetenza, eccesso di potere o violazione di leggi o di regolamenti generali o speciali, adottato dal Governo ai sensi dell'art. 6, T.U. 3 marzo 1934, n. 383, non configura un atto di mero controllo ma esprime un potere di alta amministrazione, inerente al carattere unitario dello Stato, che si colloca in piena armonia nel sistema concepito dall'art. 5 Cost., nel quale il decentramento organico e istituzionale è ordinato in modo da non contrastare col detto carattere unitario”*.

⁶⁴⁵ Si tratta della nomina del Presidente Foa, portata all'attenzione del TAR del Lazio dalla Dott.ssa Rita Borioni, membro del Consiglio di Amministrazione della Rai.

Con sent. Sez. III, 4 gennaio 2020, n. 54, il TAR ha rigettato il ricorso, dichiarando infondate le censure proposte avverso le impugnate delibere della Commissione di vigilanza e del Consiglio di Amministrazione della Rai.

Va dato conto che sia la Rai, sia la Commissione di vigilanza e le altre Amministrazioni statali resistenti avevano anzitutto eccepito l'inammissibilità del ricorso avverso dette delibere per difetto assoluto di giurisdizione. Il Giudice amministrativo ha disatteso l'eccezione, ricordando, anzitutto, che:

- *“è possibile distinguere gli atti politici da quelli, cosiddetti di «alta amministrazione», i primi soltanto sottratti alla cognizione del giudice amministrativo, per ragioni di ordine sia soggettivo (in quanto emessi da organi, preposti alla guida dello Stato), sia oggettivo (in quanto concernenti le più alte linee di indirizzo per il coordinamento e la gestione della cosa pubblica, con libera scelta anche dei fini perseguiti)”*;

- gli atti di alta amministrazione *“si pongono in una posizione di raccordo fra l'attività politica e quella amministrativa, sempre tuttavia restando attinenti alla cura concreta di interessi della collettività”* e, *“benché caratterizzati da una discrezionalità particolarmente ampia, [...] non sono quindi liberi nei fini: tali atti possono intervenire – quando previsto dalla legge – per nomine di particolare rilevanza, o per superare situazioni di stallo fra amministrazioni pubbliche, come nel caso di cui all'art. 14-quater, comma 3, della legge n. 241 del 1990”*.

Ciò premesso, ha ritenuto il TAR che *“per sua obbiettiva collocazione ordinamentale la RAI S.p.A., pur certamente chiamata, nella gestione del servizio pubblico radiotelevisivo e nella cura dell'interesse pubblico sotteso a tale essenziale servizio, al rispetto dei basilari principi dell'azione amministrativa*

I casi ora esaminati, come si è visto, sono stati ricondotti dalla prassi giurisprudenziale alla categoria degli atti di “alta amministrazione”: atti amministrativi, dunque, sottoposti al relativo regime (salvo quanto si dirà *infra*, al par. 5., in merito alle peculiarità del sindacato giurisdizionale cui essi sono sottoposti), ma ascritti dalla legge a organi politici⁶⁴⁶. Nella maggior parte di essi (si veda per tutti

sopra menzionati, non è però deputata allo svolgimento di funzioni (addirittura) politiche nei termini sopra menzionati”, non potendo alla concessionaria riferirsi “né in generale, né con riguardo al particolare potere di nomina del Presidente in seno al C.d.A., alcuna attività di natura propriamente politica nella quale (secondo consolidati indirizzi costituzionali) si esprime la direzione suprema della cosa pubblica e l’attività di coordinamento e controllo delle singole manifestazioni in cui la direzione stessa si esprime nel rispetto degli interessi del regime politico canonizzati nella Costituzione”; attività, quest’ultima, che “non attuazione dell’ordinamento ma è espressione di una funzione diversa, libera nei fini e per tal motivo sottratta al sindacato del giudice amministrativo”.

Il TAR ha anche operato un distinguo (invero puramente ancillare, come si vedrà) quanto allo statuto giuridico dei singoli atti impugnati, affermando che, “*anche se si volesse in ipotesi pervenire a tale conclusione [i.e. alla natura politica dell’atto e alla sua conseguente insindacabilità] con riferimento al parere della competente Commissione parlamentare, in ogni caso non potrebbe affermarsi il difetto di giurisdizione con riguardo alla delibera di nomina assunta dal C.d.A. RAI la quale certamente va qualificata come atto «di alta amministrazione» e non va ad integrare alcuna funzione di indirizzo politico”.*

Venendo agli atti gravati, nella nomina del Presidente in seno al Consiglio d’Amministrazione, a detta del TAR, “*si manifesta la scelta, in base al verificato possesso dei requisiti di legge, del soggetto ritenuto più adatto a ricoprire quella carica in vista del rispetto degli obiettivi programmatici posti dalla disciplina di fonte primaria e, pertanto, tale determinazione non è espressione di un’attività libera nei fini ma di una attività di alta amministrazione e, pertanto, soggiace alla disciplina generale degli atti amministrativi”.*

La stessa finalità sarebbe perseguita dal parere che deve essere reso dalla Commissione di vigilanza nel procedimento di nomina, che sarebbe non espressione “*di un’attività discrezionale politica (in quanto tale assolutamente insindacabile) ma, piuttosto, manifestazione di un giudizio avente ad oggetto: i. da un lato, la competenza professionale del soggetto prescelto; ii. dall’altro, la sua idoneità a poter svolgere, sulla base del valore del proprio pregresso percorso professionale e, più ampiamente, biografico, un ruolo di garanzia a tutela del pluralismo e dell’obiettività dell’informazione, quali irrinunciabili presidi di un ordinamento autenticamente democratico”.*

⁶⁴⁶ A detta di alcuni (V. CERULLI IRELLI, *Costituzione, politica, amministrazione*, cit., 42), ciò parrebbe, a prima vista, contrastare con il principio generale di distinzione strutturale tra organi di indirizzo e organi di gestione, già illustrato nelle parti precedenti del presente lavoro, di cui agli artt. 4 e 14 del d.lgs. n. 165 del 2001, e che ha trasferito la competenza a adottare atti amministrativi agli uffici dirigenziali. Chi ha ragionato sul punto, però, ha anche sottolineato che tale principio non trova applicazione “a fronte di disposizioni legislative anteriori, che hanno conservato la loro efficacia”, e di “disposizioni successive, espressamente derogatorie della norma generale” in coerenza con la regola di cui all’art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 165 del 2001, a tenor della quale alle attribuzioni ivi indicate si può derogare “*soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative”.*

l'ultimo, e più recente, menzionato *sub xiv*), relativo alla nomina del Presidente di Rai), la natura di atto di "alta amministrazione" è stata affermata dal giudice per respingere l'eccezione di "politicità" dell'atto, che avrebbe determinato la sua insindacabilità innanzi il Giudice amministrativo e di conseguenza, sul piano processuale, l'inammissibilità del ricorso proposto per il suo annullamento.

5.1.2.- (segue) Un caso particolare di "alta amministrazione": la valutazione di impatto ambientale (VIA)

Fra gli atti di "alta amministrazione" è opportuno dedicare particolare attenzione al provvedimento di valutazione di impatto ambientale (VIA), di competenza di organi politici (segnatamente del Ministro dell'Ambiente ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. n. 152 del 2006) e sul quale - seppur con riferimento a previsioni regionali di contenuto analogo - si è espressa la Corte costituzionale con la sent. n. 81 del 2013⁶⁴⁷.

⁶⁴⁷ Accanto alle considerazioni del Giudice delle leggi, sul tema è opportuno anche richiamare quelle offerte dal giudice amministrativo sulla deliberazione del Consiglio dei Ministri che, ai sensi dell'art. 25 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, è resa sull'adozione di un provvedimento di VIA in caso di inutile decorso del termine per l'adozione del provvedimento da parte del Ministro dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare ovvero per l'espressione del concerto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo. A tal proposito è stato sottolineato (sent. TAR Puglia, Sez. I, 20 giugno 2019, n. 854) che:

- "la deliberazione de qua ha natura di «atto di alta amministrazione» in quanto manifestazione di impulso all'adozione di atti amministrativi, preordinati al perseguimento delle finalità previste dalla legge e il cui fondamento è rinvenibile nell'art. 95 Cost., nella parte in cui attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri, insieme al ruolo di indirizzo politico del Governo, anche la salvaguardia dell'unità di indirizzo amministrativo dello stesso";

- "si tratta, dunque, di una particolare categoria di atti, finalizzati a raccordare la funzione di governo con quella amministrativa, intrinsecamente caratterizzati da un elevatissimo grado di discrezionalità";

- "gli stessi [atti] si pongono in una posizione intermedia tra gli atti con cui il Governo centrale individua i fini da perseguire, ossia gli atti politici in senso stretto, e gli atti con cui in concreto si raggiungono tali fini, ossia gli atti amministrativi «a valle» della decisione politica";

- "il sindacato che il Giudice Amministrativo può svolgere su tale tipo di atti è un sindacato ab extrinsecus, finalizzato a censurare solo macroscopici e conclamati profili di erroneità ed

Nel caso allora scrutinato dalla Corte erano indubbiati di incostituzionalità gli artt. 8 e 48, comma 3, della l. reg. Sardegna 13 novembre 1998, n. 31, che attribuivano alla Giunta regionale la competenza a adottare il provvedimento di VIA sulla base dell'attività istruttoria svolta dai dirigenti regionali. Nel respingere le censure d'illegittimità costituzionale, la Corte ha affermato che la scelta del legislatore regionale *“determina una previsione di competenze tra la Giunta e i dirigenti regionali che non appare irragionevole, anche in considerazione della particolare complessità di VIA”*. In tale peculiare provvedimento, in particolare, *“a verifiche di natura tecnica circa la compatibilità ambientale del progetto, che rientrano nell'attività di gestione in senso stretto e che vengono realizzate nell'ambito della fase istruttoria, possono affiancarsi e intrecciarsi complesse valutazioni che – nel bilanciare fra loro una pluralità di interessi pubblici quali la tutela dell'ambiente, il governo del territorio e lo sviluppo economico – assumono indubbiamente un particolare rilievo politico”*.

Similmente a quanto accade per altri provvedimenti in materia (la Valutazione ambientale strategica – VAS e l'Autorizzazione integrata ambientale – AIA), la legge statale attribuisce la VIA alla competenza degli organi politici; in maniera analoga dispongono le leggi regionali (e, nel caso di specie, la legge della Regione Sardegna). Sul punto, il Giudice delle leggi ha sgombrato ogni dubbio sulla costituzionalità di tale impostazione, con la conseguenza che il provvedimento di VIA, pur involgendo valutazioni rientranti nell'attività di gestione e produttive di effetti nella sfera giuridica di soggetti terzi, resta di competenza degli organi politici quale atto di *“alta amministrazione”*.

Se si confronta il provvedimento di VIA con le fattispecie di atti di *“alta amministrazione”* portate a esempio nel paragrafo precedente (dunque non *“atti politici”*, ma comunque di competenza di organi politici), può notarsi che solo il

irragionevolezza, non ravvisabili ad avviso del Collegio nel caso di specie (cfr. ex multis Cons. Stato, Sez. IV, sent. n. 4062/2017)”.

Con riferimento al sistema delle aree naturali protette e al precedente atto di indirizzo e coordinamento v. le considerazioni di A. SIMONCINI, *La valutazione d'impatto ambientale ed il sistema delle aree naturali protette alla luce dell'atto di indirizzo e coordinamento del 12 aprile 1996*, in *Gazzetta Ambiente*, n. 2/1996, 24 sgg.

provvedimento di VIA evidenzia una forte componente tecnico-gestionale. Negli altri casi, si tratta di atti ascrivibili – per dirla con Sandulli – alla funzione di “suprema direzione della pubblica amministrazione”⁶⁴⁸ e, ovviamente, non eliminabili dal novero delle competenze attribuite agli organi politici nel momento storico in cui l’Amministrazione ispira la propria organizzazione e il proprio funzionamento al principio della distinzione strutturale. Essi attengono al conferimento della titolarità dei rapporti d’ufficio o alla revoca o rimozione dei medesimi (come ad es. nel caso degli uffici dirigenziali dell’Amministrazione o degli uffici di vertice degli enti pubblici) e rientrano, dunque, nelle responsabilità proprie degli organi politici⁶⁴⁹. Distinti da questi ultimi, infine, sono quegli atti – per esempio quelli citati al paragrafo precedente *sub i*) e *ii*) - imputati al Ministro dell’Interno e a quello della Giustizia e che attengono effettivamente a responsabilità proprie del Governo. Il motivo politico, in questo caso, pur traducendosi in ampissima discrezionalità, non è riconosciuto tale da precludere la “politicalità” dell’atto e, dunque, la sua insindacabilità, ma riveste carattere dominante rispetto alle finalità vincolate proprie dell’azione amministrativa⁶⁵⁰.

Ricomprendere il provvedimento di VIA all’interno della categoria degli atti di “alta amministrazione” rende più sfuggente il criterio di individuazione di tale categoria, perché è dato dall’inerenza dell’atto alla “struttura del potere (presupposti, contenuto, oggetto) di una causa o un motivo di carattere politico che ne dilata fortemente la discrezionalità sino ai confini del merito”, con la conseguenza che l’atto sarebbe sindacabile esclusivamente sotto un profilo di manifesta illegittimità (incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere sotto il profilo della mera illogicità)⁶⁵¹. È stato sottolineato sia in dottrina⁶⁵², sia in giurisprudenza⁶⁵³, che si tratta

⁶⁴⁸ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 259.

⁶⁴⁹ Cfr. l’art. 4, comma 1, lett. *e*), del d.lgs. n. 165 del 2001, che fa riferimento alle “*nomine, designazioni, ed atti analoghi ad essi attribuiti da specifiche disposizioni*”.

⁶⁵⁰ Così V. CERULLI IRELLI, *Costituzione, politica, amministrazione*, cit., 44.

⁶⁵¹ V. CERULLI IRELLI, *Costituzione, politica, amministrazione*, cit., 45.

⁶⁵² *Ibidem*.

⁶⁵³ V. ad es. sent. TAR Lazio, Sez. I, 5 settembre 2012, n. 2223.

di una valutazione complessa, da compiersi caso per caso, relativamente alla presenza, nella fattispecie del potere, di una ponderazione di interessi più generali rispetto a quelli tipicamente riservati alla valutazione degli organi amministrativi sulla base di puntuali prescrizioni di legge e secondo le direttive di indirizzo impartite dagli organi politici. In questi casi, si è detto che gli atti di alta amministrazione “sfuggono all’indirizzo politico-amministrativo” e, anzi, si fanno essi stessi puntuale espressione di tale indirizzo⁶⁵⁴. Così ragionando, vi è chi fa rientrare nell’attività di “alta amministrazione” anche quegli atti di amministrazione puntuale nei quali, in considerazione degli interessi coinvolti, l’indirizzo politico si esprime direttamente, ossia in diretta applicazione della legge, senza una precedente mediazione rappresentata dagli atti di indirizzo (individuazione, specificazione di fini, obiettivi, etc.)⁶⁵⁵. Soprattutto in quest’ultima categoria verrebbe in rilievo l’ampiezza della discrezionalità, nella quale troverebbero spazio esigenze di contemperamento, realizzato direttamente dall’atto di alta amministrazione, tra interesse pubblici e privati, collettivi e individuali profondamente in tensione tra loro. Interessi in relazione ai quali la mera ponderazione comparativa in termini di discrezionalità amministrativa, sindacabile anche a mezzo dell’individuazione delle tradizionali figure sintomatiche dell’eccesso di potere, non sarebbe idonea a risolvere il conflitto⁶⁵⁶.

Tali rilievi hanno il pregio di ulteriormente rimarcare che non è la provenienza a rendere sindacabile l’atto di “alta amministrazione”, ma il suo essere soggetto al rispetto di parametri di legittimità che limitano l’esercizio della discrezionalità della pubblica Amministrazione nel contemperamento degli interessi da perseguire. Come è stato affermato, la tendenza del giudice amministrativo a estendere, nelle concrete

⁶⁵⁴ V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti “politici” e atti “di alta amministrazione”*, cit., 132.

⁶⁵⁵ *Ivi.*, 133.

⁶⁵⁶ ID., *Costituzione, politica, amministrazione*, cit., 45, il quale, portando a esempio il provvedimento di VIA, osserva che “tra l’interesse alla tutela dell’ambiente o del paesaggio in una determinata area e la realizzazione nella stessa di uno stabilimento industriale o di un impianto termoelettrico, non c’è mediazione possibile in termini di ragionevolezza secondo lo schema della discrezionalità amministrativa”.

fattispecie, la nozione di atto di “alta amministrazione” a scapito di quella di atto politico è il chiaro sintomo della volontà di potenziare gli strumenti della tutela del singolo innanzi le diverse forme di esercizio del potere autoritativo, se lesive di situazioni giuridiche protette⁶⁵⁷.

5.2.- La sussistenza dell'atto politico.

Sono storicamente poche le fattispecie di atti che la giurisprudenza ha ritenuto “politici” e, dunque, insindacabili⁶⁵⁸. Se si restringe infatti la categoria ai soli atti in cui non sono in rilievo interessi individuali e contingenti, ma supremi e unitari compiti statali, l’ambito di applicazione dell’art. 31 T.U. Cons. Stato (e, poi, dell’art. 7, comma 1, secondo periodo, cod. proc. amm.) resta confinato a un duplice ambito materiale: da un lato, le relazioni tra organi che esercitano attribuzioni di rilievo costituzionale; dall’altro, i rapporti tra Stati nella comunità internazionale. È in questi ambiti che si riscontrano alcuni casi, ancorché numericamente limitati, in cui la giurisprudenza ritiene sussistere la fattispecie di atto politico.

Appartengono al primo ambito, ad esempio: il decreto con cui il Ministro delega l’esercizio di funzioni al sottosegretario di Stato, ove l’oggetto della delega sia costituito dall’attribuzione di compiti istituzionali⁶⁵⁹; l’ordine del giorno di un Comune che non influisce sull’esistenza di precedenti provvedimenti amministrativi⁶⁶⁰; il

⁶⁵⁷ Così G. PEPE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 13.

⁶⁵⁸ Tale circostanza era già registrata, nel 2006, da M.P. GENESIN, *L’attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, cit., 103, la quale peraltro, a sua volta, ricordava l’osservazione di E. GUICCIARDI, *Aboliamo l’art. 31?*, in *Foro amm.*, n. 2/1947, 16 sgg., per cui nel 1947 erano oltre vent’anni che il Consiglio di Stato non riconosceva in un atto impugnato un atto politico.

⁶⁵⁹ Così sent. Cons. Stato, Sez. V, 24 febbraio 1996, n. 224, ma si chiarisce che tale atto è sindacabile per vizi di legittimità, laddove l’oggetto del provvedimento sia rappresentato da un compito specifico, finalizzato all’adozione di un determinato provvedimento.

⁶⁶⁰ Così sent. Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2001, n. 2889.

decreto presidenziale avente a oggetto la denominazione dei collegi uninominali provinciali⁶⁶¹; l'atto del direttore generale del demanio di diniego dell'istanza, proveniente da un Comune debitore, di sospensione della procedura di riscossione coattiva di un credito⁶⁶².

Appartengono invece al secondo ambito: la stipula e la sottoscrizione di convenzioni internazionali in tema di estradizione⁶⁶³; gli atti del Governo con i quali quest'ultimo chiede all'Unione europea l'autorizzazione di aiuti di Stato in vista dell'adozione di provvedimenti nazionali di natura legislativa⁶⁶⁴; l'atto di assenso del Governo italiano alla richiesta di un Governo estero per lo sviluppo di un'area di un aeroporto per l'insediamento di strutture militari⁶⁶⁵; il decreto ministeriale che dispone la sospensione delle autorizzazioni al trasporto internazionale di merci⁶⁶⁶.

⁶⁶¹ Così sent. TAR Bari, Sez. III, 18 maggio 2009, n. 1183, a proposito del decreto presidenziale avente a oggetto la determinazione dei collegi uninominali provinciali. In quel caso, la politicità si desume dal fatto che si tratta di un atto adottato da un organo (il Ministro dell'Interno quale proponente e il Presidente della Repubblica quale emanante) preposto all'indirizzo e alla direzione al massimo livello della cosa pubblica e libero nella scelta dei fini rimessi alla valutazione insindacabile. Significativamente, però, il TAR aggiunge che *“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)”*.

⁶⁶² Così sent. TAR Toscana, Sez. I, 21 aprile 1993, n. 287. In essa si chiarisce che, laddove sia definitivamente accertata e riconosciuta in sede civile l'esistenza di un credito dell'Amministrazione statale, gli organi competenti hanno l'obbligo di procedere alla riscossione, salva la potestà, espressiva di una valutazione di opportunità politica, di concordare con il debitore delle forme agevolate di estinzione del debito. In buona sostanza, non può esser sindacata la scelta *lato sensu* “politica” del creditore pubblico di pretendere immediatamente l'adempimento dell'obbligazione dal debitore ovvero di concedere a questi delle dilazioni.

⁶⁶³ Così sent. Cons. Stato, Sez. IV, 6 aprile 2000, n. 1996, relativa all'atto concernente la stipula e la sottoscrizione di convenzioni internazionali in tema di estradizione. Il giudice, però, precisa che *“se è vero che può ritenersi rientrare nella categoria degli atti di natura politica la stipulazione e la sottoscrizione di convenzioni internazionali in tema di estradizione, altrettanto non può affermarsi del decreto che concede l'extradizione di un determinato imputato o condannato, trattandosi di una determinazione, sia pure latamente discrezionale, ma riferita ad una situazione specifica e circoscritta, tale da non coinvolgere gli interessi superiori e indivisibili dello Stato, ma, al contrario, idonea a ledere in modo diretto e immediato interessi individuali”*.

⁶⁶⁴ Così sent. Cons. Stato, Sez. VI, 22 gennaio 2002, n. 360.

⁶⁶⁵ Così sent. Cons. Stato, Sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3992.

⁶⁶⁶ Così sent. Trib. Roma 10 ottobre 1991.

Alcune pronunce, da ultimo, si spingono sino ad accennare un'elencazione degli atti ricompresi nella categoria, ricomprendendovi, a titolo esemplificativo, *“la legge e gli atti aventi forza di legge; la nomina dei senatori a vita e dei giudici costituzionali; gli atti di concessione di grazia e di commutazione delle pene; le pronunce della Corte costituzionale; l'elezione del presidente della Repubblica, dei giudici costituzionali e dei membri del C. s. m.; la presentazione di disegni di legge; lo scioglimento delle Camere; la promulgazione delle leggi; la nomina dei ministri; la firma dei trattati; le mozioni di fiducia e di sfiducia delle Camere al Governo”*⁶⁶⁷.

A prima vista, la categoria dell'atto politico sembrerebbe occupare tuttora uno spazio significativo nei rapporti giuridici. Nondimeno, a un più attento esame delle pronunce in cui il giudice amministrativo ritiene sussistente l'atto politico, ci si avvede che in realtà il difetto di giurisdizione è dichiarato perché in ciascuna fattispecie non sono configurabili situazioni giuridiche soggettive immediatamente azionabili nei confronti dell'atto *de quo*. A volte è lo stesso giudice a sottolineare detta circostanza e a precisare che l'insindacabilità discende dal fatto che sul piano processuale non si pone un problema di tutela per il cittadino, ma solo di responsabilità politica sul piano dei rapporti tra organi politici⁶⁶⁸; altre volte ciò è implicito nel giudizio di insindacabilità, fondata sull'assenza di specifici parametri di legittimità in base ai quali il provvedimento impugnato sarebbe censurabile⁶⁶⁹.

In tali tracce giurisprudenziali, dunque, a determinare la politicità dell'atto impugnato è la circostanza ch'esso, avuto riguardo alla funzione di direzione e di indirizzo politico dello Stato, non è di per sé lesivo di posizioni giuridiche soggettive tutelabili, mentre, nonostante il richiamo alla nozione di atto politico, sembrerebbe caratterizzare l'esito del giudizio l'applicazione dei principi generali del processo amministrativo, tra i quali il difetto originario di un interesse concreto a ricorrere.

⁶⁶⁷ Così sent. Cons. Stato, Sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502, su cui v. anche *infra*, nei parr. successivi, e, più recentemente, la domanda di autorizzazione formulata alle Camere dal Tribunale di Catania, Sez. reati ministeriali, 22 gennaio 2019, nei confronti del Ministro dell'Interno Salvini, a procedere in giudizio ai sensi dell'art. 96 Cost. in relazione alla vicenda della nave “Diciotti”.

⁶⁶⁸ Così ad es. sent. TAR Puglia, Sez. III, 18 maggio 2009, n. 1183.

⁶⁶⁹ Così ad es. sent. Cons. Stato, Sez. IV, 6 aprile 2000, n. 1996.

Come si vedrà più avanti, la giurisprudenza successiva prenderà contezza di ciò, ritenendo dirimente per l'insindacabilità o meno il contenuto della norma attributiva del potere e segnatamente se la stessa introduca o meno dei vincoli giuridici all'esercizio del potere discrezionale⁶⁷⁰.

In altri casi ancora, l'atteggiamento del giudice muta a seconda della diversa natura degli atti e dei provvedimenti i quali, pur parte di un procedimento unitario volto a un comune obiettivo, siano espressione di prerogative e poteri tra loro distinti, come nel caso delle diverse fasi in cui si articola il procedimento di bonifica dei siti inquinati di interesse nazionale. Infatti, mentre spetta al Ministro individuare, con atto insindacabile, i siti di interesse nazionale, le concrete modalità di conduzione dei singoli interventi di messa in sicurezza d'emergenza e di bonifica rappresentano meri atti di gestione, di competenza dei dirigenti, sottoposti a sindacato di legittimità⁶⁷¹.

Quanto sin qui illustrato consente di evidenziare che il riconoscimento dell'insindacabilità non è mai assoluto e, al contrario, in disparte dalla discrezionalità delle valutazioni di opportunità politica, v'è la possibilità di un controllo giurisdizionale, seppur confinato alla rilevazione di alcuni profili di legittimità. All'interno di uno stesso procedimento o ambito materiale, è possibile cogliere distinti frammenti di esercizio del medesimo, ognuno dei quali è suscettibile di essere diversamente sindacato ove sussista uno specifico procedimento di controllo previsto da una norma primaria o costituzionale⁶⁷².

⁶⁷⁰ L. BUSCEMA, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, cit., 16 sgg., evidenzia che in alcune materie contraddistinte da "consistenza assiologica di natura politica", il giudice comune rigetta l'eccezione di politicità proprio sulla base dell'esigenza di dar precedenza alla tutela di difesa del diritto del ricorrente, come ad esempio quando ha affermato la sindacabilità per motivi di legittimità del decreto che non concede l'estradizione, dal momento che con esso il Ministro provvede su un oggetto determinato e circoscritto che incide direttamente su interessi individuali: cfr. la cit. sent. Cons. Stato, Sez. IV, 6 aprile 2000, n. 1996; lo stesso dicasi per la richiesta di procedimento per il caso di delitti commessi dal cittadino all'estero ex artt. 9, comma 3, cod. pen., e 342 cod. proc. pen., la quale, pur connotata da ampia discrezionalità, ha natura di atto amministrativo.

⁶⁷¹ Così sent. TAR Toscana, Sez. II, 22 dicembre 2010, n. 6798.

⁶⁷² Cfr. D. MESSINEO, *Atti politici, Stato di diritto, strumenti di verifica della giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 2013, 717 sgg.

Ne consegue che l'elemento determinante per ritenere un atto sindacabile o meno è rappresentato non tanto dalla provenienza governativa del medesimo, quanto dall'assenza di specifici parametri giuridici che individuino situazioni giuridiche di vantaggio meritevoli di protezione. Ove infatti vi sia un parametro di legittimità in base al quale sindacare l'atto autoritativo, questo non può sfuggire al controllo da parte del giudice, a meno che non si intenda disapplicare il principio di effettività della tutela di cui all'art. 113 Cost. in favore di una disposizione di rango ordinario, quale quella sull'insindacabilità degli atti politici⁶⁷³.

5.3.- Il declino dell'atto politico: dalla politicità insindacabile alla sindacabile giuridicità del limite

Quanto sopra osservato trova un riscontro nella più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, il quale, onde affermare la propria giurisdizione in alcuni casi al crocevia tra attività politica e di "alta amministrazione", ritiene del tutto irrilevante l'indagine in ordine alla provenienza dell'atto e al suo contenuto e si sofferma, invece, sulla diversa questione relativa alla sussistenza di un parametro di legittimità che possa predeterminare o delimitare le modalità di esercizio della discrezionalità politica. Così ragionando, il problema si trasferisce dal piano del difetto di giurisdizione a quello dell'insindacabilità per profili di merito.

Ciò si verifica nella nota controversia relativa al problema delle c.d. "giunte al maschile", che ha interessato sia il giudice amministrativo, sia quello costituzionale in merito alla legittimità del decreto di nomina di un assessore, adottato dal Presidente della Giunta regionale della Campania in violazione del principio della pari opportunità di accesso alle cariche elettive di cui agli artt. 3, 51 e 117 Cost., principio

⁶⁷³ Queste le conclusioni rassegnate da F.G. SCOCA, *Principi funzionali o di efficienza*, cit., 66 sgg.

riprodotto dalle disposizioni dello Statuto regionale poste a garanzia dell'equilibrio di genere in relazione ai componenti degli organi di governo⁶⁷⁴.

Nella sent. Sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502, il Consiglio di Stato, nel prendere posizione sull'eccezione di politicITÀ di cui all'art. 7, comma 1, cod. proc. amm., sollevata dalla Regione, ha affermato che *“il vero argumentum principis a sostegno della insindacabilità sembra essere la mancanza di parametri giuridici alla stregua dei quali poter verificare gli atti politici”* e che di norma *“le uniche limitazioni cui l'atto politico soggiace sono costituite dall'osservanza dei precetti costituzionali, la cui violazione può giustificare un sindacato della Corte costituzionale di legittimità sulle leggi e gli atti aventi forza di legge o in sede di conflitto di attribuzione su qualsivoglia atto lesivo di competenze costituzionalmente garantite”*. Nel caso in esame, invece, rilevavano specifici parametri di legittimità contenuti nello Statuto regionale, parametri che limitano la discrezionalità politica riconosciuta agli organi di indirizzo e, per l'effetto, assoggettano l'atto impugnato al sindacato del giudice amministrativo. Per l'effetto, ha confermato nel merito la pronuncia del giudice di primo grado⁶⁷⁵ che aveva dichiarato illegittima la nomina di un assessore uomo atteso che, a seguito della stessa, la Giunta risultava composta con la presenza di una sola donna.

Il Consiglio di Stato ha anche preso le mosse dalla premessa per cui gli atti politici, per le loro caratteristiche, di norma non incidono su posizioni giuridiche individuali, ragion per cui è esclusa la sussistenza di un concreto interesse all'azione giurisdizionale. Nel caso in questione, però, il principio di parità di genere nell'accesso ai pubblici uffici rappresenta un parametro di legalità in grado di vincolare l'esercizio della discrezionalità politica riconosciuta al Presidente della Regione; viene in rilievo, dunque, un'esigenza di protezione cui corrisponde l'accesso alla tutela giurisdizionale

⁶⁷⁴ Sul punto v. U. ADAMO, *Il principio di pari opportunità in ambito politico fra legislatori statali (reticenti) e legislatori regionali (indecisi), fra previsioni internazionali e sovranazionali (promozionali), fra giurisprudenza costituzionale e amministrativa (entrambe incisive). Un bilancio di una tutela sempre più multilevel*, in *Federalismi.it*, n. 22/2013, 1 sgg.; M. D'AMICO, *La lunga strada della parità fra fatti, norme e principi giurisprudenziali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013, 1 sgg.

⁶⁷⁵ Cfr. sent. TAR Campania, Sez. I, 17 aprile 2011, n. 1985.

nei confronti degli atti della pubblica Amministrazione, principio che *“ha portata generale e coinvolge, in linea di principio, tutte le Amministrazioni anche di rango elevato e di rilievo costituzionale”*, tanto che *“nel nostro attuale sistema di garanzie persino gli atti legislativi del Parlamento nazionale e delle Regioni sono soggetti ad un sindacato giurisdizionale, sia pure circoscritto e riservato ad un Giudice di particolare natura quale la Corte costituzionale”*. L’atto di nomina di un assessore, pertanto, *“non può dirsi libero nella scelta dei fini, essendo sostanzialmente rivolto al miglioramento della compagnia di ausilio del Presidente della Regione nell’amministrazione della Regione stessa”* e la violazione del principio dell’eguaglianza tra i sessi nell’accesso alle cariche politiche si riverbera in un vizio dell’atto di nomina, sindacabile innanzi il giudice amministrativo⁶⁷⁶.

Si fa così strada un diverso modo di intendere l’atto politico, dovendo l’insindacabilità essere valutata “a valle” di un accertamento giudiziario condotto a partire dalla struttura della norma attributiva del potere e dalla sussistenza di eventuali limiti all’esercizio del potere medesimo: se vi è un parametro di legittimità, l’atto non può ritenersi politico; in altre parole, atto politico e parametri di legittimità non si danno mai insieme. In tal modo, però, viene a svuotarsi di contenuto la stessa categoria di atto politico, atteso che l’assenza di un parametro di legittimità rende l’atto impugnato non lesivo e, pertanto, non ricollegabile a una situazione di vantaggio meritevole di tutela giurisdizionale⁶⁷⁷.

Le statuizioni del giudice amministrativo sono sostanzialmente confermate da quello costituzionale, investito del ricorso per conflitto di attribuzioni proposto dalla Regione in relazione alla pronuncia del Consiglio di Stato che ha confermato

⁶⁷⁶ Così ancora la sent. Cons. Stato, Sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502.

⁶⁷⁷ Ne risulterebbe confermata l’idea per cui la norma sull’insindacabilità degli atti politici è superflua nel contesto del processo amministrativo, dal momento che la mancanza della portata lesiva di un atto porta alla sua insindacabilità semplicemente alla luce dei principi generali del processo: così F.G. COCA, *Principi funzionali o di efficienza*, cit., 66 sgg., nonché più recentemente A. LOLLO, *Atto politico e Costituzione*, 165.

l'illegittimità della nomina assessorale⁶⁷⁸. Secondo la Regione, il giudice amministrativo avrebbe dovuto affermare il proprio difetto di giurisdizione *ex art. 7*, comma 1, cod. proc. amm. e riconoscere la natura di atto politico al decreto presidenziale di nomina, del quale il Presidente potrebbe rispondere esclusivamente in sede politica, ossia innanzi il Consiglio regionale e il corpo elettorale.

Con la sent. n. 81 del 2012, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile il conflitto⁶⁷⁹. Si tratta, però, di una pronuncia d'inammissibilità "vestita", che reca importanti statuizioni anche sul merito della pretesa della Regione. Sul punto, il Giudice delle leggi ha affermato che, nonostante l'affermazione della ricorrente in ordine alla *"esistenza di spazi riservati alla scelta politica [sia] condivisibile e suffragata da elementi di diritto positivo, [...] 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"*. Infatti, *"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*

⁶⁷⁸ Si tratta della sent. Corte cost. n. 81 del 2012, su cui, quanto ai profili relativi all'atto politico, v. F. BILANCIA, *Ancora sull'"atto politico" e sulla pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012, 1 sgg.; M.G. RODOMONTE, *Equilibrio di genere, atti politici e Stato di diritto nella recente sentenza n. 81 del 2012 sulla equilibrata presenza di donne e di uomini nella Giunta della Regione Campania*, in *Federalismi.it*, n. 13/2012, spec. 5 sgg.

⁶⁷⁹ L'inammissibilità, sottolinea la Corte, discende, da un lato, dal fatto che *"la ricorrente non ha fatto ricorso ai rimedi predisposti dall'ordinamento nel caso di indebito sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti «atti politici», rimedi che avrebbero consentito di verificare che l'atto oggetto del giudizio fosse effettivamente sindacabile in sede giurisdizionale e non rientrasse tra gli atti non impugnabili ai sensi dell'art. 7 del citato d.lgs. n. 104 del 2010"*; la Regione, in altre parole, avrebbe dovuto impugnare *"per presunto difetto assoluto di giurisdizione la sentenza del Consiglio di Stato, così come previsto dall'art. 111, ottavo comma, della Costituzione, con ricorso ai sensi dell'art. 362, primo comma, del codice di procedura civile"*; dall'altro, dalla circostanza che *"il conflitto proposto [...] si risolve in un problema di corretta individuazione della natura e della portata dei vincoli stabiliti dall'art. 46 dello statuto, problema che – come tutte le questioni di interpretazione – rientra nelle funzioni dell'autorità giudiziaria, e che questa Corte non è chiamata a sindacare in sede di conflitto di attribuzioni"*.

indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate".

Nel caso in esame, il legislatore statutario, nell'esercizio dell'autonomia politica attribuitagli dall'art. 123 Cost., aveva ritenuto di dover circoscrivere il libero apprezzamento del Presidente della Giunta nella scelta degli assessori e stabilito alcuni vincoli di carattere generale ai quali questi avrebbe dovuto attenersi, come quello, che qui rileva, per cui gli assessori avrebbero dovuto essere nominati *"nel pieno rispetto del principio di un'equilibrata presenza di donne e uomini"* (così l'art. 46, comma 3, dello Statuto). Ne discende che *"la discrezionalità spettante al Presidente risulta arginata dal rispetto di tale canone, stabilito dallo statuto, in armonia con l'articolo 51, primo comma, e 117, settimo comma, della Costituzione"*, atteso che *"La circostanza che il Presidente della Giunta sia un organo politico ed eserciti un potere politico, che si concretizza anche nella nomina degli assessori, non comporta che i suoi atti siano tutti e sotto ogni profilo insindacabili"*. D'altra parte, la presenza di alcuni vincoli non altera, di per sé, *"la natura politica del potere esercitato dal Presidente con l'atto di nomina degli assessori, ma piuttosto ne delimita lo spazio di azione"*, con la conseguenza che *"L'atto di nomina degli assessori risulterà, dunque, sindacabile in sede giurisdizionale, se e in quanto abbia violato una norma giuridica"*.

La motivazione della sentenza, come è evidente, conferma il declino di quell'orientamento incline a valorizzare la provenienza dell'atto impugnato e la natura del potere esercitato per affermarne la (in)sindacabilità giurisdizionale. Di contro, la Corte sottolinea che il sindacato giurisdizionale non si deve necessariamente arrestare innanzi gli organi politici, in forza di una "presunzione" di incompetenza, ma è destinato a permeare (e, se del caso, travolgere) tutti gli atti pubblici, ivi compresi quelli promananti dagli organi immediatamente rappresentativi del corpo elettorale, sino all'eventuale annullamento dell'atto e senza che ciò implichi un'invasione del potere giudiziario nella sfera di quello politico.

Agganciando l'ambito della propria competenza a norme giuridiche che vincolino la discrezionalità degli organi politici (e dunque, come è stato osservato, alla

“sindacabile giuridicità del limite”⁶⁸⁰), la Corte costituzionale afferma la propria giurisdizione su ogni atto di governo, principalmente – ma non esclusivamente – attraverso lo strumento del conflitto di attribuzioni. Ed evita, in tal modo, il rischio di “zone franche” dal sindacato di costituzionalità e dalla tutela individuale dei diritti, assunti inconciliabili con le caratteristiche del moderno Stato di diritto⁶⁸¹.

Così ragionando, l’atto politico tende a ridursi a categoria priva di una concreta rilevanza ai fini dell’insindacabilità: nella ricostruzione della Corte, i limiti al sindacato giurisdizionale dell’atto politico sono infatti legati esclusivamente al grado di vincolatività dei parametri legali che delimitano l’ambito di discrezionalità affidato agli organi politici. In tal modo, l’insindacabilità politica tende a dissolversi nell’insindacabilità per profili di merito, già affermata da disposizioni che, in applicazione del principio di divisione dei poteri, descrivono e perimetrano la cognizione del giudice. Si tratta di disposizioni che non escludono determinati atti al sindacato giurisdizionale, ma che di tale sindacato comprimono l’ampiezza e la profondità, nell’ottica di preservare la discrezionalità degli organi titolari della funzione di indirizzo, discrezionalità che deve comunque trovare fondamento e limite nella Costituzione⁶⁸².

⁶⁸⁰ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013, 13, *sub* nota 66, ad avviso del quale “la Corte non ha fatto altro che delimitare i confini della sindacabilità degli atti di pubblico potere, rilevando come la politicità insindacabile si arresti di fronte alla sindacabile giuridicità del limite”.

⁶⁸¹ Così P. ZICCHITTU, *Una “nuova stagione” per l’atto politico?*, *cit.*, 35.

⁶⁸² Tali disposizioni impediscono al giudice “di sindacare il cuore delle scelte discrezionali, in modo da sostituire le proprie valutazioni a quelle del legislatore o dell’amministrazione dando vita ad un giudizio di merito”: così testualmente F.F. PAGANO, *Trasformazione dell’indirizzo politico del governo, atti politici e limiti del sindacato giurisdizionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, 22 febbraio 2018, 2, il quale rinvia, a tal proposito, le disposizioni di cui all’art. 28, comma 1, della l. 11 marzo 1953, n. 87, per quanto attiene al controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge, e all’art. 1, comma 1, della l. 13 gennaio 1994, n. 20, sui limiti della giurisdizione della Corte dei conti nei giudizi di responsabilità e ricorda che per la giurisdizione amministrativa, com’è noto, non v’è una disposizione similare. Ciononostante, i limiti al sindacato del giudice amministrativo si desumono dal sistema di giustizia amministrativa e, in particolare, dalla distinzione tra giurisdizione di legittimità, esclusiva ed estesa al merito, anch’essa contenuta all’art. 7, commi 3-6, cod. proc. amm.

5.3.1.- Atto politico e discrezionalità politica.

L'orientamento espresso dalla Corte nel 2012 ha trovato conferma, in tempi più recenti, in alcune pronunce, anche stavolta del giudice costituzionale e di quello amministrativo.

Viene in rilievo anzitutto la sent. Corte cost. n. 52 del 2016, nota per aver risolto in senso favorevole al Governo un conflitto di attribuzione tra poteri da questi promosso avverso la sent. Cass. civ. Sez. Unite 28 giugno 2013, n. 16305, con la quale era stata affermata la giurisdizione del giudice amministrativo sulla delibera del Consiglio dei Ministri di diniego di avvio delle trattative di cui all'art. 8, comma 3, Cost., con l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (*hinc inde*: anche UAAR)⁶⁸³.

Il diniego era stato impugnato dall'UAAR innanzi il TAR del Lazio, il quale, con sent. Sez. I, 31 dicembre 2008, n. 12539, aveva affermato il proprio difetto di giurisdizione. Avverso tale sentenza l'UAAR proponeva appello. Il Consiglio di Stato, con sent. 18 novembre 2011, n. 6083, disattendendo l'eccezione di difetto di giurisdizione nuovamente sollevata dal Governo, accoglieva l'appello e rinviava, per la decisione, al giudice di primo grado⁶⁸⁴.

Quel che qui preme sottolineare è che il Consiglio di Stato, in riforma della sentenza appellata, aveva ritenuto sussistere la giurisdizione del giudice amministrativo in base al presupposto che la delibera impugnata fosse non un atto politico, ma espressione di “*discrezionalità valutativa come ponderazione di interessi*”: quello dell'associazione

⁶⁸³ Su cui v. R. DICKMANN, *La delibera del Consiglio dei ministri di avviare o meno le trattative finalizzate ad una intesa di cui all'art. 8, terzo comma, Cost. è un atto politico insindacabile in sede giurisdizionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 21 marzo 2016; D. PORENA, *Atti politici e prerogative del Governo in materia di confessioni religiose: note a prima lettura sulla sentenza della Corte costituzionale n. 52/2016*, in *Federalismi.it*, n. 7/2016; A. RUGGERI, *Confessioni religiose e intese tra iurisdicatio e gubernaculum, ovvero sia l'abnorme dilatazione dell'area delle decisioni politiche non giustiziabili*, in *Federalismi.it*, n. 7/2016; V. CAPUOZZO, *L'“atto politico” davanti alla Corte costituzionale: la tensione tra funzione d'indirizzo politico e diritto d'accesso al giudice nella sent. 10 marzo 2016, n. 52*, in *Diritti fondamentali*, n. 2/2018.

⁶⁸⁴ Com'è noto, infatti, l'art. 105, comma 1, cod. proc. amm., individua, tra i casi tassativi in cui il Consiglio di Stato deve rimettere la causa al giudice di primo grado, quello in cui “*riforma la sentenza [...] che ha declinato la giurisdizione*”.

istante a ottenere l'intesa e quello pubblico sotteso alla selezione dei soggetti coi quali avviare le trattative e alla loro preliminare e ineludibile qualificazione come "confessioni religiose". Conseguentemente, aveva ritenuto obbligatorio l'avvio delle trattative "*sol che si possa pervenire a un giudizio di qualificabilità del soggetto istante come confessione religiosa*", pur restando salva, per il Governo, "*da un lato la facoltà di non stipulare l'intesa all'esito delle trattative ovvero – come già detto – di non tradurre in legge l'intesa medesima, e dall'altro lato la possibilità, nell'esercizio della discrezionalità tecnica cui si è accennato, di escludere motivatamente che il soggetto interessante presenti le caratteristiche che le consentirebbero di rientrare fra le «confessioni religiose»*"⁶⁸⁵.

Investito di un ricorso da parte del Governo per motivi inerenti alla giurisdizione, il Giudice della nomofilachia, a conferma della decisione del Consiglio di Stato, aveva affermato che l'intesa era funzionale all'attuazione del principio costituzionale dell'eguale libertà in materia religiosa di cui all'art. 8, comma 3, Cost. e che da ciò discendeva l'impossibilità di rimettere all'assoluta discrezionalità del potere esecutivo l'attitudine di un culto alla stipulazione delle intese⁶⁸⁶. Il Consiglio dei Ministri,

⁶⁸⁵ Il Consiglio di Stato era giunto alla declaratoria di illegittimità del diniego deliberato dal Governo, ritenendo che i primi due commi dell'art. 8 Cost. sanciscano rispettivamente il principio dell'eguale libertà delle confessioni religiose diverse dalla cattolica e quello della loro libertà o autonomia organizzativa, laddove il comma 3 introdurrebbe la regola dell'obbligatorietà dello strumento bilaterale per la regolamentazione dei rapporti tra Stato e le confessioni in parola. In questo modo, da un lato è posta una riserva di legge assoluta, mentre dall'altro sono introdotte delle limitazioni relative ai contenuti dell'atto legislativo, condizionati alla preventiva pattuizione con la confessione religiosa interessata, dalle quali discenderebbe l'illegittimità costituzionale degli interventi legislativi che non fossero preceduti dalle intese o, comunque, disponessero in modalità difforme da queste ultime. È tale ultima circostanza a far dubitare il Supremo consesso amministrativo dell'asserita afferenza del diniego opposto dal Governo alle scelte relative all'indirizzo politico statale, essendo per il Consiglio di Stato "*evidente che trattasi di norma sulle fonti, intesa a individuare lo strumento tecnico-giuridico da utilizzare obbligatoriamente per disciplinare la condizione giuridica delle confessioni acattoliche, ossia lo strumento pattizio, che evidentemente il Costituente ha considerato il più idoneo a perseguire il risultato del miglior coordinamento tra l'ordinamento statale e quello delle confessioni interessate (essendo dato di comune esperienza che quest'ultimo potrebbe essere incentrato anche su principi pregiudiziali e comunque estranei a quelli propri dell'ordinamento statale)*".

⁶⁸⁶ In particolare, a detta della Cassazione, l'accertamento preliminare in ordine alla qualificazione dell'istante quale "confessione religiosa" sarebbe riconducibile "*al più nell'ambito della discrezionalità tecnica*" e, dunque, sindacabile in sede giurisdizionale. Il procedimento di cui al terzo comma dell'art.

invece, continuava a sostenere la natura di atto politico della delibera, sottratto al sindacato del giudice perché espressivo della funzione di indirizzo politico, tanto nel ricorso per cassazione, quanto per quello per conflitto di attribuzione avverso la sentenza della Cassazione⁶⁸⁷.

La Corte costituzionale, con la sent. n. 52 del 2016, ha escluso che dalle disposizioni costituzionali regolatrici del fenomeno religioso (artt. 3, 8, 19 e 20 Cost.) si possa desumere l'esistenza di una pretesa soggettiva azionabile all'avvio della trattativa, ma ha precisato che tale decisione impegna la *“discrezionalità politica”* del Governo *“e la responsabilità che normalmente ne deriva in una forma di governo parlamentare”*. A differenza di quanto opinato dalla Cassazione, il Giudice delle leggi è del parere che il riferimento al metodo bilaterale, *“immanente alla ratio del terzo comma dell'art. 8 Cost.”*, escluderebbe l'esistenza di una pretesa giustiziabile da parte della singola confessione religiosa alla stipula dell'intesa, perché detto metodo pretenderebbe *“una concorde volontà delle parti, non solo nel condurre e nel concludere una trattativa, ma anche, prima ancora, nell'iniziarla”*; viceversa, *“l'affermazione di una sindacabilità in sede giudiziaria del diniego di avvio delle trattative – con conseguente possibilità di esecuzione coattiva del riconosciuto «diritto», e del correlativo obbligo*

8 Cost., inoltre, andrebbe posto in relazione con il primo comma del medesimo articolo, con la conseguenza che, poiché la stipulazione dell'intesa sarebbe volta anche alla migliore realizzazione dei valori di eguaglianza tra confessioni, *“l'attitudine di un culto a stipulare le intese con lo Stato non può [...] essere rimessa alla assoluta discrezionalità del potere dell'esecutivo, che è incompatibile con la garanzia di eguale libertà di cui all'art. 8, comma 1”*.

⁶⁸⁷ A detta del potere esecutivo, la tesi dell'obbligatorietà dell'avvio delle trattative per la conclusione dell'intesa contrasterebbe con la ratio dell'art. 8, comma 3, Cost. Dal momento che le intese integrerebbero il presupposto per l'avvio del procedimento legislativo volto all'approvazione di leggi regolatrici dei rapporti tra Stato e ciascuna confessione religiosa, esse coinvolgerebbero la responsabilità politica del Governo. Questo, pertanto, sarebbe libero di non dar seguito a un'intesa già stipulata e, dunque, di non esercitare l'iniziativa legislativa funzionale all'avvio dell'iter della legge di approvazione, rifiutandosi di dare avvio alla trattativa senza che tale rifiuto sia sindacabile in sede giurisdizionale. In capo all'associazione che si qualifichi confessione religiosa non vi sarebbe alcun diritto, ma un mero interesse di fatto all'avvio delle trattative, privo di protezione giuridica.

*del Governo, all'avvio di quelle – inserirebbe [...] un elemento dissonante rispetto al metodo della bilateralità, ricavabile dalla norma costituzionale in esame*⁶⁸⁸.

Ora, a prescindere dal merito della soluzione, dalla lettura della sentenza si comprende che la Corte si mostra particolarmente attenta a non menzionare la categoria dell'atto politico⁶⁸⁹, facendo viceversa ricorso al concetto di “discrezionalità politica” dell'esecutivo e muovendosi, in tal modo, sulla scia della precedente sent. n. 81 del 2012, non a caso opportunamente richiamato. Proprio sulla scorta di tale pronuncia, infatti, la Corte ha aggiunto che “*Diversa potrebbe essere la conclusione, anche in ordine alla questione posta dal presente conflitto, se il legislatore decidesse, nella sua discrezionalità, di introdurre una compiuta regolazione del procedimento di stipulazione delle intese, recante anche parametri oggettivi, idonei a guidare il Governo nella scelta dell'interlocutore*” e che, “*Se ciò accadesse, il rispetto di tali vincoli costituirebbe un requisito di legittimità e di validità delle scelte governative, sindacabile nelle sedi appropriate*”.

Il ricorso per conflitto, dunque, è accolto non perché la delibera governativa rappresenta un atto politico insindacabile, ma perché il sindacato sulla decisione di non avviare le trattative, in mancanza di un parametro legale in grado di vincolarla, implica valutazioni di merito precluse a un giudice (nel caso di specie al Consiglio di Stato), tenuto a valutare la correttezza dell'operato dell'Amministrazione sotto il profilo della legittimità degli atti da questa adottati. In definitiva, la Corte sembra osservare che l'insindacabilità in sede giurisdizionale sia legata non alle caratteristiche dell'atto impugnato (provenienza dall'organo politico e libertà nel fine), ma all'assenza o meno di uno specifico parametro legale di riferimento in grado di vincolare la decisione del

⁶⁸⁸ Su tale passaggio v. criticamente A. RUGGERI, *Confessioni religiose e intese tra iurisdiction e gubernaculum*, cit.; A. POGGI, *Una sentenza “preventiva” sulle prossime richieste di Intese da parte di confessioni religiose? (in margine alla sentenza n. 52 della Corte costituzionale)*, in *Federalismi.it*, n. 6/2016, 4 sgg.

⁶⁸⁹ Lo rileva A. LOLLO, *Atto politico e Costituzione*, cit., 179.

Consiglio dei Ministri sulla scelta dell'interlocutore e che, ove detto parametro vi fosse, la decisione governativa sarebbe senz'altro sindacabile⁶⁹⁰.

Conseguentemente, per quel che qui rileva e contrariamente a quanto potrebbe sembrare se ci si arrestasse alla lettura del solo dispositivo (di accoglimento del ricorso proposto dal Presidente del Consiglio dei Ministri), la sentenza n. 52 del 2016 sembra muoversi sulla scia della recente giurisprudenza costituzionale in merito alla configurazione della categoria dell'atto politico, avvalorando le seguenti conclusioni: che la nozione di immunità degli organi politici dalla funzione giurisdizionale sia contraria all'ordinamento costituzionale; che la discrezionalità politica sia comunque soggetta al rispetto della legalità costituzionale; che al sindacato di legittimità possono sfuggire, per ragioni di merito, solo singoli e specifici frammenti dell'attività esercitata dall'esecutivo.

⁶⁹⁰ V. in tal senso I. NICOTRA, *Le intese con le confessioni religiose: in attesa di una legge che razionalizzi la discrezionalità del Governo*, in *Federalismi.it*, n. 8/2016, 7, la quale auspica, da parte del legislatore, l'approvazione di "una legge organica sulla libertà religiosa, volta a proceduralizzare l'iter di stipulazione delle intese, individuando parametri oggettivi, tra i quali requisiti minimi di natura organizzativo-istituzionale delle confessioni di fede, che a quel punto potrebbero essere sottoposti al sindacato del giudice". Di "insindacabilità pronunciata [...] *rebus sic stantibus*" parla A. LOLLO, *Atto politico e Costituzione*, cit., 180 sg., il quale sottolinea che "allo stato, i parametri costituzionali che disciplinano i rapporti tra Stato e confessioni religiose in ordine all'avvio delle trattative riconoscono un'ampia discrezionalità all'Esecutivo; tuttavia, tale discrezionalità rinviene nel rispetto dei principi costituzionali un limite invalicabile, tale da escludere che si tratti, come eccepito dal Governo, di funzione di indirizzo politico assolutamente libera nel fine" e che rende il diniego del Consiglio dei Ministri all'avvio delle trattative con l'UAAR "non già atto politico inoppugnabile per difetto di giurisdizione, ma atto amministrativo discrezionale, insindacabile per motivi di merito". Sotto altro punto di vista, l'Autore sottolinea anche che nella sent. n. 52 del 2016 la Corte avrebbe negligenemente trascurato "l'esistenza di diversi parametri di rango costituzionale, idonei a vincolare e indirizzare la discrezionalità del Governo proprio in ordine all'avvio delle trattative", parametri di cui la stessa Corte, nella successiva sent. n. 63 del 2016, in tema di principi relativi alla pianificazione delle attrezzature per i servizi religiosi, fornirebbe addirittura un decalogo. Essi sarebbero rinvenibili: nel divieto di discriminazione, che, ai sensi degli artt. 3, 8, 19 e 20 Cost., è volto a garantire l'eguaglianza dei singoli nel godimento effettivo della libertà di culto, da cui, quale "*proiezione necessaria sul piano comunitario*", discenderebbe simmetricamente la libertà delle confessioni di organizzarsi e di operare; il principio del buon costume, il quale, ove violato, farebbe sì che le pratiche di culto "*ricadano fuori dalla garanzia costituzionale di cui all'art. 19 Cost.*"; la tutela della sicurezza, dell'ordine pubblico e della pacifica convivenza, i quali senz'altro sarebbero "*da tenere in adeguata considerazione nel modulare la tutela della libertà di culto*".

5.3.2.- (segue) L'atto politico, oggi: tra pretese applicazioni e progressive disapplicazioni

La nozione di atto politico (*recte*: la questione relativa all'insindacabilità degli atti adottati dal Governo nell'esercizio del potere politico) è, ancora oggi, oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza e della dottrina.

Anzitutto, da parte della giurisprudenza, la quale, già a partire dalla sent. n. 81 del 2012, sembra attestarsi piuttosto pacificamente nel senso di condizionare l'insindacabilità giurisdizionale all'assenza di specifici parametri di riferimento piuttosto che alla sussistenza di profili, soggettivi e oggettivi, che caratterizzerebbero l'atto politico.

In secondo luogo, da parte, però, anche della dottrina, la quale, anche alla luce del fragoroso riverbero mediatico scaturito dalle note controversie “Diciotti”, “Gregoretti” e “Open Arms”, è stata chiamata a confrontarsi e a offrire allo studio sull'esercizio del potere politico nuovi contributi, a volte anche con distonia di accenti, ciò che denota invece uno stato di perdurante incertezza sull'argomento⁶⁹¹.

Se si parte dagli esiti offerti da tale dibattito⁶⁹², mette conto ricordare, anzitutto, che le vicende scaturiscono dalla scriminante addotta dal Ministro dell'Interno, accusato di sequestro di persona, in ordine al rifiuto di indicare il c.d. *place of safety*, atto

⁶⁹¹ Si tratta, com'è noto, dei casi in cui il Ministro dell'Interno della Repubblica Italiana ha invocato la nozione di atto politico con l'intento di sottrarsi a un imminente giudizio di responsabilità penale, promosso nei suoi confronti dal Tribunale dei Ministri di Catania, innanzi all'accusa di aver violato alcuni diritti fondamentali – in particolare la libertà personale e l'integrità psico-fisica – di uomini e donne clandestini a bordo delle tre motovedette Diciotti, Gregoretti e Open Arms, i cui nomi hanno identificato, poi, le relative controversie che ne sono scaturite.

⁶⁹² Su cui v. R. BIN, *Halloween! Il Caso Diciotti e il fantasma dell'atto politico*, in *laCostituzione.info*, 1° novembre 2018; G. CERRINA FERONI, *La sindacabilità giudiziaria dell'atto politico. Un'aberrazione costituzionale*, in *laCostituzione.info*, 7 febbraio 2019; S. CURRERI, *L'atto politico è sempre insindacabile?*, in *laCostituzione.info*, 9 febbraio 2019; R. BIN, *Ancora sul caso Diciotti: ma qualcuno ha letto ciò che ha scritto il Tribunale dei ministri?*, in *laCostituzione.info*, 13 febbraio 2019; A. CIANCIO, *L'autorizzazione a procedere per i reati ministeriali: alcune puntualizzazioni a seguito del caso della nave “Diciotti”*, in *Federalismi.it*, n. 16/2019, spec. 9 sgg.; G. PANATTONI, *La controversa figura dell'atto politico, alla luce dei casi “Diciotti” e “Gregoretti”*, in *Federalismi.it*, n. 8/2020, 222 sgg.

amministrativo di competenza del Dipartimento per le Libertà Civili e per l'Immigrazione, propedeutico e necessario all'autorizzazione dello sbarco. A giustificazione della propria condotta, il Ministro ha affermato che dietro l'atteggiamento attendista vi sarebbero state non ragioni tecniche, ma la volontà politica di portare i casi all'attenzione dei partner europei, al fine di chiedere loro una comune assunzione di responsabilità del problema della gestione dei flussi migratori e di sollecitare una redistribuzione dei migranti sbarcati in Italia⁶⁹³.

Nonostante in relazione al caso "Diciotti" (ma non anche per gli altri due, "Gregoretti" e "Open Arms") la questione si sia arrestata *in apicibus* innanzi il rifiuto del Senato di concedere l'autorizzazione a procedere⁶⁹⁴, colpisce, comunque, la diversità di posizioni assunte dalla dottrina.

Alcuni, infatti, ritengono che la nozione di atto politico sia un "fantasma" di un passato lontano e non più compatibile con la Costituzione, dal momento che non potrebbe esistere alcun provvedimento legittimato a derogare alla protezione che la Costituzione garantisce a tutti; conseguentemente, ove un atto di governo incidesse negativamente nella sfera dei diritti individuali, "cesserebbe di essere «politico» e perderebbe qualsiasi pretesa di sottrarsi al giudice, chiamato dall'individuo a tutelare i propri diritti"⁶⁹⁵.

Altri, invece, ritengono che la sindacabilità dell'atto politico in sede giurisdizionale rappresenti una "aberrazione costituzionale", perché si tratterebbe di giudicare un atto "libero nel fine", ossia adottato nell'"esercizio di un potere discrezionale di scelta dell'obiettivo e della finalità che si vuole perseguire", potere che avrebbe il proprio

⁶⁹³ Per un'accurata ricostruzione dei fatti delle controversie "Diciotti" e "Gregoretti" v. *ivi*, 214 sgg.

⁶⁹⁴ In relazione al caso "Diciotti", infatti, il Senato, con delibera del 20 marzo 2019, ha negato l'autorizzazione a procedere che gli era stata richiesta dal Tribunale dei Ministri di Catania, nella richiesta di rinvio a giudizio depositata il 22 gennaio 2019. Non così, invece, per i casi "Gregoretti" e "Open Arms", in relazione ai quali il Senato, rispettivamente in date 12 febbraio e 30 luglio 2020, ha dato il via libera al processo rispetto alla richiesta di autorizzazione a procedere per l'imputazione di sequestro di persona aggravato.

⁶⁹⁵ R. BIN, *Halloween! Il Caso Diciotti e il fantasma dell'atto politico*, cit., 1.

fondamento “nella responsabilità politica, propria della democrazia rappresentativa” e nel conseguimento di quegli obiettivi voluti a maggioranza dagli elettori⁶⁹⁶.

Altri ancora, invece, ritengono che sia necessaria la ricerca di “un punto di equilibrio”, individuabile nella ricostruzione offerta dal Giudice delle leggi nella sent. n. 81 del 2012, nella quale, pur lasciando “imprecisata” la questione, si è riconosciuta l’esistenza di spazi riservati al potere politico i quali, tuttavia, trovano un limite nei principi posti dall’ordinamento a livello costituzionale e legislativo.

Muovendo dagli orientamenti dottrinali a quelli giurisprudenziali, si può constatare che essi sembrano recepire l’impostazione fatta propria dalla sent. n. 81 del 2012 e richiamata dall’opinione da ultimo citata. Il giudice amministrativo, ad esempio, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità del decreto di indizione delle elezioni regionali non emanato dal Presidente della Giunta regionale del Lazio entro i termini previsti dallo Statuto, ha rigettato l’eccezione di politicità opposta dall’Amministrazione resistente, sottolineando che, in presenza di “*un procedimento amministrativo caratterizzato dall’esercizio di potestà pubbliche vincolate sulla scorta di precetti legislativi puntuali relativi all’an e al quando dell’atto di indizione della procedura elettorale*”, non viene in rilievo “*il suum dell’atto politico di cui all’art. 7, comma 1, del codice del processo amministrativo, dato dalla sussistenza di una libertà nel fine che impedisce, in ragione dell’assenza del necessario parametro giuridico, l’estrinsecazione del sindacato giurisdizionale*”, e altresì evidenziando che “*la previsione di canoni di legalità che scandiscono l’indizione del procedimento elettorale introduce un requisito di legittimità idoneo a limitare l’esercizio del potere di indizione delle elezioni da parte dell’organo regionale, imponendo la soggezione a controllo giurisdizionale delle relative determinazioni e condotte amministrative*”⁶⁹⁷.

Desta interesse anche il fatto che argomentazioni di tenore analogo siano state spese anche nella materia delle relazioni internazionali, nella quale tradizionalmente si esprime, per il tramite degli organi costituzionali, la sovranità politica del Paese. Allo

⁶⁹⁶ Così G. CERRINA FERONI, *La sindacabilità giudiziaria dell’atto politico*, cit., 1.

⁶⁹⁷ Così sent. Cons. Stato, Sez. V, 2 novembre 2012, n. 6002.

stesso modo, infatti, il Consiglio di Stato ha affermato che il provvedimento di soppressione di un'ambasciata, ove non si colleghi a *“mutamenti intervenuti nelle relazioni internazionali del Paese ma, più semplicemente, a una riorganizzazione e razionalizzazione della rete delle rappresentanze diplomatiche finalizzata al conseguimento di risparmi erariali”*, pur non essendo assimilabile *“ai provvedimenti amministrativi puntuali con i quali si provveda alla chiusura o soppressione di un qualsivoglia ufficio o articolazione della pubblica amministrazione”*, è tenuto alla *“osservanza delle disposizioni che attribuiscono, disciplinano e conformano il relativo potere discrezionale, e, dunque, con riferimento ai canoni della ragionevolezza, coerenza e adeguatezza motivazionale”*⁶⁹⁸. Le stesse motivazioni sono state addotte dal giudice amministrativo per decidere in ordine alla sindacabilità del parere reso dal Comitato direzionale per la Cooperazione allo sviluppo del Ministero degli Affari esteri e della Cooperazione internazionale⁶⁹⁹ e del diniego del medesimo Ministero sulla richiesta, proveniente da parte di un'ambasciata estera, di rinnovo dell'*exequatur* per l'esercizio delle funzioni di console onorario⁷⁰⁰. In tale ultimo caso, peraltro, è significativa la circostanza che il ricorso sia stato comunque dichiarato inammissibile, ma per carenza di interesse all'azione, alla luce dei generali principi processuali, atteso che, secondo il Consiglio di Stato, *“la concessione ed il rinnovo dell'exequatur non sono soggetti a parametri giuridici”* e, di conseguenza, *“la persona fisica proposta dallo Stato di invio [al fine di rivestire le funzioni di console] non vanta alcun titolo a partecipare al procedimento de quo, dal momento che la normativa che disciplina la materia non stabilisce in capo ad essa alcuna regola di garanzia”*.

⁶⁹⁸ Così sent. Cons. Stato, Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 808.

⁶⁹⁹ Così sent. Cons. Stato, Sez. V, 9 gennaio 2017, n. 16.

⁷⁰⁰ Così par. Cons. Stato, Sez. I, 4 settembre 2019, n. 2483, affare n. 1925/2018, ove il giudice amministrativo afferma che, al fine di valutare l'ammissibilità dell'impugnazione, bisogna prender le mosse *“non tanto dalla qualificazione dell'atto (atto politico – atto di alta amministrazione) ovvero dai suoi caratteri soggettivi e oggettivi (secondo una risalente tradizione giurisprudenziale), quanto piuttosto dalle caratteristiche poste a fondamento della funzione esercitata con l'atto impugnato”*; conseguenza, questa, che discende pianamente dall'interpretazione, costituzionalmente orientata e suggerita dalla Corte costituzionale nella sent. n. 81 del 2012, dell'art. 7 cod. proc. amm.

Le pronunce da ultimo richiamate attestano che non tutto ciò che attiene alla politica estera e alle relazioni internazionali è di per sé immune dal sindacato giurisdizionale. Vi è sottratto, viceversa, solo il segmento di attività che non si svolge nei binari di parametri legali e nel quale, all'interno di procedure più ampie e complesse, viene in rilievo il merito di valutazioni eminentemente politiche⁷⁰¹.

⁷⁰¹ Sull'assenza di parametri legali quali spia della politicità insindacabile v. in termini, per quanto concerne la giurisdizione ordinaria e contabile: Cass. civ. Sez. Un., ord. 30 aprile 2019, n. 11502, ove si è affermata la sindacabilità, da parte della Corte dei conti, degli atti recanti conferimenti di incarichi esterni per esigenze del gruppo consiliare regionale; ord. 2 maggio 2019, n. 11588, ove si è affermata l'insindacabilità, da parte del giudice amministrativo adito da un privato, del silenzio serbato dalla Regione sulla sua istanza volta al promovimento, da parte della Regione medesima, di un conflitto di attribuzione, sulla base della circostanza che *“le eventuali ricadute che in via riflessa il conflitto di attribuzioni, ove proposto ed accolto, potrebbe determinare in capo ai terzi non sono state prese in alcuna considerazione dal legislatore costituzionale, né sotto il profilo, invero sfuggente, evocato dal ricorrente in memoria dell'art. 97 Cost., né tanto meno sotto quello della tutela giurisdizionale effettiva, risultando quest'ultima pienamente salvaguardata all'interno del processo nel quale è parte il soggetto che possa valere un interesse concorrente rispetto all'esito del conflitto di attribuzioni, ove materialmente proposto”*; ord. 12 luglio 2019, n. 18829, secondo la quale *“per ravvisare il carattere politico di un atto, al fine di sottrarlo al sindacato del giudice, occorre che sia impossibile individuare un parametro giuridico (sia norme di legge, sia principi dell'ordinamento) sulla base del quale svolgere il sindacato giurisdizionale: quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve, appunto, attenersi, in ossequio ai principi fondamentali dello Stato di diritto”*. Conseguentemente, *“In concreto, quando l'ambito di estensione del potere discrezionale, quale che esso sia, sia 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, appunto, nei modi e nelle sedi appropriate”*.

CONCLUSIONI

Il lavoro svolto ha cercato di indagare, almeno nelle intenzioni, i tratti distintivi degli strumenti che consentono al Governo di attuare l'indirizzo politico, a partire dall'analisi della problematica relativa alla definizione di una vera e propria funzione di indirizzo. Difatti, il tentativo di isolamento della funzione di indirizzo dalle altre funzioni di governo, da un lato, e degli atti che ne rappresentano lo svolgimento, dall'altro, hanno costituito il *Leitmotiv* del presente elaborato.

Più in particolare, si sono prese le mosse dalle coordinate storiche che hanno determinato, in Italia, la nascita della nozione di indirizzo politico, osservando che, malgrado il sintagma affondi le proprie radici positive nell'ordinamento liberale, il concetto che ne è sotteso è stato vagliato e approfondito soprattutto nel corso della parentesi del Ventennio fascista, in corrispondenza dell'emergere di istanze statuali di tipo autoritario e della necessità di individuare un momento di aggregazione delle funzioni ispirato al principio di unità accanto a quello, di matrice liberale, di divisione. Conseguentemente, l'identificazione di un momento unitario di direzione politica, preminente e prevalente nei confronti delle altre funzioni di governo dello Stato, ha fatto breccia nella dottrina, prima, e nel diritto positivo, poi, mettendo in crisi i postulati tradizionali relativi alla separazione dei poteri e alla supremazia della legge del Parlamento.

Il ruolo del "convitato di pietra"⁷⁰² interpretato dall'indirizzo politico in Assemblea costituente, da una parte, e d'altra parte l'entrata in vigore di una Costituzione rigida, costruita "per valori" e il cui rispetto è garantito, in via giurisdizionale, dal sindacato della Corte costituzionale, hanno stimolato un'ulteriore riflessione da parte della dottrina, posta di fronte all'alternativa tra liquidazione della nozione di indirizzo politico⁷⁰³ e suo adattamento al nuovo contesto costituzionale.

⁷⁰² L'espressione è utilizzata anche da I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi*, cit., 147, pur nel contesto (non dei lavori della Costituente, bensì della) "disciplina del Governo" in Costituzione, disciplina che l'indirizzo politico permea "come un convitato di pietra".

⁷⁰³ In tal senso v. recentemente A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo*, cit., 27.

La soluzione si è mossa per lo più nel senso della “scomposizione” dell’attività di governo e della stessa funzione di indirizzo, in maniera forse non dissimile, a parere di chi scrive (pur con l’accortezza di chi si avventura *in munere alieno* e con le dovute distinzioni dettate dalla natura della disciplina) da ciò che, nelle scienze fisiche, si verifica nello studio delle grandezze vettoriali, ossia di “grandezze fisiche, come la velocità, le forze etc., che *non possono essere descritte da una sola quantità numerica, ma da un insieme di due o più numeri*”⁷⁰⁴.

Così, per un verso, vi è chi ha proposto di isolare l’attimo della “determinazione del fine” quale “primo momento dell’attività di indirizzo”, opportunamente rilevandone il “valore ed [il] significato mutevoli, a seconda della natura rigida o flessibile della costituzione”, rispetto ai momenti a questo logicamente e giuridicamente successivi, volti a “orientare e dirigere la volontà verso il conseguimento del fine” (fase strumentale) e alla traduzione del risultato conseguito in un effetto giuridico (fase effettuale)⁷⁰⁵; ovvero, secondo altra prospettiva non identica, ma analoga, più genericamente volti all’attuazione dell’indirizzo precedentemente adottato⁷⁰⁶.

Altri, invece, hanno suggerito una distinzione tra indirizzo politico generale o costituzionale e indirizzo politico di maggioranza, affermando che il primo, del quale sarebbero contitolari tutti gli organi costituzionali, poggerebbe sulla costituzione materiale e sulla risultante delle forze politiche sottostanti e sarebbe teso all’attuazione dei “fini costituzionali permanenti”, mentre il secondo, del quale sarebbero titolari solo il Parlamento e il Governo, avrebbe carattere “contingente, di maggioranza” e sarebbe “anch’esso condizionato e vincolato nei fini della Costituzione”, che tuttavia, tenderebbe “ad attuare solo parzialmente, in quelle parti che sono ad esso congeniali, e non in quelle che avversa”⁷⁰⁷.

⁷⁰⁴ R. DAGHINI, M. MERZAGORA, *Vettore*, in AA.VV., *Enciclopedia delle Scienze Garzanti*, Vol. X, *Scienze*, Milano, Garzanti, 2006, 1557 (corsivo nostro).

⁷⁰⁵ T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., 137,140, 141.

⁷⁰⁶ S. GALEOTTI, *Il potere di decisione*, cit., 123 sgg.

⁷⁰⁷ P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, cit., 308 sgg.

Entrambe le teorie hanno il pregio di aver cercato di offrire una ricostruzione compatibile col nuovo assetto costituzionale, anche in considerazione della presenza, all'interno della Carta costituzionale, di "norme programmatiche", che vincolano lo Stato a successivi compiti di attuazione⁷⁰⁸. Come si è cercato di evidenziare nel corso del lavoro, tuttavia, non sembrano offrire risposte del tutto soddisfacenti. Non la prima, nella quale la nozione di indirizzo politico, concettualmente dilatata, più che circoscrivere il contenuto di una funzione giuridica si limita a delineare, con ampia approssimazione, l'area di un'attività "politica", nella quale giacciono solo le premesse per il raggiungimento di taluni risultati giuridici⁷⁰⁹. Non la seconda, perché rompe l'unitarietà dell'attività di indirizzo⁷¹⁰, declinandola in due accezioni distinte, ma attribuisce a Governo e Parlamento la titolarità di entrambe, assimilando le attività di questi a quelle degli altri organi costituzionali e non tenendo conto, in ultima analisi, della particolarità delle funzioni e della diversità di limiti cui esse vanno incontro.

A sommosso, ma fermo, avviso di chi scrive, più convincente – e capace di dare risposta alle criticità ora evidenziate – è apparsa quella impostazione che, nel rinnovato contesto costituzionale, ha in primo luogo inteso scomporre l'attività di governo distinguendovi, al suo interno, una funzione di indirizzo politico, limitata negativamente ed esternamente dalla Costituzione formale, ma non vincolata, positivamente e internamente, al perseguimento dei fini posti dalla Costituzione, e una funzione di "controllo" costituzionale⁷¹¹, che si presenta non solo limitata, ma anche positivamente vincolata ai fini posti nella Costituzione formale⁷¹²; e in secondo luogo, muovendo dall'esame delle competenze attribuite agli organi costituzionali direttamente collegati alle forze di maggioranza, ha assunto a fondamento dell'omogeneità delle diverse attività d'indirizzo l'identità del fine da queste perseguito, identificandolo nella "*traduzione sul terreno giuridico delle scelte*

⁷⁰⁸ V. V. CRISAFULLI, *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, cit., 30 sgg.; ID., *Le norme "programmatiche" della Costituzione*, cit., 54.

⁷⁰⁹ Cfr. G. GUARINO, *Viaggio all'estero e supplenza del Presidente della Repubblica*, cit., 306 sg.

⁷¹⁰ In questo senso M. LUCIANI, *La massima concentrazione del minimo potere*, cit. 122, *sub* nota 54.

⁷¹¹ Su cui v. però i *caveat* di ID., *Un giroscopio costituzionale*, cit., 2 sgg.

⁷¹² Così E. CHELI, *Atto politico*, cit., 109, *sub* nota 80, 112.

*politiche operate dalle forze di maggioranza*⁷¹³, con la conseguenza che all'indirizzo politico deve riconoscersi la natura di funzione caratterizzata da una concreta rilevanza giuridica. L'attribuzione di natura giuridica alla funzione d'indirizzo, peraltro, sconta l'accoglimento di una interpretazione restrittiva della funzione medesima, consistente nel fatto di dover delimitare l'indirizzo politico "alle sue estrinsecazioni ultime, che sono necessariamente formali e puntuali e s'identificano in atti tipici muniti di particolare efficacia giuridica"⁷¹⁴.

Così ragionando, ne esce ribaltata la prospettiva originaria relativa all'indirizzo politico. Il quale, come funzione giuridica, si sostanzia invece nella fase effettuale della traduzione in schemi formali (giuridici) delle scelte politiche operate dalle forze di maggioranza, senza comprendere le fasi preliminari dirette a determinare o, comunque, a influire su tali forze in relazione alle scelte da compiere. In tal modo, la natura "normativa" dell'indirizzo politico⁷¹⁵, su cui soprattutto la dottrina degli anni Trenta ha molto insistito, si risolve nel riflesso diretto e immediato dell'efficacia giuridica riconosciuta agli atti, normativi e amministrativi, tramite i quali la funzione d'indirizzo è esercitata⁷¹⁶.

Così poste le premesse per un'indagine *giuridica* in ordine alla funzione di indirizzo, si è constatato che le impostazioni incentrate sul momento teleologico attribuiscono, in ogni caso, rilievo agli aspetti a questo successivi, anch'esse riconoscendo che, se di indirizzo politico si può parlare, è proprio perché ne appare possibile l'effettiva realizzazione⁷¹⁷. Di qui la necessità e l'opportunità di un approccio che, oltre ai rapporti orizzontali tra organi al vertice di Governo, indagli anche quelli verticali tra Governo e pubblica Amministrazione, andando oltre la figura del Ministro, che – a causa della sua collocazione tipica quale punto d'incontro tra politica e amministrazione – può esser considerato semplicemente un punto intermedio, e non

⁷¹³ E. CHELI, *Atto politico*, cit., 164 (corsivo nell'originale).

⁷¹⁴ *Ibidem*.

⁷¹⁵ C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo*, cit., 14.

⁷¹⁶ *Ivi*, 168.

⁷¹⁷ L. CARLASSARE, *Politica e amministrazione*, cit., 67.

terminale, dell'indagine; di qui, però, anche il "problema antico"⁷¹⁸ del rapporto tra politica e amministrazione, analizzato, nei suoi ideal-tipi, in termini di separazione, continuità e interconnessione tra l'una e l'altra sfera dell'agire del governo, ciascuno con i propri vantaggi e svantaggi in relazione, da un lato, all'imparzialità dell'attività amministrativa e, dall'altro, alla rispondenza di quest'ultima alle direttive impartite dagli organi politici. Conformemente alla loro natura di "paradigmi", peraltro, detti modelli irrigidiscono le relazioni tra politica e amministrazione entro schemi concettuali irreali, i quali, anche alla luce delle distinte combinazioni possibili tra forme di Stato e forme di governo, ne rendono complessa una pedissequa riproposizione nei distinti ordinamenti statali.

L'analisi dei rapporti tra politica e amministrazione nell'ordinamento italiano, in particolare, ha confermato la difficoltà di riprodurre integralmente gli schemi concettuali dell'uno e dell'altro modello all'interno di un ordinamento positivo⁷¹⁹. Da un lato, infatti, la Costituzione repubblicana contiene espresse garanzie di imparzialità e indipendenza dei pubblici uffici, rinvenibili agli artt. 97 e 98 Cost., che sanciscono l'autonomia della pubblica Amministrazione dal Governo⁷²⁰. Dall'altro, l'art. 95 Cost., affermando che il Presidente del Consiglio dei Ministri deve mantenere "*l'unità dell'indirizzo politico ed amministrativo, promuovendo e coordinando l'attività dei Ministri*" (comma 1) e che i Ministri "*sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei ministri, e individualmente degli atti dei loro dicasteri*" (comma 2), sembra deporre nel senso della dipendenza dell'Amministrazione dal Governo⁷²¹. Infine, si è fatta strada in letteratura l'idea che le disposizioni dedicate dalla Costituzione alla pubblica Amministrazione siano scarse e inadeguate a derivarne un

⁷¹⁸ ID., *Amministrazione e potere politico*, cit., 5, e già prima S. SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione*, cit., 4 sgg.

⁷¹⁹ V. L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., 74.

⁷²⁰ Cfr. A. PATRONI GRIFFI, *La dimensione costituzionale del rapporto tra politica e amministrazione*, cit., 3.

⁷²¹ Cfr. A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, cit., 737 sgg.; M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 110.

vero e proprio statuto costituzionale, non essendo stata concepita né come un potere dello Stato, né come un *unicum* con l'apparato governativo⁷²².

L'assenza di una vera e propria presa di posizione in ordine all'uno o all'altro modello ha consentito ai rapporti tra politica e amministrazione di adeguarsi alle necessità che l'ordinamento, a partire dall'entrata in vigore della Costituzione e sino ai nostri giorni, si è trovato a dover fronteggiare. Un tanto, dapprima privilegiando un approccio ispirato al modello della continuità e, successivamente, a quello della separazione, a causa dell'espansione dei compiti dello Stato, del passaggio a sistemi elettorali maggioritari e dell'esigenza di rispondere all'imposizione di vincoli all'aumento del debito pubblico. In tal senso, è parso convincente il tentativo di chi ha cercato di ricostruire il rapporto tra le due sfere dell'esecutivo non in termini netti di separazione o continuità, bensì secondo un principio detto di distinzione, della quale l'ordinamento avrebbe accentuato prima il versante "funzionale" e, poi, su quello "strutturale"⁷²³.

Nella prima declinazione, vigente in Italia sino alle riforme degli anni Novanta, il principio di distinzione opera su un piano meramente funzionale, in capo agli organi politici, a seconda che essi operino quali organi politici nell'esercizio di funzioni di governo o quali soggetti amministrativi. Gli organi politici, oltre alle funzioni di indirizzo, direzione e controllo sull'andamento dell'Amministrazione, sono direttamente titolari anche di funzioni amministrative puntuali, volte all'adozione di atti produttivi di effetti, mentre gli organi amministrativi, gerarchicamente dipendenti dai primi, sono preposti allo svolgimento di compiti istruttori, preparatori e di proposta e solo a volte, in casi espressamente previsti, titolari essi stessi di competenze in ordine all'adozione di atti produttivi di effetti.

Indubbiato del mancato rispetto del principio di imparzialità dell'Amministrazione, il principio di distinzione funzionale ha ceduto il passo, all'inizio degli anni Novanta, alla sua declinazione strutturale. Con normativa di carattere generale è stata quindi

⁷²² C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione*, cit., 39 sg.

⁷²³ V. CERULLI IRELLI, *Costituzione, politica, amministrazione*, cit., 19 sgg.

trasferita la titolarità di tutte le funzioni amministrative c.d. di attuazione e gestione in capo ai dirigenti, laddove gli organi politici sono rimasti titolari, oltre che delle funzioni prettamente politiche o di governo, anche di quelle amministrative relative all'adozione di atti di indirizzo, di programmazione e di atti amministrativi generali, nonché della normazione mediante atti regolamentari⁷²⁴. Ciò con l'intento di valorizzare il canone di imparzialità di cui all'art. 97, comma 2, Cost., il quale impone, di norma, il distacco dalla titolarità politica di ogni funzione amministrativa puntuale, al fine di fugarne ogni sospetto e ogni rischio di parzialità nell'esercizio⁷²⁵.

In questa distinzione di competenze si sono evidenziati alcuni nodi problematici, riconducibili alla già menzionata necessità di garantire, da un lato, che l'Amministrazione, in una certa misura, risponda al potere politico, dal quale trae fonte e legittimazione; d'altro lato, però, che la politica risponda all'amministrazione: l'art. 95 Cost., pur correttamente interpretato alla luce dell'art. 97 Cost., impone infatti che sia garantita la responsabilità dei ministri (anche ove intesa come mera responsabilità politica) per l'attività amministrativa svolta dai propri dicasteri.

Sul punto, si deve ritenere che la riflessione in ordine alla distinzione tra politica e amministrazione abbia rinverdito ulteriormente la questione relativa all'individuazione e all'efficacia degli strumenti di attuazione dell'indirizzo, nella misura in cui fra questi possano ricomprendersi anche i poteri riservati alla politica nei confronti dell'amministrazione (*recte*: agli organi politici nei confronti degli uffici amministrativi e dell'attività di questi). Questo problema è a sua volta connesso a quello dell'equilibrio tra due esigenze contrapposte: anzitutto, quella di assicurare la distinzione delle competenze e delle responsabilità tra organi politici e uffici amministrativi, evitando sia la tecnicizzazione della politica, sia la politicizzazione della burocrazia e dei pubblici funzionari; in secondo luogo, mantenere in capo agli

⁷²⁴ Segnatamente: l'art. 3 del d.lgs. n. 29 del 1993; l'art. 3 del d.lgs. n. 80 del 1998; l'art. 107 del d.lgs. n. 267 del 2000; gli artt. 4 e 14 del d.lgs. n. 165 del 2001.

⁷²⁵ V. CERULLI IRELLI, *Costituzione, politica, amministrazione*, cit., 21 sgg.

organi politici la direzione dell'Amministrazione ed evitare che quest'ultima si trasformi in una "burocrazia acefala e irresponsabile"⁷²⁶.

Se visto attraverso le lenti dell'organizzazione amministrativa, il problema concernente lo strumentario a disposizione del Governo per l'attuazione dell'indirizzo politico si traduce allora, in primo luogo, nell'identificazione dei poteri di supremazia degli organi politici nella gestione dei rapporti d'ufficio di alcuni tipi di funzionari e segnatamente dei vertici burocratici, cui sono affidate le principali responsabilità amministrative: si è parlato, in tal senso, di "funzione organizzatrice" del Governo nei confronti della pubblica Amministrazione⁷²⁷. La nomina dei titolari di determinati uffici, la valutazione delle prestazioni al fine della loro permanenza in carica e la condivisione della medesima progettualità di intenti con gli organi politici rappresentano, infatti, strumenti essenziali per garantire il buon andamento dell'Amministrazione e assicurare che la sua attività si svolga in conformità agli indirizzi impartiti, ciò che li rende la proiezione soggettiva della funzione di indirizzo politico, tanto più importanti nel modello della "distinzione strutturale". Quest'ultimo, infatti, pur assumendo a regola generale la rigida delimitazione delle competenze tra sfera politica e sfera amministrativa, è comunque tenuto a garantire la rispondenza dei risultati della seconda ai fini prefissati dalla prima.

A tale scopo adempiono, anzitutto, i c.d. uffici di diretta collaborazione degli organi politici, vera e propria personificazione della "continua tensione tra le attribuzioni di carattere politico e quelle di carattere amministrativo"⁷²⁸ ed eccezione soggettiva sia alla regola dello svolgimento di compiti di tipo gestionale-amministrativo da parte degli uffici dell'Amministrazione, sia a quella della selezione degli impiegati di questa per concorso, il che ne rende legittima, a giudizio della Corte costituzionale, la decadenza automatica dall'incarico in caso di mancata riconferma al momento dell'insediamento del nuovo esecutivo⁷²⁹. È il legame fiduciario a segnare la differenza

⁷²⁶ Così L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., 10.

⁷²⁷ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 126 sgg.

⁷²⁸ M. MACCHIA, *Le strutture di raccordo*, cit., 164 sg.

⁷²⁹ Cfr. sent. Corte cost. n. 304 del 2010.

tra uffici di *staff* e apparato amministrativo, che fa sì anche che i primi svolgano le loro funzioni sotto la piena responsabilità dell'organo politico⁷³⁰.

È venuta in rilievo, poi, la figura del dirigente, ritenuta in dottrina l'anello di congiunzione tra politica e amministrazione⁷³¹ e la cui disciplina ha subito, nel corso del tempo, lente ma significative modificazioni. Sostanzialmente considerati, ancora all'inizio degli anni Novanta, in posizione di subordinazione gerarchica nei confronti dell'organo politico⁷³², se ne sono progressivamente affrancati in virtù del menzionato *revirement* ordinamentale, in senso strutturale, del principio di distinzione, cui si è accompagnata la privatizzazione del relativo rapporto di lavoro⁷³³: fattori, questi, che hanno incentivato la responsabilizzazione e la mobilità del dirigente e dato nuovo impulso alle interazioni tra queste e gli organi di governo. Strettamente legata alla figura dirigenziale è la *querelle*, posta dalla dottrina, in ordine al carattere normativo del d.lgs. n. 165 del 2001, e risolta dall'ord. Corte cost. n. 11 del 2002, seppur *incidenter tantum*, in senso affermativo⁷³⁴.

La disciplina della dirigenza è stata successivamente oggetto di continue oscillazioni, che talvolta ne hanno accentuato la condizione di dipendenza rispetto agli organi politici (come nel caso della l. n. 145 del 2002, che ha modificato, quanto alla durata e al contenuto, la disciplina relativa agli incarichi dirigenziali)⁷³⁵, talaltra, invece, la loro autonomia (come nel caso del d.lgs. n. 150 del 2009, che ha introdotto, per i dirigenti, il ciclo della valutazione della *performance*). Si è visto che i recenti tentativi di riforma della dirigenza, volti a dare nuova linfa al criterio di distinzione strutturale (a volte, come nel caso del d.d.l. Bongiorno, espressamente menzionato tra i principi e criteri direttivi ispiratori della riforma), non hanno avuto seguito, per fatto

⁷³⁰ E. CATELANI, *Struttura del governo: l'organizzazione dei ministeri*, cit., 143 sgg.

⁷³¹ G. MELIS, *La dirigenza pubblica in Italia*, cit., 95 sgg.

⁷³² C. COLAPIETRO, *Dirigenti pubblici*, cit., par. 1.

⁷³³ Su cui v. *supra*, cap. III, par. 2.1. sgg.

⁷³⁴ Sul punto v. N. LUPO, *L'estensione della contrattualizzazione ai dirigenti generali supera il vaglio della Corte costituzionale*, cit., 86 sg.

⁷³⁵ V. *supra*, cap. III, par. 2.3. sgg.

del Giudice delle leggi (è il caso della sent. n. 251 del 2016, che ha “travolto”⁷³⁶, tra le disposizioni della legge delega tacciate di incostituzionalità, anche quelle relative alla riforma della disciplina in esame) o dello stesso legislatore (è il caso del d.d.l. Bongiorno, “parcheggiato” in Commissione Lavoro al Senato e il cui *iter*, condannato a un “limbo incerto” dal “repentino cambio di maggioranza”⁷³⁷, è fermo al 30 luglio 2019).

Da ultimo, rilevano all’interno dell’organizzazione amministrativa i meccanismi di *spoils system*, nati nell’esperienza nordamericana del diciottesimo secolo e che prevedono, in via generale, la temporaneità degli incarichi di vertice e la loro cessazione automatica conseguente al mutare del partito di governo. In particolare, è a partire dalle riforme del 1998 che nell’Amministrazione si fa più marcato il nesso fiduciario tra politica e vertici amministrativi; sintomo ne è l’introduzione del meccanismo di “*spoils system* all’italiana”, prima di allora solo marginalmente conosciuto nel nostro ordinamento. Diversamente dalla versione originale “anglosassone”, infatti, la copia italiana dello *spoils system* attiene all’incarico, cioè alla preposizione all’ufficio, e non anche al rapporto di lavoro sottostante, che viceversa è stabile, a eccezione dei casi conferiti a soggetti esterni, ossia al di fuori del ruolo dirigenziale. Sul punto, si deve ritenere che la declinazione italiana del sistema delle spoglie si pone in linea di continuità con i precedenti interventi normativi volti a condizionare, direttamente o indirettamente, l’operato dei vertici burocratici al gradimento degli organi politici: l’introduzione di figure di snodo tra attività di indirizzo politico e gestione amministrativa, la scissione tra rapporto di ufficio e rapporto di servizio e la previsione del conferimento di incarichi a tempo determinato⁷³⁸.

Inizialmente previsto per i soli dirigenti apicali di ciascuna Amministrazione, si è potuto osservare che lo strumento dello *spoils system* ha successivamente conosciuto forme più ampie, rendendo più precario l’incarico dirigenziale e più stringente lo

⁷³⁶ R. BIFULCO, *L’onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, cit., 6.

⁷³⁷ C.M. SISMONDI, *Dirigenza pubblica: un cantiere ancora aperto*, cit., 1 sg.

⁷³⁸ S. BATTINI, *L’invasione degli apicali*, cit., 269 sgg., *sub nota* 2.

stesso rapporto tra vertici politici e apparato burocratico⁷³⁹. Ne è conseguito un ampio contenzioso in sede giurisdizionale, nel quale il Giudice delle leggi, con distinte pronunce, ha dapprima condiviso le scelte del legislatore⁷⁴⁰ e in un secondo momento limitato la portata dell'istituto alle sole ipotesi in cui i meccanismi di decadenza automatica coinvolgano incarichi dirigenziali la cui nomina spetta al vertice politico, in virtù dello stretto rapporto fiduciario tra autorità nominante e soggetto nominato⁷⁴¹. Ora, se volessimo tracciare una sintesi del panorama normativo attuale in tema di *spoils system*, esso, giusta l'art. 19, comma 8, del d.lgs. n. 165 del 2001, anche a seguito della copiosa giurisprudenza costituzionale maturata in relazione alla natura fiduciaria dei rapporti e all'esigenza di garantire il buon andamento dell'Amministrazione, può dirsi limitato ai soli incarichi di Segretario Generale, Capo Dipartimento ed equivalenti, nei soli confronti dei quali è ammessa la cessazione automatica della funzione dirigenziale, una volta trascorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo⁷⁴².

L'analisi della distinzione strutturale delle competenze ha rappresentato l'occasione per spostare lo sguardo dai soggetti che esercitano attività d'indirizzo agli atti che di questa sono espressione. Sul punto, si è ritenuto che il problematico rapporto tra Governo e Amministrazione, cui la dottrina si è dedicata a partire dagli anni Trenta ed è tornata a soffermarsi più di recente, è venuto in realtà a innestarsi su quello, di origini più risalenti, tra amministrazione e giurisdizione. Quest'ultimo, il cui terreno storico di sviluppo è rappresentato dal diritto amministrativo processuale, ha rappresentato l'occasione per la nascita del concetto di atto politico, volto a individuare l'area degli

⁷³⁹ Sulla distinzione tra *spoils system* c.d. "a regime" e *spoils system* c.d. "una tantum" v. *supra*, cap. III, par. 3.1.

⁷⁴⁰ Cfr. Corte cost., ord. n. 11 del 2002 e sent. n. 233 del 2006.

⁷⁴¹ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 103 e 104 del 2007, 161 del 2008, 81 del 2010, 124 e 246 del 2011; v. anche le successive sentt. nn. 304 del 2010, che ha dichiarato costituzionalmente legittima la norma per cui, nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione con il Ministro, si prevede che per gli incarichi dirigenziali abbia luogo un'interruzione automatica del rapporto di ufficio ancora in corso, ove non confermati entro trenta giorni dal giuramento del nuovo Ministro, e n. 23 del 2019, la quale, tenendo conto della peculiarità delle funzioni del Segretario comunale, ha dichiarato costituzionalmente legittima la previsione della sua decadenza alla cessazione del mandato del Sindaco.

⁷⁴² Cfr. S. NERI, *La politica dell'amministrazione*, cit., 106.

atti adottati dal Governo nell'esercizio del potere politico non soggetti al sindacato giurisdizionale⁷⁴³.

Fra le diverse ricostruzioni che hanno tentato di offrire un inquadramento unitario alla categoria dell'atto politico, al fine di circoscrivere il limite posto al sindacato del giudice amministrativo dall'art. 31 T.U. Cons. Stato, prima, e dall'art. 7, comma 1, secondo periodo, cod. proc. amm., poi, si distinguono quelle del secondo dopoguerra, che negano la natura amministrativa dell'atto politico⁷⁴⁴ e lo riconducono, rispettivamente, all'atto di governo⁷⁴⁵ e all'atto costituzionale libero nel fine⁷⁴⁶. Esse, a parere di chi scrive, hanno il merito di aver spostato l'indagine nel contesto della forma di governo, così elevando l'atto politico a problema di diritto costituzionale sostanziale; la seconda, in particolare, è arrivata a riconoscere un vincolo di interdipendenza necessaria tra atto politico e funzione d'indirizzo, così restituendo significato allo stesso studio sull'atto politico⁷⁴⁷.

Seguendo questa pista di riflessione, si è ritenuto che l'atto politico, nato quale atto amministrativo insindacabile, mutato in atto costituzionale libero nel fine, ancoraggio della funzione di indirizzo degli organi di governo, rappresenti in realtà solo una quota – quand'anche la più significativa, in ragione del profilo della sua (in)sindacabilità – degli atti adottati nell'esercizio di tale funzione, giuridicamente riconoscibili, in tesi, per il loro contenuto normativo o amministrativo. Si è posto allora il duplice problema dell'individuazione degli atti, normativi e amministrativi, espressione dell'attività di indirizzo e della loro sindacabilità.

Sul punto, a partire dalla correlazione tra mutamento del Governo da braccio esecutivo a comitato direttivo e riallocazione del centro di produzione normativa⁷⁴⁸, vi è chi condivisibilmente ha ritenuto che la riflessione sui fattori che hanno spostato il

⁷⁴³ E. CHELI, *Atto politico*, cit. 4.

⁷⁴⁴ Così invece E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 265 sgg.

⁷⁴⁵ G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Atto politico e atto di governo*, cit., 1.

⁷⁴⁶ E. CHELI, *Atto politico*, cit., 181.

⁷⁴⁷ *Ibidem*.

⁷⁴⁸ A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, cit., 37 sgg.; B. CARAVITA – M. LUCIANI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: note e materiali*, cit., 263 sgg.

baricentro della forma di governo non abbia preso adeguatamente in considerazione il nesso di strumentalità esistente tra attività di indirizzo ed esercizio di poteri normativi. Se l'elaborazione di atti normativi costituisce una delle principali manifestazioni formali della funzione di indirizzo; se chi ha il potere di governare, ossia di individuare i fini e gli obiettivi da realizzare, necessita di quello di legiferare; se tutto ciò è vero, ne discende che attività di governo e attività legislativa sono unite da una relazione di proporzionalità diretta e che nelle forme di governo parlamentare la centralità del Governo o del Parlamento nella quotidianità politica è sempre accompagnata dalla crescita dell'uso dei relativi poteri legislativi⁷⁴⁹. Ciò che, del resto, collima con il superamento dell'assunto di tradizione liberale, secondo cui la necessaria contrapposizione tra funzione di governo e funzione legislativa, derivante da quella tra i centri di potere politico (Monarca e Popolo), faceva della legge l'"espressione della volontà generale", assunto che perde validità nel momento in cui la base del potere sovrano viene a unificarsi nel Popolo. Attraverso il partito (o i partiti) di maggioranza, ha luogo, nel circuito delle competenze costituzionali, una saldatura tra Parlamento e Governo che prelude a una sovrapposizione tra attività di governo e attività legislativa e che fa di quest'ultima non il limite, ma lo strumento dell'indirizzo politico.

Se le premesse ora descritte sono corrette, a porre problemi d'ordine costituzionale, più che il *quantum* dell'uso della potestà normativa da parte del Governo, è allora il *quomodo*, ossia la necessità che il Governo, nell'utilizzo dei poteri normativi istituzionalmente spettantigli, rispetti i vincoli procedurali e di contenuto che la Costituzione gli impone. Sul punto, si è evidenziata da più parti la debolezza strutturale del Governo "in" Parlamento, ragion per cui l'esecutivo è incentivato alla "fuga dalla legge" e preferisce esprimere la normazione tramite atti aventi forza di legge o natura regolamentare, nei casi in cui non riesce a esercitare, in via di fatto, poteri di influenza e di condizionamento dei tempi e dei contenuti del procedimento legislativo⁷⁵⁰. Alla fuga dalla legge, peraltro, si accompagna alla stessa maniera la "fuga dal

⁷⁴⁹ M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 84.

⁷⁵⁰ Da ultimo v. N. LUPO, *Sulla (complessa) crescita del ruolo normativo del Governo e sulle difficoltà della funzione legislativa*, cit., 7.

regolamento”⁷⁵¹, che conduce il Governo all’adozione di “decreti aventi natura non regolamentare” e la cui “non regolamentarità” è funzionale a evitare le conseguenze previste per i normali provvedimenti regolamentari in termini di regime, di controlli e di pubblicità: ciò da cui discende, sul piano del contenuto degli atti governativi, l’assottigliarsi del confine tra natura normativa e natura amministrativa, sul quale più volte hanno tentato di fare chiarezza sia il giudice costituzionale, sia quello amministrativo⁷⁵².

Nonostante la letteratura sull’atto politico, a partire dal rapporto tra amministrazione e funzione giurisdizionale, abbia progressivamente convogliato il proprio interesse su quello, poc’anzi accennato, tra normazione e amministrazione, è però ancora attorno alla dicotomia tra amministrazione e giurisdizione che si sono registrati i più recenti contributi scientifici in proposito. Con la conseguenza che i problemi derivanti dalla qualificazione “politica” di un atto tendono tuttora a porsi a proposito della sindacabilità o meno del medesimo innanzi un giudice più che nei termini del rapporto tra funzione d’indirizzo e contenuto normativo o amministrativo dell’atto.

Come si è cercato di evidenziare nel corso del lavoro, si tratta, in realtà, di un paradosso solo apparente, se si considerano due dati, l’uno positivo, l’altro di sistema.

In primo luogo, il mutato contesto costituzionale evidenzia la centralità della funzione giurisdizionale quale momento di “chiusura” del sistema e l’importanza di una tutela effettiva *anche* nei confronti della pubblica Amministrazione, affermando, all’art. 113 Cost., il principio della generale sindacabilità di tutti gli atti di quest’ultima⁷⁵³.

In secondo luogo, secondo l’impostazione che appare più convincente, in un ordinamento di *civil law*, retto dal principio (ancorché tendenziale, come si è visto) di divisione dei poteri, è soprattutto alla funzione giurisdizionale che è affidata una missione sistemica di certezza del diritto, essendo questa il riflesso oggettivo della

⁷⁵¹ V. F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge*, cit., 39.

⁷⁵² V. *supra*, cap. IV, par. 4.3.

⁷⁵³ Così *ex multis* v. A. LOLLO, *Atto politico e Costituzione*, cit., 75 sgg., 136 sgg.

finalità, individuale e soggettiva, di “soddisfazione della parte vittoriosa” del processo⁷⁵⁴.

Pertanto, la distinzione degli atti politici rispetto agli atti c.d. di “alta amministrazione” è quella su cui si sono maggiormente appuntate le recenti indagini in tema di atto politico, in considerazione del fatto che, come si vedrà, i secondi, pur promananti dall’organo politico, sono, a differenza dei primi, soggetti al sindacato giurisdizionale e dell’esigenza del giudice di delimitare l’ambito della propria giurisdizione.

Come si è avuto modo di osservare, a seguito dell’avvento della Costituzione, la giurisprudenza sembra aver progressivamente abbandonato la teoria del “movente politico” e quella della “causa oggettiva”: in particolare, il richiamo alla nozione di atto politico sembra rivelarsi vano tutte le volte in cui, nell’ordinamento, sia possibile rinvenire un parametro di legittimità in base al quale sindacare un atto autoritativo.

Inizialmente, facendo leva sulla nozione di “alta amministrazione” e, in seguito, sulla sindacabilità di atti politici lesivi, la giurisprudenza amministrativa, confermata da quella costituzionale, ha esteso il sindacato di legittimità ad atti precedentemente ritenuti insindacabili *ex artt. 31 T.U. Cons. Stato, prima, e 7, comma 1, secondo periodo, cod. proc. amm., poi*. L’esito del giudizio, infatti, deve ritenersi sempre più condizionato all’applicazione dei principi generali del processo e, in particolare, al difetto di interesse a ricorrere, più che dalla nozione positiva di atto politico.

Gli artt. 24 e 113 Cost., che garantiscono il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva avverso gli atti della pubblica Amministrazione, ripudiano l’ipotesi che possano aversi “vuoti di tutela giurisdizionale” che non siano giustificati dalla necessità di rispettare il merito delle decisioni politiche. Quest’ultima, però, appare ormai subordinata alla presenza di una libertà di scelta in capo all’organo politico, insindacabile dal giudice alla sola condizione che la discrezionalità non trasmodi in

⁷⁵⁴ Cfr. M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, 27, 33 sg.

una violazione dei parametri legali, di modo tale che non tutto ciò che attiene alla politica è di per sé immune dal sindacato giurisdizionale.

Sul punto, non sembrano lasciar àdito a dubbi le statuizioni della Corte costituzionale, a tenor della quale *“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”*. Per cui *“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”*⁷⁵⁵.

Il vero argomento a sostegno dell’insindacabilità, dunque, sembra sempre più ravvisabile nella mancanza di parametri sulla base dei quali il giudice possa scrutinare gli atti di pubblico potere a lui sottoposti. Da cui discende che in tanto è possibile un sindacato giurisdizionale, in quanto vi siano dei parametri legali che fondano, circoscrivendola, l’ambito di discrezionalità riconosciuta agli organi politici.

Non va peraltro sottaciuto che tale argomentazione, spesa dal giudice costituzionale in materie di politica interna (inerenti, nei casi di specie, la discrezionalità politica del Presidente della Giunta regionale nella nomina degli assessori⁷⁵⁶ e quella del Presidente del Consiglio dei Ministri nell’avviare o meno le trattative volte alla stipula di intese con le confessioni religiose⁷⁵⁷), trova una sponda nella più recente giurisprudenza amministrativa, nella misura in cui il Consiglio di Stato ha addirittura esteso il proprio sindacato a materie che tradizionalmente ne sono escluse, come la politica estera e l’ambito delle relazioni internazionali del Governo⁷⁵⁸.

⁷⁵⁵ Così la sent. Corte cost. n. 81 del 2012.

⁷⁵⁶ Così ancora la sent. Corte cost. n. 81 del 2012.

⁷⁵⁷ Così la sent. Corte cost. n. 52 del 2016.

⁷⁵⁸ Così Cons. Stato, Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 808; Sez. V, 9 gennaio 2017, n. 16; Sez. I, par. 4 settembre 2019, n. 2483, affare n. 1925/2018.

Da quanto sinora illustrato si può evincere la “evidente crisi”⁷⁵⁹ cui sta andando incontro la categoria dell’atto politico, il cui senso, dovuto anche alla natura flessibile dello Statuto albertino⁷⁶⁰, era quello di scongiurare il rischio di intrusione del giudice amministrativo nelle questioni relative alle attribuzioni di ordine politico-costituzionale. Attribuzioni il cui scrutinio, se da un canto continua a essere precluso al giudice amministrativo, d’altro canto non lo è alla Corte costituzionale, la quale, nelle forme e nei limiti in cui lo consente il modello di giustizia costituzionale, è istituzionalmente volta a dirimere i conflitti tra enti e tra organi costituzionali.

⁷⁵⁹ Così testualmente M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 117 (v. anche, *ivi*, sub nota 45).

⁷⁶⁰ M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, cit., 99 sgg.

BIBLIOGRAFIA

U. ADAMO, *Il principio di pari opportunità in ambito politico fra legislatori statali (reticenti) e legislatori regionali (indecisi), fra previsioni internazionali e sovranazionali (promozionali), fra giurisprudenza costituzionale e amministrativa (entrambe incisive). Un bilancio di una tutela sempre più multilevel*, in *Federalismi.it*, n. 22/2013, 1 sgg.

R. ALESSI, *La giurisdizione amministrativa dopo l'istituzione dei tribunali amministrativi regionali*, Milano, Giuffrè, 1972.

U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996.

G. AMATO, *La funzione di governo oggi. Relazione Generale (ricordando Alberto Predieri)*, in AA.VV., *Il Governo. Annuario 2001 dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, Padova, Cedam, 2002, 259 sgg.

E. BALBONI, *La funzione di governo oggi*, in AA.VV., *Il Governo. Annuario 2001 dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, cit., 269 sgg.

S. BARBARESCHI, *La Riforma Madia "a pezzi": tra proceduralizzazione e interventi degli organi costituzionali. Il punto della questione*, in *Federalismi.it*, n. 20/2017, specialmente 16 sgg.

ID., L.A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione "fuori contesto": considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, con postilla di B. Caravita, in *Federalismi.it*, 4 novembre 2020.

P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1958, 297 sgg.

ID., *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1959, 220 sgg.

- F. BASSANINI, *Indirizzo politico, imparzialità della P.A. e autonomia della dirigenza. Principi costituzionali e disciplina legislativa*, in *Nuova Rassegna*, 2008, 2257 sgg.
- S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 1/2012, 39 sgg.
- ID., *Le norme sul personale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2015, 645 sgg.
- ID., *L'invasione degli apicali: la Corte costituzionale riabilita lo spoils system*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2019, 269 sgg.
- G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968.
- R. BIFULCO, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 3/2017.
- F. BILANCIA, *Ancora sull'“atto politico” e sulla pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012.
- R. BIN, *La scarsa neutralità dei neologismi. Riflessioni attorno a soft law e a governance*, in AA.VV., *Per il 70° compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà*, a cura di L. Desanti, P. Ferretti, A.D. Manfredini, Milano, Giuffrè, 2009, 19 sgg.
- ID., G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2015.
- ID., *Halloween! Il Caso Diciotti e il fantasma dell'atto politico*, in *laCostituzione.info*, 1° novembre 2018.
- ID., *Ancora sul caso Diciotti: ma qualcuno ha letto ciò che ha scritto il Tribunale dei ministri?*, in *laCostituzione.info*, 13 febbraio 2019.
- F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge. Tendenze e prospettive dell'attuazione delle fonti primarie tra Governo e Parlamento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.
- F. BLANDO, *Fine dell'atto politico?*, in *Nuove aut.*, 2015, 81 sgg.

- G. BOGNETTI, *Poteri (divisione dei)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. XI, Torino, Utet, 1996, 372 sgg.
- T. BONAZZI, *Spoglie, sistema delle*, in AA.VV., *Dizionario di politica*, a cura di N. Bobbio, N. Matteucci e G. Pasquino, Torino, Utet, 2016, 921 sg.
- L. BUSCEMA, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014, 10 sg.
- P.A. CAPOTOSTI, *Accordi di governo e Presidente del Consiglio dei Ministri*, Milano, Giuffrè, 1975.
- ID., *Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, 133 sgg.
- V. CAPUOZZO, *L'“atto politico” davanti alla Corte costituzionale: la tensione tra funzione d'indirizzo politico e diritto d'accesso al giudice nella sent. 10 marzo 2016, n. 52*, in *Diritti fondamentali*, n. 2/2018.
- B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, Cedam, 1984.
- ID. – M. LUCIANI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: note e materiali*, in *Pol. dir.*, n. 2/1986, 263 sgg.
- ID., *L'ammissibilità della sfiducia individuale: il parlamentarismo maggioritario è ancora più lontano*, in *Ideazione*, n. 1/1996, ora in B. CARAVITA, A. CHIAPPETTI, C. CHIOLA, *Lecture di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 1998, 97 sgg.
- P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, Giappichelli, 2017.
- R. CARIDÀ, *Principi costituzionali e pubblica amministrazione*, in *Consulta Online*, 7 agosto 2013.

- F. CARINCI, *Il mancato testo unico del pubblico impiego*, in *Giornale Dir. Amm.*, n. 11/2001, 1178 sgg.
- L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, Cedam, 1966.
- ID., *Amministrazione e potere politico*, Padova, Cedam, 1974.
- ID., *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 605 sgg.
- ID., *Politica e amministrazione nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Indirizzo politico e Costituzione. A quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines – Giornate di Studio, Messina, 4-5 ottobre 1996*, a cura di M. Ainis, A. Ruggeri, G. Silvestri e L. Ventura, Milano, Giuffrè, 1998, 67 sgg.
- P. CARROZZA, *Governo e amministrazione*, in AA.VV., *Diritto costituzionale comparato*, a cura di P. Carrozza, A. Di Giovine e G.F. Ferrari, Roma-Bari, Laterza, 2014.
- M. CARTABIA, *Governo*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Vol. III, Milano, 2006, 2824 sgg.
- ID., *Legislazione e funzione di Governo*, in *Riv. dir. cost.*, n. 11/2006, 50 sgg.
- ID., *Il Governo "signore delle fonti?"*, in AA.VV. *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella, Torino, Giappichelli, 2011, IX sgg.
- V. CARUSI, *Art. 97*, in AA.VV., *Commentario breve della Costituzione*, a cura di V. Crisafulli e L. Paladin, Padova, Cedam, 1990, 611 sgg.
- E. CASETTA, *Attività amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. II, Torino, 1987, ed. inf.
- ID., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012.

S. CASSESE, *La dirigenza pubblica in Italia*, in *Regione e governo locale*, n. 4/1990, 493 sgg., ora in *Istituzioni del Federalismo*, Quaderno n. 2/2010, 217 sgg.

ID., *La “vecchia” costituzione economica: i rapporti tra Stato ed economia dall’Unità ad oggi*, in AA.VV., *La nuova costituzione economica*, a cura di S. Cassese, Bari, Laterza, 2012, 7 sgg.

L. CASSETTI, *L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell’accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, in *Federalismi.it*, n. 14/2018.

E. CATELANI, *Criteri di individuazione, caratteristiche ed efficacia delle direttive interorganiche*, in AA.VV., *Norme secondarie e direzione dell’amministrazione*, a cura di U. De Siervo, Bologna, Il Mulino, 1992, 53 sgg.

ID., *Struttura del governo: l’organizzazione dei ministeri*, in AA.VV., *Indirizzo politico e collegialità del Governo: miti e realtà nel governo parlamentare*, a cura di S. Merlini, Torino, Giappichelli, 2011, 143 sgg.

G. CERRINA FERONI, *La sindacabilità giudiziaria dell’atto politico. Un’aberrazione costituzionale*, in *laCostituzione.info*, 7 febbraio 2019.

V. CERULLI IRELLI, *La funzione amministrativa tra politica e amministrazione*, in *Sintesi dialettica per l’identità democratica*, 24 aprile 2008, par. 5.

ID., *Politica e amministrazione tra atti “politici” e atti “di alta amministrazione”*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2009, 109 sgg.

ID., *L’amministrazione e il potere politico (principi e problemi)*, in V. CERULLI IRELLI, D. COLAROSSO, *L’amministrazione e il potere politico (ordinamenti a confronto)*, Torino, Giappichelli, 2018, 22 sgg.

ID., *Costituzione, politica, amministrazione*, in ID., *L’amministrazione “costituzionalizzata” e il diritto pubblico della proprietà e dell’impresa*, Torino, Giappichelli, 2019.

- ID., *Amministrazione, giurisdizione, legislazione (brevi spunti sui rapporti tra funzioni di governo)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, n. 10/2019, 649 sgg.
- A. CELOTTO, *L'abuso del decreto legge*, Padova, Cedam, 1997
- E. CHELI, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 463 sgg
- E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961.
- R. CHIEPPA, *Una inammissibilità di ricorso per conflitto di attribuzione rivestita da una opportuna motivazione sugli stretti limiti della discrezionalità politica non soggetta ad alcun sindacato giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 2012, 1158 sgg.
- A. CIANCIO, *L'autorizzazione a procedere per i reati ministeriali: alcune puntualizzazioni a seguito del caso della nave "Diciotti"*, in *Federalismi.it*, n. 16/2019.
- P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Napoli, Liguori, 1988.
- ID., *Art. 95*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna, Zanichelli, 1994, 321 sgg.
- F. CINTIOLI, *A proposito dei decreti ministeriali "non aventi natura regolamentare"*, in *Quad. cost.*, 2003, 820 sgg.
- I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Napoli, Jovene, 2018.
- Y.M. CITINO, *Considerazioni sull'indirizzo politico in occasione della ripubblicazione del saggio di Vezio Crisafulli*, in *Nomos*, n. 2/2016.
- M. CLARICH, *Indipendenza e autonomia delle autorità*, in www.astrid-online.it, 2013.
- ID., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2017.
- C. COLAPIETRO, *Dirigenti pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. V, Torino, 1990, 119 sgg.

ID., *La “controriforma” del rapporto di lavoro della dirigenza pubblica*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 4-5/2002.

ID., *Governo*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2007.

ID., *Politica e amministrazione. Riflessioni a margine di un rapporto controverso*, in *Federalismi.it*, n. 10/2012.

ID., *Il Governo e la pubblica Amministrazione*, in AA.VV., *Diritto pubblico*, a cura di F. Modugno, Torino, Giappichelli, 2019, 413 sgg.

B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, Paris, Librairie de Guillaumin et Cie, 1872.

CORTE DEI CONTI, *Relazione sul rendiconto generale dello Stato per l'esercizio finanziario 2008*, Roma, 2009.

G. CORSO - G. FARES, *Quale spoil system dopo la sentenza 103 della Corte costituzionale?*, in *Giustamm.it.*, ora in *Consulta Online*, n. 1/2007.

(La) *Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Voll. I-VIII, Roma, Camera dei Deputati – Segretariato generale, 1970-1971.

V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi Urbinati*, nn. 1-2-3-4/1939.

ID., *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, in *Scritti in memoria di Luigi Cosattini*, Trieste, Università di Trieste, 1948, ora in ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, 27 sgg.

ID., *Le norme “programmatiche” della Costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, Giuffrè, 1952 ora in ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 51 sgg.

ID., *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, Vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, 238 sgg.

- ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, Vol. II, Padova, Cedam, 1984, 422 sgg.
- G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, Cedam, 1973.
- S. CURRERI, *L'atto politico è sempre insindacabile?*, in *laCostituzione.info*, 9 febbraio 2019.
- G. D'AMICO, *La sentenza sulla legge Madia, una decisione (forse) troppo innovatrice*, in *Questione Giustizia*, 23 gennaio 2017.
- M. D'AMICO, *La lunga strada della parità fra fatti, norme e principi giurisprudenziali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013, 1 sgg.
- A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2006.
- ID., *Diritto regionale*, Torino, Giappichelli, 2010.
- R. DAGHINI, M. MERZAGORA, *Vettore*, in AA.VV., *Enciclopedia delle Scienze Garzanti*, Vol. X, Scienze, Milano, Garzanti, 2006, 1557.
- C. DE FIORES, *Corte, legislatore e indirizzo politico*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processi di decisione politica. Atti del seminario di Otranto – Lecce svoltosi il 4-5 giugno 2004*, a cura di V. Tondi della Mura, M. Carducci e R.G. Rodio, Torino, Giappichelli, 2005, 181 sgg.
- L. DE LUCIA, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo italiano nella crisi economica e istituzionale*, in *Politica del diritto*, n. 1/2019, 3 sgg.
- G. DE GIORGI CEZZI, *Aboliamo l'art. 7 comma 1 del Codice del processo amministrativo? Limiti e autolimiti del giudice amministrativo e sostenibilità dei procedimenti di generazione delle conoscenze in ordine ai fatti. I casi dell'eccesso di potere, dell'atto politico e dei poteri non ancora esercitati*, in *Federalismi.it*, n. 11/2018.
- S. DE GÖTZEN, *Il bilanciamento tra spoils system e principio di distinzione tra politica e amministrazione nella dirigenza regionale*, in *Le Regioni*, n. 5/2007, 848 sgg.

- U. DE SIERVO, *Il complesso universo degli atti normativi secondari del Governo*, in AA.VV., *Norme secondarie e direzione dell'amministrazione*, a cura di U. De Siervo, Bologna, Il Mulino, 1992, 11 sgg.
- A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Vol. I, Padova, 1931.
- C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, consultabile sul sito web istituzionale della Giustizia Amministrativa, 29 aprile 2016.
- G. DI COSIMO, *Storia di un regolamento mai nato. In margine al decreto-legge 24/2003*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 25 aprile 2003.
- ID., *L'indirizzo politico regionale fra legislativo ed esecutivo*, in *Astrid Online*, 2009.
- ID., *Se una legge vale meno di un decreto ministeriale*, in *Le Regioni*, n. 3/2013, 630 sgg.
- ID., *Sul contenuto e sul controllo degli atti normativi*, in *Le Regioni*, n. 4/2014, 837 sgg.
- L. DI DONATO, *Corte costituzionale, 20 luglio 2011, n. 246 – Meccanismo di spoils system "a regime"*, in *Amministrazione in cammino*, 14 maggio 2011.
- F. DI MAURO, *Le norme tecniche e linee guida applicative delle disposizioni in materia di sponsorizzazioni dei beni culturali: i tratti essenziali*, in *Aedon*, n. 3/2012.
- V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2016.
- R. DICKMANN, *L'atto politico questo sconosciuto*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 9 ottobre 2012.
- ID., *La delibera del Consiglio dei ministri di avviare o meno le trattative finalizzate ad una intesa di cui all'art. 8, terzo comma, Cost. è un atto politico insindacabile in sede giurisdizionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 21 marzo 2016.

- M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1985.
- ID., *Indirizzo politico*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. VIII, Torino, UTET, 1993, 252 sg.
- ID., *Costituzione materiale e indirizzo politico*, in A. CATELANI, S. LABRIOLA (a cura di), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano, Giuffrè, 2001.
- C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge. La decretazione d'urgenza come potere discrezionale vincolato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.
- L. ELIA, *Problemi costituzionali dell'amministrazione centrale*, Milano, Giuffrè, 1966, ora in ID, *Studi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2005, 533 sgg.
- ID., *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 634 sgg.
- T. ESCHENBURG, *Bundesrat - Reichsrat - Bundesrat: Verfassungsvorstellungen und Verfassungswirklichkeit*, in AA.VV., *Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft: Beiträge zum fünfundzwanzigjährigen Bestehen des Bundesrates der Bundesrepublik Deutschland*, Bad Honnef, NDV, 1974, 35 sgg.
- C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, 248 sgg.
- ID., *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, Vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, 831 sgg.
- G. FERRARA, *Il Governo di coalizione*, Milano, Giuffrè, 1973.
- ID., *Gli atti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2000.
- G.F. FERRARI, *Pubblico impiego in diritto comparato*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1997, ed. inf.
- S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 659 sgg.

- E. FRAENKEL, *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*, Torino, Einaudi, 1983.
- S. GALEOTTI, *Il potere di decisione (Posizioni di fatto e posizioni di diritto nell'esercizio del potere politico in Italia)*, in *Iustitia*, n. 2/1968, 123 sgg.
- M. GALIZIA, *Fiducia parlamentare*, in *Enc. dir.*, Vol. XVII, Milano, Giuffrè, 1968.
- G.B. GARRONE, *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1987.
- M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, Napoli, Jovene, 2009.
- ID., *Dirigenti pubblici*, in *Dig. disc. pubbl. (I aggiornamento)*, Torino, Utet, 2011.
- A.A. GENNA, *Il Comitato per la legislazione e le anomalie nel sistema delle fonti del diritto: un tentativo di ricostruzione sui decreti governativi e ministeriali "di natura non regolamentare"*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2011.
- M.S. GIANNINI, *Circolare*, in *Enc. dir.*, Vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, 1 sgg.
- ID., *Parlamento e amministrazione*, in AA.VV., *L'amministrazione pubblica in Italia*, a cura di S. Cassese, Bologna, Il Mulino, 1974, 232 sgg.
- ID., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1981.
- T.F. GIUPPONI, *Autonomie territoriali e processi di riforma: le forme associative degli enti locali tra legge statale e legge regionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2008.
- S. GRASSI, *Conflitti costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. II, Torino, Utet, 1989, ed. inf.
- G. GRECO, *I regolamenti amministrativi*, Torino, Giappichelli, 2013.

- G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Atto politico e atto di governo*, in *Enc. giur.*, Vol. IV, Roma, Treccani, 1988, 4.
- ID., *Indirizzo politico*, in *Enc. giur.*, Vol. XVI, Roma, Treccani, 1989, 1 sgg.
- G. GUARINO, *Viaggio all'estero e supplenza del Presidente della Repubblica*, in *Riv. amm.*, n. 109/1958, 305 sgg., anche in AA.VV., *Studi in onore di Emilio Crosa*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1960, 1036.
- ID., *L'organizzazione pubblica – Parte prima*, Milano, Giuffrè, 1977.
- A. GUAZZAROTTI, *L'interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze “gemelle” della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, 1 sgg.
- E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937.
- ID., *Aboliamo l'art. 31?*, in *Foro amm.*, n. 2/1947, 16 sgg.
- K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts des Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller, 1999 (ristampa).
- M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione: una “storia difficile”*, in *Diritti fondamentali*, n. 1/2018.
- F. LANCHESTER, *Effetti della trasformazione dei partiti politici sulla forma di governo*, in AA.VV., *La riflessione scientifica di Piero Alberto Capotosti sulla forma di governo*, a cura di G. Amato e F. Lancaster, in *Nomos*, n. 2/2015.
- C. LAVAGNA, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici tra Capo del Governo e Ministri*, Roma, Edizioni Universitarie, 1942.
- J. LOCKE, *Two treatises on government*, 1690, trad. it. di L. Pareysson, *Due trattati sul governo*, Torino, Utet, 1948.
- A. LOLLO, *Atto politico e Costituzione*, Napoli, Jovene, 2020.

- M. LUCCA, *La natura dell'atto di revoca dell'assessore comunale*, in *LexItalia*, n. 2/2007.
- M. LUCIANI, *Carl Schmitt ed il concetto di "dittatura"*, in *Diritto e Società*, n. 3-4/1975, 545 sgg.
- ID., *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. V, Torino, Utet, 1990, ed. inf.
- ID., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, n. 2/2006, 1643 sgg.
- ID., *Governo (forme di)*, in *Enc. dir. – Annali*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 2009, 538 sgg.
- ID., *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità. Relazione al Convegno "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012"*, *Corte costituzionale*, 22 novembre 2013, consultabile su www.cortecostituzionale.it.
- ID., *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013.
- ID., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014.
- ID., *La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nelle democrazie contemporanee*, in *Teoria politica - Nuova serie. Annali*, V, 2015, 113 sgg.
- ID., *La riforma della Presidenza del Consiglio (e dei Ministeri)*, in *Diritto amministrativo*, n. 3/2016, 253 sgg.
- ID., *Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della Costituzione)*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017.
- ID., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 121 sgg.

- R. LUGARÀ, *Sentenze additive di procedura... legislativa? Il problematico seguito della sent. n. 251 del 2016*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017.
- N. LUPO, *L'estensione della contrattualizzazione ai dirigenti generali supera il vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 1/2002, 86 sg.
- ID., *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del Governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, Il Mulino, 2003.
- ID., *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12/2012, 1209 sgg.
- ID., *La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione*, in *Federalismi.it*, n. 15/2017.
- ID., *Il Governo italiano, settanta anni dopo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, 151 sgg.
- ID., *Sulla (complessiva) crescita del ruolo normativo del Governo e sulle difficoltà della funzione legislativa*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019.
- M. MACCHIA, *Le strutture di raccordo: lo snodo degli uffici di staff*, in AA.VV., *Venti anni di "politica e amministrazione" in Italia*, a cura di L. Casini, IRPA Working Paper – Policy Papers Series, n. 1/2014, 163 sgg.
- M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994.
- A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti tra governo e parlamento*, Milano, Giuffrè, 1973, 196.
- V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarta tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2011.
- G. MARONGIU, *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1969, 616 sgg.

ID., *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Padova, Cedam, 1988.

T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1956, 100 sgg.

ID., *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, Vol. XXI, 1971, 134 sgg.

B.G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2015, 621 sgg.

G. MELIS, *La dirigenza pubblica in Italia: anello (mancante) di congiunzione tra politica e amministrazione*, in *Scienza & Politica*, n. 50/2014, 95 sgg.

F. MERLONI, *Primi incerti tentativi di arginare lo spoils system nelle Regioni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2006.

ID., *Organizzazione amministrativa e garanzie d'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2009, 57 sgg.

F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2011.

D. MESSINEO, *Atti politici, Stato di diritto, strumenti di verifica della giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 2013, 717 sgg.

M. MEZZANOTTE, *La figura del Presidente del Consiglio tra norme scritte e prassi*, in *Politica del diritto*, n. 2/2001, 325 sgg.

A. MITROTTI, *L'atto politico: riflessioni intorno ad un istituto in perenne "tensione" tra scienza costituzionale ed amministrativa*, in *Nomos*, n. 1/2020.

CH. DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, 1748, trad. it. di B.B. Serra, *Lo spirito delle leggi*, Milano, Rizzoli, 1989.

- F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. Dig. it.*, Vol. XIII, Torino, Utet, 1966, 472 sgg.
- ID., *Le fonti del diritto*, in AA.VV., *Diritto pubblico*, cit., 231 sgg.
- M.R. MORELLI, *Art. 28*, in AA.VV., *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 199 sgg.
- A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2018, 7 sgg.
- C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano (1931)*, rist. Milano, Giuffrè, 2000.
- ID., *La costituzione in senso materiale (1940)*, Milano, Giuffrè, II rist., 1998.
- ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, Padova, Cedam, 1969 e 1975.
- ID., *Parlamento e democrazia*, in *Studium*, n. 11/1948, ora in *Raccolta di scritti*, Vol. IV, *Problemi di politica costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1972, 5 sgg.
- A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, in *Giur. Cost.*, n. 6/2008, 5075 sgg.
- R. NANIA, *Prime considerazioni sulla "funzione di governo" come "funzione di indirizzo"*, in AA.VV., *Il Governo. Annuario 2001 dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, cit., 295 sgg.
- C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2017.
- S. NERI, *La politica dell'amministrazione. Problemi e prospettive dello spoils system italiano*, in *Rivista Italiana di Public Management*, n. 1/2020, Vol. 3, 92 sgg.
- I. NICOTRA, *Le intese con le confessioni religiose: in attesa di una legge che razionalizzi la discrezionalità del Governo*, in *Federalismi.it*, n. 8/2016.
- M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966.

- ID. - E. CARDI, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in AA.VV., *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna, Il Mulino, 1984, 709.
- ID., *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1987, 380 sgg.
- V. E. ORLANDO., *Lo Stato e la realtà. Discorso inaugurale del Prof. Vittorio Emanuele Orlando*, in *Annuario dell'anno scolastico 1910-1911 della Regia Università degli Studi di Roma. Anno DCVIII dalla fondazione*, Roma, Tipografia Fratelli Pallotta, 1911.
- ID., *Intorno alla crisi mondiale del diritto. La norma e il fatto*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Tomo IV, Padova, Cedam, 1950, 624 sgg.
- F.F. PAGANO, *Trasformazione dell'indirizzo politico del governo, atti politici e limiti del sindacato giurisdizionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, 22 febbraio 2018.
- L. PALADIN, *Fascismo (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Vol. XVI, Milano, Giuffrè, 1967, 887 sgg.
- ID., *Diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1998.
- G. PALEOLOGO, *Organizzazione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, 135 sgg.
- G. PANATTONI, *La controversa figura dell'atto politico, alla luce dei casi "Diciotti" e "Gregoretti"*, in *Federalismi.it*, n. 8/2020.
- S. PANUNZIO, *Il sentimento dello Stato*, Roma, Libreria del Littorio, 1929.
- ID., *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, Cedam, 1937.
- G. PASQUINO, *Governo*, in AA.VV. *Dizionario di politica*, cit., 409 sgg.

- 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 *Federalismi.it*, n. 3/2009.
- G. PEPE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento*, in *Federalismi.it*, n. 22/2017.
- D. PICCIONE, *Il Comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Federalismi.it*, n. 3/2017.
- E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1988.
- C. PINELLI, *Art. 97, I° comma, Parte II – Il “buon andamento” e l’“imparzialità” dell’amministrazione*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, cit., 31 sgg.
- A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019.
- G. PITRUZZELLA, *Il Presidente del Consiglio dei Ministri e l'organizzazione del Governo*, Padova, Cedam, 1986.
- ID., *Responsabilità politica*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. XIII, 1997.
- A. POGGI, *La legge Madia, riorganizzazione dell'amministrazione pubblica*, in *Federalismi.it*, n. 20/2015.
- ID., *Una sentenza “preventiva” sulle prossime richieste di Intese da parte di confessioni religiose? (in margine alla sentenza n. 52 della Corte costituzionale)*, in *Federalismi.it*, n. 6/2016.
- ID. – G. BOGGERO, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto*, in *Federalismi.it*, n. 25/2016.
- F. POLITI, *Decreto ministeriale*, in *Enc. dir.*, Annali V, Milano, Giuffrè, 2001, 341 sgg.

- D. PORENA, *Atti politici e prerogative del Governo in materia di confessioni religiose: note a prima lettura sulla sentenza della Corte costituzionale n. 52/2016*, in *Federalismi.it*, n. 7/2016.
- G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, Zanichelli, 1998.
- ID., *L'atto normativo*, Bologna, Zanichelli, 2003.
- P. RIDOLA, *Costituzione e potere politico nella democrazia di massa: tra Machtstaat e politische Legitimation*, in ID., *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, Giappichelli, 2016, 80 sgg.
- M. RIDOLFI, *La distinzione tra politica e amministrazione nella struttura e nell'organizzazione della P.A.*, in *Rivista Italiana di Public Management*, Vol. 2/2019, n. 1, 97 sgg.
- G. RIVOSACCHI, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, Cedam, 2007.
- ID., *Fiducia parlamentare*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento, Torino, Giappichelli, 2008, 5 sgg.
- M.G. RODOMONTE, *Equilibrio di genere, atti politici e Stato di diritto nella recente sentenza n. 81 del 2012 sulla equilibrata presenza di donne e di uomini nella Giunta della Regione Campania*, in *Federalismi.it*, n. 13/2012.
- S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1945.
- A. RUGGERI, *Circolari amministrative e circolari di indirizzo politico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1973, 1758 sgg.
- ID., *Confessioni religiose e intese tra iusdictio e gubernaculum, ovvero sia l'abnorme dilatazione dell'area delle decisioni politiche non giustiziabili*, in *Federalismi.it*, n. 7/2016.
- M. RUSCIANO, D. SIMEOLI, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Dig. disc. pubbl. (VII aggiornamento)*, Torino, Utet, 2017, par. 23.

- L. SALTARI, *Dirigenza pubblica e modelli di amministrazione*, in AA.VV., *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Milano, Giuffrè, 2009, 195.
- A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Il Foro Italiano*, n. 10/1954, 217 sgg., ora in *Scritti giuridici*, Vol. I, Napoli, Jovene, 1990, 41 sgg.
- ID., *Governo e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 737 sgg., ora in ID., *Scritti giuridici*, Vol. I, Napoli, Jovene, 1990, 261 sgg.
- ID., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1974.
- ID., *L'attività normativa della pubblica Amministrazione*, Napoli, Jovene, 1983.
- C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1922, trad. it. *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972.
- ID., *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928, trad. it. di A. Caracciolo, *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994.
- G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Torino, Giappichelli, 2013.
- ID., *Il responsabile del procedimento. In ricordo di Giorgio Pastori*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2019, 864 sgg.
- F.G. SCOCA, *La pubblica amministrazione e la sua evoluzione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli, 2011, 3 sgg.
- ID., *Principi funzionali o di efficienza*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli, 2013, 66 sgg.
- G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, 670 sgg.

- A. SIMONCINI, *La valutazione d'impatto ambientale ed il sistema delle aree naturali protette alla luce dell'atto di indirizzo e coordinamento del 12 aprile 1996*, in *Gazzetta Ambiente*, n. 2/1996, 24 sgg.
- C.M. SISMONDI, *Dirigenza pubblica: un cantiere ancora aperto*, in *ForumPA*, 3 febbraio 2020.
- R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1928.
- D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, Giuffrè, 2014, 46 sgg.
- S. SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione. Discorso pronunciato nell'Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880*, oggi consultabile sul sito web istituzionale della Giustizia Amministrativa.
- A. STERPA, *Sentenza n. 251/2016: può la Corte costituzionale ampliare il contenuto necessario della legge di delega ex art. 76 Cost.?*, in *Federalismi.it*, n. 10/2017.
- G. TACCOGNA, *La disciplina dell'organizzazione amministrativa. Lezioni*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2019.
- V. TALAMO, *Il d.lgs. n. 165 del 2001 fra tradizione e discontinuità: guida ad un testo unico "meramente compilativo"*, in *Il testo unico del pubblico impiego. Supplemento a Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n. 2/2001, 9 sgg.
- R. TARCHI, *Le circolari ministeriali con particolare riferimento alla prassi*, in *AA.VV., Norme secondarie e direzione dell'amministrazione*, cit., 235 sgg.
- D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: "il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU"*, in *Quad. cost.*, n. 2/2015, 400 sgg.

V. TEOTONICO, *La sovranità nel pensiero e nell'opera di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017.

C. TRIPODINA, *L'“indirizzo politico” nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018.

G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3/2012, 329 sg.

L. VIOLANTE, *Società civile e istituzioni. Il ruolo della classe dirigente*, in *Nomos*, n. 1/2018.

P.M. VIPIANA, *L'organizzazione amministrativa e i suoi mezzi*, Milano, Wolters Kluwer – Cedam, 2019.

M. WEBER, *Parlament und Regierung im neogeordneten Deutschland. Zur politischen Kritik des Beamtenums und Parteiwesens*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1918, trad. it. *Parlamento e Governo. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti*, a cura di F. Fusillo, ora in *Weber. Vita, pensiero, opere scelte*, a cura di A. Massarenti, Milano, Il Sole 24 Ore, 2006.

P. ZICCHITTU, *Una nuova “stagione” per l'atto politico? Alcune riflessioni tra teoria e prassi costituzionale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 11/2018.

A. ZOPPOLI, *Temporaneità e consensualità dell'incarico nel rapporto di lavoro della dirigenza pubblica*, in *Giur. It.*, 2002, 12 sgg.