

L'insindacabilità degli atti del potere politico: quando "separazione dei poteri" e "tutela dei diritti" entrano in tensione

di Francesco Emanuele Grisostolo e Laura Restuccia*

Abstract: *The inviolability of political power acts: when "separation of powers" and "rights protection" come into tension* – The scope of this paper is to demonstrate that constitutional and administrative justice (that are the objects of this analysis) present the significant common trait of being the product of a regression of the inviolability of political power acts. For this purpose, the article offers a counter-classification of the spaces subtracted from controls over the administrative acts and the laws. At first, the work describes overcoming the inviolability of administrative and legislative acts, but it will also describe its survival in some legal systems and the "upward shift" of inviolability towards constitutional rank laws. Then, the paper analyses the areas of sectorial inviolability attributable to the act's political nature or specific exclusion clauses of jurisdiction (e.g. prerogative powers, political question doctrine, ouster clauses). Finally, the paper illustrates further solicitation for the enlargement of judicial control from the supranational sphere, particularly the European area.

853

Keywords: Administrative justice; Constitutional justice; Rights protection; Separation of powers.

1. Introduzione

«Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution»: l'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 costituisce un punto di riferimento in ogni illustrazione dei fondamenti dei sistemi costituzionali di derivazione liberale, istituendo – sulla scorta della nota riflessione di Montesquieu – una connessione inscindibile fra separazione dei poteri e protezione dei diritti¹. Quale precipitato immediato di tali principi, nella Costituzione del 1791 troviamo chiare limitazioni all'esercizio del potere giudiziario: «Les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice

* Il contributo è frutto della riflessione congiunta dei due autori. Tuttavia, i parr. 2.1, 3.1, 3.2, 3.3 e 4.1 sono riferibili a Francesco E. Grisostolo, i parr. 2.2, 2.3, 2.4, 4.2 a Laura Restuccia, mentre introduzione e conclusioni sono da attribuirsi a entrambi.

¹ Con riferimenti limitati alla manualistica costituzional-comparatistica, C. Martinelli, *Teoria e storia del costituzionalismo*, in T.E. Frosini (cur.), *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Bologna, 2019, 43; G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Milano, 2022, 199.; G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella, M. Volpi, *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2016, 268.

du Pouvoir législatif ... ni entreprendre sur les fonctions administratives», a fronte di una speculare proibizione nei confronti delle amministrazioni pubbliche².

Nell'esperienza francese e nei Paesi che hanno seguito, per prestigio o per imposizione, il modello costituzionale "giacobino"³, questo assetto costituzionale dava luogo a una sostanziale insindacabilità degli atti del potere legislativo e di quello esecutivo da parte del potere giudiziario. Anche in conseguenza della concezione flessibile della Costituzione, né l'atto legislativo, né l'atto amministrativo erano sottoposti al controllo di un organo indipendente e imparziale alla luce di un parametro sovraordinato, nemmeno rispetto ai diritti fondamentali, che rimanevano dunque talora privi di tutela giurisdizionale⁴.

Peraltro, le peculiarità dell'esperienza britannica non conducevano a esiti radicalmente diversi; anzi, il principio della *parliamentary sovereignty* comportava (e comporta, nei fatti, tuttora) la non sindacabilità degli atti legislativi, mentre il controllo sugli atti delle amministrazioni subiva significative limitazioni, in ragione del riconoscimento di poteri riservati all'Esecutivo (*prerogative powers*) e dell'atteggiamento assai deferente a lungo manifestato dalle Corti⁵. Sarà piuttosto l'esperienza statunitense, come si dirà meglio a breve, a imboccare da subito una direzione diversa, con la nota sentenza *Marbury v. Madison* del 1803 della Corte suprema.

Ad ogni modo, riallacciandone le traiettorie evolutive a questa condizione storica originale, gli oggetti che nel nostro ordinamento siamo soliti identificare come "giustizia costituzionale" e "giustizia amministrativa"⁶ presentano il significativo tratto comune di costituire il prodotto di un arretramento dell'insindacabilità degli atti del potere politico (legislativo ed esecutivo). In maniera per certi versi speculare alle analisi più consolidate, che descrivono l'affermazione, il consolidamento e l'attuale ambito del controllo sulle leggi e sugli atti amministrativi, si tenterà di

² Rispettivamente, Chapitre V, art. 3 e Chapitre IV, Section II, art. 3.

³ Modello contrapposto a quello "anglosassone" nella terminologia utilizzata da A. Barbera, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in A. Barbera, G. Zanetti (cur.), *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, Roma-Bari, 1997, part. 5.

⁴ D. Amirante, F. Rosi, *La giustizia amministrativa in Francia*, in G. Recchia (cur.) *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, vol. XXV, *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, Padova, 1996, 18. Anche G. Lombardi, *Diritti di libertà e diritti sociali*, in *Pol. dir.*, 1, 1999, 7 ss., rimarcava come nell'Ottocento anche i diritti di libertà fossero «poveri di valore normativo», in ragione «del concetto di supremazia dell'amministrazione», della «riserva di legge intesa come capacità per la legge stessa di condizionare, plasmare o addirittura di degradare... i diritti fondamentali» e da una cultura di «mercato positivismo legalitario del giudiziario».

⁵ M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, Bologna, 2019, 81 ss.

⁶ Le trattazioni sul metodo hanno messo in luce l'importanza della percezione nell'identificazione dell'oggetto della comparazione (R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, Milano, 2016, 30 ss.): l'approccio comparatistico favorisce la trattazione trasversale di argomenti che normalmente, in un dato ordinamento, vengono trattati in maniera separata.

offrire qui una contro-classificazione degli spazi sottratti a questi controlli (insindacabilità), evidenziandone le persistenze e le dinamiche attuali.

Dapprima, si descriverà il superamento dell'insindacabilità dell'atto amministrativo (§ 2.1) e dell'atto legislativo (§ 2.2), ma anche la sua sopravvivenza in alcuni ordinamenti (§ 2.3) e lo "spostamento verso l'alto" dell'insindacabilità verso le leggi di rango costituzionale (§ 2.4). Successivamente, si analizzeranno i persistenti spazi di insindacabilità di carattere settoriale, riconducibili alla natura politica dell'atto (§§ 3.1 e 3.2) o a specifiche clausole di esclusione della giurisdizione (§ 3.3). Infine, si illustreranno le ulteriori sollecitazioni all'allargamento del controllo giurisdizionale provenienti dalla sfera sovranazionale, con particolare riferimento all'area europea (§ 4).

2. L'insindacabilità dell'atto in ragione della sua riconducibilità alla funzione esecutiva o legislativa

2.1 La (quasi) scomparsa dell'insindacabilità dell'atto amministrativo

L'assoggettamento dell'atto amministrativo al controllo giurisdizionale appare un dato da tempo acquisito, almeno negli ordinamenti liberal-democratici: storicamente, quella del potere esecutivo è stata la prima sfera di intangibilità a cedere sistematicamente di fronte all'esigenza di un controllo giurisdizionale a tutela delle posizioni soggettive dei cittadini lese da atti autoritativi⁷.

Diversi sono, però, gli itinerari tramite i quali si è giunti a questo risultato.

Nel modello inglese, come accennato, si è affermato il principio della sottoposizione dell'amministrazione al giudice comune, per cui il problema non era costituito tanto dall'*an* del controllo giurisdizionale, bensì dalla sua scarsa incisività: le azioni nei confronti dell'amministrazione erano connotate da una disciplina speciale, più difficoltosa per il cittadino⁸, e lo scrutinio si attestava al livello del controllo *ultra vires*, ovvero sullo straripamento delle amministrazioni dalle loro attribuzioni e sulla puntuale violazione di legge. Una volta riconosciuta la sussistenza del potere, non vi era invece un controllo sull'esercizio della discrezionalità amministrativa, se non in casi estremi⁹. A partire dalla fine dell'Ottocento, quello che era percepito sempre più come un vuoto (sostanziale) di tutela giurisdizionale venne riempito con l'introduzione di *administrative tribunals* di carattere settoriale: non organi giurisdizionali, bensì autorità amministrative di risoluzione del contenzioso, abilitate a rivalutare la decisione amministrativa nel merito. Essi hanno vissuto un lento processo di giurisdizionalizzazione,

⁷ Per un quadro d'insieme, v. S. Cassese, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in Id. (cur.), *Trattato di diritto amministrativo*, I, *Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, 1 ss.

⁸ M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, cit., 107.

⁹ D. Depretis, *La giustizia amministrativa*, in G. Napolitano (cur.), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, 309-311.

fino al pieno inserimento nel sistema giurisdizionale ad opera del *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*¹⁰.

Nel modello francese, al contrario, il punto di partenza è stato quello della vera e propria insindacabilità dell'atto amministrativo. Il suo superamento è avvenuto in modo diverso nei vari ordinamenti riconducibili al modello. Una prima "erosione" dell'insindacabilità è derivata dalla distinzione dottrinale e giurisprudenziale fra atti adottati *iure imperii* e *iure gestionis*, finalizzata a sottoporre questi ultimi al vaglio giurisdizionale¹¹. La reazione più significativa dell'ordinamento francese è stata, però, quella di individuare un organo "speciale", il *Conseil d'État*, a cui affidare il sindacato sull'esercizio di potere amministrativo – la giustizia nell'amministrazione – temperando il principio di separazione dei poteri con l'esigenza di garantire il controllo da parte di un organo terzo e imparziale. Si tratta di una soluzione destinata a divenire paradigmatica, venendo imitata in altri ordinamenti europei¹² ed extra-europei, anche a seguito di forme di imposizione nel contesto coloniale¹³.

In altri casi, come quello degli ordinamenti di area tedesca, l'insindacabilità è arretrata piuttosto sulla spinta del principio dello Stato di diritto (*Rechtsstaat*) e della volontà di assicurare tutela giurisdizionale ai diritti soggettivi degli amministrati (*subjektive öffentliche Rechte*), categoria tuttora fondamentale nel diritto amministrativo tedesco¹⁴. L'ispirazione al modello inglese e a quello tedesco – sulla spinta delle forze politiche liberali – porta anche a forme di "ibridazione", di cui è un significativo esempio il caso italiano, in cui tuttora convivono il controllo del giudice ordinario e di quello speciale sull'operato dell'amministrazione, a seconda della situazione giuridica soggettiva fatta valere dal privato.

Insomma, come anticipato, il principio secondo il quale «contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale», enunciato dall'art. 113 della Costituzione italiana, sembra ormai

¹⁰ Aa.Vv., *Manuel de droit comparé des administrations européennes*, Bruxelles, 2019, 67.

¹¹ S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 32-36, con puntuali richiami alla dottrina francese e italiana.

¹² Una caratteristica di questo modello – che riguarda quantomeno Francia, Paesi Bassi, Belgio, Italia e Grecia – è anche il cumulo da parte dell'organo di funzioni consultive e giurisdizionali: M. Fromont, *Droit administratif des États européens*, Paris, 2006, 120 ss., il quale osserva, con riferimento all'ordinamento francese, che «aujourd'hui encore, le Conseil d'État est juridiquement un organe administratif faisant partie du pouvoir exécutif».

¹³ L'opera di respiro globale recentemente pubblicata dal professor Scarciglia (R. Scarciglia, *Diritto amministrativo comparato*, Torino, 2021) offre interessanti elementi in questo senso: in Thailandia, dal 1874 al 1932, viene istituito un Consiglio di Stato sul modello francese, che produce un primo sviluppo del diritto amministrativo in quell'ordinamento (p. 444); in Africa, si possono indicare i casi del Marocco – in cui nel 1928 viene data facoltà ai funzionari di rivolgersi al Consiglio di Stato francese – e dell'Egitto (rispettivamente pp. 491 e 510).

¹⁴ H. Pünder, A. Klafki, *Administrative Law in Germany*, in R. Seerden (ed.), *Comparative Administrative Law. Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, 81 ss.

generalizzato negli ordinamenti di matrice liberale¹⁵, salve le ipotesi – di cui si dirà nei prossimi paragrafi – di esclusione di alcune categorie di atti in relazione al loro oggetto o alla qualificazione come “atti politici”. Su questa tendenza, si devono fare però due precisazioni.

In primo luogo, la generalizzazione del controllo giurisdizionale non deve mettere in ombra il fatto che vi sono sistemi pienamente democratici, come quelli scandinavi, in cui esso assume un minor peso rispetto alle forme *non giurisdizionali* di garanzia dell'*accountability* dell'amministrazione, come i difensori civici (*ombudsman*). Peraltro, anche nei sistemi a prevalenza giurisdizionale, come quello italiano, ci si sta accorgendo che lo sviluppo dei sistemi di protezione non giurisdizionale colma vuoti di tutela *effettiva*, come quando a essere colpiti sono i diritti delle persone più vulnerabili, per le quali l'accesso alla giustizia si presenta più difficoltoso¹⁶.

In secondo luogo, se oggi sul piano comparato (quasi) tutti gli atti amministrativi sono impugnabili, il “confine” fra i poteri si sposta evidentemente sul livello di profondità del sindacato del giudice sulla discrezionalità amministrativa. Il nuovo ambito di insindacabilità del potere sarebbe costituito dal ventaglio di scelte legittime a disposizione dell'amministrazione all'interno dei criteri legali, ovvero quello spazio di discrezionalità sottratto allo scrutinio del giudice di legittimità in quanto non regolato da principi o regole normative¹⁷. Vi è chi, con articolate

¹⁵ Invero, nonostante questo profilo fuoriesca dalla traiettoria principale del presente contributo, si può osservare sinteticamente come la diffusione del controllo giurisdizionale sull'atto sembra aver ormai interessato anche i Paesi che si collocano al di fuori del modello liberal-democratico, che si tratti di Paesi socialisti, come la Cina (R. Scarciglia, *Diritto amministrativo comparato*, cit., 385 ss.) o Cuba, o di autocratie “religiose”, come l'Iran (R. Scarciglia, *op. cit.*, 465). Questo segna un cambio di passo rispetto, ad esempio, al modello socialista “puro” che si opponeva alla separazione dei poteri e, quindi, non ammetteva un controllo giurisdizionale sugli atti *latu sensu* amministrativi (sia consentito il richiamo alla ricostruzione effettuata in F.E. Grisostolo, *Le pubbliche amministrazioni dei Balcani Occidentali nella transizione verso lo spazio amministrativo europeo*, in *AmbienteDiritto.it*, 1, 2022, part. 3 ss.). Ovviamente, va rimarcato che in questi sistemi l'esistenza di un sindacato non equivale alla sua effettività, specialmente nei casi politicamente più delicati, in ragione dell'insussistenza di garanzie dell'indipendenza dei giudici. Anzi, l'introduzione di ricorsi giurisdizionali contro gli atti amministrativi negli Stati autoritari è stata utilizzata anche come forma di legittimazione del sistema, presentandolo come corretto e trasparente nei confronti del cittadino comune, nel tentativo – si potrebbe dire – di barattare uno “Stato amministrativo di diritto” con lo “Stato costituzionale di diritto”, in cui le decisioni politiche sono il frutto del confronto democratico-pluralistico (non a caso la prima espressione è stata coniata in Spagna, durante il franchismo: F. Garrido Falla, *Democracia y Estado de derecho: sometimiento efectivo de todos los poderes a la ley*, in *Rev. adm. pública*, 128, 1992, 7 ss.).

¹⁶ Fra i molti, v. I. Harden, *Ombudsmen and Complaint-Handling*, in P. Cane, H.C.H. Hofmann, E.C. Ip, P.L. Lindseth (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford, 2021, 771 ss.

¹⁷ Tale spazio viene usualmente definito, nella dottrina italiana, “merito amministrativo” (v. per tutti G. Coraggio, *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 130 ss.). Nell'ordinamento tedesco, analogo trattamento riceve il “margine di interpretazione” (*Beurteilungsspielraum*) che la singola legge può riservare all'amministrazione di fronte a concetti generali che implicano una valutazione di fatto (in questo senso, H. Pünder, A. Klafki, *Administrative Law in Germany*, cit., 89-90).

argomentazioni, definisce questo spazio come «ordinaria violenza della decisione amministrativa», in quanto «pura volontà libera (e, perciò, arbitraria)», «puro potere»¹⁸.

Tuttavia, senza pretendere di esaurire un argomento così complesso, a chi scrive sembra che non di vera e propria “insindacabilità” possa parlarsi, in quanto, da un lato, il legislatore può ridurre l’ampiezza di questo ambito di discrezionalità, ampliando il novero di criteri legali e il loro livello di dettaglio sino a vincolare l’azione amministrativa, e, dall’altro, i giudici amministrativi hanno fatto ampio utilizzo dei principi generali per integrare i criteri di provenienza legislativa e si sono dotati di strumenti di controllo “flessibili”, così che è assai difficile per il titolare del potere amministrativo sapere *ex ante* con certezza che la propria decisione sarà considerata espressione di una valutazione di merito, esente da vizi, ad esempio, in punto di proporzionalità e ragionevolezza.

Ad ogni modo, si vedrà oltre come, nel panorama attuale, la giurisprudenza della Corte EDU offra in talune fattispecie una spinta per un’ulteriore espansione del controllo sul merito amministrativo da parte del giudice (§ 4.3).

2.2 La parziale persistenza dell’insindacabilità dell’atto legislativo. L’affermazione di forme di controllo giurisdizionale e la progressiva giurisdizionalizzazione dei sistemi basati sul controllo preventivo non giurisdizionale...

Il superamento dell’insindacabilità in sede giurisdizionale dell’atto legislativo ha seguito, nella maggior parte dei casi, un itinerario più difficoltoso e articolato rispetto a quello dell’atto amministrativo. Questo percorso si lega all’evoluzione della giustizia costituzionale e, in prospettiva più ampia, allo sviluppo del costituzionalismo quale processo storico-politico¹⁹.

¹⁸ In questo senso, L.R. Perfetti, *L’ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1, 2017, 3 ss., il quale giunge alla conclusione che tale momento di “forza” sia riconciliabile con il principio dello Stato di diritto soltanto riconducendola alla sovranità e – nello stato democratico – a un dovere extra-legale di agire per garantire la massima tutela dei diritti fondamentali.

¹⁹ M. Calamo Specchia, L. Montanari, *L’accesso in via indiretta alle Corti costituzionali: un modello per l’Europa? Introduzione*, in *DPCE*, 1, 2014, 319 ss., spec. 320. Come noto, sono stati elaborati molteplici modelli classificatori di giustizia costituzionale (si pensi, fra le molte, alle classificazioni operate da A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1995, 201 ss.; L. Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, Paris, 1996, 8 ss.; D. Garcia Belaunde, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, 2001, 132 ss.; A. Weber, *Notes sur la justice constitutionnelle comparée: convergences et divergences*, in *AIJC*, 2003, 29 ss.), sebbene costituisca un dato scientifico ormai accettato dalla dottrina maggioritaria che una loro rigida suddivisione mal si adatti al contesto contemporaneo. Sul tentativo di superamento dei modelli, tra i molti v. G. Tusseau, *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica*, Bologna, 2009, 27; L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Torino, 2015, 23 ss.; S. Bagni, *Oltre i modelli e i sistemi di giustizia costituzionale e convenzionale: alcune riflessioni di metodo*, in *DPCE*, 4, 2017, 1067 ss.

Il fondamentale principio secondo il quale l'esercizio del potere politico non può essere illimitato, ma deve incontrare un argine in un nucleo fondamentale di principi posti alla base dell'ordinamento giuridico, ha trovato attuazione nei confronti dell'atto legislativo mediante diverse tecniche costituzionali. In particolare, si rilevano due diverse tendenze: la prima, di superamento della sua insindacabilità attraverso l'introduzione di un *controllo giurisdizionale*, accentrato o diffuso, affidato ad organi terzi e imparziali, ai quali spetta valutare la conformità dell'atto legislativo al dettato costituzionale, con il potere di annullarlo o disapplicarlo; la seconda, di mantenimento dell'insindacabilità dell'atto nei confronti del giudiziario con l'introduzione, però, di un *controllo preventivo, di natura non giurisdizionale*, volto comunque ad assicurare il rispetto delle disposizioni costituzionali²⁰.

Fra i controlli di tipo giurisdizionale, individuamo ulteriormente due modelli storico-esemplari²¹: la *judicial review* di origine statunitense, fondata sulla tradizione di *common law*, alla quale si contrappone il sistema austriaco, il *Verfassungsgerichtsbarkeit* europeo-kelseniano.

Nel sistema di origine statunitense, elaborato a partire dalla sentenza *Marbury v Madison* del 1803²², l'insindacabilità è superata direttamente attraverso la sottoposizione dell'atto legislativo a *judicial review*: qualunque giudice ha il potere di disapplicare le leggi che si pongono in contrasto con la Costituzione²³. In altre parole, questo primo modello trae origine dall'esigenza di garantire la supremazia della Costituzione sul potere legislativo.

²⁰ Ad esempio, G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, cit., 320 ss., suddivide tre modelli: politico, giurisdizionale accentrato e giurisdizionale diffuso. Al contrario, L. Pegoraro, "Politico" e "giurisdizionale" a cento anni dal Verfassungsgerichtshof, in *DPCE*, 4, 2020, 903 ss., è critico nei confronti della «utilizzazione marcatamente ideologica delle parole "politico" e "giurisdizionale", nella convinzione (di volta in volta imputabile a ingenuità o a scelte di campo "politiche") che nel modello giurisdizionale accolto dallo "Stato costituzionale" il potere politico deve essere limitato, e che il giudice, cui si affidano le scelte, non fa politica ma si limita a dichiarare quello che è nella ragione e nella natura delle cose» (part. 904) e, soprattutto, ritiene che «la dottrina non enfatizza a sufficienza la "transustanziazione" della giustizia costituzionale "giurisdizionale" e dei suoi attori, da organi preposti a controllare la legge a organi che si aggiungono agli altri poteri dello Stato, contrapponendo le proprie valutazioni a quelle degli organi altrimenti legittimati (Parlamenti, esecutivi, Presidenti)» (part. 927).

²¹ Si evidenzia che la classificazione che vede il modello statunitense contrapporsi a quello austriaco è costruita sulla competenza relativa al giudizio di costituzionalità sulle leggi, ma non si esaurisce in essa, v. per tutti L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali*, Torino, 2020, 398.

²² In merito al sistema di giustizia costituzionale degli Stati Uniti, tra i molti v. B. Barbisan, *Nascita di un mito, Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Bologna, 2008; C. Bologna, *La Commissione per la riforma della Corte suprema: gli Stati Uniti e il demos basileus*, in *Quad. cost.*, 3, 2021, 691 ss.; L. Vanoni, *La Corte Suprema tra polarizzazione politica e interpretazione costituzionale: alla ricerca di un nuovo equilibrio?*, in *DPCE*, 2, 2021, 449 ss.

²³ R.L. Blanco Valdés, *Il valore della Costituzione. Separazione dei poteri, supremazia della legge e controllo di costituzionalità alle origini dello Stato liberale*, Padova, 1997, 137.

Il secondo prototipo, invece, come noto, è frutto della teorizzazione di Hans Kelsen²⁴. Chiamato a collaborare alla redazione della Costituzione austriaca del 1920, Kelsen prende le mosse dallo stesso presupposto del sistema statunitense: la Costituzione è una legge gerarchicamente superiore a tutte le altre. A differenza del precedente modello, però, la verifica del rispetto della legge suprema non avviene in maniera diffusa, bensì accentrata: vi è deputato un organo *ad hoc*, il *Verfassungsgerichtshof*, nominato dal Parlamento²⁵. Negli ordinamenti che hanno seguito questo modello, la creazione di un organo nominato in tutto o in parte dal Parlamento è stata vista, in realtà, come un compromesso tra un controllo di tipo politico e un controllo giudiziario²⁶.

Altri ordinamenti, come ad esempio Francia, Paesi Bassi e Finlandia, hanno tentato di conciliare la persistenza dell'insindacabilità dell'atto legislativo con l'introduzione di controlli preventivi e di natura non giurisdizionale a tutela della legalità costituzionale. Nel tempo, essi hanno però vissuto una travagliata evoluzione, che li ha portati ad avvicinarsi al modello giurisdizionale²⁷.

Si pensi, prima di tutto, al caso francese²⁸. Per molto tempo, la Francia è stata restia ad introdurre un controllo di costituzionalità delle leggi, essenzialmente per il timore che ciò potesse ledere il principio della separazione dei poteri²⁹. Alla paura dell'instaurazione di un "governo dei

²⁴ Si rinvia ai classici *La garanzia giurisdizionale della Costituzione* e *Chi dev'essere il custode della Costituzione*, raccolti in H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, trad. it. a cura di C. Geraci, Milano, 1981, 143 ss. In merito alle differenze intercorrenti fra il modello di Giudice delle leggi come "legislatore negativo" teorizzato da Kelsen e le Corti costituzionali del Secondo dopoguerra v., almeno, le opere di B. Caravita, *Corte «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi*, I, *La corte costituzionale austriaca*, Padova, 1985 e C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente*, Napoli, 2014.

²⁵ In merito al sistema di giustizia costituzionale dell'Austria e della Germania, tra i molti v. F. Palermo, *La giustizia costituzionale in Germania*, in L. Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, II, Padova, 2011, 145 ss. e E. D'Orlando, *La giustizia costituzionale in Austria*, in L. Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, cit., 99 ss.

²⁶ M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1976, 87-88. Al contrario, ritiene che la Corte si ponga come un ponte di collegamento tra le istituzioni politiche e le magistrature, P. Barile, *L'interpretazione costituzionale*, Padova, 1987, 510. A tal proposito si potrebbe parlare di un tentativo di preservare la separazione tra potere legislativo e potere giudiziario e allo stesso tempo instaurare tra di essi una dialettica attraverso la quale si assicurano la supremazia del testo costituzionale adattandola all'evoluzione della società (E. Palici di Suni, *Tre modelli di giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2016, 1 ss., part. 8).

²⁷ Per un'analisi di più ampio respiro relativa alle origini della giustizia costituzionale e agli ordinamenti che hanno introdotto in via pretoria un sistema di controllo di costituzionalità delle leggi (come Stati Uniti, Israele ed alcuni Paesi scandinavi), si rinvia a F. Bonini, A. Ciammariconi, R. Orrù (cur.), *La giustizia costituzionale in prospettiva storica: matrici, esperienze e modelli*, *Giornate di Diritto e Storia costituzionale «Atelier 4 luglio» - G.G. Florida, III*, Napoli, 2012.

²⁸ S. Bagni, M. Nicolini, *Giustizia costituzionale comparata*, Torino, 2020, 76.

²⁹ In merito al sistema di giustizia costituzionale della Francia, tra i molti v. D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, 2006; M. Cavino, *Lezioni di giustizia costituzionale francese*, Napoli, 2014; S. Benvenuti, *La via francese alla giustizia costituzionale. Ideologia, politica e "dialogo" tra Corti*, Napoli, 2016.

giudici”³⁰, tuttavia, si è contrapposta l’esigenza di predisporre un sistema di garanzie dei diritti sanciti dal testo costituzionale³¹: ad essa si è fatto fronte con l’introduzione di un controllo preventivo, effettuato dal *Conseil Constitutionnel* che, si ricorda, nasce come organo dichiaratamente non giurisdizionale (sia per la sua composizione, sia per le sue funzioni)³². Nonostante l’iniziale ostilità ad un controllo che non fosse politico, tuttavia, dagli anni ’70 si avverte un cambio di rotta nel senso della progressiva “giurisdizionalizzazione” del modo di operare dell’organo, che culmina con l’introduzione della *Question prioritaire de constitutionnalité*, operata dalla legge costituzionale n. 2008-724 del 23 luglio 2008³³. Con la riforma si introduce la possibilità per il giudice comune di sospendere il processo e rinviare la questione alla Corte di Cassazione e al *Conseil d’État*, i quali, a loro volta, potranno sollevare la questione al *Conseil Constitutionnel* se riscontreranno l’esistenza di valide ragioni. Il controllo successivo, però, è limitato unicamente ai casi di violazione di diritti e libertà costituzionali³⁴.

Analoghe tendenze si riscontrano nei casi finlandese e olandese. Nel primo, a livello costituzionale, il mantenimento dell’insindacabilità dell’atto legislativo in sede giurisdizionale era controbilanciato dal controllo preventivo affidato alla Commissione Parlamentare per gli affari costituzionali³⁵. Nel secondo, vi è tuttora l’espresso divieto di sindacato di costituzionalità delle leggi da parte del potere giudiziario (art. 120 della

³⁰ M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., 42.

³¹ M. Calamo Specchia, *Il Conseil Constitutionnel e lo sviluppo della giustizia costituzionale in Francia*, in Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, cit., 175 ss.

³² Tra i molti v. i contributi di X. Magnon, *Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une cour constitutionnelle*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n.4/2014, 999 ss.; P. Passaglia, *Il controllo di costituzionalità delle leggi e la contrapposizione tra garanzia giurisdizionale ordinaria e garanzia giurisdizionale speciale della costituzione*, in *DPCE*, 1, 2019, 583 ss., part. 597 ss.; S. Benvenuti, *Il conseil constitutionnel dopo la qpc: organo politico o vera corte costituzionale?*, in AA.VV., *Processo e cultura giuridica. Procedure and legal culture. Scritti per gli 80 anni di Vincenzo Varano*, Torino, 2020, 21 ss.

³³ La riforma del 2008 è commentata, tra i molti, da E. Cartier, *La QPC. Le procès et ses juges. L’impact sur le procès et l’architecture juridictionnelle*, Paris, 2013; L. Gay (cur.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruxelles, 2014; C. Severino, *La Question prioritaire de constitutionnalité. Quadro normativo e prassi applicativa del giudizio in via incidentale francese*, in *DPCE*, 1, 2014, 477 ss.; J.L. Halpérin, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, 2017.

³⁴ La riforma mette in evidenza una tendenza diffusasi nei moderni sistemi di giustizia costituzionale, così come nella giustizia amministrativa: la crescente importanza assunta dalla dimensione soggettiva – la tutela delle posizioni giuridiche dei singoli e dei gruppi, e in particolare dei diritti fondamentali – rispetto alla dimensione della verifica della legittimità dell’atto (C. Severino, *La Question prioritaire de constitutionnalité*, cit., part. 497).

³⁵ In merito al sistema di giustizia costituzionale della Finlandia, tra i molti v. J. Husa, *The Constitution of Finland. A Contextual Analysis*, Oxford-Portland, 2011, 157 ss.; J. Lavapuro, *Constitutional Review in Finland*, in K. Nuotio, S. Melander, M. Huomo-Kettunen (eds), *Introduction to Finnish Law and Legal Culture*, Helsinki, 2012, 127 ss.

Grondwet), mentre un sindacato *ex ante* è affidato al Consiglio di Stato (*Raad van State*)³⁶.

In entrambi i casi, però, il modello si è incrinato e si è verificato un arretramento dell'insindacabilità dell'atto legislativo. In Finlandia, ciò è avvenuto già con la riforma del 1999, la quale introduce all'art. 106 della Costituzione il principio in base al quale le norme costituzionali sono sovraordinate alle altre norme dell'ordinamento. Il controllo di costituzionalità delle leggi da parte dei giudici, tuttavia, non si pone in una posizione di radicale rottura con la centralità parlamentare, poiché il potere del giudice si limita al caso di "antinomia evidente" fra disposizione legislativa e precetto costituzionale³⁷. Nei Paesi Bassi, d'altra parte, la riforma del 1953 istituisce una forma alternativa di *judicial review*, azionabile nel caso in cui il diritto interno contrasti con le norme internazionali pattizie: uno strumento particolarmente incisivo nelle mani dei giudici comuni, specialmente con riferimento ai trattati in materia di diritti fondamentali, su cui si tornerà in seguito.

2.3 ... e la persistenza di sistemi in cui non è assicurato un controllo giurisdizionale sull'atto legislativo

Vi sono tuttavia ordinamenti in cui si rileva una persistenza dell'insindacabilità dell'atto legislativo, pur con alcune doverose precisazioni.

Nel modello britannico, il principio della sovranità parlamentare sembra escludere alla radice l'ammissibilità di meccanismi di controllo giurisdizionale sulla legittimità degli atti legislativi³⁸. È ben vero che, negli ultimi decenni, si è assistito alla progressiva introduzione di strumenti che hanno limitato l'assolutezza di tale principio: si fa riferimento all'emanazione

³⁶ In merito al sistema di giustizia costituzionale dei Paesi Bassi, tra i molti v. J. Gerards, *The Netherlands: political dynamics, institutional robustness*, in S. Lambrecht, P. Popelier, K. Lemmens (eds), *Criticism of the European Court of Human Rights*, Anversa-Oxford, 2016, 327 ss.; G. Martinico, *Studio sulle forme alternative di judicial review: il caso dei Paesi Bassi e della Svizzera*, in *Federalismi.it*, 12, 2017, 13 ss.; P. Passaglia, *Constitutional Review in the Netherlands: A Few Remarks from an Outsider's Perspective*, in G.F. Ferrari, R. Passchier, W. Voermans (eds), *The Dutch Constitution Beyond 200 Years. Tradition and Innovation in a Multilevel Legal Order*, The Hague, 2018, 273 ss.; L. Besselink, *Constitutional Adjudication in the Netherlands*, in A. von Bogdandy, P. Huber, C. Grabenwarter (eds), *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, III, Oxford, 2020, 590 ss.

³⁷ P. Passaglia, *Il controllo di costituzionalità delle leggi e la contrapposizione tra garanzia giurisdizionale ordinaria e garanzia giurisdizionale speciale della costituzione*, cit., part. 603.

³⁸ Dal punto di vista storico, l'unica occasione in cui si sostenne l'ammissibilità della *judicial review of legislation* nell'ordinamento britannico è il celebre *Bonham's Case* (1610), nel quale il *Chief Justice* della *Court of Common Pleas*, Sir Edward Coke, affermò che «in many cases the Common Law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void; for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will control it and adjudge such Act to be void». Cfr. A. Torre, *La giustizia costituzionale nel Regno Unito: caratteri, istituzioni e prospettive*, in L. Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, cit., 330).

dello *European Communities Act 1972*; all'approvazione dello *Human Rights Act 1998*; all'introduzione degli Statuti di devoluzione³⁹ e all'istituzione della Corte suprema per opera del *Constitutional Reform Act 2005*, che, secondo parte della dottrina, «conferisce alla Corte il doppio volto di baluardo della garanzia di indipendenza del potere giudiziario e di bilanciare nella dinamica articolazione dei poteri»⁴⁰.

Tuttavia, questa «controdottrina revisionistica in materia di sovranità e di illimitata potestà parlamentare»⁴¹, che trova punti di emersione anche a livello giurisprudenziale, non sembra intaccare il nucleo essenziale della *sovereignty of Parliament*. Basti pensare ad alcuni celebri precedenti. La decisione *Thoburn v Sunderland City Council* del 2002 apre la strada ad una limitata gerarchia tra le fonti: Lord Laws introduce la distinzione fra *ordinary statutes* e *constitutional statutes*. Questi ultimi sono qualificati come gli atti legislativi che condizionano «the legal relationship between citizen and State in some general, overarching manner», oppure che ampliano o riducono «the scope of what we would now regard as fundamental constitutional rights»⁴². Data la loro incidenza diretta sui principi basilari della forma di Stato britannica, secondo la pronuncia, essi possono essere modificati solo attraverso una previsione chiara ed espressa da parte del legislatore statale⁴³. I *constitutional statutes*, però, non rappresentano parametri super-legislativi di un ipotetico giudizio di legittimità delle leggi. Nel caso in cui gli *ordinary statutes* si ponessero espressamente in contrasto con i primi, ciò non porterebbe ad una loro «incostituzionalità». Qualche anno dopo, nel 2005, i giudici della *House of Lords*, nella celebre sentenza relativa al caso *Jackson*, riconoscono implicitamente l'esistenza di limiti di rango costituzionale (*fundamental law*), in grado di circoscrivere il potere legislativo del Parlamento mediante la loro applicazione per via interpretativa da parte delle Corti⁴⁴. Nonostante questo celebre *obiter dictum*, nella pratica l'insindacabilità dell'atto legislativo resiste, tanto che in una sentenza del medesimo anno Lord Scott sembra escludere ogni effettiva possibilità di una

³⁹ Sulle strutture autonomistiche e devolutive, v. T. Groppi, *Conflitti devolutivi: nuovi percorsi per il judicial review?*, in M. Calamo Specchia (cur.), *La costituzione britannica*, Torino, 2016, 451 ss.; A. Torre, *L'asimmetria britannica tra devolution e separatismi (un'analisi aggiornata)*, in *Rass. dir. pubbl. eu.*, 2, 2018, 373 ss.; C. McCorkindale, *Devolution in Scotland and the Supreme Court. A Question of Interpretation?*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1, 2020, 67 ss.

⁴⁰ P. Martino, *La Corte suprema del Regno Unito tra rule of law e garanzia di appearance of independence del Giudiziario: la sovranità parlamentare in discussione?*, in M. Calamo Specchia (cur.), *Le Corti costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione, Giornate seminariali di Bari, 25-26 maggio 2011*, Torino, 2011, 283 ss., spec. 298. Sulla istituzione della *Supreme Court*, v. anche A. Torre, *La Corte Suprema, probabile corte costituzionale del Regno Unito? Osservazioni su dieci anni di giurisdizione*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1, 2020, 5 ss. e G. Caravale, *La Corte Suprema in un decennio di cambiamenti costituzionali*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1, 2020, 27 ss.

⁴¹ A. Torre, *La giustizia costituzionale nel Regno Unito*, cit., 323.

⁴² *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin), par. 62.

⁴³ *Ivi*, par. 63.

⁴⁴ *Derbyshire County Council v Times Newspapers Ltd* [1993] AC 534; *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Leech (No. 2)* [1994] QB 198; *R v Lord Chancellor, ex parte Witham* [1998] QB 575.

constitutional review affermando che «there are not, under English domestic law, any fundamental constitutional rights that are immune from legislative change»⁴⁵.

2.4 L'insindacabilità delle leggi costituzionali e di revisione costituzionale

Se nella maggior parte degli ordinamenti di matrice liberal-democratica l'insindacabilità dell'atto legislativo in quanto tale può ritenersi superata, il problema sembra essersi oggi spostato "verso l'alto" nella gerarchia delle fonti: il panorama comparato sulla controllabilità delle leggi costituzionali e di revisione costituzionale appare, infatti, tutt'altro che omogeneo.

Vi sono Stati dove la possibilità di sindacare le revisioni costituzionali è negata *in toto* e l'insindacabilità delle leggi costituzionali non viene scalfita. La Francia rappresenta un esempio significativo. In due decisioni il *Conseil constitutionnel* ha, infatti, negato la propria competenza in materia di leggi di revisione costituzionale⁴⁶.

In altri casi, specie nell'Europa centro-orientale e in America Latina, la stessa Carta costituzionale circoscrive la sindacabilità delle leggi costituzionali o delle revisioni integrali della Costituzione ai profili formali e procedurali⁴⁷. Infine, vi sono casi in cui, pur in assenza di una disciplina

⁴⁵ *R v Secretary of State for Work and Pensions, ex parte Hooper* [2005] UKHL 29, par. 92. Infine, per completezza, si ricorda che tra i Paesi la cui struttura giuridico-costituzionale deriva direttamente dal modello anglosassone si registra un progressivo superamento della *sovereignty of Parliament* con l'eccezione della Nuova Zelanda, dove ancora non è assicurato un controllo giurisdizionale sull'atto legislativo. Si ricorda che in Canada e in Australia oggi è in vigore un sindacato diffuso di costituzionalità delle leggi, a differenza della Nuova Zelanda, nonostante l'istituzione della Corte Suprema con il *Supreme Court Act 2003*. In merito v. F. Duranti, *L'istituzione della Corte suprema e l'evoluzione del costituzionalismo neozelandese*, in *DPCE*, 3, 2004, 1557 ss. e C. Bassu, *Comparazione giuridica e diritto giurisprudenziale. L'esperienza delle corti di vertice in Australia e in Nuova Zelanda*, Roma, 2013.

⁴⁶ Il *Conseil constitutionnel* si dichiara incompetente in due decisioni: la n° 92-312 DC, 2 settembre 1992, *Maastricht II* e la n° 03-469 DC, 26 mars 2003. In dottrina, v. almeno L. Favoreu, *L'injusticiabilité des lois constitutionnelles*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 4, 2003, 749 ss.; A. Le Pillouer, *Le pouvoir de révision*, in D. Chagnollaud, M. Troper (eds), *Traité international de droit constitutionnel*, II, Paris, 2012, 6 ss.; O. Beaud, *Le cas français: l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser tout idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle*, in F. Lanchester (cur.), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Atti del Convegno di Roma, 14 dicembre 2015, Padova, 2017, 56 ss.

⁴⁷ Si ricordano le Costituzioni di Romania (art. 146, c. 1), Moldavia (art. 135, c. 1, lett. c) e art. 141) e Ucraina (art. 159) e quelle di Colombia (art. 241, c. 2), Bolivia (art. 202, n. 10), Costa Rica (art. 10) e Cile (art. 93). Per un approfondimento, si rinvia a M. Ganino, *La revisione costituzionale in Europa orientale*, in S. Gambino, G. D'Ignazio (cur.), *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, Milano, 2007, 454 ss., spec. 467; F. Fernández Segado, *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, III, Madrid, 2009, 513; S. Ragone, *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi*, Bologna, 2011, 53 ss. Più in generale sullo sviluppo dei sistemi di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area post-sovietica, si rinvia a Č. Pišťan, *Tra democrazia e*

costituzionale, i Tribunali Supremi hanno incluso le leggi di revisione costituzionale nell'oggetto del controllo di costituzionalità, taluni soltanto per vizi formali⁴⁸, ma in non pochi casi anche rispetto al loro contenuto⁴⁹.

Ma anche laddove le Corti costituzionali hanno “squarciato il velo” della forma e hanno ritenuto tali atti sindacabili rimane aperto il problema del parametro, dovendosi costruire una gerarchia “infracostituzionale” delle norme⁵⁰. In questo modo «nel quadro di una costituzione esistente, [la revisione] trova nella costituzione stessa il suo fondamento ed il suo limite»⁵¹: un confine delineato da quell'insieme di principi e di valori che ne determinano l'“identità”⁵². Dunque, il primo passo per individuare il parametro del giudizio è la determinazione di un nucleo costituzionale insopprimibile alla cui perimetrazione concorrono tutti i formanti, con prevalenza di quello giurisprudenziale⁵³.

Così, in Germania, il Tribunale costituzionale dichiara la propria facoltà ad esaminare la conformità delle leggi di revisione alla c.d. “clausola di eternità” prevista dall'art. 79, c. 3, della Cost.⁵⁴; in Italia, la Corte

autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area post-sovietica, Bologna, 2015.

⁴⁸ Tra le Corti che hanno incluso le leggi di revisione costituzionale nell'oggetto del controllo di costituzionalità per vizi formali, si ricordano la *Supreme Court* statunitense, la *Supreme Court* messicana e la *Suprema Corte de la Nación* argentina.

⁴⁹ Tra le Corti che hanno incluso le leggi di revisione costituzionale nell'oggetto del controllo di costituzionalità per vizi formali e materiali, si ricordano alcuni esempi eterogenei tra loro: Germania, Italia, Perù, Repubblica Ceca, India (S. Bagni, M. Nicolini, *Giustizia costituzionale comparata*, cit., 360 ss.). Nella Costituzione del Sudafrica, invece, la funzione di revisione estesa al contenuto materiale è espressamente sancita all'art. 74.

⁵⁰ M. Luciani, *Supraconstitutionnalité et droit européen*, 15es Journées juridiques franco-italienne (Rennes, 7-10 octobre 1993), in *Rev. int. de dr. comp.*, n.s., 1993, 363, il quale sostiene che il rapporto tra principi costituzionali fondamentali e regole costituzionali ordinarie non sia gerarchico, ma atipico. I primi sono parte integrante della Costituzione, per cui non è ammissibile una loro qualificazione in termini di sovracostituzionalità.

⁵¹ P. Virga, *La revisione costituzionale*, in *Il Circolo giuridico «L. Sampolo»*, XIX, 1948, 106 ss., spec. 118.

⁵² A. Ruggeri, *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento*, in *Dir. soc.*, 4, 2005, 451 ss., spec. 454.

⁵³ S. Ragone, *Il controllo di costituzionalità delle revisioni costituzionali*, Bologna, 2010, 172 e 203 ss. Diverso è il caso dell'ordinamento austriaco: nell'eventualità in cui una modifica della Carta costituzionale vada a incidere su almeno uno degli elementi essenziali che ispirano i principi sui quali si fonda la Costituzione austriaca (i *Bauprinzipien*) si impone il ricorso, anziché alla procedura ordinaria di revisione, al procedimento di revisione totale (che si conclude con un referendum confermativo popolare). Un'analisi completa e approfondita del sindacato sulle leggi di revisione costituzionale, delle “clausole di eternità” e del loro ruolo crescente nel diritto costituzionale moderno è compiuta da Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford, 2019 e da S. Suteu, *Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism*, Oxford, 2021.

⁵⁴ In merito alla c.d. “clausola di eternità”, v. L. Mezzetti, *La revisione costituzionale e i suoi limiti: l'esperienza tedesca*, in Gambino, D'Ignazio (cur.), *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, cit., 269 e M. Calamo Specchia, *Un prisma costituzionale, la protezione della*

costituzionale, accanto ai limiti sostanziali espliciti alla revisione, evoca i “principi supremi”⁵⁵; in India, la Corte suprema elabora la “*basic structure doctrine*”⁵⁶. Una simile impostazione, però, porta con sé il problema di determinare nel concreto il nucleo di principi fondamentali che sono tali in base alla sensibilità di quel momento storico-politico⁵⁷: l’ambito delle revisioni diviene perciò «una sorta di “campo di battaglia”» – nella nostra prospettiva si potrebbe dire un *nuovo* campo di battaglia – dove si scontrano il potere politico e quello giurisdizionale⁵⁸.

3. L’insindacabilità di speciali categorie di decisioni: persistenze e arretramenti di fronte alle esigenze di protezione dei diritti fondamentali

Nei precedenti paragrafi, si è illustrato il superamento della radicale insindacabilità in sede giurisdizionale degli atti del potere esecutivo e del potere legislativo: in molti ordinamenti liberal-democratici, questo percorso non è però culminato nella totale espunzione dei casi di insindacabilità dall’ordinamento giuridico. Sopravvivono numerose e significative ipotesi in cui la legislazione o la giurisprudenza “ritagliano” delle sottocategorie di atti o questioni sottratti dal controllo giurisdizionale. Si potrebbe parlare di ipotesi di insindacabilità di carattere “speciale”, contrapposte a quelle di carattere “generale” sinora considerate: in questo paragrafo se ne analizzeranno le casistiche ritenute maggiormente significative.

Dapprima, ci si soffermerà sull’importante categoria dell’“atto politico”, di derivazione francese, raffrontandola con istituti ad essa prossimi dell’area anglo-americana (§ 3.1), per poi descriverne il ridimensionamento, per via giurisprudenziale o legislativa (§ 3.2). Infine, si offriranno esempi di clausole di esclusione della giurisdizione contenute in disposizioni di carattere settoriale (*ouster clauses*), evidenziando anche in questo caso lo sforzo della giurisprudenza per evitare vuoti di tutela dei diritti fondamentali (§ 3.3).

3.1 Atti politici, *prerogative powers* e *political question doctrine*...

La tendenza a perimetrare l’ambito del sindacato giurisdizionale, escludendone particolari categorie di atti o questioni, si manifesta spesso

Costituzione: dalla democrazia “militante” all’autodifesa costituzionale, in DPCE, 1, 2021, 91 ss.

⁵⁵ In merito ai “principi supremi”, v. C. Mortati, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale (1952)*, in Id. *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1972, 3 ss.; N. Zanon, *Premesse ad uno studio sui “principi supremi” d’organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, in G. Pitruzzella, F. Teresi, G. Verde (cur.), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Atti del Seminario di Palermo, 28-29 maggio 1998, 73 ss.; P. Faraguna, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015.

⁵⁶ In merito alla “*basic structure doctrine*”, v. per tutti S. Krischnaswamy, *Democracy and Constitutionalism in India: a Study of the Basic Structure Doctrine*, Nuova Delhi, 2009.

⁵⁷ S. Ragone, *Il controllo di costituzionalità delle revisioni costituzionali*, cit., 55.

⁵⁸ *Ivi*, 220.

contestualmente ai fenomeni di superamento delle insindacabilità di carattere “generale” precedentemente illustrate: l’esclusione di specifiche tipologie di decisioni dal controllo giurisdizionale esprime la ricerca di un (nuovo) equilibrio fra i poteri.

Gli esempi sono numerosi: nella storica sentenza *Marbury v. Madison* del 1803, nel momento stesso in cui afferma la nullità degli atti del potere legislativo contrari alla Costituzione, il *Chief Justice* Marshall pone anche le basi della *political question doctrine*⁵⁹. In Francia, dopo la fine del periodo napoleonico, la sopravvivenza di un controllo sugli atti amministrativi da parte del *Conseil d’État (justice retenue)* viene conseguita al prezzo di un atteggiamento deferente verso il potere esecutivo, manifestato anche – come si dirà meglio a breve – con la rinuncia a sindacare i cosiddetti *actes de gouvernement*⁶⁰. Alla fine dell’Ottocento, la categoria degli «atti di governo» o «atti politici» si diffonde, venendo utilizzata sia in Italia che in Spagna nelle medesime leggi che istituiscono un controllo giurisdizionale sugli atti amministrativi⁶¹, con una formulazione che, nel nostro Paese, è stata riproposta in più testi normativi fino all’attuale Codice del processo amministrativo⁶².

La sintesi comparatistica che costituisce l’obiettivo di questo contributo impone di ridurre le numerose ricostruzioni sull’atto politico che si sono raffrontate nei diversi ordinamenti a due tipologie essenziali: quelle di carattere soggettivo e quelle di carattere oggettivo.

Le concezioni soggettive guardano all’obiettivo perseguito dal Governo nell’adozione della decisione (teoria del “movente”): ciò che vale a sottrarre l’atto dal controllo giurisdizionale è il fatto che esso sia stato adottato per perseguire una finalità politica che rientra nella sfera decisionale

⁵⁹ Nella pronuncia si legge che: «the province of the court is, solely, to decide on the rights of individuals, not to inquire how the executive, or executive officers, perform duties in which they have a discretion. Questions, in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never be made in this court» e, con specifico riferimento al ruolo del Presidente: «in the exercise of [his powers] he is to use his own discretion, and is accountable only to his country in his political character, and to his own conscience».

⁶⁰ Sul tema, con riferimento al diritto amministrativo, v. l’ampia ricostruzione di G. Tropea, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l’atto politico*, in *Dir. amm.*, 3, 2012, 329 ss.

⁶¹ In Spagna, la tutela giurisdizionale viene introdotta dalla *Ley de 13 de septiembre de 1888* (nota come Legge Santamaria de Paredes, dal ministro-professore che ne fu il promotore), mentre l’esclusione degli atti appartenenti all’«orden político y de gobierno» dalla giurisdizione amministrativa è recata dall’art. 4 del relativo Regolamento attuativo (G. Tropea, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l’atto politico*, op. cit., 349 ss.). In Italia, la stessa disposizione che attribuiva alla neo-istituita sezione IV del Consiglio di Stato il potere «... di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un’ autorità amministrativa», colmando il vuoto di tutela degli interessi legittimi notoriamente generato dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1965, precisava altresì che «il ricorso non è ammesso se trattasi di atti o provvedimenti emanati dal Governo nell’esercizio del potere politico» (art. 3, comma 2, Legge 31 marzo 1889, n. 5992).

⁶² Art. 31, R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 (T.U. Consiglio di Stato); art. 7, D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

dell'Esecutivo, finalità che può “colorare”, per così dire, atti aventi oggetti molto diversi fra loro. Tale impostazione è espressione di una politica giurisdizionale di massima deferenza dell'organo giurisdizionale, che può derivare dalla debole legittimazione dello stesso (come nel caso dell'*arrêt Laffitte* del 1822 in Francia, che si inserisce nel contesto sopra accennato) o dalla transizione in senso autoritario della forma di Stato: così, ad esempio, per la Cassazione italiana durante il periodo fascista⁶³ o per il *Tribunal Supremo* in Spagna per buona parte del periodo franchista⁶⁴.

Viceversa, nelle concezioni oggettive dell'atto politico, la giurisdizione si arresta innanzi al fatto che le decisioni su specifiche questioni sono affidate ad altro organo che si colloca ai vertici dello Stato e riguardano le «supreme scelte in materia di costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri»⁶⁵. Nell'esemplare esperienza francese, la concezione oggettiva si è affermata a partire dall'*arrêt Prince Napoleon* del 1875⁶⁶ e va considerata quella maggiormente coerente con la forma di Stato liberale: anche in questo caso, però, la categoria continua a sollevare problemi interpretativi e il punto di equilibrio fra i poteri è rappresentato dal novero di atti (nella realtà né definito, né statico) che i giudici sono disposti a ricomprendere nella nozione di “atto politico”. Ma sul punto si tornerà a breve.

Anche spostandoci nell'area di *common law*, riscontriamo la sussistenza di istituti che svolgono una funzione analoga a quella dell'atto politico, rilevandosi però, al contempo, significative differenze fra l'esperienza inglese e quella statunitense.

Quanto alla prima, le trattazioni di diritto amministrativo danno per pacifica l'esistenza di decisioni *non-justiciable*⁶⁷, riconducibili per lo più alle cc.dd. *Royal Prerogatives*. Si tratta di poteri che, dapprima, rimasero nella esclusiva titolarità della Corona, potendo essere esercitati senza necessità del coinvolgimento del Parlamento, e finirono poi nelle mani del Primo Ministro quale «figura sostitutiva [del monarca] sul piano dell'esercizio del potere⁶⁸». Nel catalogo delle *non-justiciable Royal Prerogatives* – che come si vedrà è altrettanto discusso di quello degli “atti politici” – si includono il potere di concludere e ratificare i trattati internazionali, di nominare i ministri e di ordinare il dispiegamento delle forze armate⁶⁹: ci troviamo, in linea di principio, di fronte a una categoria sovrapponibile a quella degli atti politici intesa in senso oggettivo.

⁶³ Si richiama, al proposito, il contributo di N. Coco, *L'atto di potere politico negli odierni atteggiamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in *Riv. dir. pubbl. e pubbl. amm. in it.*, n.1/1927, 5 ss.

⁶⁴ Secondo E. García de Enterría, T.R. Fernández, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 2015, 624, tale interpretazione è stata seguita durante la vigenza della Legge Santamaria de Peredes e mantenuta “per inerzia” fino all'inizio degli anni Sessanta, nei primi anni di vigenza della nuova legge sulla giurisdizione contenzioso-amministrativa del 1956.

⁶⁵ Cons. Stato, sez. VI, sent. 11 giugno 2018, n. 3550.

⁶⁶ *Conseil d'État*, 19 février 1875, *Prince Napoléon*.

⁶⁷ W. Wade, C. Forsyth, J. Ghosh, *Wade & Forsyth's Administrative Law*, Oxford, 2022.

⁶⁸ A. Torre, “*Serial Miller*”. *Revival della prerogativa, sovranità parlamentare, Corte Suprema (ed esigenze di codificazione costituzionale?) nel Regno Unito della Brexit: riflessioni sparse*, in *DPCE Online*, 4, 2019, 3104.

⁶⁹ J. Adler, *Constitutional & Administrative Law*, Palgrave Macmillan, 2013, 418-19.

La Corte Suprema degli Stati Uniti segue invece la più articolata, flessibile (e concretamente deferente) *political question doctrine*. Pur affondando le proprie radici, come si è detto, già nella pronuncia *Marbury v. Madison*, essa è stata enunciata in maniera compiuta nella sentenza *Baker v. Carr* del 1962: in tale sede, la Corte Suprema ha indicato una serie di criteri abbastanza ampi e generici per individuare le *non-justiciable political question*⁷⁰. Tali criteri consentono notevoli margini di manovra ai giudici, comprendendo valutazioni di opportunità politica⁷¹ e prestandosi a essere una «facile scappatoia dinanzi a questioni particolarmente spinose»⁷². Sebbene la *political question doctrine* non si possa sovrapporre meccanicamente alla teoria dell'atto politico – essendo utilizzata per giustificare molte forme di “minimalismo giudiziario” – è certo che la prima copre, sul piano funzionale, molti ambiti di rilevanza del secondo in area europea, e soprattutto quello della politica estera.

3.2 ... e loro ridimensionamento in via giurisprudenziale o legislativa

Anche gli “speciali” casi di insindacabilità appena descritti sono stati oggetto di un processo di ridimensionamento, e talora di superamento, ad opera per lo più della giurisprudenza, ma talora anche del legislatore.

Come esempi di “erosione” giurisprudenziale delle immunità possiamo analizzare il caso italiano e quello inglese.

Già in epoca pre-repubblicana, il Consiglio di Stato aveva mantenuto un atteggiamento rigoroso, non seguendo la Cassazione sulla strada delle “teoria del movente”⁷³. Con l'entrata in vigore dell'art. 113 Cost., che stabilisce che la tutela contro gli atti amministrativi non può subire limitazioni per determinate categorie di atti», la giurisprudenza si fa ancora più restrittiva. Viene elaborata quella che è stata definita una casistica “in negativo”⁷⁴: a fronte del riconoscimento, in astratto, della perdurante esclusione dalla giurisdizione amministrativa degli atti politici, tale qualificazione viene poi negata in concreto, riconducendo molti atti degli organi di vertice dell'ordinamento alla diversa categoria degli “atti di alta amministrazione”, pienamente giustiziabili⁷⁵.

⁷⁰ Ci si esime da riportare l'elenco integrale, che si trova tradotto ad esempio in M. Pappone, *La doctrine delle political questions nell'esperienza statunitense*, in *Consulta Online*, 1, 2016, 3.

⁷¹ Ci si riferisce in particolare agli ultimi due criteri esposti nella lista della sentenza *Baker v. Carr*: «an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made» e «the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question».

⁷² M. Pappone, *La doctrine delle political questions*, cit., 4.

⁷³ G. Tropea, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, cit., 368 ss.

⁷⁴ G.B. Garrone, *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1, 1987, 548.

⁷⁵ Sul ruolo della giurisprudenza amministrativa in Italia, oltre ai contributi citati alle note precedenti, A. Mitrotta, *L'atto politico: riflessioni intorno ad un istituto in perenne 'tensione' tra scienza costituzionale ed amministrativa*, in *Nomos*, 1, 2020; V. Giomi, *L'atto*

Da ultimo, a un ridimensionamento della categoria ha contribuito anche la giurisprudenza costituzionale, che ha affermato che: «gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto»⁷⁶. All'atto politico rimane, dunque, un limitato spazio residuale, cedevole di fronte alla possibilità di individuare un parametro che regoli la materia⁷⁷.

Pur considerate le diversità strutturali di quell'ordinamento, linee analoghe ha seguito l'arretramento delle *Royal Prerogatives* nella giurisprudenza inglese, che è stato descritto di recente come «lo scioglimento di un ghiacciaio costituzionale»⁷⁸. Fin da tempi assai risalenti, almeno dal *Case of Proclamations* del 1610, le corti hanno rivendicato il potere decidere sull'esistenza e sui limiti delle *non-justiciable Royal Prerogatives*, ma a lungo si è ritenuto che i giudici – una volta accertatane la sussistenza – non potessero assoggettare a controllo il loro esercizio. Tale limite viene superato soltanto alla fine del secolo scorso: la decisione *Council of Civil Service Unions (CCSU) v Minister for the Civil Service* del 1985 ha evidenziato che non vi era motivo per cui i poteri basati sulla *common law* non potessero essere scrutinati nelle stesse modalità dei poteri basati sulla legge (*statutory powers*), purché si trattasse in concreto di poteri suscettibili di *judicial review*⁷⁹. Da ultimo, la *Supreme Court* è tornata ad occuparsi dei *prerogative powers* nel contesto della Brexit, all'interno delle note pronunce *Miller 1* e *Miller 2*⁸⁰, ed in particolare in quest'ultima si è spinta ad assoggettare un atto

politico nella prospettiva del giudice amministrativo: riflessioni su vecchi limiti e auspici di nuove aperture al sindacato sul pubblico potere, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2022, 21 ss.

⁷⁶ Corte cost., sent. 5 aprile 2012, n. 81, pronunciata su conflitto di attribuzioni sollevato dalla Regione Campania nei confronti di una pronuncia del Consiglio di Stato relativa al decreto di nomina di un assessore. Sulla pronuncia, v. F. Bilancia, *Ancora sull'“atto politico” e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Rivista AIC*, 4, 2012.

⁷⁷ Nello stesso senso, Cass. civ., sez. un., sent. 19 maggio 2016, n. 10319, ribadisce che non può essere considerato atto politico quello che, seppur emesso nell'esercizio di ampia discrezionalità, è vincolato a un fine desumibile dal sistema normativo.

⁷⁸ A. Georgopoulos, *The Melting of Constitutional “Glaciers”: Miller 2 and the Prerogative Powers of Government*, <https://ukconstitutionallaw.org/>

⁷⁹ Il problema è quello di individuare dei motivi (*grounds*) fondati sulla *common law* o uno *statute* per contestare la decisione. Nella decisione richiamata, Lord Roskill espresse la convinzione che: «many examples were given during the argument of prerogative powers which as at present advised I do not think could properly be made the subject of judicial review... because their nature and subject matter is such as not to be amenable to the judicial process», fornendo un'elencazione esemplificativa che comprende anche la *dissolution* del Parlamento (e che verrà rievocata nel caso sulla *prorogation*). Secondo J. Adler, *Constitutional & Administrative Law*, cit., 419: «Lord Roskill's list has not stood the test of the time».

⁸⁰ A. Torre, *“Serial Miller”. Revival della prerogativa, sovranità parlamentare, Corte Suprema (ed esigenze di codificazione costituzionale?) nel Regno Unito della Brexit*, cit.; G. Caravale, *Il Miller 2/Cherry case: la Corte suprema britannica si afferma come custode dei costituzionali principi*, in *federalismi.it*, 18, 2019; G. Caporali, *Le sentenze Miller I e II: sovranità del Parlamento o sovranità della Corte Suprema?*, in *Federalismi.it*, 10, 2020, 64

di prerogativa (l'*advice* del Primo ministro alla Regina sulla *prorogation* del Parlamento) a uno scrutinio di ragionevolezza, verificando la sussistenza di una *reasonable justification* per il sacrificio di alcuni principi della materia e avvicinandosi così significativamente al merito della decisione⁸¹.

Si può dunque affermare che, in Italia e nel Regno Unito, il ridimensionamento dell'insindacabilità degli atti politici è avvenuta in base ad un'azione sinergica di legislatore e corti: il primo impegnato a disciplinare specifici aspetti, arricchendo i parametri di giudizio⁸², le seconde a restringere in via interpretativa le ipotesi di insindacabilità.

L'ordinamento spagnolo si presta, invece, a una comparazione per differenza, in quanto è stato il legislatore a ridisciplinare strutturalmente la categoria dell'atto politico, categoria presente nella disciplina processuale amministrativa fin dall'Ottocento.

Più in particolare, il tema dell'atto politico è attentamente analizzato sin dalla motivazione della nuova legge sulla giurisdizione amministrativa del 1998⁸³, la quale si spinge ad affermare che il mantenimento di una sfera governativa «*immune al derecho*» sarebbe in contrasto con la lettera e lo spirito della Costituzione e inammissibile in uno Stato di diritto⁸⁴. Coerentemente, l'art. 2 della legge include nell'ambito della giurisdizione amministrativa il controllo di tutti gli atti dell'Esecutivo, «cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos», quantomeno con riferimento a tre aspetti: la protezione giurisdizionale dei diritti fondamentali, gli elementi disciplinati dalla legge (*elementos reglados*), gli indennizzi previsti a fronte dell'esercizio dei poteri. Peraltro, è opportuno rimarcare come questa innovazione abbia posto le radici in un retroterra dottrinale e giurisprudenziale (costituzionale e amministrativo) in cui erano già presenti aperture alla sindacabilità dell'atto politico per violazione dei diritti fondamentali⁸⁵.

ss. Per l'inserimento delle pronunce nel contesto politico-istituzionale, J.O. Frosini, *Dalla Sovranità del Parlamento alla Sovranità del Popolo. La rivoluzione costituzionale della Brexit*, Milano, 2020, 85 ss.

⁸¹ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent)* [2019] UKSC 41: la Corte ha ritenuto illegittimo l'*advice* per aver violato i limiti del potere di proroga, limiti ricostruiti alla luce di due principi generali della *common law*, in particolare la *Parliamentary Sovereignty* e la *Parliamentary Accountability*.

⁸² La legittimità di questa erosione si può dare per pacifica negli ordinamenti di *civil law*, in ossequio al principio di legalità amministrativa. Anche nel sistema inglese, tuttavia, è stata ammessa la regolazione delle *Royal Prerogatives* da parte della legislazione: *Attorney-General v De Keyser's Royal Hotel* [1920] AC 508.

⁸³ Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*.

⁸⁴ Un'autorevole voce dottrinale aveva sostenuto anche in precedenza l'abrogazione della disposizione della legge processuale del 1956 che escludeva la giurisdizione sull'atto politico per incompatibilità con i principi costituzionali (García de Enterría, Fernández, *Curso de derecho administrativo*, cit., 626), ma non era mai stata seguita dalla giurisprudenza: J.A. Santamaría Pastor, *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentario*, Madrid, 2010, 83 ss.

⁸⁵ Ancora su questa disposizione, oltre ai contributi indicati alla nota precedente: L. Parejo Alfonso, *Artículo 2.a*), in AA.VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Madrid, 1999, 67 ss.; AA.VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Cizur Menor, 2010, 115 ss.; e più

Nonostante l'arretramento che la categoria dell'atto politico ha subito in molti ordinamenti, non si può giungere alla conclusione che esso sia materialmente scomparso⁸⁶ o sia confinato ad atti programmatici che non possono incidere sulla sfera giuridica delle persone⁸⁷. L'ambito delle relazioni e della sicurezza internazionali ci offrono esempi trancianti in senso contrario. Si pensi, nel contesto della lotta al terrorismo internazionale, al rifiuto delle Corti statunitensi di sindacare le *kill lists* degli obiettivi da eliminare adottate dal Presidente sulla base delle informazioni di *intelligence* in ossequio alla *political question doctrine*⁸⁸, oppure, in Francia, alla qualificazione come *acte de gouvernement* insindacabile della decisione del Governo di non rimpatriare i figli minori dei *foreign fighters* detenuti in Siria⁸⁹, oppure ancora, nel contesto dell'attuale conflitto in Ucraina, alle decisioni degli Stati europei di inviare mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari⁹⁰.

3.3 Le *ouster clauses*

Un ultimo fenomeno di rilievo per l'oggetto della presente analisi sono le disposizioni di carattere *settoriale* che mirano a sottrarre dal sindacato giurisdizionale specifici atti del potere esecutivo. In questi casi, l'area di insindacabilità non è individuata in maniera "categoriale" (come nel caso dell'atto politico), ma con riferimento a determinate materie o financo a specifici poteri dell'Esecutivo.

Queste disposizioni possono essere indicate come *ouster clauses* (letteralmente, «disposizioni di estromissione»), termine ampiamente utilizzato dalla dottrina inglese, anche se si tratta di un fenomeno che non si riscontra soltanto nell'area anglofona: basti ricordare che il già richiamato art. 113 della Costituzione italiana nasce proprio per contrastare l'adozione di simili disposizioni, che era stata praticata in epoca fascista⁹¹.

D'altro canto, nelle Costituzioni vigenti in area europea, troviamo frequentemente disposizioni che garantiscono il diritto al ricorso⁹², per cui

ampiamente sull'esperienza spagnola e comparata N. Garrido Guenca, *El acto de gobierno*, Barcelona, 1998.

⁸⁶ Considerazioni critiche, su questo punto, in F. Blando, *Fine dell'atto politico?*, in *Nuove Autonomie*, 1, 2015, 81 ss.

⁸⁷ Sembra questa la posizione di R. Bin, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, 91-94, che definisce quello dell'atto politico un "falso problema". Per due esempi recenti tratti dalla giurisprudenza italiana, v. ad esempio T.A.R. Lazio (Roma), sez. I, sent. 20 dicembre 2022, n.17159, relativa alla nomina del Presidente di un'autorità amministrativa indipendente; T.A.R. Lazio (Roma), sent. 16 luglio 2020, n. 8162, relativa alla concessione della protezione diplomatica.

⁸⁸ La giurisprudenza sul punto ha seguito un atteggiamento deferente, ma con motivazioni oscillanti: R.W. Murphy, *Due Process and Judicial Review of Government Kill Lists*, in 67 *Loy. L. Rev.* 473 (2021).

⁸⁹ *Conseil d'État*, 9 settembre 2020, n° 439520, su questo aspetto si è aperto un conflitto giurisprudenziale con la Corte europea dei diritti dell'uomo, di cui si darà conto nel § 4.3.

⁹⁰ *Conseil d'État*, 27 janvier 2023, n° 436098.

⁹¹ F. Blando, *Fine dell'atto politico?*, cit., 87-88.

⁹² M. Fromont, *Droit administratif des États européens*, cit., 105-106.

appare interessante focalizzarsi sul vivace dibattito presente nel Regno Unito e negli Stati Uniti.

In astratto, in ragione di quanto già si è detto, il principio della *Parliamentary Sovereignty* sembrerebbe lasciare il legislatore inglese totalmente arbitro del diritto di accesso al giudice e consentirgli di introdurre clausole di esclusione della giurisdizione senza timore che esse vengano dichiarate nulle dai giudici. Tuttavia, la *House of Lords*, prima, e la *Supreme Court*, poi, sono state estremamente combattive nei confronti delle *ouster clauses*, affermando che la *judicial review* avrebbe potuto essere esclusa soltanto con parole chiare ed esplicite del legislatore⁹³ e arrivando a mettere in campo interpretazioni manifestamente “creative” pur di garantire la *judicial review*.

Ad esempio, nella pronuncia *Anisminic* del 1969⁹⁴, la *House of Lords* fu chiamata a confrontarsi con una disposizione che stabiliva espressamente che «la determinazione» di uno specifico organo amministrativo non avrebbe potuto essere «*called in question in any court of law*». Ebbene, venne affermato che una determinazione assunta senza il rispetto delle norme di diritto avrebbe dovuto considerarsi una «pretesa determinazione» (*purported determination*) e non una vera e propria «determinazione», con la conseguenza che – non escludendo espressamente la legge il sindacato sulle *pretese* determinazioni – gli errori di diritto che affliggevano l’atto avrebbero potuto essere conosciuti da parte della Corte.

Tale linea interpretativa si è consolidata ed è stata riproposta anche di recente: ciò non significa che il Regno Unito non conosca *ouster clauses* applicabili⁹⁵, ma che i giudici pretendono che contro la decisione sia comunque garantito un ricorso amministrativo con garanzie equivalenti a quelle della *judicial review* mentre, in sua mancanza, “riattivano” l’interpretazione di cui al precedente *Anisminic*, disattendendo la *ouster clause*⁹⁶. Come già osservato sopra, l’audace utilizzo dell’interpretazione da parte della giurisprudenza non impedisce in astratto al legislatore di disciplinare diversamente la materia, ma gli impone di farlo a chiare lettere, rendendo evidente, in questo caso, la volontà di disattendere uno dei pilastri della *Rule of Law*.

Negli Stati Uniti, la tematica va affrontata in una prospettiva differente, in quanto non c’è una regola generale che assicura la *judicial review* sugli atti del potere esecutivo. Non vanno, quindi, tanto cercate espresse *ouster clauses*, quanto piuttosto i “buchi neri” (*black holes*) generati

⁹³ *R v Medical Appeal Tribunal, ex parte Gilmore* [1957] 1 QB 574 (CA).

⁹⁴ La pronuncia *Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147, riguardava la commissione istituita dal *Foreign Compensation Act* del 1950: si stabiliva che la decisione relativa alla compensazione da riconoscere ai cittadini britannici che avessero sofferto espropriazioni dei propri beni all’estero da parte di governi stranieri non fosse suscettibile di *judicial review*.

⁹⁵ Ciò avviene ad esempio in materia di investigazioni condotte dai Servizi di sicurezza: *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*, sect. 67, par. 8.

⁹⁶ *R (Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal* [2019] UKSC 22, su cui v. l’ampia analisi di N.A. Gaggero, *Ouster clauses, rule of law, and Parliamentary sovereignty: Discussing Privacy International (2019)*, in *DPCE*, 4, 2021, 887 ss.

dall'assenza di una disposizione che assicuri un'adeguata protezione⁹⁷. Il presupposto da cui partire per comprendere questa dinamica è che la legge sul procedimento amministrativo (*Administrative Procedure Act* – APA 1946) – che veicola anche la protezione giurisdizionale – non è stata interpretata dalla giurisprudenza come una disciplina generale, in quanto non si applica né ad ogni amministrazione né ad ogni forma di azione amministrativa: l'esempio più macroscopico è quello del Presidente degli Stati Uniti, il vertice dell'Esecutivo, che non è considerato un'agenzia, con la conseguenza che i suoi atti non sono sindacabili in base all'APA⁹⁸. Quando si esce dall'ambito di applicazione dell'APA, dunque, se non vi è una disposizione settoriale che istituisce e disciplina i presupposti del controllo giurisdizionale, il potere pubblico è soggetto soltanto al controllo *ultra vires* e ai cd. *constitutional claims*, basati sull'asserita violazione di un diritto costituzionale⁹⁹.

Oltre a questo, è doveroso porsi la domanda: sono ammesse, negli Stati Uniti, *ouster clauses* che escludano del tutto la giustiziabilità dell'atto amministrativo, anche con riferimento ai *constitutional claims*? Sul punto, si è formato un orientamento giurisprudenziale assai simile a quello già riscontrato nel Regno Unito. In numerose pronunce, la *Supreme Court* ha ritenuto disposizioni che escludono la *judicial review* insufficienti a impedire l'azionabilità dei diritti costituzionali, affermando che: «where Congress intends to preclude judicial review of constitutional claims, its intent to do so must be clear» ed evidenziando che una simile esclusione solleverebbe una «serious constitutional question»¹⁰⁰. Non va, però, perso di vista il contesto. Tale orientamento è contemperato dalla già illustrata *political question doctrine*, che frena l'intervento della Corte di fronte agli atti e ai comportamenti che ricadono nella sfera decisionale riservata all'Esecutivo.

4. L'insindacabilità degli atti del potere politico nelle dinamiche di apertura “verso l'alto” degli ordinamenti nazionali

I percorsi sinora tracciati si articolano ulteriormente nelle dinamiche di “apertura” verso l'alto degli ordinamenti nazionali.

Nei seguenti paragrafi, ci si concentrerà in particolare sul sostanziale arretramento dell'insindacabilità dell'atto legislativo a fronte del potere-

⁹⁷ J. Steyn, *Guantanamo Bay: The Legal Black Hole*, in 53 *Int. & Comp. Law Quarterly* 1 (2004); A. Vermeule, *Our Schmittian Administrative Law*, in 122 *Harv. L. Rev.* 1095 (2009).

⁹⁸ A. Vermeule, *Our Schmittian Administrative Law*, cit., 1107 ss.

⁹⁹ I *constitutional claims* possono essere fatti valere in giudizio anche in assenza di una espressa previsione contenuta in uno *statute*, in base a una risalente pronuncia che riconosce almeno la tutela risarcitoria qualora il legislatore non abbia garantito altre azioni avverso l'azione del potere pubblico lesiva di un diritto garantito dalla Costituzione: *Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics Agents*, 403 U.S. 388 (1971). Un orientamento più recente ha affermato che il potere giudiziario non può comunque riconoscere la tutela risarcitoria se concorrono fattori particolari per i quali il Congresso è meglio equipaggiato a soppesare costi e benefici di un'azione giudiziaria: v. da ultimo *Egbert v. Boule*, 596 U.S. 482 (2022) e precedenti ivi richiamati.

¹⁰⁰ Si v., ad esempio, *Johnson v. Robison*, 415 U.S. 361 (1974); *Bowen v. Academy of Family Physicians*, 476 U.S. 667 (1986); *Webster v. Doe*, 486 U.S. 592 (1988).

dovere in capo al giudice di non applicare l'atto contrastante col diritto dell'Unione europea e col diritto internazionale (§ 4.1) e su alcuni rilevanti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione ai residui margini di insindacabilità degli atti adottati dal potere esecutivo (§ 4.2).

4.1 Giudice comune e atto legislativo di fronte al diritto europeo ed internazionale

Come anticipato, le dinamiche generate dall'apertura dell'ordinamento nazionale a fonti internazionali e all'integrazione sovranazionale hanno generato un rilevante arretramento dell'insindacabilità dell'atto legislativo di fronte al giudice comune, anche nei sistemi a controllo accentrato di costituzionalità o, comunque, negli ordinamenti in cui la costituzione non prevede forme di controllo di costituzionalità sugli atti di rango primario.

Le Costituzioni che statuiscono il rango super-primario e la diretta applicabilità dei trattati internazionali ratificati dallo Stato conferiscono ai giudici comuni, specialmente alle corti di vertice, il potere di sindacare la compatibilità degli atti legislativi con tali fonti ed eventualmente di decidere di non applicarli. Ciò diviene particolarmente evidente con riferimento agli strumenti convenzionali in materia di diritti per la loro ampiezza in relazione sia ai margini d'interpretazione sia all'ambito di applicazione¹⁰¹. Un esempio rilevante sul punto è senz'altro quello francese: sino alla citata riforma del 2008, in presenza di un controllo soltanto preventivo di legittimità delle leggi, i giudici comuni avevano fatto ampio uso del *contrôle de conventionnalité* rispetto alla CEDU in base all'art. 55 Cost., tanto che esso «era diventato il modo principale per garantire i cittadini contro le leggi liberticide»¹⁰². L'introduzione della *Question prioritaire de constitutionnalité* nel 2008 era finalizzata anche a porre fine alla “bizzarria” per la quale i francesi erano costretti a ricorrere, per la protezione dei loro diritti, a fonti internazionali invece che alla propria Costituzione, la quale doveva tornare a porsi in posizione, letteralmente, prioritaria¹⁰³. Altro esempio degno di menzione è quello dei Paesi Bassi, in cui la proibizione per i giudici di sindacare la legittimità costituzionale di leggi e trattati internazionali (art. 120 Cost.) e l'assenza di una Corte costituzionale sono state controbilanciate da un controllo diffuso sul rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalle Carte internazionali, in particolare dalla CEDU. Tale controllo è condotto dai giudici comuni sulla base dell'art. 94 Cost., che statuisce l'inapplicabilità delle leggi contrarie alle previsioni dei trattati, tanto che l'ordinamento viene classificato fra quelli in cui la Convenzione ha rango costituzionale¹⁰⁴. Simili percorsi interpretativi non vengono seguiti negli ordinamenti in cui il diritto

¹⁰¹ L. Montanari, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002; G. Martinico, O. Pollicino (eds.), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Groningen, 2010.

¹⁰² C. Severino, *La Question prioritaire de constitutionnalité*, cit., spec. 497.

¹⁰³ La priorità temporale della QPC rispetto alle questioni inerenti al diritto europeo e internazionale è disciplinata dall'art. 23-2, legge organica n. 2009-1523 del 10 dicembre 2009.

¹⁰⁴ L. Montanari, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, cit., 63 ss.

internazionale pattizio non riceve uno speciale trattamento costituzionale¹⁰⁵; tuttavia, nell'ottica di una comparazione "per differenza", il caso da evidenziare è soprattutto quello britannico, in cui lo *Human Rights Act 1998* consente al giudice che ravvisi un'incompatibilità fra disposizione interna e diritto convenzionale, dopo aver esperito invano un tentativo di interpretazione conforme, di adottare una "*declaration of incompatibility*", precisando però che la stessa non incide sulla validità ed efficacia della disposizione interna e non è vincolante per le parti del processo¹⁰⁶.

Il fenomeno sinora registrato in relazione al diritto internazionale si presenta in maniera assai più intensa nel contesto dell'integrazione europea e coinvolge, in questo caso, tutti gli Stati membri. I principi dell'effetto diretto e del primato, unitamente all'espansione quantitativa e qualitativa della produzione normativa e giurisprudenziale sovranazionale, pongono in mano al giudice comune una panoplia non solo di norme di dettaglio ma anche di principi generali e settoriali e di diritti fondamentali alla luce dei quali sindacare la disposizione legislativa interna. In questo contesto, è inesorabile un rafforzamento del giudice comune, tanto più alla luce dell'atteggiamento giurisprudenziale della Corte di giustizia, che lascia spesso proprio al giudice nazionale "l'ultima parola" sull'applicazione dei principi da essa enunciati alla normativa interna (*guidance cases*)¹⁰⁷, affidandogli talora anche poteri di modulazione degli effetti nel tempo delle proprie decisioni¹⁰⁸.

Nei sistemi a controllo di costituzionalità accentrato, ne consegue una significativa asimmetria: laddove il giudice interno ritenga la disposizione primaria contraria a Costituzione sarà costretto a sospendere il giudizio e ad affidarsi alla decisione dell'organo deputato al controllo di costituzionalità, laddove invece ravvisi la contrarietà a qualsivoglia disposizione dell'Unione europea potrà statuirne immediatamente la non applicazione, essendo il rinvio pregiudiziale soltanto uno strumento a cui ricorrere in caso di

¹⁰⁵ Questo è anche il caso italiano, come puntualizzato dalle sentenze "gemelle" n. 348 e n. 359 del 2007 della Corte costituzionale: occorre dunque chiamare in campo la Corte costituzionale, la quale può assicurare una prevalenza della Convenzione sul piano "dinamico" ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. (per la contrapposizione fra profilo "statico" e "dinamico", sempre L. Montanari, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, cit.). La giurisprudenza costituzionale ha più volte ribadito la propria prerogativa di compiere il bilanciamento "ultimo" (in chiave sistematica) dei diritti nell'ordinamento nazionale (sent. 28 novembre 2012, n. 264) e la prevalenza delle disposizioni costituzionali su quelle convenzionali in caso di conflitto insanabile (sent. 26 marzo 2015, n. 49, su cui v. in chiave critica A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, in *Diritti comparati*, 7 aprile 2015).

¹⁰⁶ *Human Rights Act 1998*, sect. 4, par. 6, su cui v. di recente, anche per l'analisi delle (problematiche) prospettive di riforma, E. Gabriele, *Il Bill of Rights Bill e gli altri tentativi di riforma dello Human Rights Act nell'ordinamento britannico*, in *Osservatorio AIC*, 6, 2022, 132 ss.

¹⁰⁷ Sull'argomento, v. T. Tridimas, *Constitutional review of member state action. The virtues and vices of an incomplete jurisdiction*, in 9(3-4) *Int'l J. Const. L.* 737 (2011).

¹⁰⁸ Ad esempio, Corte giust., sent. 28 luglio 2016, causa C-379/15, *Association France Nature Environnement*.

incertezza interpretativa¹⁰⁹. Insomma, un'insindacabilità a geometria variabile.

Nell'esperienza italiana, molto ha fatto discutere ad esempio il caso delle concessioni demaniali marittime, in cui il Consiglio di Stato non solo ha statuito la non applicazione di una disposizione legislativa di proroga delle concessioni in contrasto con la Direttiva “Bolkestein” – precisando, fra l'altro, a chiare lettere che qualsiasi futura disposizione analoga avrebbe dovuto considerarsi «immediatamente non applicabile ad opera non solo del giudice, ma di qualsiasi organo amministrativo» – ma ha pure differito l'efficacia temporale della propria decisione (al 31 dicembre 2023) e regolato i rapporti sorti *medio tempore*¹¹⁰, un potere di cui è discusso l'esercizio da parte della stessa Corte costituzionale¹¹¹.

In conclusione, anche alla luce della progressiva “costituzionalizzazione” dell'ordinamento europeo, non può stupire che, nei sistemi a controllo di costituzionalità accentrato, siffatto arretramento dell'insindacabilità dell'atto legislativo di fronte al giudice comune abbia posto in discussione lo stesso ruolo delle Corti costituzionali. Il rischio evidente è quello di una loro marginalizzazione nel sistema di tutela dei diritti fondamentali ogniqualvolta vengano in applicazione le garanzie previste dal diritto europeo – derivanti dalla Carta di Nizza, ma anche dai principi generali enunciati dalla Corte di giustizia e dalla normativa settoriale – e il giudice comune possa optare direttamente per la non applicazione della normativa interna, che fra l'altro assicura una soddisfazione più immediata alla pretesa dell'individuo¹¹².

4.2 La Corte europea dei diritti dell'uomo di fronte all'insindacabilità degli atti del potere esecutivo

In ultimo, è necessario completare il quadro dando conto di due orientamenti della Corte EDU suscettibili di intrecciarsi con le tematiche affrontate nei paragrafi precedenti, generando un ulteriore arretramento, in particolare,

¹⁰⁹ Sui limiti dell'obbligo di rinvio pregiudiziale la Corte di giustizia (Grande sezione) è tornata di recente nella nota sentenza 6 ottobre 2021, causa C-561/19, *Conorzio Italian Management e Catania Multiservizi*. I dubbi interpretativi dei giudici nazionali, specialmente del Consiglio di Stato italiano, non appaiono però sopiti: sul punto, sia consentito il rinvio a F.E. Grisostolo, *Il dialogo fra Consiglio di Stato e Corte di giustizia sui limiti all'obbligo di rinvio pregiudiziale nei casi Centro Petroli Roma e Airbnb Ireland e Airbnb Payments UK*, in *DPCE Online*, 1, 2023, 1439 ss.

¹¹⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2021, n. 17 e n. 18, su cui v. almeno M. Ferrara, G. Ioannides, G. Vos (cur.), *Dossier ragionato sulle concessioni demaniali marittime ad uso ricreativo*, in *Federalismi.it*, 28 luglio 2021, e il numero speciale monografico della rivista *Dir. e soc.*, 3, 2021 su *La proroga delle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza plenaria*. La questione ha avuto rilevanti sviluppi successivi, analizzati in una più ampia prospettiva critica da G. Parodi, *La proroga delle concessioni demaniali marittime tra disapplicazione e incidente di costituzionalità. Questioni aperte, opacità della giurisprudenza*, in *DPCE Online*, 2, 2023, 1607 ss.

¹¹¹ Si v. i contributi raccolti in M. D'Amico, F. Biondi (cur.), *La Corte Costituzionale e i fatti: Istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018.

¹¹² G. Martinico, *La doppia pregiudizialità nel diritto comparato*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2022, 757 ss.

dell'insindacabilità dell'atto amministrativo: il primo attiene al rapporto fra il principio del giusto processo sancito dall'art. 6, par. 1, CEDU, le garanzie del giusto procedimento amministrativo e il sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sulle valutazioni tecnico-discrezionali delle amministrazioni pubbliche (il tema della *full jurisdiction*); il secondo alla sindacabilità dell'*acte de gouvernement*.

Per quanto riguarda il primo ambito, occorre evidenziare che la norma sull'equo processo di cui all'art. 6 CEDU letteralmente troverebbe applicazione solo al processo penale e civile; tuttavia, la Corte EDU ha incluso all'interno del campo applicativo della disposizione anche sanzioni che, in base ai c.d. criteri *Engels*, sono formalmente amministrative, ma sostanzialmente penali¹¹³. L'art. 6, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, prescrive che la garanzia del giusto processo sia rispettata anche nella fase procedimentale¹¹⁴. Si specifica, però, che nel valutare il rispetto delle garanzie indicate dall'art. 6 CEDU, la Corte esamina la vicenda nel suo complesso: la violazione dei precetti dell'art. 6 in fase procedimentale non comporta di per sé l'inadempimento della CEDU da parte dello Stato, poiché esso può «compensare» il difetto di indipendenza o imparzialità dell'organo amministrativo o la violazione delle garanzie procedurali nel procedimento amministrativo tramite il processo di *judicial review* sul provvedimento amministrativo¹¹⁵, purché il giudice possa effettivamente ed efficacemente influire sulla decisione già adottata, esercitando un sindacato di *full jurisdiction*. Dunque, se nella fase decisoria sono state attuate le garanzie procedurali allora il sindacato del giudice nella fase processuale si potrà limitare alla verifica della non manifesta irragionevolezza del provvedimento contestato¹¹⁶.

Il problema sorge se tali garanzie non sono state assicurate: il sindacato del giudice amministrativo potrà estendersi anche al merito ovvero il giudice amministrativo potrà sostituire le sue valutazioni sui fatti

¹¹³ Corte EDU, *Engel c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, ricorsi nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e n. 5370/72. Dello stesso filone Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics c. Italia*, 27 settembre 2011, ricorso n. 43509/2008 e Corte EDU, *Sigma Radio Television Ltd vs. Cipro*, 21 luglio 2011, ricorsi nn. 32181/04 e 35122/05. In merito all'influenza della CEDU sul diritto amministrativo, v. B. Schindler, *Art. 6 (1) ECHR and Judicial Review of Administrative Decision-Making in England and Switzerland - A Comparative Perspective*, in 4 *SRIEL* 449 (2006); S. Mirate, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'«altro» diritto europeo in Italia, Francia ed Inghilterra*, Napoli, 2007; M. Allena, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2012, 569 ss.

¹¹⁴ Sull'autonoma interpretazione dei termini della CEDU da parte della Corte, v. L. Prudenzeno, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 gennaio 2014, ricorso n. 48754/11, Placi v. Italy)*, in *Rivista AIC*, 2, 2014, 5 ss. e L.R. Perfetti, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in *P.A.*, 2, 2018, 237 ss., spec. 241-261.

¹¹⁵ F. Follieri, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2018, 133 ss., spec. 136.

¹¹⁶ Tra le molte decisioni, v. Corte EDU, *Albert and Le Compte v. Belgium*, 28 gennaio 1983, ricorsi nn. 7299/75 e 7496/76.

a quelle dell'organo amministrativo?¹¹⁷. In linea generale, ciò entrerebbe in contraddizione con il principio di separazione dei poteri. La Corte EDU, tuttavia, afferma il contrario: si va verso il superamento della divisione tra amministrazione e giurisdizione e del merito amministrativo come area di insindacabilità¹¹⁸. Così «nella logica della *full jurisdiction* – ossia in una visione di chiara continuità tra funzione amministrativa e giurisdizionale amministrativa – non vi dovrebbe essere alcuno spazio per il merito amministrativo inteso come area esclusa dal sindacato giurisdizionale, se non quando il procedimento amministrativo abbia soddisfatto le garanzie dell'art. 6 CEDU»¹¹⁹.

Per quanto attiene al secondo ambito, il necessario rispetto delle garanzie procedurali ha portato altresì la Corte ad infrangere la regola dell'insindacabilità dell'atto politico: la Corte arriva a mettere in discussione, seppure indirettamente, la teoria dell'*acte de gouvernement*, che, sin dalla sentenza *Prince Napoleon* del 1875, ha rappresentato un intoccabile baluardo per la giurisprudenza interna¹²⁰. In una recente sentenza del 14 settembre 2022, la Corte EDU condanna il rifiuto della Francia di rimpatriare due cittadine francesi, detenute insieme ai figli minori nel campo di *Al-Hol* nel Nord-est della Siria dove si erano recate, insieme ai loro mariti e figli, per unirsi ai combattenti dell'ISIS¹²¹. Nel condannare la Francia, la Corte non crea assolutamente un «diritto generale al rimpatrio», né mette in discussione le scelte politiche dello Stato, soprattutto in una materia tanto delicata come quella della lotta al terrorismo. Le autorità statali possono legittimamente negare il rimpatrio per ragioni di interesse pubblico o per difficoltà di ordine giuridico, diplomatico o materiale, purché, però, sussista un meccanismo di controllo delle decisioni che permetta di verificare la non arbitrarietà di tali scelte¹²². Nel caso di specie ciò che è mancato è stata proprio la possibilità di «contester utilement les motifs qui ont été retenus par ces autorités et de vérifier qu'ils ne reposent sur aucun arbitraire», avendo le giurisdizioni interne reputato insindacabile la decisione governativa in ragione della sua asserita natura politica¹²³. Sembra quindi chiaro che le decisioni delle Corti sovranazionali sono accomunate da un paradigma di fondo: di fronte alla tutela di diritti fondamentali è possibile mettere in questione il perimetro delle aree di insindacabilità riservate al potere amministrativo e a quello politico.

¹¹⁷ Sulle differenze applicative della *full jurisdiction* all'interno degli Stati europei, v. A. Carbone, *L'art. 6 CEDU e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all'interno degli Stati europei*, in *DPCE Online*, 3, 2019, 2137 ss. e L.R. Perfetti, *La full jurisdiction come problema*, cit., spec. 246.

¹¹⁸ F. Goisis, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 1, 2018, 1 ss., spec. 7 e 24.

¹¹⁹ *Ivi*, 26.

¹²⁰ Sull'insindacabilità dell'*acte de gouvernement*, si rinvia al § 3.1.

¹²¹ Per un commento alla sentenza sia consentito il richiamo a L. Restuccia, *I foreign fighters e il "diritto" al rimpatrio: alla ricerca di un difficile equilibrio nella sentenza H.F. e altri c. Francia*, in *DPCE Online*, 2, 2023, 1623 ss.

¹²² Corte EDU, Grande Camera, *H.F. e altri c. Francia*, 14 settembre 2022, ricorsi nn. 24384/19 e 44234/20, par. 283.

¹²³ *Ivi*, 282.

5. Conclusioni

In sintesi, è possibile notare che attraverso diversi itinerari si è giunti all'assoggettamento al controllo giurisdizionale sia dell'atto amministrativo che dell'atto legislativo, anche se la sua insindacabilità sopravvive in alcuni ordinamenti, come quello britannico. Tramontata l'immunità da controllo della decisione amministrativa e di quella legislativa in quanto tali, il confine tra i poteri si è spostato sul *limes* della scelta discrezionale, del "merito" della decisione, ambito tuttora ritenuto riservato all'organo politico-amministrativo. Allo stesso tempo, l'insindacabilità di un atto in ragione della posizione che riveste nel sistema delle fonti è ancora presente molti ordinamenti: in particolare, si è assistito ad uno "spostamento verso l'alto" della sfera di intangibilità verso le leggi di rango costituzionale e l'ambito delle revisioni è divenuto in alcuni casi un nuovo "campo di battaglia" fra poteri, con le corti di vertice che hanno cercato di affermare la propria legittimazione ad assoggettarle a controllo, anche in carenza di formali attribuzioni da parte delle Carte costituzionali.

Sul piano comparato, tuttavia, il percorso appena tracciato non è culminato nella totale espunzione dei casi di insindacabilità dall'ordinamento giuridico. A tal proposito si sono analizzate alcune ipotesi di insindacabilità di carattere "speciale" – laddove l'area di insindacabilità viene tracciata (dal legislatore o dalla giurisprudenza) mediante un criterio "categoriale", come nel caso dei cd. atti politici o di governo – e di carattere "settoriale", limitate a determinate materie o a specifici poteri dell'Esecutivo (le cd. *ouster clauses*, § 3.3). Anche questi fenomeni sono stati, nel tempo, oggetto di superamento, o quantomeno di tentativi di ridimensionamento, per via giurisprudenziale o legislativa, sempre per evitare vuoti di tutela dei diritti fondamentali.

Lo spazio di insindacabilità dell'atto legislativo e di quello amministrativo si è ristretto ulteriormente in conseguenza dell'"apertura verso l'alto" degli ordinamenti nazionali e, in area europea, della spinta proveniente dalla giurisprudenza delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo. In particolare, si è osservato un sostanziale arretramento dell'insindacabilità dell'atto legislativo da parte del giudice comune a fronte del potere-dovere di non applicarlo in caso di contrasto col diritto dell'Unione europea e, ove previsto dalla costituzione nazionale (come ad esempio in Francia o nei Paesi Bassi), col diritto internazionale. Con riferimento agli atti del potere esecutivo, si sono invece messi in evidenza due orientamenti della Corte EDU: il primo impone al giudice di entrare nel merito delle valutazioni tecnico-discrezionali delle amministrazioni pubbliche, per assicurare la *full jurisdiction* garantita dall'art. 6, CEDU, mentre il secondo di superare la sfera di insindacabilità normalmente riconosciuta agli "atti politici".

Alla luce del quadro appena ricomposto, sui "tempi lunghi" e con riferimento agli ordinamenti di matrice liberale, pare di poter concludere che le aree di insindacabilità del potere politico – sia di carattere generale che speciale o settoriale – sono state ampiamente ridimensionate di fronte all'espansione della sfera di intervento delle Corti, tendenza che trova la sua ragion d'essere nell'esigenza di garantire la tutela dei diritti. In ogni caso, la tensione fra quest'ultima e la separazione dei poteri appare un elemento strutturale dello Stato di matrice liberale e, di conseguenza, il tema del

“confine” fra poteri si ripropone costantemente, oggi soprattutto con riferimento alla profondità del controllo giurisdizionale, ovvero ai limiti in cui le corti possono mettere in discussione la discrezionalità del decisore politico.

Non resta dunque che prendere atto – come ha fatto di recente il massimo organo della nostra giustizia amministrativa – che il principio di effettività e di pienezza della tutela giurisdizionale, da un lato, e il principio di separazione dei poteri, dall’altro, sono «due principi non sempre tra loro perfettamente conciliabili»¹²⁴.

Francesco Emanuele Grisostolo
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università degli Studi di Udine
francesco.grisostolo@uniud.it

Laura Restuccia
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Milano-Bicocca
l.restuccia@campus.unimib.it

¹²⁴ Cons. Stato, sez. V, sent. 21 giugno 2023, n. 6107.

