



L' "atto politico" davanti alla Corte costituzionale: la tensione tra funzione di indirizzo politico e diritto d'accesso al giudice nella sent. 10 marzo 2016, n. 52.

di

Valentina Capuozzo*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'atto politico e la sua «matrice dialettica». - 3. I termini del conflitto. - 4. Qualificazione giuridica dell'apertura delle trattative ex art. 8, terzo comma, Cost. - 5. Giustiziabilità delle posizioni nel procedimento inteso alle trattative. - 6. Alcune riflessioni conclusive.

1. Premessa

Quello dell'accesso alla giustizia come «necessario presupposto costituzionale di tutela dell'individuo»¹ si iscrive nel quadro dei diritti della persona umana, che costituiscono la ragione stessa dell'esistenza dell'ordinamento.

La relazione funzionale che lega persone e istituzioni nello Stato di diritto, invero, assume una connotazione assiologica tale per cui la persona umana diviene il fine del diritto e lo Stato il mezzo teso a garantire i suoi interessi vitali. Ecco in che senso, dunque, i diritti fondamentali delle persone naturali costituiscono «il tratto empirico più importante dei moderni stati costituzionali di diritto»², sostanziandosi in quella categoria di situazioni giuridiche alla cui tutela è finalizzato l'intero ordinamento.

* Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II - valentina.capuozzo@unina.it.

¹ Cfr. la definizione di A. POLICE, *Commento all'art. 24*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione della Repubblica italiana*, vol. I, Torino 2006, p. 502.

² L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*, Roma-Bari 2007, p. 724 e, più approfonditamente, pp. 365 e ss.

Già nelle riflessioni hobbesiane Stato e potere politico sono metaforicamente presentati nelle vesti di «un uomo artificiale, sebbene di maggiore statura e forza di quello naturale, alla cui protezione e difesa è volto»³ e, in questo senso, la *ratio* dell'art. 24 Cost. consiste nel blindare la tutela delle situazioni soggettive nel binomio *effettività - controllo*.

Se il primo gradino⁴ della tutela, infatti, consiste nell'assicurare la protezione di un determinato interesse, quello successivo è la difesa di quest'ultimo da eventuali impedimenti atti ad ostacolarne la piena realizzazione⁵ attraverso il potere giurisdizionale. Al provvedimento decisorio volto a riportare giustizia, infatti, corrisponde il dovere statale di eseguirlo, anche se il potere in questione è organo della pubblica amministrazione. In ciò il senso del collegamento con l'art. 113 Cost., che amplia il concetto di accesso alla giustizia proprio nella necessità di rendere attuale il controllo sull'operato dei pubblici poteri nei confronti del cittadino⁶.

Ecco il motivo per il quale presupposto indispensabile per l'esercizio del diritto di difesa è l'esistenza di una situazione giuridica soggettiva di carattere sostanziale, nel cui riconoscimento giurisdizionale risiede l'essenza stessa della tutela⁷. Ed è proprio sulla base di questo rilievo che venne impostato in Italia il dibattito sugli atti politici quando, istituita la quarta sezione del Consiglio di Stato, si poneva il problema di sottrarre le funzioni puramente politiche del potere esecutivo al sindacato del nuovo organo di giustizia amministrativa, a salvaguardia del suo libero e separato esercizio.

³ T. HOBBS, *Il Leviatano*, trad. it. di R. Giammanco, Torino 1955, pp. 40 e 41.

⁴ Di «doppio gradino» della tutela parla A. LUMINOSO, *Crisi della giustizia civile e tutela dei diritti*, in *Riv. giur. sarda*, 1988, p. 557.

⁵ Sul punto cfr. A. POLICE, *op. cit.*, p. 504; M. CAPPELLETTI, *Accesso alla giustizia, ad vocem*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma 1988; L. P. COMOGLIO, *Art. 24*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna 1975, p. 2.

⁶ L. P. COMOGLIO, *op. cit.*, p. 14; cfr. anche A. POLICE, *op. cit.*, p. 503.

⁷ Per un approfondimento sulla corretta accezione del termine tutela nel rapporto tra diritti, imposizioni e violazioni si v. *ex multis* G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli 1960.

2. L'atto politico e la sua «matrice dialettica»

Il concetto di atto politico nasce con l'*arrêt Lafitte*, quando, nella Francia del 1822, il *Conseil d'Etat* si dichiarò incompetente rispetto alla richiesta avanzata da un concessionario della principessa Borghese che, avendo acquistato dalla stessa una rendita attribuitale dal fratello Napoleone, rendita poi soppressa con legge, si opponeva al rifiuto del Ministero delle Finanze di corrispondergli il pagamento di quanto già maturato al momento della soppressione. Da questa pronuncia si originò l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale è precluso all'organo di giustizia amministrativa di giudicare su controversie la cui «*réclamation tient à une question politique, dont la décision appartient exclusivement au gouvernement*»⁸, categoria poi estesa agli «*actes de guerre*», ai «*traités diplomatiques*» e alle rivendicazioni di antiche dinastie⁹.

Questa origine pretoria dell'inammissibilità del sindacato sull'atto politico, però, finì col rivelare ben presto quello che può considerarsi l'aspetto più problematico di questa categoria giuridica. Procedere caso per caso, infatti, rende difficile approfondire quali sono i tratti essenziali che caratterizzano, di per sé, la natura politica. Il problema di definire i confini di questa figura, quindi, è divenuto centrale perché, data la sua elasticità¹⁰, un eccessivo ampliamento della nozione di atto politico significherebbe creare un *vulnus* alla naturale azionabilità delle situazioni giuridiche soggettive¹¹.

Nel panorama giuridico italiano, la tensione tra la necessità di consentire al Governo la «libertà delle cose politiche», che «è condizione indispensabile della sua

⁸ Così N. G. FABRE, *Des actes de gouvernement*, Montpellier 1908, pp. 13 e ss.

⁹ Sul punto si v. C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padova 1983, p. 4 e, più approfonditamente, G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, Milano 1984, pp. 84 e ss. Per un approfondimento circa il *Conseil d'Etat* e il suo ruolo istituzionale nel contesto storico di nascita della nozione di atto politico cfr. E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano 1961, pp. 4 e ss.

¹⁰ Sulla elasticità della nozione di atto politico cfr. E. CHELI, *op. cit.*, p. 9.

¹¹ In ciò risiedono le maggiori criticità, nell'esigenza, cioè, di bilanciare l'autonomo esercizio delle pubbliche funzioni con la tutela effettiva dei destinatari su cui, *ex multis*, cfr. P. PIOVANI, *Effettività (principio di)*, ad vocem, in *Enc. Dir. Giuffrè*, vol. XIV, Milano 1965, pp. 420 e ss.; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli 2008; R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. Cons. Stato*, n. 5/2011, pp. 1707 e ss.

responsabilità»¹², e quella di evitare aree di dominio esclusivo del potere esecutivo, in contrasto con l'affermazione del principio di legalità, era molto avvertita già prima dell'entrata in vigore della Costituzione. È noto, infatti, il dibattito cd. Crispi - Salandra che, in sede di discussione del progetto di legge concernente l'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato, riassumeva questi due diversi modi di guardare all'atto politico.

L'esigenza di sottrarre al cittadino la disponibilità degli atti di governo, per i quali «non c'è nessun giudice all'infuori del Parlamento»¹³, si scontrava col timore di offrire all'esecutivo una via per mascherare di politicità qualunque atto amministrativo, così da eludere la sfera di applicazione del controllo che si andava istituendo¹⁴.

Il problema chiama in causa il tema assai complesso della separazione dei poteri e di come questo debba essere inteso nel suo moderno dipanarsi. La difficoltà di dare una veste teorica alla categoria giurisprudenziale dell'atto politico, invero, offre un esempio di interferenza funzionale tra potere esecutivo e legislativo, da un lato, e potere giudiziario, dall'altro. Interferenza che, con l'avvento della Costituzione, ha accentuato la sua portata problematica.

Non è semplice, infatti, spiegare la compatibilità tra l'esclusione della giustiziabilità degli «atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico», sancita dall'art. 31 del t. u. sul Consiglio di Stato, oggi abrogato e sostanzialmente riprodotto dall'art. 7 del d. lgs. 104/2010, e l'art. 113 Cost., che dispone la insopprimibile tutela dei diritti e interessi legittimi contro gli atti dell'Amministrazione¹⁵. La motivazione va ricercata nella necessità, posta dalla «varietà e complessità delle esigenze e dei valori espressi» dai moderni Stati di diritto, di «un'azione di governo stabile e coordinata»¹⁶, che si pone al di fuori delle

¹² Così la relazione CRISPI al progetto di legge del 22 novembre 1887, in *Atti Senato*, Leg. XVI, Sess. II, vol. I, n. 6.

¹³ Così CRISPI, in *Atti Camera*, Discussioni, Leg. XVI, Sess. III, pp. 123 e ss.

¹⁴ Si vedano, Ivi, gli interventi del SALANDRA.

¹⁵ Sul punto cfr., *ex aliis*, M. S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma 1959, pp. 206 e ss.

¹⁶ Così T. MARTINES, *Indirizzo politico, ad vocem*, in *Enc. Dir. Giuffrè*, vol. XXI, p. 135.

tre tradizionali funzioni, come sintesi dialettica «tra funzione normativa e funzione esecutiva»¹⁷, contrassegnando «il movimento del sistema statale»¹⁸.

È questa la funzione di indirizzo politico, che connota l'essenza dell'azione dello Stato, fissando i suoi «concreti atteggiamenti» e sostanziandosi nella predeterminazione dei fini ultimi da perseguire¹⁹.

È per questo motivo che nella definizione di atto politico è prevalsa, sulle teorie di origine francese del movente o dei motivi soggettivi dell'atto²⁰, la nozione oggettiva di atti liberi nel fine emanati da un organo costituzionale nell'esercizio di una funzione di governo. Ed è altresì riconducibile a questa motivazione l'esclusione della funzione giurisdizionale dalla loro determinazione.

Per la sua naturale "terzietà", la funzione giurisdizionale appare estranea a ciascuna delle fasi in cui si articola l'indirizzo politico²¹, potendo esercitare la sua influenza soltanto nella fase attuativa dell'indirizzo stesso, quando interviene a controllare «che l'atto nel quale il fine ha preso corpo, incidendo su situazioni giuridiche soggettive, sia conforme all'astratta previsione normativa»²².

In altre parole, il campo di azione del giudice amministrativo comincia laddove si esaurisce la fase creativa ed attuativa del fine, che, invece, caratterizza l'essenza

¹⁷ G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Milano 1984, p. 188.

¹⁸ *Ibidem*, p. 189; T. MARTINES, *op. cit.*, pp. 142 e ss.

¹⁹ V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, 1939, pp. 91 e ss. e pp. 138 e ss. Cfr. anche A. M. SANDULLI, *Il giudizio avanti al Consiglio di Stato*, Napoli 1963, pp. 74 e ss.

²⁰ Sull'evoluzione delle diverse teorie cfr. E. CHELI, *op. cit.*, pp. 28 e ss.; C. DELL'ACQUA, *op. cit.*, *passim*; P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, *ad vocem*, in *Enc. Dir. Giuffrè*, vol. IV, Milano 1959; O. RANELLETTI, A. AMORTH, *Atti politici (o di governo)*, *ad vocem*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. I, 1958; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, n. 3/2012, pp. 332 e ss.

²¹ Cfr. T. MARTINES, *op. cit.*, p. 149 dove l'A. esclude la funzione giurisdizionale dal novero delle funzioni dello Stato che si pongono in rapporto con l'indirizzo politico: "il momento della determinazione e della specificazione dei fini risulta collegato alla funzione (materialmente) legislativa, mentre il momento strumentale dell'attività di indirizzo va riferito sia a detta funzione sia a quella esecutiva. Il terzo momento, poi, che si è individuato nell'attuazione del fine, dev'essere ricondotto alla funzione esecutiva. Resta, pertanto, esclusa la funzione giurisdizionale, in quanto estranea alle tre fasi di indirizzo". *Contra* P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, in *Giur. cost.*, n. 2/1957, pp. 907 e ss.; L. CARLASSARE, *L'atto politico fra "qualificazione" e "scelta": i parametri costituzionali*, in *Giur. cost.*, n. 2/2016, pp. 554 e ss.

²² *Ibidem*, p. 158. Cfr. anche G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Indirizzo politico, ad vocem*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, Roma 1989, p. 5.

della politicITÀ di un atto e spiega il motivo per il quale esso è sottratto al sindacato giurisdizionale, da rinvenirsi in ultima analisi nella mancanza, in questa fase, di una posizione soggettiva direttamente lesa.

In questo senso pare condivisibile quella tesi dottrinale che valorizza la natura pretoria della categoria in analisi²³. Se, infatti, la giurisprudenza non può avere alcun ruolo relativamente al controllo dell'atto politico, fondamentale è stato il suo peso nella individuazione della sua nozione. Stante la difficoltà concettuale di *reductio ad unitatem*, rinvenibile innanzitutto nell'esigenza di indagare sulla presenza di una posizione soggettiva da tutelare, è proprio nella "politica giurisprudenziale" che può rinvenirsi l'approccio definitorio più affidabile.

Col sostrato teorico della teoria della cd. causa oggettiva²⁴, invero, è stata la giurisprudenza, allineatasi alla riflessione maturata in sede scientifica²⁵, a definire quali sono i requisiti per identificare un atto politico e lo ha fatto tentando di contrastare l'elasticità della categoria, restringendone la portata applicativa²⁶.

²³ Il riferimento è a G. TROPEA, *op. cit.*, pp. 340 e ss.

²⁴ O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano 1937; A. M. SANDULLI, *Atto politico ed eccesso di potere*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1946, pp. 521 e ss. secondo cui, essendo l'atto politico funzionale alla cura dell'interesse generale, è necessario che esso sia corredato da garanzie tali da assicurare il corretto funzionamento dei pubblici poteri. Il controllo su di esso, invero, deve avere una coerente natura politica. Su quest'ultimo punto si v. E. CHELI, *op. cit.*, pp. 192 e ss.; L. BUSCEMA, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014.

²⁵ Si v. P. BARILE, *op. cit.*, pp. 221 e ss.; E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, pp. 256 e ss.; G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico: l'esperienza italiana e francese dello Stato liberale*, Milano 1984. Sulla libertà nel fine degli atti politici, che li differenzia da quelli amministrativi, vincolati a determinate regole di derivazione normativa, si v. E. CHELI, *op. cit.*, pp. 12 e ss.

²⁶ La giurisprudenza, nel corso degli anni, ha cercato di circoscrivere quanto più possibile la categoria dell'atto politico, ampliando al contempo l'area degli atti di alta amministrazione. Su questa tendenza si v. V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti di «alta amministrazione»*, in *Dir. pubbl.*, 2009, pp. 101 e ss.; G. TUBERTINI, *Atti politici e di alta amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, pp. 516 e ss.; nonché le riflessioni di G. PEPE, *Atti politici, atti di alta amministrazione, leggi-provvedimento: forme di controllo e tutela del cittadino*, in *giustamm.it*; ID., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento*, in *Federalismi.it*, n. 22/2017. Più in generale, sulla necessità di restringere l'area sottratta al controllo giurisdizionale, si v., *ex multis*, G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Atto politico e atto di governo, ad vocem*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, Roma 1988, pp. 4 e ss.; V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano 1966, pp. 65 e ss.

In particolare, secondo un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, si può parlare di atto politico quando ricorrano due requisiti: uno di tipo soggettivo, consistente nella provenienza dell'atto da un organo dell'Amministrazione preposto all'indirizzo e alla direzione al massimo livello della cosa pubblica²⁷, quindi dal Governo²⁸; l'altro di tipo oggettivo, dovendo l'atto costituire un provvedimento emanato nell'esercizio del potere politico. In questo ambito, invero, un intervento del giudice si sostanzierebbe in un'indebita interferenza dell'ordine giudiziario nella sfera di attribuzione di altri poteri²⁹. In presenza di questi due requisiti, normalmente, vi è anche il presupposto dell'assenza di una situazione soggettiva incisa, presupposto da valutare caso per caso affinché la dialettica intrinseca alla nozione stessa di atto politico risulti bilanciata.

Ecco in che senso si è parlato di "politica giurisprudenziale"³⁰ in riferimento al ruolo di perimetrazione che la giurisprudenza svolge. L'assenza di un collegamento diretto tra l'atto e l'interesse privato costituisce il nucleo fondamentale per la determinazione della sua politicità³¹, rendendone coerente l'insindacabilità in sede giurisdizionale con l'importanza del diritto di accesso al giudice. È questa la portata attuale del problema, che trova conforto anche nell'approccio sovranazionale³². L'importanza del principio di effettività della tutela, che emerge dall'art. 19 TUE e, più ancora, dall'art. 263, par. 4, TFUE - che sancisce il diritto, per ogni persona, di opporsi agli atti «adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente» - ha condotto «le corti a privilegiare le impostazioni negatrici»³³, determinando una «perdita intrinseca del valore categoriale dell'atto politico»³⁴.

²⁷ Così Tar Lazio, Roma, sez. III, 16 novembre 2007, n. 11271.

²⁸ Cfr. Cons. St., sez. IV, 4 maggio 2012, n. 2588.

²⁹ Così Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1397; più recentemente, si v., *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. I, 21 marzo 2012, n. 2967.

³⁰ G. TROPEA, *op. cit.*, pp. 340 e ss.

³¹ Cfr. sul punto C. DELL'ACQUA, *op. cit.*, p. 28.

³² Su cui si v. M. C. ROMANO, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrativi nazionali*, Napoli 2013, in part. pp. 267 e ss.

³³ G. TROPEA, *op. cit.*, p. 341.

³⁴ Ivi, dove l'A. riflette, altresì, sulla «generale dequotazione della sovranità degli ordinamenti statali, che ha comportato, e comporta sempre di più, come oggi è sotto gli occhi di tutti in

Un esempio emblematico, che ha portato taluni a discutere sull'attuale configurabilità della categoria³⁵, è la decisione n. 81 del 2012 con cui la Corte costituzionale sembra introdurre un ulteriore requisito: la predeterminazione legale della fattispecie³⁶. In particolare, afferma il Giudice delle leggi che l'atto non è sottratto al sindacato giurisdizionale tutte le volte in cui il legislatore conformi gli spazi di discrezionalità politica in vincoli posti da norme giuridiche.

Sempre in senso restrittivo va letta la pronuncia n. 115 del 2011 in tema di ordinanze sindacali in materia di sicurezza urbana, con la quale la Corte costituzionale ha stabilito che i poteri straordinari attribuiti al sindaco dall'art. 54, comma 5, d. lgs. n. 267/2000 devono ritenersi circoscritti ai soli casi di contingibilità e urgenza³⁷. Nell'argomentare la pronuncia³⁸, la Corte mostra una particolare attenzione al problema di conciliare l'insindacabilità dell'atto politico con l'effettività della tutela. Sulle ordinanze, invero, non può essere messo in discussione il sindacato pieno del giudice amministrativo in ordine alla configurabilità di un eventuale sviamento di potere.

Nota fuori dal coro è, invece, la decisione *Markovic c. Italia* resa dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo il 14 dicembre 2006. La Corte era stata adita in seguito ad una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, che aveva escluso la sussistenza della giurisdizione in ordine alla domanda di risarcimento proposta innanzi al Tribunale di Roma per danni causati da bombardamenti della NATO contro obiettivi civili. Sebbene riconoscendo l'applicabilità dell'art. 6 della Convenzione al caso sottoposto al suo esame, la Corte EDU ha ritenuto di non intervenire. In particolare, la Corte di Strasburgo ha argomentato nel senso della non violazione

materia di politica economica, che la cura di interessi vitali della collettività sia in misura crescente affidata ad istanze sovranazionali, sovente tecniche o "depoliticizzate"».

³⁵ Si v., *ex aliis*, il commento di F. BILANCIA, *Ancora sull'«atto politico» e sulla pretesa sua insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Giur. cost.*, n. 2/2012, pp. 1163 e ss.

³⁶ Si v. la sentenza n. 81 del 2 aprile 2012 in *Foro it.*, n. 5/2012, pp. 1285 e ss. Sulla pronuncia cfr. R. CHIEPPA, *Una inammissibilità di ricorso per conflitto di attribuzioni rivestita da una opportuna motivazione sugli stretti limiti della discrezionalità politica non soggetta ad alcun sindacato giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, n. 2/2012, pp. 1158 e ss.

³⁷ Si v. la decisione n. 115 del 4-7 aprile 2011 in *Foro it.*, n. 5/2011. Sulla sentenza cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sindaco legislatore?*, in *Giur. cost.*, n. 2/2011, pp. 1600 e ss.

³⁸ Si v., in particolare, il punto 5 del considerato in diritto.

del sistema CEDU stante la circostanza che ai ricorrenti non era stato precluso l'accesso al giudice. La Corte di Cassazione, infatti, si era pronunciata sulla questione, applicando le regole interne in materia di diritto di azione secondo le quali, essendo manifestazione di scelte politiche, gli atti di guerra sono insindacabili. Non cogliendo l'occasione per una presa di posizione sul tema dell'atto politico, la sentenza, che aveva suscitato opinioni concorrenti e dissenzienti in seno alla stessa Corte, è stata criticata anche dalla dottrina, che ne ha messo in luce il rischio di rendere illusorio il diritto d'accesso al giudice affermato dalla Convenzione, rischio che deriva da un bilanciamento che non tiene conto dell'esistenza di una situazione giuridica da tutelare³⁹.

Quando la posizione soggettiva cui accordare tutela v'è, infatti, il potere giurisdizionale, lungi dal travalicare i suoi confini, deve operare in conformità con i meccanismi di *checks and balances* che regolano, nell'attuale complessità dell'ordinamento, la portata del principio di separazione dei poteri⁴⁰.

Rispetto ad esso la figura dell'atto politico si pone come una cartina di tornasole delle relazioni fra poteri e funzioni dello Stato.

Ciò risulta in maniera evidente dal dibattito tra i diversi gradi di giurisdizione sotteso alla sentenza n. 52 del 10 marzo 2016, con la quale la Corte costituzionale ha accolto il conflitto di attribuzioni sollevato dal Presidente del Consiglio avverso la Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, in relazione alla sentenza n. 16305 del 28 giugno 2013, ritenuta invasiva della propria sfera di attribuzioni costituzionali.

³⁹ L'opinione dissenziente del giudice Zagrebelsky, fondata anche sul rilievo della delicatezza della materia trattata, relativa alla risarcibilità di danni causati da bombardamenti della NATO contro obiettivi civili, è stata condivisa da gran parte della dottrina. Si v., in part., M. P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Napoli 2009, p. 114; M. VOSNY, *Actes de gouvernement et droit au juge*, in *Revue française de droit administrative*, 2008, pp. 728 e ss.; B. RANDAZZO, *Responsabilità dello Stato per atti di guerra: la Corte di Strasburgo "tradisce" la sua consolidata giurisprudenza sul diritto d'accesso ad un tribunale?*, in *Forumcostituzionale.it*.

⁴⁰ Sul punto si v. L. LETTIERI, *I poteri dello Stato e la funzione di controllo*, Roma 1947, *passim*; F. SORRENTINO, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967; C. MEZZANOTTE, *Le nozioni di "potere" e di "conflitto" nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, I, 1979, pp. 111 e ss.; A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Presupposti e processo*, Milano 1992, p. 54; S. GRASSI, *Conflitti costituzionali, ad vocem*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, Torino 1989, p. 379; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, Milano 1972, p. 121.

La sentenza richiama l'attenzione, preliminarmente, su un profilo processualistico: ad aver messo un punto alla complessa vicenda sottesa alla decisione della Corte è stato lo strumento del conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato.

Questo sembra confermare quanto detto a proposito dell'atto politico come categoria giuridica "al limite", che si colloca sulla linea di confine delle attribuzioni spettanti al potere politico, da un lato, e a quello giurisdizionale, dall'altro⁴¹. In questa tensione, insita nella "matrice dialettica" dell'atto politico, risiede l'attualità che il tema investe sull'ordinamento.

3. I termini del conflitto

Nella sentenza impugnata le Sezioni Unite della Corte di Cassazione avevano respinto il ricorso ex art. 111 Cost. proposto dal Presidente del Consiglio contro la sentenza n. 6083 del 2011 del Consiglio di Stato, lamentando il difetto assoluto di giurisdizione nei confronti della delibera del 27 novembre 2003, con cui il Consiglio dei Ministri aveva deciso di non avviare le trattative per la realizzazione dell'intesa ex art. 8, comma 3, Cost., con l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR), deliberazione che, secondo le argomentazioni del Presidente del Consiglio, sarebbe atto politico ai sensi dell'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 104 del 2010.

Come è evidente, quindi, quella davanti alla Corte costituzionale non è che l'ultima tappa di una vicenda molto complessa, iniziata nel 1991, anno di costituzione dell'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti che chiedono, da quel momento, di stipulare un'intesa con lo Stato ai sensi dell'art. 8, comma 3, Cost.

È al 1996 che risale il primo rifiuto, contenuto in una nota del Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio basata sul rilievo che l'UAAR non potesse essere considerata una confessione religiosa. Contro la nota l'Associazione istante aveva presentato ricorso straordinario al Capo dello Stato, deciso con parere del 29

⁴¹ Sulla circolarità che, nell'attuale sistema di *checks and balances*, connota le interazioni reciproche tra i centri di potere, cfr. M. FIORILLO, *Corte costituzionale e separazione dei poteri*, in A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, pp. 311 e ss. Sulla funzione di controllo che la Corte costituzionale svolge affinché sia rispettato l'equilibrio paritario tra i poteri statali, controllando il rispetto, da parte di questi ultimi, dei limiti posti dall'ordinamento a ogni potere, si v., *ex aliis*, F. SORRENTINO, *op. cit.*, p. 694; A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Conflitti costituzionali, ad vocem*, in *Enc. dir. Giuffrè*, pp. 1001 e ss.

ottobre 1997, n. 3048 col quale il Consiglio di Stato precisò che secondo il dettato dell'art. 2 della l. 400 del 1988 gli atti relativi ai rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose per la stipulazione delle intese vanno sottoposti alla deliberazione del Consiglio dei Ministri.

È infatti la delibera del 2003 lo snodo successivo della vicenda, che, confermando il diniego governativo alla richiesta dell'UAAR ancora per la non sussumibilità della professione di ateismo nella categoria delle confessioni religiose⁴², fu impugnata dall'Associazione dinanzi al Tar Lazio. I giudici amministrativi di prime cure, però, non accolsero la richiesta di annullamento, perché, ritenendo che la deliberazione impugnata avesse natura di atto politico non giustiziabile, avevano dichiarato il ricorso inammissibile per difetto assoluto di giurisdizione⁴³.

Così l'UAAR propose appello al Consiglio di Stato che lo accolse con sentenza n. 6083 del 2011, riformando la sentenza di primo grado nell'affermare che la scelta relativa all'avvio delle trattative per l'intesa è sindacabile in sede giurisdizionale perché, non riconducibile agli atti di natura politica, si iscrive, invece, nella discrezionalità valutativa dell'amministrazione, secondo motivazioni poi condivise dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella pronuncia da cui è scaturito il conflitto interorganico.

4. Qualificazione giuridica dell'apertura delle trattative ex art. 8, terzo comma, Cost.

Le argomentazioni sulla base delle quali la decisione del Consiglio di Stato, avallata dalla sentenza delle Sezioni Unite impugnata, ha ribaltato le conclusioni cui era pervenuto il Tar Lazio nella pronuncia n. 12539 del 2008, esprimono bene quella tensione tra l'esigenza di garantire l'autonomia delle pubbliche funzioni e quella di assicurare l'effettività della tutela dei destinatari.

⁴² Al riguardo, cfr. la nota del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri all'UAAR del 5 dicembre 2003, che specificava come per "confessione religiosa" debba intendersi "un fatto di fede rivolto al divino e vissuto in comune tra più persone che lo rendono manifesto nella società tramite una particolare struttura istituzionale", fondato su "un contenuto religioso di tipo positivo".

⁴³ Tar Lazio, Roma, sent. 31 dicembre 2008, n. 12539.

Il Supremo Consesso, infatti, coerentemente con le tendenze giurisprudenziali di restringere l'estensione della categoria⁴⁴, aveva negato la natura di atto politico alle determinazioni sulle intese di cui all'art. 8, terzo comma, della Costituzione. In particolare, a difettare sarebbe il profilo oggettivo, non essendo l'atto riconducibile «alle supreme scelte in materia di costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri»⁴⁵, ma ad una ponderazione di più interessi: da un lato, quello della confessione religiosa alla stipula dell'intesa, mediante la quale poter meglio perseguire i propri fini istituzionali e, dall'altro, l'interesse pubblico «sotteso alla selezione dei soggetti con cui avviare le trattative»⁴⁶. Si tratterebbe, nella sostanza, del classico schema norma-fatto-potere-effetto, che, identificando la situazione soggettiva dell'interesse legittimo, ne postula perciò solo l'azionabilità della tutela in sede giudiziale.

La scelta dell'Amministrazione, invero, costituirebbe un atto di discrezionalità tecnica, come tale non sottratto al sindacato giurisdizionale, anche allo scopo di non abbandonare una materia così delicata come quella religiosa alla mera scelta governativa. Lasciare alla discrezionalità politica l'accertamento preliminare se l'organizzazione richiedente sia o meno riconducibile alla categoria delle confessioni religiose, infatti, potrebbe condurre al pericolo di scelte arbitrarie, a fronte del quale occorre consentire «l'accesso alla tutela giurisdizionale in funzione antidiscriminatoria»⁴⁷.

Anche le Sezioni Unite, ritenendo il procedimento di cui all'art. 8 Cost. dettato in funzione «della difesa delle confessioni religiose dalla lesione discriminatoria che si potrebbe consumare con una immotivata e incontrollata selezione degli interlocutori confessionali»⁴⁸, sottolineano l'opportunità di un controllo in sede giudiziale. In quest'ottica, il terzo comma dell'art. 8 Cost. sarebbe collegato con i

⁴⁴ Sul punto cfr. le osservazioni di G. PIACENTE, *Atti politici e tutela giurisdizionale. L'ultimo diritto*, in *Federalismi.it*, n. 7/2015.

⁴⁵ Così Cons. St., sez. IV, 18 novembre 2011, n. 6083 al p.to 4 del diritto; cfr. anche Cass., S.U. civ., 28 giugno 2013, n. 16303 al p.to 5 dei motivi della decisione.

⁴⁶ Così Cons. St., sez. IV, 18 novembre 2011, n. 6083 al p.to 9 del diritto.

⁴⁷ Così Cass., S.U. civ., 28 giugno 2013, n. 16303 al p.to 4.3.1 dei motivi della decisione; cfr. anche Cons. St., sez. IV, 18 novembre 2011, n. 6083 al p.to 7 del diritto.

⁴⁸ Cass., S.U. civ., 28 giugno 2013, n. 16303, p.to 6.2 dei motivi della decisione.

primi due e, nell'assicurare l'uguale libertà di tutte le confessioni religiose davanti alla legge, introdurrebbe «la regola dell'obbligatorietà dello strumento bilaterale per la regolamentazione dei rapporti»⁴⁹ tra lo Stato e le confessioni religiose.

Le Sezioni Unite, quindi, confutano quanto prospettato nel ricorso in ordine alla politicità. Esso, negando la giurisdizione della Cassazione, affermava il requisito oggettivo della politicità sostanziantesi nella circostanza che, al terzo comma, l'art. 8 è norma sulla produzione giuridica, per cui le intese sarebbero una condizione di legittimità costituzionale volta alla conclusione di una legge e non negozi valutabili sotto il profilo della conformità a preesistenti norme giuridiche. Questo discorso, tuttavia, cade nell'ottica analizzata, che vede sussistere, in capo ai richiedenti, un interesse protetto e, perciò, giustiziabile. Avverso il diniego di intesa, dunque, occorrono dei rimedi giuridici⁵⁰. Contro tale lettura, il Governo ha adito la Corte costituzionale ritenendo lese le sue attribuzioni, sulla base del rilievo che le valutazioni sulla stipula delle intese ex art 8, terzo comma, Cost. fanno parte della funzione di indirizzo politico che la Costituzione, agli articoli 7, 8, terzo comma, 92 e 95, attribuisce al Governo in materia religiosa.

5. Giustiziabilità delle posizioni nel procedimento inteso alle trattative

Per risolvere il conflitto interorganico la Corte costituzionale, in conformità con l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale sull'atto politico, fissa il punto cardine della vicenda nell'appurare se può ritenersi esistente «una situazione giuridica soggettiva, in ipotesi tutelata dall'ordinamento, consistente nella pretesa alla conclusione delle trattative, o, addirittura, alla presentazione del disegno di legge sulla base dell'intesa stipulata»⁵¹. Se vi fosse, ne discenderebbe la sottrazione dell'atto alla politicità, per la necessità di garantire l'accesso alla giustizia per la protezione della situazione soggettiva.

⁴⁹ Cfr. Cons. St., sez. IV, 18 novembre 2011, n. 6083 al p.to 4 del diritto.

⁵⁰ Cass., S.U. civ., 28 giugno 2013, n. 16303, p.to 5 dei motivi della decisione; cfr. anche il p.to 7 “Se dalla nozione convenzionale di religione discendono conseguenze giuridiche, è inevitabile e doveroso che gli organi deputati se ne facciano carico, restando altrimenti affidato al loro arbitrio il riconoscimento di diritti e facoltà connesse alla qualificazione”.

⁵¹ Corte costituzionale, 10 marzo 2016, n. 52, p.to 4 del considerato in diritto.

Per sciogliere questo nodo, la Corte procede ad un'analisi dello strumento che la Costituzione individua ai fini della regolazione dei rapporti tra Stato e confessioni religiose diverse da quella cattolica. L'intesa si fonda sul "metodo della bilateralità" perché, introducendo una regolazione speciale che tenga conto delle peculiarità della confessione religiosa con cui lo Stato viene in contatto, è importante evitare un suo accesso unilaterale nell'ordinamento, che potrebbe essere foriero di discriminazioni⁵².

La questione inerisce la problematica circa l'esistenza o meno di un dovere giuridico del Governo di procedere alle trattative, sulla quale non v'è unanimità di vedute e la dottrina si divide in due filoni: secondo alcuni⁵³ il dovere sussisterebbe, sostanziandosi in un'applicazione del principio di laicità⁵⁴; secondo altri⁵⁵, invece, la bilateralità presuppone l'incontro di due volontà, incontro che esclude la sussistenza di un obbligo. Le argomentazioni della Corte, contrariamente a quelle di Cassazione e Consiglio di Stato analizzate, propendono per la seconda ricostruzione. Nella "previa intesa" che rinforza la riserva di legge posta dall'art. 8, terzo comma, Cost. le parti coinvolte sono due: da un lato, la confessione e, dall'altro, il Governo ed è necessaria una loro «concorde volontà»⁵⁶. La scelta di avviare le trattative, infatti, non è oggetto di alcuna disciplina specifica che rechi una «puntuale regolazione del procedimento di stipulazione delle intese»⁵⁷, in

⁵² Cfr. il p.to 5.1 della sentenza della Corte costituzionale 10 marzo 2016, n. 52. Si v., poi, le osservazioni di A. PIN, *L'inevitabile caratura politica dei negoziati tra il Governo e le confessioni e le implicazioni per la libertà religiosa: brevi osservazioni a proposito della sentenza n. 52 del 2016*, in *Federalismi.it*, n. 7/2016, pp. 3 e 4.

⁵³ Tra cui si v. G. ZAGREBELSKY, *Principi costituzionali e sistema delle fonti di disciplina del fenomeno religioso*, in V. TOZZI (a cura di), *Studi per la sistemazione delle fonti in materia ecclesiastica*, Salerno 1993, p. 108.

⁵⁴ La specifica trattazione di questo profilo sembra sproporzionata rispetto ai fini della presente analisi, tuttavia, nell'ambito dell'ampia letteratura in materia si v., per quanto qui di interesse, i profili problematici evidenziati da C. CARDIA, *Stato laico, ad vocem*, in *Enc. Dir. Giuffrè*, vol. XLIII, Milano 1990, in part. par. 4; N. COLAIANNI, *Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica (rapporti tra)*, in *Enc. Dir. Giuffrè*, vol. XLIII, Milano 1990; F. RIMOLI, *Laicità (dir. cost.), ad vocem*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma 1995.

⁵⁵ Cfr. C. CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Bologna 1999.

⁵⁶ Corte costituzionale 10 marzo 2016, n. 52 al p.to 5.2 del considerato in diritto.

⁵⁷ *Ibidem*, p.to 5.1.

assenza della quale la giustiziabilità del diniego opposto all'avvio delle trattative costituirebbe un «elemento dissonante»⁵⁸.

Da questa circostanza la Corte fa discendere l'insussistenza della configurabilità nel nostro ordinamento di una pretesa giustiziabile all'avvio delle trattative⁵⁹, risolvendo il conflitto in favore del Governo e affermando l'insindacabilità del diniego. I punti che costituiscono gli snodi principali della decisione paiono descrivere un approccio pragmatico al problema. La percezione, infatti, sembra quella di uno schema metodologico che la Corte, nel seguirlo per accertare la politicità della scelta governativa, ha posto come archetipo. In altre parole, la scelta di escludere la sindacabilità giurisdizionale è frutto di una decisione che percorre due tappe fondamentali. Innanzitutto, passa per l'esclusione della sussistenza, per l'associazione, di un diritto di avvio alle trattative. In capo ad essa, infatti, non esiste alcuna pretesa tutelata dall'ordinamento, in quanto, specularmente, non c'è alcun obbligo del Governo né di concluderle né di avviarle.

Poi, coerentemente con l'orientamento espresso nella sentenza n. 81 del 2012, ritiene la politicità insita nell'assenza di riferimenti normativi che fungano da «parametri oggettivi, idonei a guidare il Governo nella scelta dell'interlocutore»⁶⁰.

Da questo ragionamento la Corte deduce che le determinazioni del Governo sono il frutto di mere valutazioni di opportunità che rientrano nella sua discrezionalità politica. Peraltro, aggiunge la Corte, le intese, volte a cogliere le specificità di

⁵⁸ *Ibidem*, p.to 5.2

⁵⁹ Sul punto si v. la posizione critica espressa in dottrina da A. RUGGERI, *Confessioni religiose e intese tra iurisdictio e gubernaculum, ovvero la abnorme dilatazione dell'area delle decisioni politiche non giustiziabili (a prima lettura di Corte cost. n. 52 del 2016)*, in *Federalismi.it*, n. 7/2016 che parla di una "zona franca" creata dalla Corte con la sua decisione; nello stesso senso cfr. anche A. FERRARA, *Corte cost. n. 52 del 2016, ovvero dello svuotamento delle intese Stato-Confessioni religiose e dell'upgrading del giudizio concernente il diniego all'avvio delle trattative*, in *Federalismi.it*, n. 8/2016, in part. p. 5 in cui l'A. prospetta la possibilità di ovviare al vuoto di tutela con l'impugnazione per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato dell'«eventuale provvedimento governativo che neghi la volontà di avviare le trattative per la stipulazione dell'intesa volta a regolare esigenze specifiche della singola confessione religiosa».

⁶⁰ Corte costituzionale 10 marzo 2016, n. 52 al p.to 5.1 del considerato in diritto, ove, peraltro, il Giudice delle leggi qualifica questi parametri come «requisito di legittimità e di validità delle scelte governative, sindacabile nelle sedi appropriate».

ciascuna confessione religiosa nella regolazione dei suoi rapporti con lo Stato⁶¹, vanno tenute separate e distinte dall'«eguale libertà di organizzazione e di azione», «garantita a tutte le confessioni dai primi due commi dell'art. 8 Cost.» e «dall'art. 19 Cost. che tutela la libertà religiosa anche in forma associata»⁶².

Quest'ultima, infatti, prescinde dall'eventuale stipulazione dell'intesa, perché, se così non fosse, si creerebbero delle ingiustificate discriminazioni sulla base di un dato, quello della intervenuta o meno regolazione dei rapporti con lo Stato, «di per sé incompatibile con la garanzia di eguaglianza tra le confessioni religiose diverse da quella cattolica, tutelata dall'art. 8, primo comma, Cost.» e, peraltro, contraria al principio di laicità, che impone «imparzialità ed equidistanza rispetto a ciascuna confessione religiosa»⁶³. Il terzo comma dell'art. 8 Cost., quindi, non va letto in collegamento logico con i primi due, quasi come se ne costituissero una messa in atto. Il punto di maggiore interesse che induce definitivamente la Corte a propendere per le argomentazioni del Governo, poi, è la circostanza che, seppure si volesse immaginare un obbligo in capo al Governo di avviare le trattative, non è chiaro «*in quali forme giudiziali e con quali strumenti tale stipulazione potrebbe essere garantita all'associazione richiedente e imposta al Governo*»⁶⁴.

⁶¹ F. RUFFINI, *Corso di diritto ecclesiastico italiano. La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Torino 1924, pp. 423-424 dice in proposito che “il principio di parità non suona a ciascuno lo stesso, ma a ciascuno il suo”. Si v. la ricostruzione di B. RANDAZZO, *Commento all'art. 8*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione della Repubblica italiana*, vol. I, Torino 2006, pp. 201 e 202.

⁶² Corte costituzionale 10 marzo 2016, n. 52, al p.to 5.1 del considerato in diritto.

⁶³ Ivi, p.to 5.1. Sul punto cfr. A. PIN, *op. cit.*, p. 4 che osserva come “se si accedesse” ad una “lettura strumentale del comma 3, si deprimerebbe la tutela religiosa dei gruppi senza intesa, subordinandola alla conclusione di un patto. I primi due commi di quell'articolo, dunque, operano indipendentemente dall'esistenza di un'intesa (...)”; nello stesso senso cfr. 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, pp. 5 e 6; 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, che a p. 6 rileva come “l'intesa, con la connessa attività preparatoria e di successiva approvazione, si svolge nella sola dimensione pubblicistica delle relazioni tra Stato e confessione stipulanti, non anche in quella privatistica, dove si esprime invece sia la libertà della confessione sia la libertà di opinione e di fede religiosa del singolo che si professi appartenente a quella confessione, garantite sotto altri titoli costituzionali (...)”; *contra*, si v. A. POGGI, *Una sentenza “preventiva” sulle prossime richieste di Intese da parte di confessioni religiose?*, in *Federalismi.it*, n. 7/2016.

⁶⁴ Corte costituzionale 10 marzo 2016, n. 52, al p.to 5.1 del considerato in diritto (corsivi miei).

Questo pare il fulcro principale delle argomentazioni della Corte, che pone l'accento su un problema difficilmente componibile sul piano dell'esperienza, che rende concretamente inverosimile la fondatezza di detto obbligo.

Trattandosi di una situazione caratterizzata dalla sussistenza di un dovere di agire da parte dell'Amministrazione, se si fosse dinanzi ad un'attività amministrativa, di fronte ad un'eventuale inadempienza, si potrebbe immaginare la nomina di un commissario con poteri sostitutivi. Nel caso in esame, invece, pur volendo ipotizzare la figura di un commissario straordinario, l'atto da quest'ultimo adottato non potrebbe assumere valore primario nell'ordinamento, dal momento che non può «rivestire forza di legge l'atto adottato da un soggetto diverso da quelli cui la Costituzione attribuisce la potestà legislativa»⁶⁵. Allora non si capisce «a che scopo imporre l'illusoria apertura di trattative di cui non si assume garantita giudizialmente la conclusione»⁶⁶.

È così addotta la natura politica della scelta governativa, che sottrae la deliberazione alla sindacabilità giurisdizionale, non per questo violando il diritto di difesa né rimanendo esente da responsabilità. Allineandosi a quanto sostenuto in dottrina⁶⁷, infatti, la Corte spiega che della scelta in ordine all'apertura o meno delle trattative il Governo risponde di fronte al Parlamento «con le modalità attraverso le quali la responsabilità politica dell'esecutivo è attivabile in una forma di governo

⁶⁵ Così V. TAMBURRINI, *I poteri sostitutivi statali. Tra rispetto dell'autonomia regionale e tutela del principio unitario*, Milano 2012, p. 133. Si v. sul punto, anche se riguarda un ambito completamente diverso rispetto a quello in esame, Corte costituzionale, 17 dicembre 2010, n. 361 e, tra i vari commenti, cfr. R. DICKMANN, *La Corte (si) chiarisce: i commissari ad acta non possono esercitare poteri sostitutivi in via normativa (nota a Corte cost., 17 dicembre 2010, n. 361)*, in *Federalismi.it*, n. 2/2011; G. D'ALESSANDRO, *Una «mera parvenza» di legge regionale al giudizio della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2010, pp. 5092 e ss.; A. PACE, *Postilla: la legge incostituzionale come legge nulla ma esistente e una legge per decreto davvero inesistente*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2010, pp. 5100 e ss.

⁶⁶ Cfr. il p.to 5.2 del considerato in diritto di Corte costituzionale, 10 marzo 2016, n. 52. L'insussistenza di una garanzia giudiziale alla conclusione, peraltro, è pacifica: anche Consiglio di Stato e S. U. della Cassazione, infatti, fanno salva «la libertà del legislatore di non attribuire forza normativa ai contenuti scaturenti dalle intese (...)» (cfr. il p.to 6 del diritto di Cons. St., 18 novembre 2011, n. 5083).

⁶⁷ Cfr. P. BARILE, *Intervento*, in AA. VV., *La questione della tolleranza e le confessioni religiose. Atti del Convegno (Roma, 3 aprile 1990)*, Napoli 1991.

parlamentare»⁶⁸, nell'ambito di quel controllo politico sul vincolo di responsabilità che lega il Governo alle Camere e sposta la garanzia nel meccanismo dei *checks and balances* cui devono essere improntati i rapporti tra organi costituzionali⁶⁹.

6. Alcune riflessioni conclusive

Gli innumerevoli spunti di interesse, che la vicenda sottesa alla sentenza n. 52 del 2016 pone nell'ambito della problematica tensione creata sull'ordinamento dalla "matrice dialettica" dell'atto politico, inducono ad alcuni spunti di riflessione.

Posto che, in assenza di norme specifiche vincolanti l'Esecutivo per ciò che concerne il procedimento volto alla stipula delle intese, non sembra possa dubitarsi della natura politica della deliberazione governativa, forse l'attenzione andrebbe rivolta proprio a questa mancanza.

Se, infatti, in astratto è agevole postulare lo spostamento della garanzia dal versante giudiziale a quello del controllo politico del Parlamento, che si sostanzia in una sanzione comunque operante «nell'apparato organico dell'ordinamento giuridico»⁷⁰, la situazione è diversa sul complesso piano dell'esperienza, come dimostrato dalle divergenti tendenze giurisprudenziali esaminate.

⁶⁸ Così Corte costituzionale, 10 marzo 2016, n. 52, al p.to 5.2 del considerato in diritto. La Corte fa menzione, nelle sue argomentazioni, all'art. 2, comma 3, lettera l), della legge 400/1988 che "sottopone alla deliberazione dell'intero Consiglio dei ministri «gli atti concernenti i rapporti previsti dall'art. 8 della Costituzione». E poiché tra questi atti è sicuramente ricompresa la deliberazione di diniego di avvio delle trattative, è giocoforza riconoscere che anche di tale decisione il Governo risponde di fronte al Parlamento (...). Una visione fortemente critica del punto è stata prospettata in dottrina da 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, p. 8 in cui l'A. si chiede "se l'assunta insindacabilità dell'atto politico di specie non segni un'insanabile collisione con la legittima pretesa al rispetto dei parametri costituzionali in base ai quali, tra l'altro, la Repubblica riconosce e tutela i diritti inviolabili dell'uomo, come singolo, sia anche nelle *formazioni sociali* ove si svolge la sua personalità" e "se l'atto politico di specie possa intendersi sottratto anche al rispetto del principio costituzionale in base al quale la Repubblica è chiamata a rimuovere gli ostacoli che, in via di fatto, limitano l'eguaglianza tra cittadini anche in base a distinzioni di ordine religioso".

⁶⁹ In questo senso cfr. E. CHELI, *op. cit.*, in part. pp. 192-198. Per un approfondimento si v. V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano 1923, pp. 908 e ss.; E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, pp. 118 e ss.; V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, pp. 70 e ss.

⁷⁰ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1945, p. 20.

È proprio questa difficoltà che induce parte della dottrina a dubitare della legittimità costituzionale della categoria degli atti politici, e, di conseguenza, dell'art. 7, comma 1, ultimo periodo, del codice del processo amministrativo⁷¹. In particolare, l'esclusione dell'accesso al giudice sarebbe incongruente *tout court* con il diritto di difesa, perciò, l'atto politico andrebbe considerato come un residuo della legislazione precostituzionale⁷². L'esperienza, invero, nella sua complessità rende difficile individuare concretamente situazioni in cui non vengano in essere delle posizioni soggettive da tutelare, la cui protezione è il fine essenziale dell'ordinamento. La vicenda analizzata ne offre un esempio emblematico, toccando un ambito delicato come pochi.

Le argomentazioni della Corte, tuttavia, sembrano suggerire una soluzione che avvalora il criterio metodologico della "politica giurisprudenziale"⁷³. In altre parole, il profilo garantistico non risiede in un'astratta e immutabile definizione teorica, ma in una verifica concreta.

Non pare un caso, infatti, che dalla lettura della sentenza neppure una volta si scorga la locuzione "atto politico", soprattutto se la circostanza si pone in connessione con le modalità attraverso le quali la Corte giunge a negare la sindacabilità giurisdizionale della deliberazione governativa, che ricava da una

⁷¹ In riferimento alla sentenza n. 52 del 2016 cfr. R. DICKMANN, *op. cit.*, p. 8; D. PORENA, *op. cit.*, pp. 8 e ss. Si v. poi 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. cit.*, p.to 3; F. BILANCIA, *Ancora sull'"atto politico" e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Rivista AIC*, 4/2012; F. BLANDO, «Atto politico» e «Stato di diritto» nella sentenza n. 81 del 2012 della Corte costituzionale, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 31 ottobre 2012.

⁷² Il riferimento è alla concezione precostituzionale dell'atto politico. Rappresentando il frutto dell'esercizio della funzione politica, le cui scelte si fondano su ragioni di opportunità, gli atti politici erano considerati *ex se* legittimi, cioè difficilmente apprezzabili e motivabili sotto un profilo di stretta legalità. Prima dell'entrata in vigore della Costituzione, infatti, la *ratio* della categoria risiedeva in una "ragion di Stato" che rendeva l'atto politico superiore alla legge proprio perché volto a preservare l'azione degli organi dello Stato. Sul punto si v. G. B. GARRONE, *Atto politico (disciplina amministrativa), ad vocem*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. I, Torino 1987, p. 548; N. COCO, *L'atto di potere politico negli odierni atteggiamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1927, pp. 227 e ss.; G. ROEHRSEN, *L'atto di potere politico e la sua sindacabilità in sede giudiziaria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1936, pp. 557 e ss.; A. DE VALLES, *Sulla teoria degli atti politici*, in *Annali Macerata*, 1929, pp. 1 e ss.

⁷³ Il riferimento è ancora una volta a G. TROPEA, *op. cit.*, pp. 347 e ss.

politicità logica perché consequenziale, derivante da una mancata previsione legislativa.

Non vi è una definizione legislativa di confessione religiosa⁷⁴, né regole cui attenersi nel procedimento inteso all'apertura e alla conclusione delle trattative, quindi è tutto rimesso alla discrezionalità politica del Governo. Diversa sarebbe la situazione se il legislatore decidesse di introdurre una normativa organica sulla libertà religiosa⁷⁵ che, attuativa del disposto costituzionale, potrebbe contenere una procedimentalizzazione del processo di conclusione delle intese.

In tal caso, le valutazioni del Governo, ancorate a parametri normativi, sarebbero sindacabili in sede giurisdizionale. L'obbligatorietà dell'avvio alle trattative, infatti, potrebbe aggiornarsi solo nel caso di espresse previsioni legislative volte a «introdurre una compiuta regolazione del procedimento di stipulazione delle intese, recante anche parametri oggettivi, idonei a guidare il Governo nella scelta dell'interlocutore»⁷⁶.

Questa soluzione parrebbe essere auspicabile, perché, lasciando inalterate le previsioni normative in materia di atti politici, nati, come detto, per garantire l'esigenza di libertà nella funzione di indirizzo politico, sottrarrebbe alla categoria la materia religiosa, forse troppo sensibile per essere lasciata alla piena discrezionalità politica. Ma, dice il Giudice delle leggi, questa soluzione è rimessa alla decisione del legislatore «nella sua discrezionalità»⁷⁷.

È un atteggiamento senz'altro condivisibile, che permette alla Corte di rimanere nel suo spazio, ristabilendo l'ordine costituzionale delle competenze, e, allo stesso

⁷⁴ Su tale aspetto problematico cfr. B. RANDAZZO, *op. ult. cit.*, pp. 198 e 199; F. FINOCCHIARO, *Art. 8*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna 1975, pp. 385 e ss.; S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, pp. 8 e ss.

⁷⁵ Auspicata da I. NICOTRA, *op. cit.*, pp. 7 e 8; V. VITA, *Della non obbligatorietà dell'avvio delle trattative finalizzate alla conclusione di un'intesa. Riflessioni a margine della sentenza n. 52 del 2016*, in *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, fasc. 2/2016, pp. 10 e 11, dove l'A. osserva come «una disciplina normativa in questo ambito avrebbe il merito di abrogare del tutto la legislazione fascista sui culti ammessi (l. 1159 del 1929) e potrebbe rendere di applicazione generale il c.d. diritto comune alle intese, così da regolare i rapporti con le confessioni prive di intese in base ai principi derivanti dalle intese già stipulate»; G. MACRÌ, *Il futuro delle intese (anche per l'UAAR) passa attraverso una legge generale sulla libertà religiosa. Brevi considerazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 52 del 2016*, in *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, n. 3/2016, pp. 8 e ss.

⁷⁶ Così Corte costituzionale, 10 marzo 2016, n. 52, al p.to 5.1 del considerato in diritto.

⁷⁷ *Ibidem*.

tempo, di suggerire al legislatore una soluzione per evitare la tensione col diritto fondamentale di accesso al giudice, determinata dalla politicità della scelta governativa in materia religiosa.

Nel suo compito naturale di interpretazione al massimo grado del modello costituzionale e di mediazione tra questo e gli indirizzi della legislazione⁷⁸, la Corte non ha ceduto alla tentazione di sostituirsi al legislatore nel sistemare per via giudiziale l'analizzata tensione, ma ha inaugurato un indirizzo di politica legislativa.

Non sempre il ripristino della legalità costituzionale ha avuto luogo senza l'interferenza con la decisione politica⁷⁹. La sentenza n. 178 del 2015 offre un precedente significativo in tal senso, perché la vicenda ad essa sottesa presenta delle analogie col caso in esame.

In particolare, con questa decisione la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale della normativa secondo cui la contrattazione collettiva in materia di progressioni economiche di alcune categorie di pubblici dipendenti sarebbe dovuta rimanere sospesa per ragioni di contenimento della spesa pubblica. Quindi, al fine di garantire la libertà sindacale, tutelata ex art. 39 Cost., il Giudice delle leggi era giunto, nella sostanza, ad imporre all'esecutivo l'avvio dei negoziati⁸⁰.

⁷⁸ Cfr. le riflessioni di E. CHELI, *Introduzione*, in P. GROSSI (a cura di), *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto. Atti dell'incontro di studio. Firenze, 26-28 settembre 1996*, Milano 1997, p. 26.

⁷⁹ Sul punto cfr. S. STAIANO, *Introduzione*, in *Quaderni del Dottorato di ricerca in Diritto ed Economia n. 5*, Napoli 2012; ID., *Politica e giurisdizione. Piccola cronaca di fatti notevoli*, in *Federalismi.it*, n. 11/2013.

⁸⁰ Esorbitando dalle finalità della presente analisi, per un approfondimento sulla sentenza 178/2015 si rimanda a D. BATTURINI, *Il diritto della crisi economico-finanziaria tra ragioni di emergenza e giudizio di costituzionalità*, in *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, n. 3/2016; I. CIOLLI, *I diritti sociali "condizionati" davanti alla Corte costituzionale*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 3/2017, pp. 353 e ss.; G. DI COSIMO, *Oscillazioni della Corte costituzionale di fronte alla crisi economica*, in *Forumcostituzionale.it*; D. DIACO, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra Legge fondamentale e diritto costituzionale*, in *Giurcost.org*, n. 1/2016; A. GUAZZAROTTI, *Corte costituzionale e sindacato davanti alla costruzione del soggetto (a)conflittuale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018; M. MOCHEGANI, *La tecnica decisoria della sentenza 178 del 2015: dubbi e perplessità*, in *Forumcostituzionale.it*; F. PALLANTE, *Dai vincoli "di" bilancio ai vincoli "al" bilancio*, in *Giur. cost.*, n. 6/2016; M. PICCHI, *Tutela dei diritti sociali e rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio: la Corte costituzionale chiede al giudice di motivare*, in *Osservatoriosullefonti.it*; R. PINARDI, *La Consulta e il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di "incostituzionalità sopravvenuta"?*, in *www.amministrazioneincammino.it*; S. SCIARRA, *I diritti sociali e i dilemmi della giurisprudenza*

Questa pervasività, invece, non v'è stata nella vicenda delle intese ex art. 8 Cost. In questo caso, infatti, la Corte non ha attraversato la linea di tensione che la separa dal campo d'azione del decisore politico. Rimarchevole è, comunque, la diversità degli strumenti processuali. Nella pronuncia 178/2015 il Giudice delle leggi era stato adito in via incidentale, mentre nella sede del conflitto di attribuzioni tra poteri è meno difficile rimanere su un piano "esterno". Ecco il motivo per cui il conflitto interorganico si pone come l'unica forma di controllo utile per l'atto politico: rimanendo fuori dal merito delle scelte, la Corte costituzionale ne sorveglia l'aderenza al tessuto istituzionale, sanzionandone l'abuso.

In un momento storico in cui la sequenza giudiziale tende ad attrarre la produzione della norma in un'anomala procedura del diritto⁸¹, la scelta della Corte appare l'unica via percorribile per la risoluzione del problema dinanzi ad essa posto. Solo i caratteri di generalità ed astrattezza della legge, infatti, possono assicurare un'autentica parità nella regolazione dei rapporti tra Stato e confessioni religiose, realizzando quel "primo gradino" della tutela che, laddove rimasta inadempita, potrebbe completarsi innanzi al giudice⁸².

costituzionale, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 3/2017, pp. 347 e ss.; G. SERGES, *Il "dominio" degli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, in *Diritto e società*, n. 4/2016, pp. 603 e ss.

⁸¹ Così S. STAIANO, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Quaderni del Dottorato di ricerca in Diritto ed Economia n.1*, Napoli 2004, p. XII.

⁸² *Ibidem*, p. XIII, dove l'A. osserva come la tendenza alla "produzione giurisprudenziale del diritto" realizzi "un processo di «opacizzazione» della sovranità, consistente nel sostituirsi di un «diritto della possibilità» - frammentato, differenziato, fondato sullo schema privatistico del contratto - al «diritto della necessità» come regolazione eteronoma ... dei rapporti sociali". Nello stesso senso si v., nell'ambito della sconfinata letteratura sul tema, P. GROSSI, *Crisi della legge e processi di globalizzazione*, in S. STAIANO (a cura di), *Quaderni del Dottorato di ricerca in Diritto ed Economia n.1*, cit., pp. 18 e ss.; ID., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano 2006, in part. pp. 279 e ss., pp. 313 e ss.