ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE "TULLIO ASCARELLI"
Diritto – Economia – Storia
DOTTORATO DI RICERCA IN "SISTEMI PUNITIVI E GARANZIE COSTITUZIONALI" – SEZIONE DI "DIRITTO PENALE"
(XXIII CICLO)

GIUDICE PENALE E LEGALITÀ AMMINISTRATIVA

Giacomo Nappi

Coordinatore e tutor

Chiar.mo Prof. Mario Trapani

INDICE - SOMMARIO

PARTE PRIMA

RAPPORTI FRA AMMINISTRAZIONE E GIURISDIZIONE: IL "SISTEMA" DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA IN ITALIA E IL "RUOLO" DEL GIUDICE PENALE

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA IN ITALIA

Premessa..... p. 8

Sezione I

I MODELLI PREUNITARI

1.1. I modelli precedenti all'unificazione politica italiana: la situazione *ante* 1865..... p. 9

1.1.1. *Segue*. La situazione nell'Italia napoleonica..... » 12

1.2. Il vento della Restaurazione e il suo impatto sui sistemi di tutela del cittadino nei confronti dell'*agere* autoritativo. Un semplice ritorno allo *status quo?*..... » 15

1.3. La legislazione del Regno di Sardegna e i decreti del 1859..... » 18

Sezione II

LA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA NELL'ITALIA UNITA. LA LEGGE AMMINISTRATIVA DEL CONTENZIOSO E IL "RIMEDIO" DELLA DISAPPLICAZIONE

1.4. La crisi dei tribunali del contenzioso..... p. 22

1.5. L'abolizione del contenzioso amministrativo in Italia: un percorso 23

tormentato. La riforma del 1865……. »
1.5.1. *Segue*. I limiti interni del sindacato del giudice ordinario…….. » 26
1.5.2. *Segue*. Critiche al sistema abolitivo del contenzioso amministrativo…… » 28
1.6. La (parziale) riforma del 1877: la legge sui conflitti……. » 29
1.7. Le riforme crispine e l'affermazione della giurisdizione amministrativa. Brevi riflessioni in tema di giustizia amministrativa……..……. » 30
1.7.1. *Segue*. Le riforme del 1907 e del 1923……... » 31
1.8. L' "avvento" della Costituzione e la tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della pubblica amministrazione……..…… » 33

CAPITOLO II

GLI "ATTI" DEL POTERE ESECUTIVO IN RAPPORTO ALLA FATTISPECIE PENALE

2.1. Introduzione: atti normativi, atti amministrativi generali e provvedimenti amministrativi…….. p. 40
2.2. Riserva di legge e atti del potere esecutivo. Atti generali e astratti del potere esecutivo: casi di integrazione con la legge penale……..... » 46
2.2.1. Riserva relativa di legge (penale): teoria della c.d. "disobbedienza come tale". Critica…….. » 48
2.2.2. Riserva relativa di legge (penale): teoria della c.d. "sufficiente specificazione". Critica……..……... » 49
2.2.3. Riserva di legge tendenzialmente assoluta: ammissibilità delle sole integrazioni tecniche da parte di atti generali e astratti del potere esecutivo……..……... » 51
2.2.4. Norme penali in bianco e norme parzialmente in bianco……. » 53
2.3. Rinvio della legge ad atti normativi dell'esecutivo preesistenti…..…… » 55
2.4. L'intervento (limitato) della fonte normativa secondaria nella descrizione della fattispecie astratta: il controllo di legittimità della fonte *sub*legislativa. Cenni……. » 57
2.4.1. *Segue*. La disapplicazione e principio di gerarchia delle fonti…… » 58
2.5. L'integrazione della fattispecie penale attraverso provvedimenti individuali e concreti del potere esecutivo: compatibilità con il »

principio di riserva di legge…….…….. 60

2.5.1. Il bene giuridico tutelato nel caso di incriminazione dell'inottemperanza a provvedimenti amministrativi. Rinvio……. » 63

2.6. Un aspetto particolare: il provvedimento amministrativo può essere fonte del diritto? …….…… » 64

2.6.1. La nomodinamica kelseniana……..…….. » 66

2.6.2. *Segue*: critica……..…… » 68

PARTE SECONDA

DALLA DISAPPLICAZIONE AL GENERALE CONTROLLO DELLA LEGALITÀ AMMINISTRATIVA DA PARTE DEL GIUDICE PENALE

CAPITOLO III

LA DISAPPLICAZIONE DEL GIUDICE PENALE

Sezione I

ASPETTI GENERALI DELLA DISAPPLICAZIONE IN CAMPO PENALE

3.1. L'istituto della disapplicazione in riferimento alla materia penale…….. p. 73

3.2. Le "cause" della disapplicazione: i vizi sindacabili…..…….. » 76

3.3. L'ampliamento della categoria della patologia dell'atto amministrativo: la nullità……..…… » 80

3.3.1. I vizi non invalidanti: la rottura del binomio illegittimità-invalidità…… » 81

3.4. Una questione di confini: la sindacabilità del merito amministrativo. da parte del giudice penale……..……..... » 84

Sezione II

DALLA "DISAPPLICAZIONE" AL "CONTROLLO DELLA LEGALITÀ"

3.5. L'art. 101 Cost..... p. 87

3.6. L'evoluzione del ruolo del giudice penale: l'art. 2 c.p.p..... » 90

Sezione III

IL SINDACATO DEL GIUDICE PENALE SULL'ATTO AMMINISTRATIVO NELL'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE

3.7. Impostazione del problema e orientamenti pretori..... p. 97

3.8. L'intervento delle Sezioni Unite penali: la sentenza "Giordano" e il progressivo superamento della c.d. disapplicazione penale..... » 101

3.8.1. Le critiche alle Sezioni Unite "Giordano": un principio di diritto (immediatamente) disatteso..... » 105

3.9. Le Sezioni unite (penali) ci riprovano: il caso "Borgia"..... » 106

3.10. Dalla tesi della disapplicazione alla teoria dell'interesse sostanziale tutelato: il cammino della giurisprudenza nel controllo della legalità amministrativa da parte del giudice penale..... » 108

3.10.1. *Segue*. Critiche all'approccio sostanzialistico..... » 111

Sezione IV

DISAPPLICAZIONE E PRINCIPI PENALI COSTITUZIONALI

.

3.11. Disapplicazione e principio di legalità..... P. 116

3.12. I corollari del principio di legalità: la tassatività e il (simmetrico) divieto di analogia in campo penale..... » 118

3.12.1. Disapplicazione (*in malam partem*) e carattere frammentario del diritto penale..... » 120

3.13. La disapplicazione *in malam partem* dell'atto amministrativo da parte del giudice penale quale ipotesi di retroattività (occulta) della legge penale incriminatrice..... » 121

3.14. Disapplicazione *in malam partem* e principio di colpevolezza..... » 124

CAPITOLO IV

CONTROLLO DELLA LEGALITÀ AMMINISTRATIVA E NORMA INCRIMINATRICE

Premessa…….…… p. 127

Sezione I

DALL'IMPOSTAZIONE PROCESSUALE ALLA TESI SOSTANZIALE

4.1. L'impostazione tradizionale: il rimedio processuale……..….. p. 128
4.2. Il superamento dell'impostazione tradizionale: la posizione autonomista... » 130
4.3. Il sindacato del giudice penale a seconda della rilevanza interna o esterna dell'atto amministrativa rispetto alla fattispecie penale…… » 132
4.3.1. Atti amministrativi a rilevanza "esterna" o "diretta"……..…. » 133
4.3.2. Le cinque categorie individuabili di atti amministrativi rilevanti in via "interna" o "indiretta"…….... » 134
4.4. *Segue*. Critiche alla tesi sostanziale……..……. » 135

Sezione II

DALLA TESI SOSTANZIALE AL "CONTROLLO" DELLA TIPICITÀ

4.5. Il ricorso al principio di tipicità: i reati che prevedono espressamente la legittimità di un atto amministrativo. Dalla disapplicazione alla non conformità alla fattispecie legale……..…… p. 137

Sezione III

ATTO AMMINISTRATIVO E NORMA INCRIMINATRICE: LA QUESTIONE DELLA DISAPPLICAZIONE *IN MALAM PARTEM*

4.6. Disapplicazione e norma incriminatrice…….…….. P. 140

4.7. Atto amministrativo che contribuisce a delineare la norma……... » 142

4.7.1. L'atto che partecipa a delineare la condotta incriminata…..… » 142

4.7.2. L'atto amministrativo elemento costitutivo o presupposto in rapporto all'oggetto giuridico del reato……..…… » 145

4.8. L'atto amministrativo che non contribuisce a delineare la norma…….. » 151

Sezione IV

LA DISAPPLICAZIONE "FAVOREVOLE" ALL'AGENTE

4.9. Disapplicazione *in bonam partem* e origine storica……..…….. p. 155

4.10. La disapplicazione "favorevole" quale unico possibile ambito penale di efficacia dell'istituto. Critica…….. » 157

4.11. Altri casi di disapplicazione *in bonam partem*……..…….. » 161

Bibliografia…… p. 164

PARTE PRIMA

RAPPORTI FRA AMMINISTRAZIONE E GIURISDIZIONE: IL "SISTEMA" DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA IN ITALIA E IL "RUOLO" DEL GIUDICE PENALE

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA IN ITALIA

SOMMARIO: Premessa; *Sezione I – I modelli preunitari* – 1.1. I modelli precedenti all'unificazione politica italiana: la situazione *ante* 1865. – 1.1.1. *Segue*. La situazione nell'Italia napoleonica. – 1.2. Il vento della Restaurazione e il suo impatto sui sistemi di tutela del cittadino nei confronti dell'*agere* autoritativo. Un semplice ritorno allo *status quo*? – 1.3. La legislazione del Regno di Sardegna e i decreti del 1859; *Sezione II – La giustizia amministrativa nell'Italia unita. La legge amministrativa del contenzioso e il "rimedio" della disapplicazione* – 1.4. La crisi dei tribunali del contenzioso. – 1.5. L'abolizione del contenzioso amministrativo in Italia: un percorso tormentato. La riforma del 1865. – 1.5.1. *Segue*. I limiti interni del sindacato del giudice ordinario. – 1.5.2. *Segue*. Critiche al sistema abolitivo del contenzioso amministrativo. – 1.6. La (parziale) riforma del 1877: la legge sui conflitti. – 1.7. Le riforme crispine e l'affermazione della giurisdizione amministrativa. Brevi riflessioni in tema di giustizia amministrativa. – 1.7.1. *Segue*. Le riforme del 1907 e del 1923. – 1.8. L' "avvento" della Costituzione e la tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della pubblica amministrazione.

Premessa.

Un lavoro di ricerca che si propone l'obiettivo di scandagliare i rapporti tra il giudice penale e la legalità amministrativa non può fare a meno di prendere le mosse da alcune premesse di carattere storico.

Il lungo percorso della giustizia amministrativa quale momento di valutazione-sanzione della legalità dell'*agere* autoritativo ha sicuramente coinvolto in via indiretta, o mediata, il giudice penale, concentrandosi pressoché unicamente sulla tutela dei diritti civili. Difficilmente, infatti, le fattispecie incriminatrici contenevano (quali elementi interni) o

implicavano (quali elementi esterni) atti che risultassero espressione della volontà dell'amministrazione. La *vis* del potere pubblico non necessitava della tutela penale degli interessi di pertinenza pubblicistica e al legislatore (penale) storico veniva affidata la precipua funzione di proteggere interessi di pertinenza "privata". Il risultato che si è contribuito a determinare fu la creazione di un diritto penale "naturale" che oggi, invece, costituisce una parte quantitativamente minoritaria, seppur tradizionale, di ogni sistema criminale.

Nondimeno le soluzioni accolte dal legislatore storico prima e dal costituente poi, in relazione alla valutazione della legalità dell'azione amministrativa, hanno riguardato in generale il giudice c.d. "ordinario". Da qui la pur sempre attuale questione dell'ambito di estensione dei poteri del giudice penale nei confronti di atti (formalmente e/o sostanzialmente) amministrativi, originati e riconosciuti in altri rami dell'ordinamento([1]).

Sezione I

I MODELLI PREUNITARI

1.1. *I modelli precedenti all'unificazione politica italiana: la situazione* ante *1865*.

La questione del sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo che rileva ai fini dell'applicazione della sanzione penale, nell'ipotesi in cui quest'ultimo venga ritenuto illegittimo (non conforme a legge) inizia a porsi a partire dall'instaurazione del regno d'Italia napoleonico, momento dal quale furono introdotte le leggi francesi sul contenzioso amministrativo e il codice penale francese([2]).

([1]) Per una disamina completa del rapporto fra riserva di legge e atti del potere esecutivo si veda in particolare, *infra*, Cap. III.

([2]) ASTUTI, *La formazione dello Stato moderno in Italia*, I, Giappichelli, Torino, 1967, p. 109 ss.; PIANO MORTARI, voce *Codice (Premessa storica)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1960, vol. VII, p. 235. Il codice penale napoleonico è entrato in vigore nel Regno italico a partire

Non si potrebbe comprendere a pieno il rapporto fra giudice penale e legalità amministrativa senza porre mente alla (particolare) situazione della giustizia amministrativa allora esistente([3]).

Con l'espressione "*Ci saranno dei giudici a Berlino*" il mugnaio Arnold, secondo il suo avviso illegalmente sfrattato, si pronunciò nei confronti di Federico II di Prussia nella disperata convinzione che, in sede giurisdizionale, gli sarebbe stata resa giustizia anche nei confronti di un atto del Sovrano. L'apologo ora menzionato sintetizza l'eterno problema del rapporto fra decisioni degli organi statali amministrativi e il diritto dei cittadini, vale a dire della possibilità per quest'ultimi di far valere le proprie ragioni nelle sedi giudiziarie nei confronti dell'eventuale illegittimità (sotto varia forma) dell'agire delle amministrazioni pubbliche.

La giustizia nei confronti dell'amministrazione, allora, consiste nella individuazione e predisposizione degli strumenti processuali (o anche procedurali) più adeguati per dirimere le dispute fra privati e pubblici poteri, ovvero tra libertà e autorità, tra salvaguardia degli interessi individuali e tutela di esigenze generali degli apparati burocratici.

Prima dell'unificazione italiana l'assetto della giustizia amministrativa risentiva fortemente non solo delle diverse tradizioni giuridiche più o meno radicate in determinate aree geografiche ma anche, e soprattutto, della frammentazione politica che portava a privilegiare una forma di tutela anziché l'altra([4]).

Al fine di inquadrare i diversi sistemi di giustizia amministrativa allora seguiti si suole distinguere tradizionalmente quelli c.d. "monisti" da quelli c.d. "dualisti"([5]).

Nei sistemi monisti le contese che prevedono la presenza dell'amministrazione in qualità di parte sono devolute ai tribunali

---

dall' 1 gennaio 1811, poi nel Principato di Lucca e, infine, nel regno di Napoli a decorrere dall'ottobre del 1812.

([3]) L'espressione "giustizia amministrativa" ben può essere sostituita con "giustizia nei confronti dell'amministrazione".

([4]) Per gli opportuni approfondimenti sulla giustizia nei confronti dell'amministrazioni nelle singole realtà geografiche preunitarie si rinvia a: AIMO, *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento a oggi*, Laterza, 2000, p. 27 ss.; GHISALBERTI, *Storia costituzionale italiana*, Laterza, 2002, p. 20 ss.; ID, *Unità nazionale e unificazione giuridica*, Laterza, 1998, p. 10 ss.

([5]) TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, 2010, p. 10 ss.

ordinari cioè agli stessi che si occupano delle cause civili o penali come accade in Gran Bretagna o in Belgio, o a specifici magistrati amministrativi, come in Francia, Germania e Austria. Si parla invece di modelli dualistici, dei quali l'Italia resta un caso ormai pressoché isolato, quando vi sia una concorrenza fra magistrati ordinari e amministrativi la cui giurisdizione è stabilita in base alla situazione giuridica soggettiva fatta valere. In quest'ottica, prima della Proclamazione del Regno d'Italia, in Europa si contavano tre grandi modelli giuridico - istituzionali: il primo caratterizzato dall'assenza di tribunali destinati a dirimere le controversie fra cittadini e amministrazione([6]); il secondo, che influenzerà di molto l'assetto del futuro Regno italiano, ispirato all'esistenza di giudici speciali anche se incardinati all'interno della stessa amministrazione([7]); il terzo arricchito dalla tendenziale indipendenza formalmente riconosciuta ai magistrati che si occupano di simili rapporti([8]).

([6]) È il caso dell'Inghilterra. La tutela del cittadino nei suoi rapporti conflittuali con le autorità pubbliche era offerta dal modello a c.d. «giurisdizioni unica». Non vi era un giudice speciale. Gli argomenti dottrinali e fattuali che giustificavano tale opzione sono da leggere alla luce dell'evoluzione storica e giuridica. Innanzitutto in luogo di un diritto scritto e codificato l'ordinamento giuridico si è a lungo fondato sulla *common law*, dunque su consuetudini antiche e generalmente riconosciute come valide; su regole fissate per il caso concreto, interpretate e applicate dal giudice con il vincolo del precedente (principio del c.d. *stare decisis*). Inoltre, a questa ragione di matrice ordinamentale, si aggiunge l'assenza di una costituzione formale, sostituita da una pluralità ed eterogeneità di fonti costituzionali, risalenti addirittura all'epoca alto medievale (*Magna Carta Libertatum*, 1215). Il combinarsi di questi due elementi generava una diffidenza nei confronti del potere autoritativo. I soggetti pubblici e quelli privati soggiacciono alle medesime e paritarie condizioni giuridiche e il controllo della legalità sulla pubblica amministrazione viene attribuito ai tribunali ordinari. Sulla particolarità storico-istituzionale del costituzionalismo inglese si veda, in particolare: MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Il Mulino, Bologna, 1990, *passim*; MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, in *Dizionario di Politica*, a cura di BOBBIO e MATTEUCCI, Utet, Torino, 1976, p. 262; GRIFFITH, *Giudici e politica in Inghilterra*, Feltrinelli, Milano, 1980, *passim*.

([7]) La Francia è il modello cui tutti gli stati che optano per il sistema del c.d. "contenzioso amministrativo" si ispirano. Il sistema prevede un giudice speciale per la verifica della legalità amministrativa con la particolarità che l'organo giudicante appartiene all'amministrazione stessa, in quanto non distinto, non separato rispetto alla geometrica struttura, accentrata e piramidale, degli apparati esecutivi.

([8]) NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1979, p. 20 ss. A questo terzo modello appartiene l'esperienza tedesca. Infatti, sebbene la Francia possa essere considerata la patria del contenzioso amministrativo, la Germania può essere ritenuta la culla della giustizia amministrativa. I rapporti conflittuali fra cittadino e amministrazione si incentrano sulla tutela offerta da un corpo di giudici specializzati, ma rispetto a quelli francesi organicamente distinti dagli apparati dello Stato. Per maggiori approfondimenti: MIGLIO, *Le origini della scienza dell'amministrazione*, in *Atti del 1° Convegno di studi di*

Tali modelli offrono tre approcci diversi per la risposta ad un identico quesito il cui oggetto è fondamentalmente incentrato sulla richiesta di tutela del cittadino nei confronti dell'*agere* pubblicistico.

1.1.1. Segue. *La situazione nell'Italia napoleonica.*

I modelli di tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione nell'Italia preunitaria sono fortemente tributari del contenzioso c.d. «alla francese».

Se si pone mente alle modalità dirompenti e irresistibili dell'espansione politica prima e ideologica poi dell'Impero Napoleonico si comprende come tale modello si sia precocemente e fisiologicamente impiantato nel tessuto ordinamentale peninsulare.

Difatti, la legislazione approvata a Parigi non tardò ad essere estesa, seppur con qualche scarto temporale, a tutta l'Italia determinando una sorta di parallelismo giuridico vincolato([9]).

Già nelle Costituzioni del c.d. «triennio giacobino» si accoglie il paradigma illuministico-rivoluzionario della divisione dei poteri ma dal tessuto legislativo prodotto si evince una sorta di cauta diffidenza nei

---

scienza dell'amministrazione, Giuffrè, Milano, 1957, p. 9 ss.; TOMMASI, *Le origini della giustizia amministrativa in Germania. Il caso della Prussia e l'opera di Rudolph von Gneist*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, 1984, vol. X, *passim*.

([9]) Per tutti: PETTA, *Costituzione italiana e costituzioni*, in *Enciclopedia Feltrinelli-Fishcer*, vol. I, *Scienze politiche*, Feltrinelli, Milano, 1970, p. 88 ss.; NASSINI, *L'ordinamento costituzionale delle repubbliche giacobine*, in *Storia delle società italiana*, n. 13, *L'Italia giacobina e napoleonica*, Teti, Milano, 1985, p. 93 ss. Per maggiore approfondimento si segnala qualche riferimento normativo. L'art. 202 della Costituzione della I Repubblica Cisalpina (8 luglio 1797) dice, espressamente, che le funzioni giudiziarie non possono essere esercitate dal Corpo Legislativo (cioè dal Parlamento) o dalle autorità esecutive, mentre il successivo articolo fa un chiaro divieto ai giudici di ingerirsi nell'attività legislativa o amministrativa. All'art. 126 della Costituzione di Bologna (del 1796) esclude che ai magistrati sia concessa la facoltà di emanare leggi, o di impedirne o sospenderne l'applicazione. Inoltre l'art. 223 della Costituzione Cispadana (del 1797) vuole proibire ai giudici di citare davanti a sé gli amministratori pubblici, a motivo delle loro funzioni; nel contempo l'art. 209 fissa il precetto secondo cui gli amministratori centrali e municipali non devono intervenire nell'ambito specifico che appartiene al potere giudiziario. Disposizioni del medesimo genere possono rinvenirsi, ad esempio, nelle Costituzioni della Repubblica Romana (1798) e della Repubblica Napoletana (1799).

confronti dei giudici ordinari. Le immediate e dirette conseguenze di questo approccio si riverberano sulla questione della difesa del cittadino nei confronti degli apparati amministrativi. La decisione delle controversie che nascono dall'esercizio del potere da parte dell'amministrazione viene deferita a quest'ultima e sottratta alla competenza dei tribunali ordinari. In questo modo le posizioni di "parte" e "giudice" finiscono per coincidere, a tutto svantaggio di una tutela piena ed efficace, equidistante e imparziale, dei diritti dei privati ricorrenti([10]).

Di particolare interesse, per le finalità della presente ricerca, risultano il modello adottato nel Regno Italico e quello invece introdotto nel Regno di Napoli.

Nell'Italia del nord si è registrata una lenta evoluzione ispirata ai principi rivoluzionari di matrice essenzialmente d'oltralpe, che ha modificato i rapporti giuridici cittadino-pubblica amministrazione. Nell'art. 100 della Costituzione di Lione si prevedeva che le questioni di pubblica amministrazione fossero demandate alla «privativa competenza» del Consiglio Legislativo([11]). Per "questioni" di "pubblica amministrazione" ci si riferiva alle controversie legate all'interpretazione e applicazione delle leggi e regolamenti amministrativi. L'organo al quale, sia in primo grado che in appello, venivano assegnate siffatte controversie era il Consiglio Legislativo, collocato all'interno del potere esecutivo al quale venivano affidate anche funzioni di natura consultiva e, persino, legislativa([12]). Tale organo era delineato sulla stessa linea del Consiglio di Stato francese disciplinato nella Costituzione del 1799. Attraverso il Consiglio Legislativo l'amministrazione non figurava più come apparato che dirimeva il contenzioso amministrativo direttamente ma attraverso un'istituzione creata *ad hoc* e dotata di una discreta indipendenza rispetto agli apparati burocratici. In ottica garantista

---

([10]) SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Utet, 1904, p. 103 ss.; GHISALBERTI, *Dall'antico regime al 1848*, Laterza, Roma-Bari, 1974, p. 121 ss.

([11]) La costituzione della Repubblica italiana venne approvata da un'apposita Assemblea (i Comizi), riunita a Lione per volontà di Napoleone Bonaparte. Per gli opportuni approfondimenti: GHISALBERTI, *Istituzioni e società civile nell'età del risorgimento*, Laterza, 2005, p. 13 ss.

([12]) Sul punto si segnala per tutti: AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa: consigli di prefettura e Consiglio di stato nell'Italia napoleonica*, Giuffrè, 1990, p. 123 ss.

peraltro furono introdotti, seppur in via embrionale, il principio del contraddittorio e l'obbligo di motivazione della decisione assunta.

Anche nel Regno di Napoli l'influsso dell'organizzazione burocratica francese ebbe sostanziali ricadute.

In adesione al modello amministrativistico di matrice napoleonica il sistema del contenzioso fu essenzialmente imperniato su di un Consiglio di Stato, insediato nella capitale e su una rete di tribunali di primo grado operanti nelle diverse province. Già nel 1799 si assiste all'abolizione della Camera della Sommaria, supremo tribunale che esercitava anche una forma rudimentale di giurisdizione nei confronti dell'attività amministrativa. Con il periodo napoleonico, in un'ottica di progressiva omogeneizzazione degli apparati pubblici, vennero istituiti sulla falsariga dei consigli di prefettura francesi e «italici» i consigli di intendenza e un Consiglio di Stato ad imitazione di quelli già operanti a Parigi e a Milano. Con questo assetto si distinguevano all'interno del potere esecutivo gli organi di giustizia amministrativa (caratterizzati dalla collegialità) da quelli dell'amministrazione attiva nei confronti dei quali i tribunali civili non potevano ingerirsi([13]). Con la legge dell'8 agosto 1806 un Consiglio di intendenza veniva collocato in ciascuna Provincia ed era composto da tre membri nominati dal Sovrano. L'intendente, che aveva le stesse funzioni del Prefetto, presiedeva il Consiglio e il suo voto era preponderante in caso di parità di voti. La competenza dei Consigli di intendenza spaziava dalle tasse ai contributi (statali e comunali) financo agli appalti per l'affidamento di lavori pubblici. La procedura che si seguiva aveva carattere sommario in nome della celerità e rapidità che la «marcia dell'amministrazione» necessitava([14]). Le loro decisioni si consideravano immediatamente esecutive ma potevano essere impugnate davanti al Consiglio di Stato. Questo continuava ad essere il vertice della piramide burocratica e risultava dotato di molteplici funzioni tra le quali, naturalmente, quella tipicamente giurisdizionale-amministrativa.

Seppur con le inevitabili differenze derivanti dalle intime distinzioni di carattere sociale e storico ma anche ambientali, il modello napoleonico

---

([13]) AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa,* cit., p. 115 ss.;

([14]) D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 13 ss.; FERRARI, *Giustizia amministrativa in diritto comparato*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. VII, Utet, Torino, 1991, p. 567 ss.

si diffonde velocemente sia al nord che al sud della penisola. Sebbene il controllo della legalità amministrativa sia "tutto interno" all'amministrazione il sistema del contenzioso "napoleonico" basato in prima battuta sui consigli di intendenza e in seconda (ed eventuale) istanza sul Consiglio di Stato sono la prova della non perfetta separazione tra amministrazione "attiva" e amministrazione "contenziosa"([15]).

1.2. *Il vento della Restaurazione e il suo impatto sui sistemi di tutela del cittadino nei confronti dell'*agere *autoritativo. Un semplice ritorno allo* status quo*?*

La caduta dei regimi napoleonici ha comportato una drastica riduzione (e in alcuni casi soppressione) dei diritti costituzionali, civili e politici. Al contrario, sul versante della tutela nei confronti dell'amministrazione, il ritorno al passato non ha determinato un abbandono dei modelli amministrativi francesi.

Giova ora verificare quali realtà hanno mantenuto integro il sistema del contenzioso (o lo hanno in parte modificato) e quali, invece, in forza di un moto restauratore, se ne sono discostati tornando a modelli (sempre se esistenti) "pre-rivoluzionari".

L'inquadramento giuridico di tale fase è non solo necessaria per un'esposizione diacronica dell'evoluzione della tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione ma anche prodromica all'esatta comprensione della legislazione sabauda prima e *post* unitaria poi.

([15]) DE MARTINO, *La nascita delle intendenze. Problemi dell'amministrazione periferica nel Regno di Napoli (1806-1815)*, Jovene, Napoli, 1984, *passim*. Il modello napoleonico, favorito dalla spinta della sperimentazione istituzionale figlia di ogni movimento rivoluzionario, irrompe negli ordinamenti "italiani". Il fine dell'uniformazione giuridica anche dal lato della tutela del cittadino nei confronti dei pubblici poteri era incentrato sul superamento dell'*ancien régime* anche se in controtendenza rispetto al principio della piena separazione dei pubblici poteri.

Innanzitutto occorre operare una preventiva distinzione fra le aree geografiche nelle quali il sistema del contenzioso venne mantenuto e quelle nelle quali fu abolito.

Il sistema napoleonico rimase pressoché immutato nel Ducato di Parma, Piacenza e Guastalla, nello Stato Pontificio, nel regno delle Due Sicilie, nel Piemonte e in Toscana. Si discostarono dal sistema napoleonico il Lombardo-Veneto e il Ducato di Modena e Reggio([16]).

Per quanto riguarda questi ultimi che rappresentano un'eccezione rispetto alla tendenza generale in assenza di tribunali specifici il contenzioso viene rimesso alla stessa pubblica amministrazione, in specie ai ministri competenti per materia. Contro le decisioni dei ministri è ammesso, ma solo per ragioni formali, appello al Supremo Consiglio di Giustizia vale a dire al tribunale centrale di revisione delle sentenze dei magistrati ordinari. Nel Lombardo-Veneto, nonostante la diretta influenza dell'Impero austriaco il sistema de contenzioso basato sulle prefetture e i consigli di prefettura rimase immutato per circa due anni. Dopo questo tempo si scartò l'ipotesi della creazione di appositi tribunali amministrativi e si optò per un sistema dualistico sicuramente lineare ma assolutamente meno garantista. Infatti ad un sistema tripartito basato sulla competenza dei giudici ordinari, giudici amministrativi e amministrazione attiva si sostituì un apparato imperniato solo sui tribunali ordinari e sugli organi di amministrazione attiva. A questi ultimi erano deferite le controversie in materia di acque e strade, foreste e boschi, imposte fondiarie, tasse sulle arti e il commercio mentre ai magistrati civili erano devolute le cause concernenti il diritto di proprietà, i contratti di appalto, le imposte indirette([17]). In tale assetto la pubblica amministrazione tornava ad essere giudice della propria attività con un vistoso passo indietro in termini di garanzie per i cittadini([18]).

([16]) Sui temi della giustizia amministrativa negli stati preunitari si veda in particolare: DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime al fascismo*, Giappichelli, 2007, p. 35 ss.; MANNORI, *I contenziosi amministrativi degli Stati preunitari italiani e il modello francese Riflessioni e spunti per un possibile studio comparato*, in *Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte*, 1990, n. 2, p. 1 ss.

([17]) GHISALBERTI, *Dall'antico regime al 1848*, cit., p. 38 ss.

([18]) Da questo punto di vista infatti il principio del contraddittorio fu introdotto, per le vertenze discusse nella Congregazione centrale e nelle Regie Delegazioni, soltanto nel 1827 e che il tentativo, del 1847, di predisporre una disciplina organica della procedura

Il blocco di sistemi che rimase fedele al più collaudato impianto del contenzioso amministrativo è sicuramente più corposo.

Per economia espositiva si analizzano più nel dettaglio le due realtà politiche più importanti e geograficamente più estese: lo Stato Pontificio e il Regno delle Due Sicilie.

Nello Stato Pontificio tra le pieghe del ripristino (obbligato) dello *status quo* cominciarono a (ri)affiorare elementi della tradizione amministrativa francese. Difatti il Papa Gregorio XVI con un regolamento del 1834 fece divieto al giudice ordinario di occuparsi di vertenze di natura amministrativa e tramite un editto dell'anno successivo si organizzò il quadro dei Tribunali del contenzioso. Le liti nel contesto ora descritto potevano dividersi in locali e generali: quelle locali venivano affidate alla Congregazione governativa, con possibilità di appello al Legato Pontificio, quelle di rilievo più generale rientravano nella competenza della Congregazione camerale e, in secondo grado, in quella della Congregazione di revisione([19]).

Un'altra realtà politica nella quale le radici del contenzioso non furono del tutto eliminate ma anzi poterono rafforzarsi in ottica più garantista, è costituita dal Regno delle Due Sicilie([20]).

Tale continuità col passato non fu senza interruzioni, almeno iniziali. Nel 1817, infatti, il Consiglio di Stato venne soppresso e le sue competenze trasferite per la parte contenziosa, alla Gran Corte dei Conti, e per la parte consultiva al Supremo Consiglio di Cancelleria. Lentamente però il modello francese del contenzioso venne ripristinato (anche se in alcuni casi, di fatto, il suo smantellamento non fu attuato). Il sistema che si radicò era così delineato: al livello centrale vi era la Corte dei Conti (anche con funzioni di giudice di seconda istanza), al livello periferico i consigli di intendenza, che operavano come tribunali di prima istanza([21]).

---

amministrativa, per renderla più affine a quella utilizzata nella giustizia civile, non ebbe alcun seguito

([19]) Sotto il Pontificato di Pio IX venne creato con lo Statuto del 1848 un vero e proprio Consiglio di Stato, nominato dall'alto e dotato di apposita Sezione incaricata dell'esercizio della giurisdizione contenziosa.

([20]) Diffusamente: ABBAMONTE, *Amministrare e giudicare. Il contenzioso nell'equilibrio istituzionale delle Sicilie*, Esi, Napoli, 1997, *passim.*; GHISALBERTI, *Per la storia del contenzioso amministrativo nel Regno meridionale,* in *Contributi alla storia delle amministrazioni preunitarie*, Giuffrè, 1953, p. 65 ss.

([21]) NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 14 ss.

Da questo contesto si può ragionevolmente dedurre che i principi del contenzioso "alla francese" erano rigorosamente rispettati, in quanto: a) la giustizia ordinaria era rigorosamente separata dal potere esecutivo; b) la giurisdizione amministrativa era affidata ad organi speciali, funzionalmente e strutturalmente distaccati dall'amministrazione attiva; c) le prerogative della pubblica amministrazione modulate in relazione alla parallela salvaguardia delle posizioni soggettive dei cittadini([22]).

Il sistema del contenzioso nel Regno delle Due Sicilie era senza ombra di dubbio, in relazione ai tempi e in prospettiva comparata tra i più moderni e razionali. La riprova può rinvenirsi non solo dall'essere passato immune ai moti rivoluzionari del 1820 ma anche dal fatto di essere rimasto in vigore, come anticipato, per più di cinquant'anni.

1.3. *La legislazione del Regno di Sardegna e i decreti del 1859*.

Nel 1848 con la concessione dello Statuto Albertino la Monarchia sabauda da assoluta diventa costituzionale. La nuova costituzione, nel gergo definita ottriata (dal francese *octroyée*, cioè concessa dal sovrano) fissa una tavola di diritti fondamentali del cittadino. Fu fortemente voluta dalla borghesia liberale la quale, nel contempo, era impegnata, come del resto avveniva in Francia, in una lotta ideologica contro il sistema tradizionale del contenzioso amministrativo. Negli ambienti liberali si rafforza la convinzione che una piena e soddisfacente tutela dei privati nei confronti della pubblica amministrazione non possa che

---

([22]) È da notare come in questo quadro fedele al sistema napoleonico del contenzioso la legge 25 marzo 1817 ha disciplinato dal punto di vista procedurale le sequenze operative dei magistrati del contenzioso secondo dettami di ineludibile portata garantista. Si creò una sorta di codice di procedura che per le innovazioni e i tecnicismi di cui era portatore rimase in vigore sino alle leggi italiane di unificazione legislativa del 1865. Furono compendiate le esigenze dell'amministrazione da un lato e la tutela dei cittadini dall'altro. Per quanto concerne il criterio di riparto fra cause civili e cause "amministrative" ci si basava sulla presenza di due requisiti uno oggettivo e uno soggettivo: non solo la questione doveva riguardare una delle materie di pubblica amministrazione, fra quelle tassativamente indicate, ma doveva prevedere anche la necessaria presenza fra i contendenti di un organo della pubblica amministrazione.

avvenire dalla giurisdizione ordinaria e da una contestuale riduzione delle competenze devolute al potere esecutivo([23]).

Nel 1850 viene presentata in Parlamento su proposta del ministro Galvagno una riforma tendente all'abolizione del contenzioso amministrativo con la contemporanea devoluzione ai giudici ordinari delle vertenze sia civili che penali insorti fra cittadini e pubblici apparati. Il disegno di legge non ebbe alcun seguito ma fu la prova delle tendenze anticontenziose delle frange liberali della società piemontese([24]).

Invero non mancarono orientamenti opposti e tendenzialmente favorevoli all'impostazione contenziosa napoleonica.

Nel 1859 sotto il governo guidato da Urbano Rattazzi, in ottemperanza a un più organico disegno riformatore fu riaffermato il consueto e ben collaudato ordinamento del contenzioso. Il sistema delineato si basava su una triplice distinzione: ai giudici civili viene assegnata la competenza a dirimere le controversie nelle quali si verifica una lesione di un diritto dei privati (cause relative alla proprietà e ai contratti) e lo Stato non si presenta come soggetto al diritto pubblico; ai tribunali del contenzioso invece spetta di giudicare su questioni vertenti su determinati diritti rientranti in un elenco tassativo di materie prestabilite([25]). In via residuale per tutte le cause non rientranti nelle prime categorie analizzate riguardanti settori nei quali gli apparati pubblici agivano in via discrezionale senza che ai privati corrispondessero diritti ma semplici interessi potevano essere sperimentati solamente ricorsi di natura puramente amministrativa([26]).

Ricostruita la tripartizione delle tutele apprestate ai cittadini di fronte al (variegato) *agere* pubblicistico occorre approfondire l'organizzazione dei tribunali del contenzioso. In via generale si

---

([23]) Nel 1850 il ministro Galvagno presenta un progetto di riforma tendente all'abolizione del contenzioso e alla attribuzione ai giudici ordinari delle vertenze sia civili che penali insorte fra i cittadini e i pubblici apparati

([24]) SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., p. 304 ss.

([25]) In via esemplificativa si fa riferimento alle cause riguardanti i contratti di appalto, alle imposte dirette e alle tasse, allo *status* di impiegati comunali, alle strade ed acque pubbliche, ai beni demaniali.

([26]) È il caso del ricorso gerarchico, vale a dire quel rimedio, tutto interno all'amministrazione nel quale a giudicare anche il merito della questione era chiamato l'organo gerarchicamente superiore rispetto a quello che ha emanato l'atto. Per una ricostruzione storico-giuridica e per la distinzione allora operante tra diritti e interessi si rinvia a: NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 20 ss.

distinguevano i tribunali "ordinari" da quelli "speciali". All'interno dei tribunali c.d. "ordinari" rientravano i consigli di governo([27]) che operavano in prima istanza nelle materie più sopra richiamate e il Consiglio di Stato, in particolare la III sezione che esercitava la funzione di giudice di seconda istanza (o di appello) nei confronti delle decisioni dei consigli di governo([28]).

I tribunali (del contenzioso) c.d. "speciali" erano composti dalla Corte dei Conti, competente a giudicare vertenze nelle quali si discuteva di contabilità dello Stato e dal Consiglio superiore della pubblica istruzione che avocava a se le vertenze rientranti nel settore specifico dell'istruzione pubblica.

Sebbene il sistema del contenzioso si sia mostrato, soprattutto in passato, efficiente, anche in ragione della mancanza di un incisivo controllo della legalità amministrativa, mostra ora tutti i suoi limiti, efficacemente individuati da quelle spinte innovative e liberali che non poco condizioneranno la legislazione riformatrice postunitaria([29]).

Diversi i punti di criticità del sistema ora delineato.

Innanzitutto gli organi del contenzioso facevano parte del potere esecutivo. La differenza rispetto alle tutele che potevano offrire gli organi dell'amministrazione "attiva" era evidente ma l'assenza di garanzie di indipendenza e di inamovibilità dei giudici dell'amministrazione pesava non poco sulle decisioni degli stessi. Inoltre la predeterminazione delle materie che potevano attivare il contenzioso negava la pienezza della tutela invocabile dai privati nei confronti degli atti dell'amministrazione. Infine rimaneva un'estesa area rappresentata dai meri interessi che non potevano trovare altra tutela che quella consistente nella sperimentabilità di ricorsi agli stessi plessi amministrativi, in condizione, quindi, di oggettiva inferiorità e debolezza procedurale([30]).

([27]) I consigli di governo possono considerarsi gli "eredi" dei precedenti consigli di intendenza.

([28]) Per talune cause, in specie, debito pubblico, liquidazione di pensioni, concessioni minerarie, il Consiglio di Stato operava come tribunale di prima e unica istanza.

([29]) Ai sensi della normativa del 1859 i giudici (ordinari e speciali) del contenzioso non potevano in ogni caso annullare, revocare o modificare un atto amministrativo.

([30]) AIMO, *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento a oggi*, cit., p. 52. La distinzione fra diritti e interessi comincia ad affacciarsi nel panorama giuridico nazionale. La distinzione è essenzialmente legata alle modalità attraverso le quali la pubblica

Per contro vi era chi vedeva nel sistema del contenzioso la modalità migliore per tutelare l'interesse pubblico dal momento che i giudici provenivano dai ranghi delle burocrazie amministrative. Inoltre l'assenza delle garanzie di indipendenza e inamovibilità era vista da taluni come fattore positivo in quanto avrebbe consentito di far valere in modo più efficace la responsabilità dei giudici del contenzioso amministrativo. Infine le materie devolute al giudice del contenzioso riguardavano istituti diversi da quelli del diritto comune; per questo si stimava opportuno che fossero demandate ad un giudice diverso da quello ordinario, in quanto dotato di esperienza e conoscenze più approfondite([31]).

Da quanto detto si può ritenere che il bilanciamento tra esigenze dello Stato amministrativo e Stato di diritto sono risolte in favore del primo e le spinte liberali orientate verso il pieno controllo della legalità della pubblica amministrazione non si rivelano, almeno per il momento, capaci di orientare le scelte concrete del potere politico. A maggior riprova della priorità assegnata al potere esecutivo nel 1859 la risoluzione dei conflitti di attribuzione tra i tre organi giurisdicenti (tribunali ordinari, magistrati del contenzioso e apparati amministrativi) venne affidata al Re il quale dirimeva il conflitto servendosi del parere del Consiglio di Stato che, come si è visto, costituiva il massimo organo del contenzioso amministrativo([32]).

---

amministrazione esercita la propria attività. Nel caso in cui l'amministrazione agiva come un soggetto privato o la questione non richiedeva l'esercizio di valutazioni discrezionali (attività vincolata) i cittadini erano portatori di una situazione di diritto con la possibilità di ottenere tutela, a seconda della materia oggetto della controversia, innanzi ai tribunali ordinari o a quelli del contenzioso. Qualora l'amministrazione avesse agito in forza di poteri autoritativi mossi da valutazioni discrezionali circa la modalità di perseguimento di esigenze generali e prioritarie la posizione soggettiva dei privati degradava a mero interesse difendibile solo innanzi agli organi dell'amministrazione attiva.

([31]) SAREDO, *Principi di diritto costituzionale*, 1862, vol. IV, p. 112 ss. Si deve comunque notare che anche per i giudici ordinari (civili e penali) le guarentigie statutarie di autonomia e indipendenza erano piuttosto esigue. Lo stesso Rattazzi alla fine del 1859 emanerà un decreto per disciplinare l'ordinamento giudiziario secondo criteri marcatamente gerarchici e autoritativi.

([32]) SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., p. 279 ss.

Sezione II

LA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA NELL'ITALIA UNITA. LA LEGGE AMMINISTRATIVA DEL CONTENZIOSO E IL "RIMEDIO" DELLA DISAPPLICAZIONE

1.4. *La crisi dei tribunali del contenzioso*

Si è visto nel capitolo precedente che da un lato si collocano le istanze di chi afferma l'esigenza dell'introduzione di un giudice speciale, che abbia un'esperienza specifica in un settore del diritto diverso da quello comune e, dall'altro, si annidano i timori di chi ritiene che la previsione di un giudice speciale si risolva in un regime processuale privilegiato per l'amministrazione contrastante con lo spirito guida dello Stato liberale([33]).

Non che non si veda il facile "perno" sulla cui base i detrattori del sistema di giustizia amministrativa basato sul contenzioso fanno leva. La mancanza di guarentigie adeguate all'esercizio della funzione giurisdizionale, la provenienza dei giudici dai ranghi dell'amministrazione facevano emergere una scarsa fiducia verso il sistema e la paura di una generale inclinazione verso gli interessi dell'amministrazione, a tutto svantaggio delle garanzie dei cittadini([34]).

In questo quadro generale, una volta raggiunta l'unità politica nel marzo del 1861, si pone il problema dell'unificazione giuridica italiana sebbene le leggi del Regno di Sardegna furono estese inizialmente a tutte le entità territoriali via via annesse. Preme ricordare che l'Italia era, da questo punto di vista, giuridicamente divisa in due grandi aree: da una

---

([33]) Più diffusamente, *retro*. par. 1.3.

([34]) È interessante notare come nel codice penale sardo del 1859 non vengono sanzionate penalmente la ingerenze del magistrato ordinario negli affari dell'amministrazione. Nel codice penale francese del 1810, al contrario, vengono punite le ingerenze dei magistrati nei confronti del potere amministrativo (ma non quelle degli amministratori nei confronti del potere giudiziario). La ragione della diversa opzione legislativa riposerebbe sul fatto che non è avvertito nella società il timore della facile e frequente invasione del potere della giustizia nel campo amministrativo.

parte vi erano gli stati che seppur in maniera non omogenea avevano adottato il modello del contenzioso, come il Piemonte, il Ducato di Parma, il Regno delle Due Sicilie, lo Stato Pontificio; dall'altra, in posizione assolutamente minoritaria si collocavano il Lombardo-Veneto e il Ducato di Modena nei quali le controversie tra privati erano decise a seconda dei casi dai giudici ordinari o dagli stessi organi dell'amministrazione attiva([35]).

1.5. *L'abolizione del contenzioso amministrativo in Italia: un percorso tormentato. La riforma del 1865*

La forte istanza riformatrice *post* unitaria fu determinante nella scelta dell'assetto giuridico cui dotare la nuova Italia.

Esponenti politici come Minghetti, Peruzzi, Borgatti e Boncompagni ritenevano che alla luce dei dogmi liberali il contenzioso fosse poco garantista e eccessivamente infarcito di autoritarismo([36]). La soluzione che prospettavano era quella di affidare alla cognizione del giudice ordinario le cause che vedevano contrapposti privati e amministrazioni pubbliche (tesi liberal-garantista). Il modello di riferimento era quello Belga che proponeva la c.d. "giurisdizione unica" tributaria del sistema c.d. "monistico". La Costituzione Belga del 1831 dal cui modello, peraltro, lo Statuto Albertino ha notevolmente attinto, conteneva principi di particolare rilievo per le finalità che interessavano. Secondo l'art. 92 *le contestazioni che hanno ad oggetto diritti civili sono di esclusiva competenza dei tribunali*; ai sensi dell'art. 93 *le contestazioni che hanno ad oggetto diritti politici sono di competenza dei tribunali, salvo eccezioni stabilite dalla legge*([37]). Ancora più rilevante, per le conseguenze che avrà nel futuro intervento legislativo del 1865, l'art. 117 della Costituzione

---

([35]) Per gli opportuni approfondimenti, *retro*, Cap. I, par. 1.2.

([36]) Sul punto si veda la sintesi di: AIMO, *Storia e poteri locali in Italia, 1848.1995*, Carocci, Roma, 1998, *passim*.

([37]) Per esemplificare sono diritti civili quelli disciplinati e riconosciuti dal codice civile, mentre gli altri sono diritti sociali o politici (si pensi, ad esempio, a quelli attinenti al pubblico impiego).

belga secondo il quale *le corti e i tribunali non applicheranno i decreti e i regolamenti generali, provinciali e locali, se non in quanto conformi alle leggi*([38]).

A questa impostazione se ne contrapponeva un'altra, patrocinata, fra gli altri, da Crispi e Rattazzi, che auspicava, seppur con le opportune razionalizzazioni, il mantenimento del sistema del contenzioso amministrativo. Quest'ultimo era ritenuto collaudato e sufficientemente garantista nei confronti del cittadino, ma soprattutto capace di preservare e difendere l'attività dell'amministrazione.

Sotto il governo Lamarmora, e dopo un *iter* parlamentare durato mesi (a causa anche dello spostamento della capitale del Regno da Torino a Firenze) la legge n. 2248 del 20 marzo 1865 riuscì nell'intento di unificare l'Italia dal punto di vista amministrativo. Abrogando la disciplina degli Stati preunitari che erano rimaste sino ad allora in vigore il decreto di promulgazione prevedeva sei testi normativi che furono designati come allegati alla legge stessa([39]).

Cominciando dall'allegato D che riordinava l'assetto dl Consiglio di Stato, fu confermata l'articolazione in tre sezioni che in taluni casi potevano operare collegialmente nella c.d. Adunanza generale([40]). Le funzioni che gli venivano assegnate erano consultive (art. 7 ss.); in alcuni casi il parere era obbligatorio([41]). In ipotesi tassative il Consiglio di Stato esercitava funzioni giurisdizionali come giudice speciale([42]). Nell'esercizio

---

([38]) SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., p. 233 ss.; CLARICH, *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, tomo II, a cura di S. CASSESE, Giuffrè, 2000, p. 1725

([39]) Allegato A – "*Legge sull'amministrazione comunale e provinciale*"; Allegato B – "*Legge sulla sicurezza pubblica*"; Allegato C – "*Legge sulla sanità pubblica*"; Allegato D – "*Legge sul Consiglio di Stato*"; Allegato E – "*Legge sul provvedimento amministrativo*"; Allegato F – "*Legge sui lavori pubblici*".

([40]) Ai sensi dell'art. 12 *l'intervento dell'adunanza generale era obbligatorio per i pareri sulle proposte di legge e sui regolamenti.*

([41]) In particolare il parere era prescritto *sopra tutte le proposte di regolamenti generali di Pubblica amministrazione* (art. 9, n. 1) e *sui ricorsi fatti al Re contro la legittimità di provvedimenti amministrativi sui quali siano esaurite e non possono proporsi domande di riparazione in via gerarchica.* A questo proposito era precisato che *quando il provvedimento* (la decisione del ricorso) *sia contrario al parere del Consiglio di Stato, si farà constare dal decreto reale essersi pure udito il Consiglio dei ministri.* Nella normativa sul Consiglio di Stato si faceva riferimento al "ricorso straordinario" così denominato perché poteva essere proposto solo dopo l'esaurimento dei rimedi ordinari ossia dei ricorsi gerarchici

([42]) In particolare, controversie in materia di debito pubblico e di sequestri di beni ecclesiastici, oltre ad altre previste da leggi speciali.

di funzioni giurisdizionali poteva annullare l'atto amministrativo, rimettendo le cose nello stato precedente([43]). Infine, sempre in veste di giudice speciale poteva dirimere i conflitti fra amministrazione e autorità giurisdizionale. In questo modo sembrava dissolversi il rischio della prevalenza dell'ordine giudiziario rispetto all'Amministrazione (come sembrava qualora tale competenza fosse attribuita a un giudice ordinario), e il timore che la decisione politica del conflitto (la decisione era precedentemente affidata al Ministro dell'Interno) negasse qualsiasi garanzia giurisdizionale.

Venendo, per le finalità che qui interessano, all'Allegato E, l'art. 1 disponeva la soppressione dei c.d. giudici "ordinari" del contenzioso amministrativo([44]), realizzandosi, in sintesi, il seguente assetto:

a) *tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile e politico* furono assegnate al giudice ordinario (art. 2). Ad un sistema nel quale la tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione era demandata principalmente al giudice speciale si sostituiva un sistema imperniato sul giudice ordinario. La competenza di quest'ultimo non poteva subire eccezioni per il fatto che parte del processo fosse una Pubblica amministrazione o che fossero coinvolti suoi interessi. Nel caso in cui si *faccia questione* di diritti civili o politici e comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione la competenza del giudice ordinario, venuti meno i tribunali del contenzioso si ampliò enormemente([45]).

b) *gli affari non compresi* nell'ipotesi precedente furono riservati alle autorità amministrative (art. 3, co. 1). Nella competenza residuale della stessa amministrazione non rientravano né le controversie che non avevano come oggetto diritti civili e politici (comunque fosse interessata la Pubblica amministrazione) né quelle aventi natura penale([46]).

([43]) Secondo l'art. 27 dell'Allegato D *il Consiglio di Stato lette le scritture difensive, rimuove l'ostacolo dell'atto abusivo o, secondo i casi, lo annulla e rimette le cose nello stato precedente.*

([44]) Come si è visto nessuna innovazione era apportata alla giurisdizione dei c.d. giudici speciali del contenzioso amministrativo (Consiglio di Stato e Corte dei Conti).

([45]) CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, p. 418 ss.

([46]) Nell'ambito riservato all'amministrazione erano comunque riprodotte alcune garanzie per i cittadini, sintomo dell'attenzione del legislatore storico nei confronti della esclusione di queste controversie dalle guarentigie offerte in ambito giurisdizionale. Fu previsto innanzitutto che le autorità amministrative provvedessero con decreti motivati e

Il combinato disposto degli articoli 2 e 3 co. 1 individua i "limiti esterni" della giurisdizione civile così riassumibili: nelle materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico (solo successivamente fu utilizzata la formulazione *diritti soggettivi*) è ammessa la tutela giurisdizionale davanti al giudice ordinario; nelle altre materie, la tutela del cittadino si risolveva nell'ambito dell'Amministrazione stessa ed era ammesso, perciò, solo il ricorso gerarchico([47]).

1.5.1. Segue. *I limiti interni del sindacato del giudice ordinario*

Ricostruita la demarcazione normativa fra tutela giurisdizionale e tutela amministrativa è opportuno a questo punto dare contezza dei limiti del giudice ordinario interni al proprio ambito operativo.

Se è vero che in seno alla giurisdizione civile il privato poteva contare sull'indipendenza dell'organo giudicante più di quanto riuscisse ad ottenere al livello di tutela (*lato sensu*) amministrativa, la protezione del potere esecutivo e dei suoi atti veniva in considerazione nella particolare modulazione dei poteri (interni) del giudice ordinario([48]).

Innanzitutto l'equilibrio tra garanzia della tutela giurisdizionale e separazione dei poteri era ricercato ammettendo un sindacato del giudice ordinario (quindi anche penale) solo sulla legittimità dell'atto amministrativo e non sulla opportunità o convenienza dello stesso. Queste ultime potevano essere valutate soltanto dall'Amministrazione, quindi le eventuali contestazioni circa l'opportunità o la convenienza di un atto potevano essere svolte solo in via amministrativa, in specie attraverso i ricorsi gerarchici (*L'atto amministrativo non potrà essere*

---

nell'osservanza del contraddittorio con le parti interessate e previa acquisizione del parere di organi consultivi. Nei confronti dei decreti era consentito il ricorso in via gerarchica.

([47]) La legittimità dei provvedimenti amministrativi poteva essere inoltre contestata dai privati con il ricorso al Re (ricorso straordinario).

([48]) In particolare si veda: ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Trattato Orlando*, Vol. III, 1^ edizione, Milano, 1901, p. 633 ss.; VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, *ibidem*, p. 223 ss.; SALANDRA, *La giustizia* cit., p. 312 ss.;

revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso).

In secondo luogo gli effetti del vaglio di legittimità erano processuali e non sostanziali.

Il giudice ordinario è chiamato a vagliare la legittimità dell'atto ai soli fini del giudizio oggetto della sua decisione (*Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio*).

Veniva quindi riconosciuta la facoltà di disapplicare l'atto amministrativo illegittimo, senza la possibilità di revocarlo, modificarlo o annullarlo. Una diversa soluzione avrebbe comportato un'intollerabile invasione del potere pubblico, unico abilitato a emanare (e quindi anche a modificare o revocare) atti autoritativi([49]).

Infine la valutazione di illegittimità dell'atto amministrativo (o dei regolamenti generali e locali) da parte del giudice ordinario può rilevare solo agli effetti del giudizio in corso (limite oggettivo della disapplicazione), e gli effetti della pronuncia sono circoscritti alle parti, anche quando l'atto amministrativo ha portata generale (limite soggettivo della disapplicazione)([50]).

V'è da sottolineare che l'amministrazione, alla quale spettava unicamente di decidere riguardo al mantenimento in vita di un atto amministrativo, seppur illegittimo, non poteva sottrarsi agli effetti della sentenza ma doveva conformarsi al provvedimento giudiziale, ancorché limitatamente al caso deciso. È importante porre l'accento sulla limitazione di tale effetto che segna, per così dire, la prevalenza del potere giurisdizionale rispetto al potere amministrativo. La prevalenza era riferita agli atti e non agli organi in piena coerenza con i principi dello Stato di diritto. In questo modo il legislatore storico ha voluto introdurre una garanzia nei confronti della legalità dell'Amministrazione pur non prevedendo uno strumento adeguato ed efficace per rendere effettivo l'obbligo dell'Amministrazione di conformarsi al giudicato.

([50]) L'art. 5 dell'Allegato E, della legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo ricalca l'art. 117 della Costituzione belga. In particolare, *retro*, par. 2.2.)

1.5.2. Segue. *Critiche al sistema abolitivo del contenzioso amministrativo.*

Sebbene l'abolizione del sistema del contenzioso amministrativo fosse ispirato a logiche liberali e di ampliamento della tutela offerta ai privati, alcune criticità non tardarono ad emergere.

a) I c.d. "affari non compresi" (interessi) erano pressoché privi di tutela adeguata([51]). La rimessione all'Amministrazione della cognizione delle istanze aventi ad oggetto "interessi" attraverso ricorso gerarchico, indeboliva la posizione del privato non solo perché la norma sulla partecipazione nel procedimento (art. 3, co. 1 LAC) non venne applicata in quanto intesa in senso programmatico e non precettivo, ma anche perché l'Amministrazione tendeva a non assumere decisioni imparziali, lasciandosi condizionare dai suoi particolari interessi.

b) L'interpretazione degli articoli 2 e 3 LAC, che delineavano i confini tra giurisdizione e amministrazione era rimessa in ultima istanza al Consiglio di Stato in quanto giudice dei conflitti. Dopo l'entrata in vigore della legge del 1865 l'Amministrazione sollevò con grande frequenza dei conflitti e in tali occasioni il Consiglio di Stato propose sistematicamente una lettura assai restrittiva dei confini esterni della giurisdizione ordinaria, limitandola fortemente, a tutto vantaggio dello spazio operativo riservato all'Amministrazione stessa([52]). La soppressione dei

---

([51]) Emblematico il pensiero del giurista Pasquale Stanislao Mancini espresso alla Camera dei Deputati: "*se il ricorrente lamenta soltanto una lesione di un mero interesse ch'ei si rassegni*". Si accontenti in altri termini di quei rimedi secondari che l'ordinamento gli mette comunque a disposizione. Sul punto si veda: NIGRO, *Giustizia* cit. p. 68.

([52]) MANTELLINI, *I conflitti di attribuzione in Italia*, Firenze, 1871, *passim*; ID, *I conflitti di attribuzione in Italia. Parte seconda anni 1871 e 1872*, Firenze, 1873, *passim*. L'autore può essere considerato il portavoce dell'insofferenza generale di molti giuristi liberali rispetto all'attuazione giurisprudenziale della legge del 1865, colpevole di realizzare un sistema che limitava fortemente gli spazi di tutela giurisdizionale del cittadino. La causa che l'Autore indicava come principale responsabile del fallimento era identificata nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. Quest'ultimo escludeva la competenza del giudice ordinario quando in questione fosse un provvedimento emesso a tutela dell'interesse pubblico generale, perché all'Amministrazione doveva ritenersi riservata ogni valutazione in merito; oppure, in presenza di un'azione civile per il risarcimento dei danni, quando il pregiudizio fosse stato provocato da un atto amministrativo discrezionale, perché sulle valutazioni discrezionali dell'Amministrazione non si doveva ammettere un'interferenza da parte del giudice civile; oppure, in termini più generali, quando il pregiudizio fosse dipeso da un provvedimento emanato dall'autorità competente nell'esercizio di poteri conferiti dalla legge a garanzia di interessi della collettività. In

tribunali del contenzioso amministrativo, in altri termini, aveva ridotto lo spazio di tutela giurisdizionale per il cittadino e non aveva per nulla comportato l'estensione della giurisdizione civile a tutti gli ambiti precedentemente occupati dai giudici soppressi([53]).

Date queste premesse si formò un vero e proprio movimento ideologico in favore di una "giustizia nell'amministrazione" le cui istanze ebbero accoglimento, seppur con le precisazioni che da qui a poco si analizzeranno, nel grande progetto riformatore voluto da Francesco Crispi([54]).

1.6. *La (parziale) riforma del 1877: la legge sui conflitti.*

In virtù delle critiche mosse al sistema del contenzioso amministrativo la legge sui conflitti del 1877 incise sensibilmente sull'assetto delle tutele riservate al privato nei confronti dei pubblici poteri. Fu un intervento incidente a monte sulla individuazione dell'organo deputato a designare l'autorità, amministrativa o giurisdizionale (c.d. conflitti di attribuzione), o il giudice, ordinario o speciale (c.d. conflitti di giurisdizione) cui affidare la decisione.

Con la legge 31 marzo 1877, n. 3761 il legislatore attribuì alla Corte di Cassazione il compito di dirimere i conflitti di attribuzione e di

---

taluni casi secondo il Consiglio di Stato la valutazione della legittimità del provvedimento non doveva essere affrontata una volta risolta la questione della giurisdizione ma doveva considerarsi in via preliminare: se l'autorità amministrativa aveva agito correttamente, non vi era spazio per un'azione civile. Ma stabilire se l'autorità avesse agito correttamente spesso poteva essere valutato solo dall'amministrazione stessa in seguito a ricorso gerarchico. Da ciò si deduceva che se la causa verteva su un provvedimento amministrativo, finché tale provvedimento fosse stato efficace non vi sarebbe stato spazio per la competenza del giudice civile. Anche in SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., p. 453, vengono analizzate luci ed ombre dell'intervento della legge del 1865; largamente soddisfacente per ciò che attiene alla restaurata giurisdizione ordinaria sopra le penalità amministrative (contravvenzioni) e le questioni involgenti diritti soggettivi; inadeguato per la tutela dei privati nelle controversie di diritto pubblico qualora siano coinvolti interessi legittimi.

([53]) PENE VIDARI, voce *Giustizia amministrativa (storia)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol., VII. Utet, 1991, p. 507.

([54]) MAROTTA, *Stato di diritto e pubblica amministrazione nel pensiero di Silvio Spaventa*, Napoli 1979, p. 105 ss

giurisdizione sia positivi che negativi. Inoltre alla stessa Corte veniva affidata la possibilità, decidendo sempre a sezioni unite, di decidere sui ricorsi proposti contro le sentenze dei giudici speciali per incompetenza ed eccesso di potere([55]).

La legge determinava un rinnovato assetto dei rapporti fra amministrazione e potere giurisdizionale che, almeno nelle intenzioni, doveva tutelare maggiormente quest'ultimo. Non fu però così in quanto la Corte di Cassazione nel dirimere i conflitti proseguì l'indirizzo inaugurato dal Consiglio di Stato, confermando i limiti (esterni) della giurisdizione ordinaria, sintomo, oramai, di un orientamento assai radicato e non il frutto di una posizione "protezionistica" del Consiglio di Stato([56]).

1.7. *Le riforme crispine e l'affermazione della giurisdizione amministrativa. Brevi riflessioni in tema di giustizia amministrativa.*

Il sistema scaturente dall'abolizione del contenzioso amministrativo si dimostrò largamente insoddisfacente dal momento che, contrariamente alle intenzioni, comportò un indebolimento delle garanzie offerte al cittadino([57]).

Le questioni fondamentali, per altro strettamente connesse, riguardavano da un lato l'attuazione di una tutela più ampia e incisiva del cittadino nei confronti dell'Amministrazione e, dall'altro, in via consequenziale, l'individuazione dell'organo cui affidare tale tutela.

A queste istanze diede risposta la legge 31 marzo 1889, n. 5992, voluta dal governo Crispi e auspicata dalle correnti liberali capeggiate da Silvio

---

([55]) In questo caso il termine "incompetenza" designava il difetto di giurisdizione. Per "eccesso di potere" si intendeva, invece, il vizio derivante dall'assunzione di una decisione esorbitante dall'ambito delle attribuzioni del giudice (c.d. straripamento di potere).

([56]) Sul punto, per tutti: ROMANO, *Il giudizio sui conflitti delle competenze amministrative*, in *Trattato Orlando*, vol. III, 1^ ed., Milano, 1901, p. 1169 ss.; CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la Pubblica amministrazione*, Milano, 1964, p. 86 ss.

([57]) NIGRO, Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, p.871 ss.

Spaventa. La riforma cui si diede corso fu epocale al punto che l'assetto dalla stessa delineato permane per larga parte ancora oggi.

Innanzitutto la tutela delle posizioni costituenti interessi (legittimi) doveva essere più efficace di quella garantita dai ricorsi gerarchici; questa fu demandata ad un organo con garanzie paragonabili a quelle del giudice civile: il Consiglio di Stato. Quest'ultimo, però, non operava attraverso le consuete sezioni consultive ma tramite una sezione (la Quarta) creata *ad hoc*. La tutela offerta che – giova precisarlo – poteva essere invocata solo una volta esauriti i gradi della tutela gerarchica, quindi nei confronti di un provvedimento definitivo, era annullatoria (o demolitoria). Il vaglio di legittimità dell'atto si basava sulla valutazione della presenza di (almeno) uno dei vizi concernenti la violazione di legge, l'eccesso di potere o l'incompetenza. Con legge n. 6837 del 1890 furono poi istituite le giunte provinciali amministrative competenti in alcune ipotesi tassative a decidere sulla impugnazione degli atti amministrativi degli enti locali lesivi di interessi legittimi([58]).

Per riassumere: la tutela dei diritti soggettivi involti nell'esercizio del potere amministrativo era demandata al giudice ordinario e rispetto ad essa l'intervento della riforma non ebbe conseguenze di rilievo; dai diritti soggettivi si distinguevano gli interessi propri dei cittadini (successivamente definiti "interessi legittimi"), la cui tutela (demolitoria dell'atto lesivo), una volta sperimentati tutti i gradi dei rimedi gerarchici, era affidata alla Quarta sezione del Consiglio di Stato.

1.7.1. Segue. *Le riforme del 1907 e del 1923*.

La riforma del 1889 non definiva la natura giuridica, consultiva o giurisdizionale, della nuova sezione del Consiglio di Stato. Nel silenzio della legge alcuni Autori ne sostenevano la natura amministrativa non solo perché la tutela giurisdizionale era, da sempre, circoscritta ai diritti

([58]) ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 633.

ma anche perché le "decisioni" attraverso le quali la Quarta sezione si pronunciava sui ricorsi evocavano le "decisioni" dei ricorsi gerarchici.

Maggioritario l'indirizzo contrario, che valorizzava maggiormente il ruolo della Quarta sezione. La tesi del carattere giurisdizionale della nuova sezione fu accolta anche dalla Corte di Cassazione alla quale, come anticipato, la legge assegnava i ricorsi contro le decisioni dei giudici speciali per motivi di giurisdizione. La Cassazione dichiarando ammissibili questi ricorsi riconosceva alla Quarta sezione carattere di giudice speciale e alle sue decisioni valore di sentenze([59]).

La legge n. 62 del 7 marzo 1907 sopì ogni discussione circa la natura giuridica della nuova sezione del Consiglio di Stato. Infatti non sono la qualificò espressamente giurisdizionale ma istituì una Quinta sezione avente il medesimo carattere, alla quale erano demandati i ricorsi con sindacato esteso al merito; alla Quarta sezione erano riservati quelli con sindacato limitato alla legittimità.

L'attribuzione della controversia alla giurisdizione ordinaria o a quella amministrativa si basava sulla posizione soggettiva per la quale si invocava la tutela; questo sistema di individuazione della giurisdizione, imperniato sulla c.d. *causa petendi* (o *petitum* sostanziale), generava non pochi problemi in ordine all'individuazione del giudice avente giurisdizione data la difficoltà, in taluni casi, di qualificare esattamente la situazione giuridica sottostante([60]).

Per far fronte a queste problematiche e risolvere a monte quelle particolari situazioni molto dibattute nelle quali non si riusciva a distinguere la posizione giuridica di diritto soggettivo o di interesse legittimo si permise al giudice amministrativo di conoscere *incidenter tantum* anche le posizioni di diritto soggettivo fatta eccezione quelle riguardanti lo stato e la capacità delle persone e la querela di falso, sempre riservate al giudice ordinario([61]). Questa novità evitava che la necessità di esaminare una questione inerente a diritti soggettivi comportasse la sospensione del giudizio e la rimessione delle parti davanti

---

([59]) SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, Milano, 1985, p. 215 ss.

([60]) CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 508 ss.

([61]) Legge 30 dicembre 1923, n. 2840 cui fece seguito il testo unico del leggi sul Consiglio di Stato, approvato con r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (t.u.C.S.)

al giudice civile. In altre controversie, invece, fra le quali il pubblico impiego, al giudice amministrativo fu concesso di conoscere e di giudicare "in via principale" anche in tema di diritti soggettivi. In queste materie la tutela era devoluta interamente al giudice amministrativo (giurisdizione esclusiva) senza distinzione fra tutela degli interessi legittimi (demandata al giudice amministrativo) e tutela dei diritti soggettivi (devoluta al giudice ordinario)([62]).

1.8. *L' "avvento" della Costituzione e la tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della pubblica amministrazione.*

Quello appena delineato è l'assetto della giustizia e del relativo controllo di legalità dell'azione amministrativa che si presentò ai padri costituenti.

La questione maggiormente dibattuta in sede costituente fu, comunque, quella del mantenimento dei giudici speciali, in specie Consiglio di Stato e Corte dei Conti, a fronte delle reiterate istanze di (ri)unificazione della giurisdizione.

Uno degli orientamenti, sostenuto da Calamandrei, proponeva la soppressione dei giudici speciali al fine di affidare al solo giudice ordinario la tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione([63]). Taluni, al contrario, optavano per il mantenimento della funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti([64]).

Prevalse quest'ultima posizione e si demandò al legislatore la scelta di affidare al giudice ordinario o a quello speciale, di volta in volta

---

([62]) *Ex plurimis*: ZANOBINI, *Le materie di esclusiva giurisdizione del Consiglio di Stato e le controversie relative a diritti patrimoniali*, in *Foro. it.*, 1925, c. 457.

([63]) II Sottocommissione, (II sez.), sedute del 17, 18,19 e 20 dicembre 1946, in A.C., III, 1929 ss.1991 ss.

([64]) Si veda per la particolare la posizione di Costantino Mortati: seduta 21 novembre 1947, in A.C., V, 3967, nonché ONIDA, *Profili costituzionali della giustizia amministrativa e della sua riforma*, in *Amministrare*, 1986, p. 421 ss

coinvolti, la tutela nei confronti degli atti espressivi del potere della Pubblica amministrazione.

Gli articoli della Costituzione che delineano il quadro delle tutele del privato nei confronti della legalità amministrativa sono il 24, il 103 e il 113.

L'art. 24 Cost. è una sorta di norma quadro in fatto di garanzie giurisdizionali. Si legge infatti che *tutti hanno la facoltà di agire in agire in giudizio per la tutela dei propri diritti interessi legittimi*. Gli altri due articoli dettano una disciplina specifica nei confronti degli atti della pubblica amministrazione.

L'art. 103 Cost., accanto al Consiglio di Stato, prevede *altri organi di giustizia amministrativa*, inoltre il 125 Cost. stabilisce che in *ogni regione sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado*; tribunali amministrativi poi istituiti con legge n. 1034 del 6 dicembre 1971.

Infine l'art. 113, co. 1 Cost. stabilisce che *contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa* mentre in virtù del comma 3 dello stesso articolo *la legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa*.

Il nuovo assetto di tutele giurisdizionali ora sommariamente descritto impone all'interprete di affrontare due questioni tra loro strettamente connesse: in primo luogo occorre domandarsi se risulta costituzionalmente ammessa una "giurisdizione esclusiva" del giudice ordinario in senso tecnico in presenza della quale vengono affidate alla sua cognizione sia diritti soggettivi che interessi legittimi, in modo esattamente speculare rispetto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo prevista dall'art. 103, co. 1 Cost.; in secondo luogo, e conseguentemente, se al giudice ordinario può essere riconosciuta una giurisdizione piena ne casi in cui nell'oggetto della sua decisione rientrano atti amministrativi. In altri termini ci si chiede se al giudice ordinario sono riconosciuti sull'atto amministrativo poteri di intervento ulteriori rispetto a quello di disapplicazione, di cui ai più volte menzionati articoli 4 e 5 LAC, in deroga al divieto di annullamento o revoca (del provvedimento).

La stretta connessione delle due questioni è evidente.

Qualora si riconosca l'ammissibilità della giurisdizione esclusiva in capo al giudice ordinario si deve, a pena di vuoti di tutela, riconoscere una cognizione principale sull'atto amministrativo con i relativi poteri demolitori del provvedimento lesivo illegittimo.

Partendo dalla prima questione un primo e tradizionale orientamento tende a negare l'ammissibilità, di una giurisdizione esclusiva in capo al giudice ordinario. A supporto di tale assunto si sostiene che l'art. 103 Cost. consentirebbe la giurisdizione esclusiva solo per il giudice amministrativo e non anche per il giudice ordinario, sia pure per il tramite dell'*interpositio legislatoris*([65]).

A diversa conclusione giunge invece un altro orientamento alla stregua del quale l'art. 103 fissa solamente i limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo e non una regola che limita la giurisdizione del giudice ordinario. Inoltre l'art. 113 Cost. stabilendo che la legge possa determinare *quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge* ammette che giudici diversi da quello amministrativo possono essere legittimati ad una cognizione piena e principale degli interessi legittimi. Infine l'art. 4 della legge istitutiva dei TAR (n. 1034/1971) afferma che *nelle materie indicate negli articoli 2 e 3 la competenza spetta ai tribunali amministrativi regionali per i ricorsi aventi ad oggetto diritti ed interessi di persone fisiche o giuridiche, la cui tutela non sia attribuita all'autorità giudiziaria ordinaria, o ad altri organi di giurisdizione.* La giurisdizione del giudice amministrativo sembrerebbe fissata alla stregua di un criterio di residualità rispetto a quella di altri organi giurisdizionali([66]).

A maggior sostegno della tesi tendenzialmente prevalente e favorevole alla giurisdizione del giudice ordinario che in via esclusiva possa investire tanto i diritti soggettivi che gli interessi legittimi si riscontrano alcuni recenti interventi legislativi passati indenni al sindacato di costituzionalità([67]).

([65]) Ad. Plen. 30 marzo 2000, n. 1, Borrelli, in *Foro it.*, 2000, III, c. 365, con nota di FRACCHIA, *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo.*

([66]) Corte. cost., 18 dicembre 2001, n. 414, in *Foro it.* 2002, I, c. 1291; Corte cost., 22 giugno 2006, n. 240, in *Giurisd. amm.*, 2006, III, p. 409

([67]) Art. 22, L. 24 novembre 1981 n. 689 in tema di opposizione alle sanzioni amministrative devolute al giudice di pace civile; art. 63 T.U. sul pubblico impiego D. Lgs.

Occorre chiedersi, a questo punto, una volta precisata la possibilità per il legislatore di affidare al giudice ordinario la tutela (anche accentrata) nei confronti di posizioni di interesse legittimo, quali poteri il giudice ordinario possa esercitare contro gli atti della pubblica amministrazione ritenuti illegittimi. È necessario indagare se, in altri termini, in determinate materie si ammetta una giurisdizione piena del giudice ordinario con il conseguente ampliamento dei poteri di cognizione sugli atti amministrativi in deroga ai limiti posti dagli articoli 4 e 5 LAC.

Come già fatto notare non può dirsi costituzionalizzato il principio di cui all'art. 4 LAC, secondo il quale sarebbe precluso innanzi al giudice ordinario invocare la tutela annullatoria nei confronti dell'atto amministrativo, stante il chiaro disposto dell'art. 113, ult. co. Cost. Anche la giurisprudenza costituzionale sul punto appare univoca nel ritenere che rientra nella discrezionalità del legislatore attribuire ad un giudice (sia amministrativo che ordinario) in sede di decisione di ricorso giurisdizionale, il potere di annullare un atto amministrativo([68]).

In via consequenziale alla generale ammissibilità della discrezionalità del legislatore nel concedere al giudice ordinario il potere di annullare l'atto amministrativo ci si è chiesti quale sia l'ambito della discrezionalità del legislatore in questo campo.

Due le posizioni sul tappeto.

Per un prima ed estensiva tesi la discrezionalità del legislatore nell'affidare poteri demolitori dell'atto amministrativo illegittimo al giudice ordinario non incontra limiti. Elemento fondante di tale orientamento è la mancata costituzionalizzazione del principio di cui all'art. 4 LAC. Al legislatore viene consentito di attribuire al giudice ordinario il potere di incidere sulla permanenza nell'ordinamento di provvedimenti amministrativi attraverso l'annullamento o la revoca così come di emettere pronunce che obbligano la pubblica amministrazione ad un *facere* di tipo pubblicistico.

---

30 marzo 2001, n. 165 che conferisce una tutela piena al giudice ordinario anche sulle posizioni di interesse legittimo; art. 153 D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 che conferisce al giudice ordinario la giurisdizione sulle impugnazioni degli atti amministrativi in materia di trattamento dei dati personali e delle determinazioni del garante.

([68]) Corte cost., 17 maggio 2001, n. 140, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1023, con nota di MARINELLI, *Immigrazione e processo, tra efficienza e garanzie di tutti*

La tesi contraria, e restrittiva, interpreta in modo limitativo l'art. 113 Cost.

La possibilità per il legislatore di attribuire al giudice ordinario poteri caducatori nei confronti dell'atto amministrativo non è riconosciuta in modo assoluto ma deve essere contemperata e conformata rispetto ad altre disposizioni costituzionali: in particolare gli articoli 24, 103 e 111 Cost. In altri termini affinché l'*interpositio legislatoris* nella previsione di ipotesi di annullamento degli atti illegittimi sia esente da rilievi di incostituzionalità è necessario che il giudice ordinario abbia una "ragione sistematica" che giustifichi un ingerenza così penetrante nell'attività dell'amministrazione. Tale ragione non può che rinvenirsi nelle ipotesi in cui la controversia devoluta al giudice ordinario coinvolga posizioni di diritto soggettivo([69]). La scelta del legislatore quindi non può operare senza limiti, ma solo nelle ipotesi nelle quali la devoluzione si innesti su materie in cui il giudice già esercita in via ordinaria la propria giurisdizione, in quanto afferenti alla tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi([70]). Per contro la previsione legislativa che consentisse al giudice ordinario di esercitare poteri processuali esorbitanti sugli atti amministrativi anche in ipotesi coinvolgenti interessi legittimi andrebbe incontro alla censura di illegittimità costituzionale per violazione del combinato disposto degli articoli 24, 103 e 111 Cost.([71])

([69]) GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, 2011, p. 356 ss.

([70]) La tesi favorevole all'intervento del giudice ordinario ai fini dell'annullamento anche di provvedimenti lesivi di posizioni di interesse legittimo è legata a filo doppio alla tesi che ammette la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario. È chiaro infatti come un giudice ordinario possa annullare un provvedimento amministrativo solo ove questo provvedimento costituisca oggetto principale del giudizio e ciò può accadere soltanto in caso di giudizio che verta su posizioni di interesse legittimo. Per contro coloro che reputano che l'esplicazione del potere di annullamento da parte del giudice ordinario possa esplicarsi solo nelle ipotesi in cui le posizioni coinvolte siano di diritti soggettivi, lesi da atti paritetici, e comunque incapaci di effettuare un effetto degradatorio esclude in radice che possa venire in rilievo un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario. L'ampliamento del potere di quest'ultimo, infatti, opererebbe solo all'interno dell'ambito dell'ordinario criterio di riparto e ne costituirebbe null'altro che un rafforzamento e una conferma.

([71]) Affinché l'art. 113, ult. co. Cost. possa armonizzarsi con gli altri principi costituzionali deve essere interpretato nel senso che i casi in cui la legge consente ad organi giurisdizionali diversi da quello amministrativo di annullare provvedimenti illegittimi vanno identificati con le sole ipotesi in cui questi incidano negativamente su posizioni di diritto soggettivo.

Non si può, in definitiva, negare la portata innovativa dell'art. 113 Cost. nell'ambito del controllo sulla legalità amministrativa. Quest'ultima disposizione costituisce un punto di rottura rispetto al tradizionale potere dei giudici ordinari nei confronti dell'atto amministrativo illegittimo. Al giudice ordinario veniva limitato il potere di annullare il provvedimento (*rectius*: l'atto) amministrativo (illegittimo) per salvaguardare l'indipendenza e la riserva di amministrazione al fine di evitare indebite ingerenze del potere giudiziario. Nel nuovo assetto costituzionale il legislatore non incontra limiti nel coniare modalità di tutela – nei confronti dell'azione amministrativa innanzi al giudice ordinario – capaci di porre nel nulla l'*agere* illegittimo dell'amministrazione; egli può rilevare l'illegittimità e dichiararla non solo con strumenti limitati al caso da decidere (disapplicazione) ma anche con modalità efficaci nei confronti di tutti i consociati (annullamento)([72]).

Va chiarito però che tale potere per il giudice ordinario costituisce un'eccezione e solo nei casi tassativamente previsti dal legislatore egli ha la possibilità di annullare l'atto espressione del potere pubblicistico.

Si pensi all'opposizione all'ordinanza-ingiunzione inflitta per la violazione delle norme del codice della strada, da esercitarsi, ai sensi dell'art. 22 della L. 689 del 24 novembre 1981, innanzi al giudice di pace civile. Il provvedimento amministrativo a carattere sanzionatorio – in caso di accoglimento del ricorso – verrà annullato.

Inoltre si segnala l'art. 13, co. 8 del d.lgs. 286 del 1998, in virtù del quale nei confronti del provvedimento di espulsione è competente *il giudice di pace del luogo in cui ha sede l'autorità che ha disposto l'espulsione*([73]). Se il giudice (ordinario) accoglie il ricorso, il decreto di espulsione (ad eccezione di quello disposto dal Ministro dell'Interno per il quale è necessario il ricorso alle competenti sedi giurisdizionali

---

([72]) In riferimento ai rapporti fra l'art. 101, co. 2 Cost. e l'istituto della disapplicazione si v., *infra,* Cap. III, par. 3.5.

([73]) Nel senso della possibilità per il giudice ordinario di sindacare anche il merito (opportunità) del provvedimento di espulsione si veda, in particolare: CALLAIOLI-CERASE, *Il testo unico delle disposizioni sull'immigrazione e delle norme sulla condizione dello straniero: una legge organica per la programmazione dei flussi, il contrasto alla criminalità e la lotta alla discriminazione*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 277.

amministrative ai sensi del codice del processo amministrativo) sarà annullato([74]).

([74]) L'annullamento da parte del giudice (ordinario) del provvedimento amministrativo di espulsione non determina l'obbligo del rilascio del permesso di soggiorno da parte della pubblica amministrazione.

CAPITOLO II

"ATTI" DEL POTERE ESECUTIVO E FATTISPECIE PENALE

SOMMARIO: 2.1. Introduzione: atti normativi, atti amministrativi generali e provvedimenti amministrativi. – 2.2. Riserva di legge e atti del potere esecutivo. Atti generali e astratti del potere esecutivo: casi di integrazione con la legge penale. – 2.2.1. Riserva relativa di legge (penale): teoria della c.d. "disobbedienza come tale". Critica. – 2.2.2. Riserva relativa di legge (penale): teoria della c.d. "sufficiente specificazione". Critica. – 2.2.3. Riserva di legge tendenzialmente assoluta: ammissibilità delle sole integrazioni tecniche da parte di atti generali e astratti del potere esecutivo. 2.2.4. Norme penali in bianco e norme parzialmente in bianco. – 2.3. Rinvio della legge ad atti normativi dell'esecutivo preesistenti. – 2.4. L'intervento (limitato) della fonte normativa secondaria nella descrizione della fattispecie astratta: il controllo di legittimità della fonte *sub*legislativa. Cenni. – 2.4.1. *Segue*. La disapplicazione e principio di gerarchia delle fonti. – 2.5. L'integrazione della fattispecie penale attraverso provvedimenti individuali e concreti del potere esecutivo: compatibilità con il principio di riserva di legge. – 2.5.1. Il bene giuridico tutelato nel caso di incriminazione dell'inottemperanza a provvedimenti amministrativi. Rinvio. – 2.6. Un aspetto particolare: il provvedimento amministrativo può essere fonte del diritto? – 2.6.1. La nomodinamica kelseniana. – 2.6.2. *Segue*: critica.

2.1. *Introduzione: atti normativi, atti amministrativi generali e provvedimenti amministrativi*

L'obiettivo della presente ricerca si propone di individuare i poteri del giudice penale in relazione agli atti (illegittimi) del potere esecutivo qualora questi ultimi rilevino, in generale, ai fini dell'applicazione di una fattispecie incriminatrice. Prima però di analizzare gli "spazi"

d'intervento riservati dal legislatore al giudice penale, peraltro evincibili quasi esclusivamente in via esegetica, è necessario chiarire l'oggetto del "controllo" della legalità amministrativa. In altri termini, ai fini di una più puntuale delimitazione dell'ambito dell'indagine, occorre chiarire in via preliminare quali siano gli "atti" del potere esecutivo nei confronti dei quali il giudice penale può svolgere il vaglio di legittimità dell'azione amministrativa.

Le problematicità e le implicazioni dogmatiche del rapporto fra giudice penale e legalità amministrativa emergono chiaramente in quelle fattispecie per la cui esistenza o per la cui descrizione il legislatore prevede il riferimento ad "atti" del potere esecutivo([75]).

Con l'espressione "atti de potere esecutivo" si suole designare una varietà di fonti (giuridiche) in riferimento alle quali, per le indubbie differenze che le contraddistinguono, sia sul piano genetico che per quanto attiene alla loro disciplina, è opportuno svolgere alcune necessarie considerazioni preliminari.

Innanzitutto occorre distinguere gli atti "normativi" da quelli "amministrativi".

Il sistema costituzionale italiano è imperniato sul principio della gerarchia delle fonti e caratterizzato dalla tipicità delle fonti normative primarie che costituiscono un *numerus clausus* (leggi, decreti legge, decreti legislativi)([76]).

Le fonti secondarie sono espressione del potere normativo delle Amministrazioni centrali o periferiche, attribuito dal legislatore al fine di disciplinare gli specifici settori competenza delle stesse([77]). Le fonti subordinate alla legge e provenienti dalle Amministrazioni (centrali o periferiche) possono essere definite atti "sostanzialmente normativi" perché in grado di innovare stabilmente con prescrizioni generali e astratte il tessuto normativo dell'ordinamento. Da qui i tre requisiti della

---

([75]) Per quanto riguarda la differenza fra atto amministrativo che rileva esternamente o internamente alla fattispecie si rinvia al Cap. IV, Sez. II.

([76]) Per una disamina completa sulle fonti secondarie si veda in particolare: CICCONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli, 2007, p. 369 ss.; inoltre MAZZACOLO, *La facoltà normativa del potere esecutivo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1926; CERRI, *Regolamenti*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991.

([77]) Per amministrazioni centrali si è soliti intendere il governo e i ministeri, per Amministrazioni periferiche le Regioni, le Province, i Comuni.

generalità, della astrattezza e della innovatività che caratterizzano le fonti regolamentari([78]). La legge n. 1199 del 24 novembre 1971 definisce i regolamenti come *atti amministrativi generali a contenuto normativo*([79]). Le loro prescrizioni si applicano in via generale a tutti i consociati e per un numero indefinito di casi([80]).

Di diversa natura sono i provvedimenti amministrativi.

Il provvedimento amministrativo è l'atto tipico di esercizio dell'attività di amministrazione attiva: è la manifestazione del potere amministrativo cui è affidata la cura concreta dell'interesse pubblico primario assegnato all'amministrazione agente. È l'atto conclusivo del procedimento e si distingue nettamente dagli atti amministrativi "strumentali" o "endoprocedimentali". Il provvedimento rappresenta quindi l'atto finale della serie procedimentale abilitato ad esprimere all'esterno la volontà dell'amministrazione e, quindi, ad influire sulle

---

([78]) L'identificazione dell'atto normativo, e in particolare l'individuazione degli elementi distintivi rispetto all'atto amministrativo generale (ossia l'atto formalmente e sostanzialmente amministrativo, destinato però ad una generalità di consociati) costituisce una delle problematiche più avvertite in tema di fonti del diritto. Sono diversi i criteri che la dottrina e la giurisprudenza hanno proposto per distinguere l'atto normativo da quello amministrativo avente portata generale. In un primo tempo si è sposato il criterio dello spessore politico e, solo successivamente, il criterio formale. Ad oggi appare del tutto prevalente il criterio sostanziale secondo il quale l'atto normativo detiene i requisisti della generalità della astrattezza e della innovatività; elementi sconosciuti a un atto amministrativo generale.

([79]) Si veda, sul punto: SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Utet, 1961, p. 524.

([80]) La qualifica di atti normativi determina l'applicabilità di una serie di istituti. Innanzitutto sono applicabili i principi di *iura novit curia* e *ignorantia legis non excusat*. La violazione dell'atto normativo da parte di un provvedimento amministrativo determina il vizio di violazione di legge. Inoltre solo la violazione di un atto normativo consente il ricorso in cassazione per vizi di legittimità. Per quanto riguarda il procedimento la L. n. 400 del 23 agosto 1988 prevede uno specifico *iter* di formazione la cui violazione determina l'illegittimità del regolamento. La natura normativa o meno di un atto ha riflessi diretti anche in ambito penale. Si pensi, ad esempio, alla disciplina dell'abuso di ufficio che prevede come elemento costitutivo del reato *la violazione di legge o di regolamento* con la conseguenza che soltanto il mancato rispetto di un atto normativo rileva ai fini dell'integrazione del reato di abuso di ufficio. La L. n. 241 del 7 agosto 1990 ha uniformato (*ubi voluit dixit*) il trattamento riservato agli atti normativi e agli atti amministrativi generali per quanto riguarda specificamente: a) l'esonero dall'obbligo di motivazione; b) la non applicabilità delle garanzie partecipative; c) le limitazioni all'istituto dell'accesso. Infine gli atti normativi secondari, nonostante la loro natura, non possono essere oggetto del sindacato di costituzionalità. Il relativo e imprescindibile controllo di costituzionalità è affidato in maniera diffusa al sindacato del giudice chiamato a risolvere la controversia, il quale, rilevata l'illegittimità, viene abilitato dall'ordinamento a disapplicarlo.

situazioni soggettive dei privati modificandole([81]). Di regola rappresenta la categoria principale degli atti amministrativi, costituendo l'atto tipico della funzione amministrativa e concretizzandosi nella cura dell'interesse pubblico in attribuzione all'organo agente. La preordinazione al soddisfacimento dell'interesse pubblico, tuttavia, non può essere considerato elemento definitorio sufficiente a descrivere il provvedimento. Una serie di caratteri ne evidenziano più compiutamente i tratti fenomenologici.

In primo luogo il provvedimento è caratterizzato dal perseguimento unilaterale di interessi pubblici e dalla produzione unilaterale di vicende giuridiche sul piano dell'ordinamento generale in ordine a situazioni giuridiche dei privati (unilateralità).

In secondo luogo il provvedimento è in grado di incidere unilateralmente sulle situazioni giuridiche soggettive dei privati modificandole. Così facendo la pubblica amministrazione può introdurre nella sfera soggettiva altrui un regolamento di interessi in disparte dal consenso o dalla collaborazione dei destinatari (autoritarietà o imperatività)([82]).

In terzo luogo si distingue la "efficacia" dalla "esecutività".

Per efficacia deve intendersi la immediata idoneità del provvedimento a produrre gli effetti voluti. La esecutività invece è una qualificazione successiva del provvedimento in virtù della quale l'atto è abilitato a produrre subito tutti gli effetti voluti nel provvedimento. La L. n. 15 dell'11 febbraio 2005 innovando profondamente l'impianto della legge sul procedimento amministrativo ha introdotto particolari disposizioni in tema di efficacia e di esecutività del provvedimento amministrativo. L'art. 21-*bis* della L. 241/1990 dispone che *i provvedimenti limitativi della*

([81]) Gli atti strumentali del procedimento normalmente non sono impugnabili per carenza di interesse in quanto inidonei a produrre una modificazione della situazione giuridica del privato destinatario. Essi sono relegati alla categoria dei meri atti. Secondo l'impostazione prevalente i due elementi che connotano gli atti provvedimentali sono la "funzionalizzazione" la "procedimentalizzazione". Per quanto riguarda il primo profilo il provvedimento, diretto alla cura dell'interesse pubblico, è idoneo a produrre unilateralmente la costituzione, la modificazione o l'estinzione di situazioni giuridiche indipendentemente dalla volontà dei destinatari. In virtù del secondo elemento, positivizzato con la L. n. 241 del 7 agosto 1990, si richiede che il provvedimento sia la conseguenza finale di un certo procedimento.

([82]) Qualora manchi l'autoritarietà si è in presenza di soluzioni pattizie nelle quali l'assetto degli interessi è determinato in termini consensuali tra le parti.

sfera giuridica dei privati acquistano efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata anche nelle forme stabilite per la notifica agli irreperibili nei casi previsti dal codice di procedura civile. Qualora per il numero dei destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa, l'amministrazione provvede mediante forme di pubblicità idonee di volta in volta stabilite dall'amministrazione medesima. Il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati non avente carattere sanzionatorio può contenere una motivata clausola di immediata efficacia. I provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati aventi carattere cautelare ed urgente sono immediatamente efficaci.

Questa norma non incide sulla disciplina dei termini procedimentali ma mira a distinguere, per i provvedimenti che limitano la sfera giuridica dei privati, tra il momento dell'emanazione e quello dell'acquisto dell'efficacia.

L'esecutività è riconosciuta come carattere comune a tutti i provvedimenti amministrativi. L'art. 21-*quater* della legge sul procedimento dispone che *i provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente salvo che sia diversamente stabilito dalla legge e/o dal provvedimento medesimo. L'efficacia ovvero l'esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. Il termine della sospensione è esplicitamente indicato nell'atto che la dispone e può essere prorogato o differito per una sola volta, nonché ridotto per sopravvenute esigenze.*

Chiarite le affini nozioni di efficacia ed esecutività del provvedimento amministrativo, resta da prendere in esame il carattere dell'"esecutorietà". Quest'ultimo sottintende il potere dell'amministrazione procedente di portare ad esecuzione direttamente il proprio provvedimento senza che rilevi l'eventuale dissenso dei destinatari e, soprattutto, senza che sia necessario l'intervento di un giudice([83]). L'esecutorietà è un elemento caratteristico del provvedimento distinto sia dall'efficacia, che riguarda la produzione dell'effetto giuridico

---

([83]) Per tutti: CASSESE, S., *Trattato di diritto amministrativo*, tomo III, Milano, Giuffrè, 2003, p. 316; GIANNINI, M.S., *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, 1993. p. 456.

e non il conseguimento del risultato pratico, sia da quello, più generale, dell'esecuzione, che riguarda precipuamente i problemi relativi all'attività ed agli atti che la stessa pubblica amministrazione deve porre in essere per dare attuazione al provvedimento([84]).

La questione riguardante l'esecutorietà involge, più nel dettaglio, la pretesa dell'amministrazione a che il destinatario tenga un certo comportamento. Infatti poiché il provvedimento sebbene efficace non è in grado, singolarmente considerato, di raggiungere lo scopo al quale è preordinato, il problema dell'esecutorietà coincide con quello dei mezzi che l'ordinamento giuridico affida e consente alla pubblica amministrazione per la realizzazione del pubblico interesse. La teoria dell'esecutorietà è nata allo scopo di formalizzare quello che, di fatto, è sempre stata una posizione di privilegio della pubblica amministrazione rispetto ai privati: a differenza di questi ultimi, difatti, l'amministrazione ha il potere di realizzare le proprie pretese mediante il diretto compimento di azioni esecutive, senza ricorrere all'intermediazione dell'autorità giudiziaria.

Tradizionalmente l'esecutorietà viene inquadrata nell'ambito dell'autotutela esecutiva. L'esecuzione coattiva delle statuizioni amministrative non contempla l'intervento dell'autorità giurisdizionale, ma l'espletamento della procedura esecutiva da parte della stessa amministrazione: si realizza in tal modo un tipo di tutela effettuato dallo stesso soggetto cui fa capo la pretesa. Così mentre l'esecutività è una qualificazione dell'efficacia legata all'imperatività del provvedimento, l'esecutorietà è una strumentazione potestativa che discende direttamente dal principio di autotutela([85]).

La dottrina dominante ritiene che la pubblica amministrazione possa emanare soltanto provvedimenti amministrativi previsti dalla legge, in quanto ad essa vengono conferiti poteri tipici e non un potere innominato di disporre([86]). Il provvedimento deve essere tipico, nel senso che deve

---

([84]) Per una ricostruzione completa degli elementi del provvedimento amministrativo si veda, in particolare: CARINGELLA, *Corso di dritto amministrativo*, tomi I, Giuffrè, 2011, p. 1707 ss.; Per la dottrina tradizionale: SANDULLI, A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, Jovene, 1989. TRAVI, A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, 2010, *passim*.

([85]) CARINGELLA, *Corso di dritto amministrativo*, cit., p. 1707 ss.

([86]) CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2011, p. 416 ss.

essere estrinsecazione di un potere espressamente riconosciuto dalla legge all'amministrazione per la realizzazione di determinati fini pubblici.

Infine un ulteriore carattere dei provvedimenti amministrativi è quello della "nominatività". Secondo quest'ultimo carattere ad ogni interesse pubblico da realizzare è preordinato un tipo di atto definito dalla legge: l'amministrazione può pertanto agire soltanto attraverso schemi interamente prefigurati. In conclusione mentre la tipicità attiene alla predefinizione dei tipi di vicende giuridiche che possono essere prodotte dall'amministrazione, la nominatività riguarda la predeterminazione degli schemi cui si può ricorrere per conseguire quegli effetti([87]).

2.2. *Riserva di legge e atti del potere esecutivo. Atti generali e astratti del potere esecutivo: i casi di integrazione con la legge penale.*

Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa presuppone, a monte, l'esistenza di fattispecie incriminatrici al cui interno (o ai fini della punibilità) è possibile individuare un "atto" del potere esecutivo.

Come già chiarito nel paragrafo precedente, possono essere definiti atti del potere esecutivo da un punto di vista soggettivo (o formale) tanto i regolamenti che i provvedimenti amministrativi. Dal lato oggettivo (o sostanziale), invece, è necessario operare una distinzione netta tra le due tipologie giuridiche. I primi, infatti, hanno carattere normativo, i secondi amministrativo.

Questa distinzione, come da qui a poco si vedrà, obbliga, in primo luogo, l'interprete a valutare la configurabilità di modelli di integrazione tra "fonti" del potere esecutivo e la legge penale alla stregua del principio di riserva di legge di cui all'art. 25, co. 2 Cost. La risposta positiva a

---

([87]) L'indefettibilità dei caratteri della tipicità e della nominatività consegue, quanto ai provvedimenti che incidono sfavorevolmente sulla sfera giuridica del destinatario, dal principio di legalità dell'azione amministrativa e, per quelli che incidono favorevolmente, dai principi di imparzialità e buon andamento.

questo primo interrogativo consente poi di accertare quali siano i poteri ascrivibili al giudice penale nel caso in cui gli atti (*lato sensu* intesi) del potere esecutivo siano formalmente o sostanzialmente illegittimi.

Per ragioni di ordine metodologico si analizzano innanzitutto i rapporti tra atti normativi di ragno secondario e la legge penale.

La legge penale può rinviare in diversi modi ad atti generali e astratti del potere esecutivo. La dottrina più accreditata ha individuato tre distinte ipotesi nelle quali, in via generale, può riscontrarsi tale eventualità([88]).

I) In un primo caso la legge penale si limita a comminare la sanzione per la violazione di un precetto che sarà interamente dettato da una fonte *sub*legislativa([89]).

II) In una seconda classe di ipotesi la legge rinuncia a descrivere il reato ma, oltre a indicare la sanzione, fornisce alcuni criteri ai quali dovrà attenersi la fonte *sub*legislativa nella formulazione della regola di comportamento([90]).

III) Per un terzo e generale modello la legge penale oltre a prevedere la sanzione descrive direttamente il precetto, ma lascia alla fonte subordinata alla legge il compito di specificare uno o più elementi([91]).

([88]) Per tutti: FIANDACA-MUSCO, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Zanichelli, 2007, p. 57 ss. ; MARINUCCI-DOLCINI, *Principi di diritto penale*, Giuffrè, 2001, p. 99 ss.

([89]) Il modello descritto corrisponde a quanto previsto dall'art. 35 della L. 26 agosto 1950, n. 860, in materia di tutela delle lavoratrici madri, secondo il quale *col regolamento che sarà approvato con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro per il lavoro e la previdenza sociale, sentito il Consiglio di Stato, saranno emanate le norme occorrenti per l'applicazione della presente legge, entro due mesi dalla data di pubblicazione della legge stessa. Per le contravvenzioni alle norme del regolamento può essere stabilita nel regolamento stesso la pena dell'ammenda fino a lire 30.000.*

([90]) Si riporta tradizionalmente l'esempio degli artt. 10 e 11 della L. forestale 30 dicembre 1923, n. 3267 che attribuiscono alla camera di commercio la potestà di emanare norme di polizia forestale e di stabilire pene per la loro trasgressione entro i limiti fissati dalla legge. Circa i contenuti delle norme di polizia forestale, la legge stabilisce che le Camere di commercio emaneranno disposizioni concernenti l'indicazione delle modalità di governo e dell'utilizzazione dei boschi e del pascolo nei boschi, le modalità della soppressione e utilizzazione dei cespugli aventi funzioni protettive, nonché quelle dei lavori di dissodamento di terreni saldi e della lavorazione del suolo nei terreni a coltura agraria. L' art. 9 prevede inoltre talune restrizioni all'esercizio del pascolo che dovranno essere previste nelle disposizioni emanate dalla Camera di Commercio.

([91]) È il caso dell'art. 73, co. 1, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309: *Chiunque, senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17, coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede, distribuisce, commercia, trasporta, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alla*

La compatibilità dei modelli ora rappresentati con il principio di riserva di legge così come delineato dalla Carta costituzionale all'art. 25, co. 2 dipende dalla portata che si assegna al principio *de quo* in campo penale.

Come si avrà modo di chiarire nei paragrafi che seguiranno il ruolo svolto da un atto amministrativo nella costruzione di una fattispecie incriminatrice si inserisce nella più ampia cornice dei rapporti tra rinvio e riserva di legge, in questi termini si analizzerà, più nel dettaglio, la compatibilità di un rinvio "secco" o "in bianco" ad un provvedimento amministrativo e i casi nei quali, invece, quest'ultimo riveste la funzione di elemento normativo della fattispecie([92]).

2.2.1. *Riserva relativa di legge (penale): teoria della c.d. "disobbedienza come tale". Critica.*

Ad un primo filone, per vero ormai superato, appartengono Autori che assegnano alla riserva di legge penale portata relativa e non assoluta([93]).

I fautori della tesi in discorso fanno leva sulla teoria della disobbedienza secondo la quale per costituire il precetto penale non occorre una regola di condotta particolareggiata e concreta, ma è sufficiente l'enunciazione anche generica di un dovere di obbedienza. Il baricentro dell'oggettività giuridica si sposterebbe, così ragionando, dagli specifici interessi presi in considerazione dalle singole norme all'invariabile e rigido interesse all'osservanza dei regolamenti. Verrebbe punita, in altri termini, non già l'offesa all'interesse protetto dalla norma

---

tabella I prevista dall'articolo 14, è punito con la reclusione da sei a venti anni e con la multa da euro 26.000 a euro 260.000.

([92]) Cfr., *infra*, par. 2.2.4.

([93]) Per tutti: ESPOSITO, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore F. Carnelutti*, 1950, vol. IV, p. 509; ZANOBINI, *La potestà regolamentare e le norme della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, I, p. 563.

regolamentare bensì la "disobbedienza come tale" alle norme della Pubblica amministrazione.

Il possibile contrasto con il principio della riserva di legge che trova, come ormai noto, nella *ratio* di garanzia la sua ragione giustificatrice([94]), ha indotto alcuni Autori a considerare le norme regolamentari meri presupposti di fatto per l'applicazione della norma legislativa([95]). Altri, invece, consapevoli della perdurante funzione normativa dei regolamenti, non escludono che essi possano concorrere a delineare il reato sul presupposto che a identificare l'interesse protetto non è tanto la fonte sublegislativa quanto la legge (penale) rinviante([96]). Secondo la teoria in discorso che, seppur, ormai, tendenzialmente superata, ha avuto una vasta eco nella dottrina tradizionale, del monopolio del legislatore non rimarrebbe, nella sostanza, nulla.

La definizione dei comportamenti attivi od omissivi vietati sarebbe affidata non al Parlamento – espressivo anche delle istanze delle minoranze – ma al potere esecutivo (centrale o periferico), attraverso atti generali e astratti, notoriamente non rappresentativi della generale volontà della società civile([97]).

2.2.2. *Riserva relativa di legge (penale): teoria della c.d. "sufficiente specificazione". Critica.*

Come già rapidamente anticipato, un secondo orientamento ritiene conforme al principio di riserva di legge penale di cui all'art. 25, co. 2 Cost. il rinvio a norme generali e astratte di rango secondario contenuto nella norma legislativa. Le norme *sub*legislative menzionate concorrono a definire la figura di reato ma a differenza del rapporto regola rinviante –

([94]) Si veda in particolare; GALLO, *Appunti di diritto penale, La legge penale*, Giappichelli, 1999, p. 46 ss.

([95]) PETROCELLI, *Norma penale e regolamento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1959, p. 376 ss.

([96]) PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, 2000. p. 57 ss.

([97]) Si v. anche GRISPIGNI, *Il carattere sanzionatorio del diritto criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1920, p. 225.

regola rinviata che si riscontra nella teoria della disobbedienza come tale, il legislatore assottiglia lo spazio illimitato della potestà normativa del potere esecutivo. Il principio della riserva di legge in campo penale sarebbe rispettato solo quando la legge indica con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena([98]).

La formula ora descritta fa intendere la volontà del legislatore di demandare la perimetrazione del precetto penale ad un organo che, in virtù della specificazione operata nella norma legislativa rinviante, non può compiere scelte di natura politica. La preoccupazione alla base della teoria in parola era quella di escludere la possibilità che la fonte *sub*legislativa operasse scelte politiche, e non meramente tecniche, nella sua opera di integrazione del precetto dettato dalla legge([99]).

A ben vedere il contro limite della necessaria integrazione tecnica del precetto penale non è assunto dalla Corte costituzionale a pietra angolare della teoria della sufficiente specificazione. Così la Corte medesima ha finito per "salvare" integrazioni della norma penale nelle quali l'intervento si concretava in opzioni meramente tecniche, ma ha altresì legittimato rinvii ad atti generali e astratti della pubblica amministrazione a contenuto discrezionale e non meramente tecnico([100]).

([98]) Corte cost. 23 marzo 1966, n. 26, in *Giur. cost.*, 1966, p. 255 ss.

([99]) MARINUCCI-DOLCINI, *Principi di diritto penale,* cit., p. 103.

([100]) Corte cost. 23 marzo 1966, n. 26, in *Giur. cost*, cit., p. 255 ss. In questa pronuncia e rimanendo fedeli all'esempio *sub* nota n. 15 il giudice delle leggi ha dichiarato legittima la legge forestale del 1923, che attribuisce alle camere di commercio la potestà a emanare norme di polizia forestale destinate a integrare la norma incriminatrice contenuta nella legge. Il criterio della c.d. "sufficiente specificazione" ha permesso di salvare la *ratio* politica della riserva di legge in quanto la norma legislativa rinviante circoscriveva l'intervento delle camere di commercio entro limiti eminentemente tecnici. In un'altra pronuncia, Corte cost. 27 giugno 1972, n. 113, in *Giur. cost.*, 1972, p. 1250 ss., la questione di legittimità costituzionale aveva ad oggetto l'art. 723 co. 1 c.p. che *punisce chiunque, essendo autorizzato a tenere sale da giuoco o da bigliardo, tollera che vi si facciano giuochi non d'azzardo, ma tuttavia vietati dall'autorità*, nonché l'art. 110, co. 1 T.U.L.P.S., il quale pone l'esposizione nelle sale da gioco di una tabella contenente l'elenco dei giochi che *l'autorità* (il Ministro dell'Interno o il Questore) *ritenga di vietare nel pubblico interesse*. In questo caso l'integrazione del precetto legislativo da parte dei provvedimenti dell'autorità esprime valutazioni ampiamente discrezionali, che non trovano un limite significativo nell'elastico criterio del pubblico interesse.

Così delineata la teoria della c.d. "sufficiente specificazione" ha riproposto gli stessi problemi ermeneutici sollevati dalla teoria della c.d. "disobbedienza come tale"([101]).

2.2.3. *Riserva di legge tendenzialmente assoluta: ammissibilità delle sole integrazioni tecniche da parte di atti generali e astratti del potere esecutivo.*

Come si è potuto notare da quanto sin qui detto, il problema della compatibilità delle integrazioni del precetto penale da parte degli atti normativi di rango secondario con il principio costituzionale di riserva di legge riposa sullo "spazio" riservato al potere esecutivo.

La teorie della c.d. "disobbedienza come tale" e della "sufficiente specificazione" appaiono incompatibili con la portata del principio *de quo*. Infatti quanto più esteso è l'ambito di intervento del potere esecutivo tanto più la *ratio* di garanzia sottesa alla riserva di legge subisce un innegabile affievolimento.

In considerazione di ciò un terzo filone interpretativo della riserva di legge in campo penale attribuisce alla fonte *sub*legislativa uno spazio di intervento assai più ristretto sia in senso quantitativo che qualitativo. Innanzitutto l'art. 25, co. 2 Cost., sarebbe rispettato solamente qualora tutti gli elementi costitutivi del reato siano individuati dalla fonte di rango primario. Data questa imprescindibile premessa il rinvio ad atti generali e astratti di rango gerarchico secondario sarebbe sistematicamente praticabile solamente per specificare sul piano tecnico uno o più elementi già individuati in via legislativa e secondo un criterio specialistico indicato dalla stessa legge rinviante([102]).

([101]) Per un'analisi completa delle teoria della c.d. "sufficiente specificazione" e delle relative critiche si veda in particolare: VICICONTE, *Nuovi orientamenti della Corte costituzionale sulla vecchia questione delle norme in 'bianco'*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991. p. 1002 ss.

([102]) MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Cedam, 2011, p. 86. RIZ, *Lineamenti di diritto penale, Parte generale*, 2000, p. 15 ss.; Nella dottrina costituzionalistica, si rinvia in particolare a: ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti de diritto*, 1984, p. 55;

La teoria della riserva di legge tendenzialmente assoluta, ad oggi largamente maggioritaria, garantisce il rispetto del monopolio delle scelte di politica criminale attribuito dalla Costituzione al legislatore. Difatti la natura meramente tecnica della specificazione e la presenza nella legge del criterio a cui la fonte di rango secondario de»ve attenersi escludono in radice che il potere esecutivo possa concorrere con la legge nel compimento di scelte politico-criminali.

Rimanendo fedeli all'esempio riportato (*supra*, par. 2.2, *sub* III), la disciplina contenuta nell'art. 73 del testo unico delle leggi in materia di sostanze stupefacenti sarebbe perfettamente conforme all'art. 25, co. 2 Cost. L'autorità amministrativa è chiamata a specificare tecnicamente un elemento del reato, vale a dire la sostanza stupefacente o psicotropa della quale è vietata la coltivazione, produzione, fabbricazione. Tale specificazione va condotta, come anticipato, attraverso criteri di tipo tecnico, enunciati dallo stesso legislatore, come ad esempio, avviene nell'indicazione di *sostanze di tipo barbiturico che abbiano notevole capacità di indurre dipendenza fisica o psichica o ambedue.*

Il successo della riserva di legge c.d. "tendenzialmente assoluta" si può spiegare inoltre attraverso il c.d. rischio di obsolescenza delle leggi. La precipua funzione repressivo - preventiva assegnata alla fattispecie incriminatrice, infatti, può efficacemente esplicarsi solamente se il precetto sia attuale e capace di esplicare effetti deterrenti sui consociati. I tempi della funzione legislativa si distinguono per la loro eccessiva durata, mentre la repressione del traffico degli stupefacenti necessita un continuo aggiornamento della regolamentazione, anche alla luce della frequente apparizione sul mercato di nuove sostanze ottenute per sintesi chimica. L'aggiornamento tempestivo, quindi, è reso possibile, secondo quanto sin qui detto, dal rinvio della legge al potere esecutivo: in questo senso dispone l'art. 13 del Testo unico, che affida all'autorità amministrativa il compito di rivedere periodicamente l'elenco delle

---

BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, 1973, p. 42 ss. *Contra* Gallo, *Appunti di diritto penale, La legge penale*, Giappichelli, 1999, p. 66 ss, secondo il quale rinvii alla fonte subordinata futura contrasta con il principio di riserva assoluta di legge anche nel caso di integrazioni meramente tecniche.

sostanze stupefacenti, adeguandolo a quanto emerge dalla convenzioni internazionali e dalle nuove acquisizioni scientifiche([103]).

2.2.4. *Norme penali in bianco e norme parzialmente in bianco.*

Come anticipato la compatibilità del rinvio della norma penale ad altre fonti per delineare il precetto cui i consociati devono necessariamente attenersi, coinvolge la generale ammissibilità nel nostro ordinamento, alla luce del generale principio di legalità e dei suoi corollari([104]), delle c.d. norme penali in bianco.

Secondo una condivisibile definizione per norme penali in bianco si allude a quelle norme che attendono da altre fonti la loro integrazione([105]). In dottrina si è anche dibattuto sulla ammissibilità di norme parzialmente in bianco i cui, confini rispetto agli elementi normativi, sono di assai dubbio accertamento, data la forte affinità([106]).

Più nel dettaglio nelle norme penali in bianco il precetto è posto in tutto o in parte da una norma diversa da quella che prevede la sanzione. A questo modello generale è possibile ricondurre, in disparte la compatibilità col principio di legalità e, nella specie di riserva di legge, tre ipotesi distinte: a) quella in cui il precetto è posto da una norma

---

([103]) Per maggiori approfondimenti: VASSALLI, voce Nullum crimen, nulla poena sine lege, in *Dig. pen.*, vol. VIII, 1994, p. 310 ss.; Corte cost., 11 luglio 1991, n. 333, in *Giur. cost.*, 1991, p. 2646 ss.; PARODI GIUSINO, *Sulla legittimità costituzionale della legislazione penale in materia di stupefacenti*, in *Ind. pen.*, 1978, p. 382 ss.

([104]) Più diffusamente, Cap. III, Sez. IV.

([105]) ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, *sub* art. 1, Giuffrè, 2004, p. 20. In generale sul concetto di norma penale in bianco si v.: LEONE, *Le norme penali in bianco nel nuovo codice penale*, in *Scritti teorico-pratici sulla nuova legislazione penale italiana*, I, 1923, p. 23.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, 2007, p. 57; PECORARO ALBANI, *Riserva di legge-Regolamento-Norma penale in bianco*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 1959, p. 821 ss.

([106]) Sul punto, in particolare, DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, p. 195; PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 241. Si è infatti sostenuto, a sostengo della accentuata similarità tra norme penali parzialmente in bianco ed elementi normativi, che tutte le norme concernenti concetti normativi potrebbero dirsi parzialmente in bianco, posto che l'individuazione di quali casi concreti corrispondano al tipo criminoso è condizionata alle norme integratrici presupposte dal concetto normativo.

legislativa statuale; b) quella in cui il precetto è posto da un atto generale e astratto del potere esecutivo o di una fonte sublegislativa e, infine; c) quello in cui la norma legislativa sanzioni l'inottemperanza di provvedimenti individuali e concreti dell'autorità amministrativa o giudiziaria. Come noto dietro il concetto di norma penale in bianco si cela la questione della loro compatibilità con il principio di riserva di legge in materia penale([107]). Chiarita la definizione di norme penali in bianco occorre chiarire che pur presupponendo un meccanismo di eterointegrazione, non possono in astratto paragonarsi agli elementi normativi della fattispecie. Questi ultimi infatti sono da annoverare tra le note costitutive della fatto tipico con tutto ciò che ne consegue in riferimento alla disciplina legislativa in tema errore([108]). Anche per questa ragione è stato da sempre discusso la compatibilità con il rinvio a fonti di rango non legislativo. La dottrina maggioritaria ritiene che le ipotesi *sub* a) e *sub* c) sarebbero pienamente legittime([109]). Ciò che più interessa ai fini del presente lavoro è la compatibilità con il principio di riserva di legge di una norma che sanzioni l'inottemperanza di provvedimenti amministrativi individuali e concreti. Si dice, a tal proposito, che questo schema legislativo è pienamente legittimo dal punto di vista costituzionale perché il provvedimento non integra il precetto, non aggiungendo nulla alla astratta previsione legislativa([110]).

([107]) Ci si riferisce al problema dei limiti in cui fonti diverse dalla legge formale possono concorrere a descrivere in tutto o in parte il precetto

([108]) PULITANÒ, *L'errore*, cit., 245. per quanto riguarda la disciplina e la struttura degli elementi normativi si rinvia, più diffusamente a RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Giuffrè, p. 6 ss. Gli elementi costitutivi del fatto tipico possono distinguersi in descrittivi e normativi. I primi fanno sempre riferimento a dati della realtà empirico-naturalistica, come tali percepibili con i sensi e non bisognosi di particolare mediazioni o filtri interpretativi. Gli elementi normativi, al contrario, secondo la più nota definizione della categoria, sarebbero quegli elementi comprensibili solo sul presupposto logico di una norma – giuridica o etico sociale – diversa da quella in cui sono contenuti.

([109]) Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 115. È costituzionalmente legittima una disciplina legislativa che sanzioni la violazione di precetti posti in altre norme legislative, in cui cioè il precetto in bianco sia riempito da una norma di fonte legislativa.

([110]) Nello stesso senso ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, 1995, p. 37; PIERGALLINI, *Norma penale e legge regionale: la costruzione del tipo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 490. Il provvedimento amministrativo descrive solo un accadimento concreto che va ricondotto nella classe di provvedimenti descritta dalla norma incriminatrice. *Contra* FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, 2007, p. 56; PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p. 88; CARBONI, *Norme penali in bianco e riserva di legge: a proposito della*

Per contro contrasta con il principio della riserva di legge una norma che mutui il precetto da un atto generale e astratto del potere esecutivo, a meno che l'apporto di quest'ultimo, come già in precedenza evidenziato, abbia carattere puramente tecnico([111]).

Per quanto concerne la tematica tutt'altro che agevole del *discrimen* tra elementi normativi e norme penali parzialmente in bianco, v'è da dire che la base comune ad entrambe le "tecniche" normative è rappresentata dal meccanismo della eterointegrazione che, con intensità ed estensione diversa, le contraddistingue([112]). E proprio tale intensità sarebbe, secondo la posizione che qui si ritiene corretta, l'unica differenza individuabile tra le due "tecniche" normative in esame([113]).

2.3. *Rinvio della legge ad atti normativi dell'esecutivo preesistenti.*

Specificata la portata del principio di cui all'art. 25, co. 2 Cost. in termini di riserva di legge tendenzialmente assoluta, è necessario ora chiarire come si atteggia l'ammissibilità dell'intervento della fonte secondaria nella fattispecie penale a seconda che l'atto generale e astratto sia precedente all'emanazione della fonte primaria rinviante.

Come si è visto il principio della riserva di legge "tendenzialmente assoluta" consente l'intervento successivo del potere esecutivo solamente se quest'ultimo rinvia ad un *quid* meramente tecnico realizzato alla stregua del criterio sancito nella regola penale rinviante.

---

legittimità costituzionale dell'art. 650 c.p., in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1971, p. 454. Più diffusamente Cap. IV, par. 4.7.1. *sub* nota n. 42 e 43.

([111]) Cfr., *retro*, par. 2.2.3.

([112]) Per quanto riguarda l'atto amministrativo quale elemento normativo della fattispecie si rinvia più diffusamente al capitolo a ciò dedicato, *infra*, Cap. IV, Sez. I e III.

([113]) Secondo FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit. p. 346, l'errore sulla legge *extra*penale può escludere la responsabilità anche quando cada su di una norma *extra*penale integratrice di una norma penale in bianco. L'ultimo comma dell'art. 47 c.p. non farebbe infatti alcuna distinzione in ordine all'ampiezza della norma *extra*penale richiamata. In riferimento al rapporto tra elementi normativi di fattispecie e norme penali in bianco si v. più diffusamente, RISICATO, *Gli elementi normativi*, cit., p. 100.

La *ratio* di garanzia che governa la materia *de qua* consente alla legge penale, dati alcuni presupposti sui quali si tornerà a breve, di rinviare ad atti normativi secondari preesistenti non solo per la specificazione di taluni elementi costitutivi della fattispecie, ma anche per la determinazione del precetto cui attenersi. Difatti il rinvio operato dalla legge a norme contenute in uno specifico regolamento preesistente non può comportare la violazione della riserva di legge. Tale rinvio può essere determinato da esigenze di economia legislativa; il legislatore penale invece di riprodurre letteralmente il contenuto di uno specifico regolamento farebbe proprio il suo contenuto attraverso un rinvio "fisso" ovvero "recettizio"([114]). In questo modo la legge penale fa proprio un precetto specifico eseguendo su di esso quella ponderazione e quella tutela delle minoranze sociali proprie del potere legislativo.

Il rinvio "fisso" o "recettizio" rimanda alla fonte e non al potere subordinato a quello legislativo. Da ciò si deduce che il mutamento della fonte rinviata non riverbera i suoi effetti sulla legge penale richiamante che continuerà a svolgere la sua funzione repressivo - preventiva sulla base del precetto individuato sulla base del regolamento precedente.

La norma incriminatrice risulterebbe in definitiva interamente opera del legislatore e interamente frutto delle sue scelte normative([115]).

([114]) Sulle nozioni di rinvio fisso o rinvio mobile si rinvia a: CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, 1971, p. 35. Per una particolare posizione cfr. GALLO, *Appunti di diritto penale, La legge penale*, cit., p. 66 ss.

([115]) Per tutti, GALLO, *Appunti di diritto penale, La legge penale*, Giappichelli, 1999, p. 58 ss. Per l'autore però è inammissibile il rinvio della legge penale ad altra fonte, di rango secondario, ancora non entrata in vigore, neanche nelle ipotesi di mera specificazione tecnica. Si legge, infatti, che « la lettura proposta dell'art. 25 , II comma, Cost. costringe a ritenere vi sia trasgressione del principio stesso ogni volta che la fonte secondaria specifichi "da un punto di vista tecnico" elementi del fatto già contemplati dalla legge che configura il reato. E invero non è dato vedere, ad esempio, la ragione in virtù della quale la specificazione, mediante decreto del ministro competente, di sostanze non autorizzate, non incida sulla completezza del precetto penale, che risulterebbe "pienamente costituito" dal divieto di fare uso di sostanze di un certo genere nell'ambito del quale vanno poi individuate quelle che condizionano la punibilità. È proprio il disposto della regola secondaria (decreto del ministro competente) che definisce l'oggetto materiale della condotta incriminata e fa di quella che sarebbe altrimenti un regola penale dai confini praticamente indefiniti un precetto a contenuto ben delineato».

2.4. L'*intervento (limitato) della fonte normativa secondaria nella descrizione della fattispecie astratta: il controllo di legittimità della fonte* sub*legislativa. Cenni.*

Come è noto la Corte costituzionale può sindacare la legittimità della norma legislativa penale che rinvii ad un atto generale e astratto del potere esecutivo. Tale sindacato vaglierà la conformità del rinvio all'impostazione tendenzialmente assoluta della riserva di legge in materia penale che, come più sopra descritto, delinea il rapporto norma primaria - norma secondaria diversamente a seconda che l'atto generale e astratto del potere esecutivo sia antecedente o successivo rispetto alla fattispecie incriminatrice richiamante.

Altro e diverso problema è quello collegato al vaglio di legittimità delle norme del potere esecutivo cui la fattispecie incriminatrice rinvia. Gli atti generali e astratti del potere esecutivo non possono essere oggetto di sindacato di legittimità da parte della Corte costituzionale. L'art. 134 Cost., infatti, circoscrive l'oggetto delle controversie alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti dell'esecutivo aventi forza di legge (decreti-legge e decreti legislativi).

Tradizionalmente per sindacare la legittimità degli atti normativi *sub*legislativi integratrici della fattispecie penale la Corte costituzionale ha indicato due modalità, la prima affidata direttamente dal giudice penale, la seconda esperibile innanzi al giudice amministrativo. Quest'ultima tesi, invero, e come da qui a poco si vedrà, si mostra tendenzialmente recessiva.

Il giudice penale, qualora ritenga la norma *sub*legislativa illegittima, potrà disapplicarla nell'esercizio del potere-dovere conferito dagli artt. 4 e 5 LAC. Al pari di qualsiasi atto amministrativo illegittimo([116]).

La Corte costituzionale ha più volte ritenuto estraneo al proprio giudizio la censura di scorretta utilizzazione delle conoscenze tecniche del settore rivolta al decreto ministeriale che fissava la dose media giornaliera delle sostanze stupefacenti ritenendo invece competente a valutare la fondatezza di quella censura il giudice penale ordinario, che

---

([116]) *Ex plurimis*: Corte cost., 11 luglio 1991, n. 333, cit, p. 2646 ss.; Corte cost., 5 aprile 1971, n. 69, in *Giur. cost.*, 1971, p. 640.

potrà eventualmente disapplicare la norma illegittima. Inoltre qualora l'atto normativo *sub*legislativo richiamato abbia incluso, applicando scorrettamente i criteri di legge, una sostanza estranea, il giudice penale potrà disapplicare la norma amministrativa illegittima([117]).

Più controversa la possibilità per gli interessati di denunciare la illegittimità della norma amministrativa avvalendosi degli strumenti di tutela giurisdizionale dei loro diritti e interessi legittimi dinanzi agli organi della giurisdizione amministrativa([118]).

Secondo l'impostazione oggi maggioritaria il cittadino leso da un regolamento dell'esecutivo non può invocarne l'annullamento, in quanto a differenza del provvedimento amministrativo, il regolamento ha portata generale e astratta; costituisce cioè una fonte di diritto dell'ordinamento giuridico([119]). In virtù di ciò, si è detto, il giudice può soltanto disapplicarla (*tamquam non esset*) in via incidentale (*cognitio incidenter tantum*), ai soli fini della controversia che è chiamato a decidere e in forza dei principi *iura novit curia* e di gerarchia delle fonti. Il carattere incidentale del giudizio presuppone l'esistenza di un rapporto principale. Nella materia penale, però, è solo il giudice (penale) il soggetto competente ad accertare il fatto, il suo autore e le eventuali conseguenze sanzionatorie. In tale contesto si palesa inutile sperimentare innanzi al giudice amministrativo la tutela nei confronti del regolamento integrativo la fattispecie penale (ritenuto) illegittimo.

2.4.1. Segue: la *disapplicazione regolamentare e il principio di gerarchia delle fonti*.

([117]) Si veda in particolare: AMATO, *Sufficienza e completezza della legge penale*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 486 ss.; Corte cost., 5 aprile 1971, n. 69, in *Giur. cost.*, 1971, p. 640. Corte cost. 11 luglio 1991, n. 333, cit., p. 271.

([118]) Si veda sul punto: Corte cost. 18 gennaio 1958, n. 4, in *Giur. cost.* 1958, p. 17 ss. con nota di FOIS, *Osservazioni sui limiti dell'impugnativa costituzionale e sulla riserva di legge prevista dall'art. 41 Cost.*

([119]) Cons. di Stato., 26 febbraio 1992, n. 154, in *Giur. it.* 1993, III, 653 ss., con nota di CANNADA BARTOLI, *Disapplicazione d'ufficio di norma regolamentare illegittima.*

Allorquando il giudice penale si trovi di fronte ad una norma regolamentare illegittima in quanto contrastante con un'altra di rango superiore è obbligato a disapplicarla. L'obbligo in questione trova nel nostro ordinamento diversi riconoscimenti normativi.

In primo luogo l'art. 101, co. 2 Cost., affermando che *i giudici sono soggetti soltanto alla legge,* costituzionalizza il principio di legalità nella giurisdizione, secondo il quale l'autorità giudiziaria è vincolata alle sole norme di rango legislativo o costituzionale([120]).

Inoltre secondo l'art. 4, co. 1 delle disposizioni sulla legge in generale (o "preleggi") *i regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni delle leggi*.

Infine ai sensi dell'art. 5 LAC *le autorità giudiziarie applic(ano)* [...] *i regolamenti generali e locali in quanto conformi alle leggi*.

Il combinato operare delle disposizioni ora riferite crea una sorta di statuto per il giudice: quest'ultimo una volta riscontrata l'illegittimità della fonte (normativa) secondaria sarà costretto a giudicare a prescindere da essa.

Con le disposizioni su richiamate vengono codificati il principio generale per cui *iura novit curia* e quello della gerarchia delle fonti. In base al primo principio al giudice viene attribuito il monopolio dell'individuazione e dell'interpretazione della disposizione da applicare al caso da decidere, anche a prescindere dalle indicazioni o eccezioni di parte. Per il principio della gerarchia delle fonti, invece, quando l'autorità giudiziaria (ordinaria o amministrativa) ravvisi la presenza di un'antinomia fra regole di rango diverso, deve applicare la fonte gerarchicamente sovraordinata, disapplicando d'ufficio la fonte subordinata([121]).

Per concludere sul punto, e rinviando per quanto riguarda la disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice penale ai capitoli successivi, la risoluzione delle antinomie che intercorrono fra norme di rango gerarchico non è sempre univoca.

([120]) Più nel dettaglio, si rinvia a Cap. III, par. 3.5.

([121]) Per una ricostruzione generale e approfondita del tema, in particolare: MIGLIORINI, *Disapplicazione e inapplicabilità*, in *Impugnazione e "disapplicazione" dei regolamenti*, Giappichelli, 1998, p. 25 ss.

Quando, come si è accennato, una legge contrasta con la Costituzione, il giudice investito della controversia, fermi taluni presupposti sarà obbligato ad adire la Corte Costituzionale per il relativo giudizio di annullamento. Nel caso di antinomia fra legge e regolamento, il giudice (controllo c.d. diffuso), anche penale, "dovrà" (e non: "potrà") risolverla attraverso il rimedio processuale della disapplicazione in forza dei quegli addentellati normativi più sopra richiamati. Dovrà in altri termini decidere la controversia in disparte il regolamento illegittimo (*tamquam non esset*), ai soli fini della controversia oggetto della sua cognizione (*cognitio incidenter tantum*)([122]).

2.5. *L'integrazione della fattispecie penale attraverso provvedimenti individuali e concreti del potere esecutivo: compatibilità con il principio di riserva di legge.*

Nei paragrafi precedenti si è messa in evidenza la problematica della ammissibilità del rinvio della legge penale ad atti generali e astratti del potere esecutivo. Si sono analizzati inoltre i ristretti ambiti di legittimità dell'integrazione della fattispecie astratta ad opera di atti normativi *sub*legislativi, precedenti o successivi, rispetto alla fattispecie rinviante.

Ai fini della presente ricerca occorre ora valutare, come premessa generale e indefettibile di lavoro, l'ammissibilità, rispetto all'art. 25, co. 2 Cost., del rinvio, ai fini della determinazione del precetto, a provvedimenti individuali e concreti del potere esecutivo.

Alcune norme penali sanzionano l'inottemperanza a provvedimenti della pubblica amministrazione relativi a campi di materia diversi. Il paradigma di questo schema legislativo-penale è senza dubbio l'art. 650 c.p., rubricato proprio "*Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*", che

---

([122]) Cfr. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, 1971, p. 254 ss.; ID, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968; ID, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 775 ss. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc dir.* (Aggiornamento 1), Milano, 1997;

punisce *chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'autorità per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica o d'ordine pubblico o d'igiene.* Il quesito che da sempre la dottrina e la giurisprudenza si pongono riguarda la possibilità di siffatti provvedimenti amministrativi di convergere nella composizione della norma penale, integrandone il precetto.

Secondo una parte della dottrina la condotta da osservare sarebbe integralmente fissata dal provvedimento amministrativo, con l'effetto che la norma penale si porrebbe in aperto contrasto con la riserva di legge([123]).

Di diverso orientamento la giurisprudenza costituzionale e la dottrina maggioritarie.

La Corte costituzionale ha espressamente escluso che il provvedimento amministrativo concorra a determinare il precetto([124]). In riferimento all'art. 650 c.p. ha affermato che la materialità della contravvenzione sarebbe descritta tassativamente in tutti i suoi elementi costitutivi, così che la norma incriminatrice riceverebbe la sua unica fonte nella legge. Ai fini della configurazione del reato *de quo*, in effetti, si richiede che il provvedimento le cui prescrizioni sono da rispettare sia *legalmente dato* dall'autorità. Questa definizione secondo il parere dei giudici costituzionali abilita il giudice penale *a indagare, volta per volta, se il provvedimento sia stato emesso nell'esercizio di un potere-dovere previsto dalla legge e se una legge dello Stato determini con sufficiente specificazione le condizioni e l'ambito di applicazione del provvedimento*([125]). Secondo la

---

([123]) CARBONI, *Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, 1970, p. 154 ss.; ID, *Norme penali in bianco e riserva di legge: a proposito della legittimità costituzionale dell'art. 650 c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1971, p. 454.; BRICOLA, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, sub art. 25 commi 2 e 3*, 1981, p. 242. Nella manualistica si veda in particolare: FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit. p. 56 ss. Secondo GALLO, *Appunti di diritto penale, La legge penale*, Giappichelli, 1999, p. 67, l'art. 650 c.p. non è norma penale in bianco, sempreché il provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica o d'ordine pubblico o di igiene, la cui inosservanza è punita, si rivolga ad uno o più destinatari individuati dal contenuto del provvedimento stesso. Diversamente se il provvedimento in questione non individua la sfera dei destinatari e si ponga, invece, come generale ed astratto: con tutto ciò che comporta alla stregua del principio di riserva di legge.

([124]) Corte cost., 8 luglio 1971, n. 168, in *Giur. cost.*, 1971, p. 1764

([125]) Corte cost., 8 luglio 1971, n. 168, cit., p. 1764. Secondo la Corte il giudice penale non dovrebbe limitarsi a sindacare se il singolo provvedimento amministrativo sia stato emanato nel rispetto delle condizioni – relative alla legittimità formale e sostanziale –

Corte costituzionale, quindi, il giudice penale non potrebbe pronunciare sentenza di condanna *ex* art. 650 c.p. qualora il provvedimento era non solo formalmente o sostanzialmente illegittimo, ma anche quando non vi sia una legge che specifichi con sufficiente precisione le condizioni e le modalità per l'emanazione del provvedimento.

Anche la dottrina maggioritaria, come anticipato, si allinea all'orientamento della Corte([126]).

La premessa logica dalla quale si muove, si fonda sulla sostanziale differenza intercorrente fra atti "generali e astratti" e quelli "individuali e concreti" del potere esecutivo. La differenza fra queste due fonti giuridiche delinea un rapporto diverso tra regola (formalmente) amministrativa e precetto penale. Difatti le disposizioni generali e astratte (atti normativi *sub*legislativi) avendo valenza nei confronti di tutti i consociati contribuiscono a descrivere, o addirittura descrivono compiutamente e autonomamente, il tipo di reato. Come più sopra precisato, il principio di riserva di legge risulterà rispettato solo se la fonte secondaria (successiva) si limiti ad apportare una specificazione di tipo tecnico alla disciplina legislativa([127]).

Al contrario, qualora la norma stigmatizzi l'inottemperanza a un provvedimento amministrativo individuale e concreto, non si può dire che quest'ultimo concorra a individuare il fatto penalmente rilevante. Le scelte politico-criminali, che secondo il principio di riserva di legge sono di esclusiva pertinenza del legislatore, sono integralmente compiute dal Parlamento senza il coinvolgimento della pubblica amministrazione[128]. La norma legislativa, nonostante il riferimento al contenuto di una classe di provvedimenti amministrativi, descrive compiutamente e interamente

---

stabilite dalla legge, ma dovrebbe anche accertare se le condizioni e l'ambito applicativo del provvedimento fossero predeterminate con sufficiente specificazione da una legge dello Stato.

([126]) Per tutti: MARINUCCI-DOLCINI, *Principi di diritto penale*, cit., p. 111 ss.; ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale*, 1974, p. 132; ID, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, 2004, *sub* art. 1, p. 37

([127]) Se invece, come si è visto, il regolamento cui la fattispecie incriminatrice rimanda, è precedente alla formazione della legge penale il cui precetto risulta integrato, il rinvio sarà ammissibile purché quest'ultimo sia "fisso" o "recettizio".

([128]) Per quanto riguarda la nota disputa circa la natura integrativa o meno del precetto da parte del provvedimento amministrativo si rinvia, più diffusamente, a Cap. IV, par. 4.7.

il fatto tipico. Il fatto, in altri termini, nasce *ab origine* chiuso e il singolo provvedimento non aggiunge nulla all'astratta previsione legislativa.

La funzione espressa dai provvedimenti amministrativi all'interno delle fattispecie che reprimono la loro inosservanza, non è dissimile da quella svolta dal contratto nel reato di cui all'art. 251 c.p. Ai sensi di quest'ultimo articolo *chiunque, in tempo di guerra, non adempie in tutto o in parte gli obblighi che gli derivano da un contratto di fornitura di cose o di opere concluso con lo Stato o con un altro ente pubblico o con un'impresa esercente servizi pubblici o di pubblica necessità, per i bisogni delle forze armate dello Stato o della popolazione, è punito con la reclusione da tre a dieci anni e con la multa pari al triplo del valore della cosa o dell'opera che egli avrebbe dovuto fornire e, in ogni caso, non inferiore a lire due milioni (ora 1032,91 euro)*.

La normativa ora richiamata, posta a tutela dei bisogni della popolazione e delle necessità delle forze armate dello Stato in tempo di guerra, punisce l'inadempimento totale o parziale di una classe di contratti. Anche in questi casi le scelte politico-criminali sono rimesse interamente nelle mani del legislatore penale. Il riferimento al singolo contratto permette solamente di verificare se, nel caso concreto, ci sia stato un inadempimento totale o parziale, senza partecipare alla definizione della regola cui attenersi.

Il singolo provvedimento e, come nell'ipotesi di cui all'art. 251 c.p., il contratto rimangono estranei al precetto penale in quanto non delineano i fatti che il legislatore ha inteso stigmatizzare attraverso la minaccia della sanzione penale, ma individuano solamente la concreta situazione riconducibile alla previsione generale e astratta contenuta nella norma legislativa([129]).

([129]) ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale*, cit., p. 159. secondo l'Autore il provvedimento amministrativo non è altro che l'attuazione storica di un elemento già previsto dalla fattispecie criminosa.

2.5.1. *Il bene giuridico tutelato nel caso di incriminazione dell'inottemperanza a provvedimenti amministrativi.* Rinvio.

Assai discussa l'individuazione del bene giuridico tutelato nel caso in cui la legge incrimini l'inosservanza di provvedimenti amministrativi.

Secondo autorevole dottrina la legge che incrimina l'inosservanza di provvedimenti amministrativi punisce l'inosservanza fine a se stessa o, secondo una formulazione più consona alle posizioni teorizzate, e più sopra analizzate in tema di riserva di legge, incrimina la disobbedienza come tale([130]).

A diversa conclusione giungono, invece, coloro i quali ritengono che gli schemi legislativi che incriminano l'inottemperanza a provvedimenti amministrativi tutelino veri e propri beni giuridici, nella specie beni istituzionali facenti capo ad autorità amministrative che operano in particolari settori o al livello generale o per la tutela di specifici interessi. Di solito i settori di operatività delle amministrazioni coinvolte sovrintendono beni strumentali o intermedi rispetto alla tutela di interessi più generali. Si pensi, ad esempio, alla tutela dell'igiene, dell'ordine pubblico, della sicurezza pubblica o dei mercati finanziari. La tutela di siffatti interessi è strumentale alla tutela di beni di più ampio respiro, quali la salute o il patrimonio. L'esistenza di fattispecie incriminatrici che puniscono l'inosservanza di provvedimenti finalizzati alla tutela di beni strumentali non sottintende una disobbedienza fine a se stessa ma tutela particolari funzioni dell'attività amministrativa meritevoli di tutela penale([131]).

2.6. *Un aspetto particolare. Il provvedimento amministrativo può essere fonte del diritto?*

([130]) Nello stesso senso: PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, cit., p. 318; ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale*, cit., p. 186.; ROCCO, *Sul carattere sanzionatorio del diritto penale*, in *Giur. it.*, 1910, IV, p. 53

([131]) Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Principi di diritto penale*, cit., p. 112. Sul punto si rinvia interamente alle considerazioni svolte al Cap. IV, par. 4.7.2.

Come si è avuto modo di specificare, il provvedimento amministrativo è, nell'ordinamento italiano, espressione della volontà della pubblica amministrazione, preordinato dal punto di vista funzionale alla cura dell'interesse pubblico e diretto nei confronti di soggetti individuati o individuabili. È, in altri termini, un atto amministrativo fonte di norme individuali. Ci si è chiesti per lungo tempo se la natura particolare e concreta dei provvedimenti potesse negare *ab origine* la qualificazione dei provvedimenti quali fonti del diritto.

Ora, se si ritiene che la fonte del diritto sia quell'atto tassativamente indicato da una fonte gerarchicamente superiore (fonte sulla produzione) capace di produrre regole generali e astratte innovando stabilmente l'ordinamento, il provvedimento amministrativo, date le sue più volte ricordate peculiarità, non può essere ritenuto fonte del diritto([132]). Comunemente la qualificazione di fonte del diritto è legata al carattere generale e astratto delle prescrizioni contenute, anche se i criteri ora richiamati hanno subito nella prassi patenti eccezioni. Si ponga mente, infatti, alle leggi-provvedimento, cioè a quegli atti normativi primari dal carattere formalmente legislativo ma sostanzialmente amministrativo, attraverso il quale il parlamento svolge una funzione tipicamente assegnata alla pubblica amministrazione, predisponendo regole individuali e concrete all'interno di un involucro normativo primario([133]).

Si è posto, inoltre, il dubbio circa la riconducibilità del contratto o delle sentenze all'interno delle fonti del diritto. La migliore dottrina però, in relazione a queste fonti di precetti singolari e concreti ha distinto tra quelle che sono logicamente implicite nelle norme preesistenti cui danno applicazione e quelle che, per contro, derogano a norme preesistenti([134]).

Si è in particolare sostenuto che mentre un precetto singolare e concreto che deroghi ad una norma preesistente modifica il diritto vigente, in quanto disciplina una fattispecie in modo diverso dal passato,

---

([132]) La peculiarità delle fonti del diritto è la loro attitudine ad essere utilizzate dal giudice in virtù del principio *iura novit curia* o ad essere poste quale parametro nel ricorso per cassazione.

([133]) PIZZORUSSO, voce *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Dig. disc. Pubbl.*, vol. VI, Utet, 1991, p. 419.; CINTIOLI, *Posizioni giuridicamente tutelate nella formazione della legge provvedimento e "valore di legge"*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, n. 1, p. 33 ss.

([134]) GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, 1998, *passim*.

non sembra appropriato dire che il diritto vigente sia modificato allorché viene semplicemente applicato([135]).

Occorre quindi distinguere secondo questo ordine di idee, tra autonomia privata, giurisdizione e azione amministrativa. Tutte queste realtà giuridiche implicano la produzione di norme individuali e concrete. Invero l'autonomia privata non può essere considerata fonte del diritto dal momento che il contenuto precettivo delle regole contrattuali ha portata circoscritta alle parti. La giurisdizione, poi, segna l'applicazione di una norma generale a un fatto concreto che deriva però da un percorso intepretativo-deduttivo: la norma singolare dedotta è implicita in quella generale preesistente.

Per quanto riguarda gli atti della pubblica amministrazione si possono riscontrare alcune differenze. Innanzitutto i provvedimenti amministrativi, salvo quelli espressione di un potere vincolato, possono essere il risultato di un'attività discrezionale dell'amministrazione, essendo, talvolta, in considerazione dell'interesse pubblico in gioco, lasciato un margine più o meno ampio di scelta al potere pubblico. I provvedimenti amministrativi, quindi, non possono essere considerati *tout court* l'esplicitazione di norme già implicite in norme preesistenti([136]).

2.6.1. *La nomodinamica kelseniana.*

Risulta assai esplicativo, per le finalità che qui interessano, il contributo offerto dalla dottrina kelseniana.

Tra i principi su cui si fonda la nota ricostruzione c'è quello per cui le fonti del diritto non sarebbero costituite soltanto da prescrizioni generali e astratte ma anche da quelle particolari e concrete, come ad esempio quelle statuite dai giudici mediante sentenza o dalla pubblica amministrazione mediante provvedimenti amministrativi. Sarebbero fonti del diritto, infatti, tutti quegli atti che impongono all'uomo un

---

([135]) GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 63 ss.

([136]) Nello stesso senso, GUASTINI, voce *Ordinamento giuridico*, in *Dig. disc. Pubbl.*, vol. X, Utet, 1995, p. 432.

certo comportamento, a prescindere dall'estensione soggettiva delle prescrizioni in esse contenute([137]).

Le norme individuali e concrete promanano direttamente da norme generali e astratte che, pacificamente, e secondo l'opinione assolutamente maggioritaria([138]), appartengono al *genus* "fonti del diritto". È in altri termini il concetto di "derivazione" che rende anche una norma individuale fonte dell'ordinamento giuridico. Il provvedimento amministrativo, essendo espressione del potere esecutivo preordinato alla cura dell'interesse pubblico, trova la sua legittimazione in una legge (principio della legalità amministrativa) la quale, a sua volta, trova legittimazione dalla diretta promanazione della norma fondamentale. Tutte le norme, quindi, derivano da una norma fondamentale (*Grundnorm*): tale derivazione qualifica "fonti del diritto" tanto le regole generali e astratte quanto quelle particolari e concrete.

Ovviamente deve essere accertata la derivazione diretta o mediata dalla norma fondamentale per stabilire l'appartenenza della stessa all'ordinamento giuridico.

La dinamicità del sistema normativo consente alla norma superiore di "giustificare" la potestà normativa della norma inferiore; questa "catena" di reciproche e successive "legittimazioni" trae origine, in ultima istanza, dalla norma fondamentale, punto di origine di un processo di creazione di norme a carattere dinamico([139]).

Secondo il celebre giurista le norme giuridiche sono create in molte e diverse maniere: le norme generali mediante consuetudine o legislazione, quelle individuali mediante atti giurisdizionali e amministrativi o negozi giuridici([140]).

([137]) KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas libri, 1994, *passim*. Secondo il celebre giurista austriaco il diritto non è composto soltanto da norme generali, ma comprende anche norme individuali, che determinano il comportamento di un individuo in una situazione che non si ripete e che perciò sono valide soltanto per un caso particolare e possono essere osservate o applicate una volta soltanto.

([138]) PIZZORUSSO, voce *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Dig. disc. Pubbl.*, cit. *passim*.

([139]) KELSEN, *Teoria generale,* cit., p. 111 ss.

([140]) KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, 1990, p. 263. Si afferma nell'opera citata che la legislazione e la consuetudine sono spesso considerate come le due fonti del diritto, intendendo però per diritto soltanto le norme generali del diritto statale. Ma le norme giuridiche individuali appartengono al diritto e sono elemento costitutivo

In base a tale ragionamento la produzione delle norme giuridiche generali, mediante la legislazione e la consuetudine, avviene applicando la Costituzione; e la produzione di norme giuridiche individuali, mediante le sentenze giudiziarie e le decisioni amministrative, avviene applicando le norme generali ora richiamate. Soltanto l'esecuzione dell'atto coercitivo, ordinato in queste norme individuali – ultimo atto nel processo di produzione del diritto – ha luogo in applicazione delle norme individuali che lo determinano, senza produrre a sua volta un'altra norma. L'applicazione del diritto è quindi produzione di una norma inferiore sulla base di una norma superiore, oppure esecuzione di un atto coercitivo statuito in una norma([141]). Proprio l'attività della pubblica amministrazione consiste, come quella della legislazione e giurisdizionale, al contempo, nella produzione e nell'applicazione di norme giuridiche([142]).

In adesione all'autorevole ricostruzione qui rapidamente riassunta, quindi, anche il provvedimento amministrativo, al pari del regolamento (fonte secondaria del diritto) sarebbe atto produttivo di diritto, in quanto fonte di norme individuali. Entrambi gli atti (regolamento e provvedimento) potrebbero, allora, essere oggetto di disapplicazione del giudice penale nel caso in cui egli ravvisi un loro contrasto con la norma legislativa([143]).

2.6.2. Segue: *critica*.

---

dell'ordinamento giuridico, tanto quanto le norme giuridiche generali sulla cui base esse sono state prodotte.

([141]) KELSEN, *La dottrina pura*, cit., p. 265.

([142]) KELSEN, *La dottrina pura*, cit., p. 295. Nulla esclude un possibile conflitto tra norme di grado diverso, quando, nella specie, una sentenza o un atto amministrativo siano contrari al diritto. La situazione ora descritta si verifica allorquando il procedimento attraverso cui si produsse la norma individuale non è conforme alla norma che ne regola il procedimento o il suo contenuto non è conforme alla regola generale, prodotta dalla legislazione o dalla consuetudine, che ne determina il contenuto. Il conflitto potrà essere risolto dall'organo previsto a questo fine dall'ordinamento giuridico e secondo la procedura prescritta dall'ordinamento stesso.

([143]) Si veda più nel dettaglio, *retro*, par. 2.4.

Nonostante l'autorevole posizione teorico-generale sin qui riprodotta sia a favore di una equiparazione dogmatica fra regolamento amministrativo e provvedimento, è compito dell'interprete operare una distinzione a seconda (e in virtù) degli univoci "segnali" provenienti dai dati normativi offerti dall'ordinamento.

L'ordinamento, ad onor del vero, non fornisce una definizione di fonte del diritto; definizione che invece si ritrova frequentemente nella dottrina, soprattutto pubblicistica. Sarebbe fonte del diritto qualsiasi atto o fatto idoneo a produrre diritto all'interno dell'ordinamento. Viene da sé che, per includere, o, per contro, escludere, un atto dal novero delle fonti occorre preventivamente verificare che cosa va ricompreso nel termine "diritto".

Comunemente si intende il diritto come insieme delle norme generali e astratte (diritto oggettivo), sarà quindi fonte del diritto qualsiasi regola capace di produrre norme di questo tipo e, inoltre, in grado di innovare stabilmente l'ordinamento([144]). Si è detto, inoltre, ed è proprio qui che la teoria kelseniana si scontra con il diritto positivo, le possibili fonti del diritto sono desumibili dall'attitudine che le norme da queste prodotte hanno di essere utilizzate dai giudici in base al canone *iura novit curia* o ad essere usate come parametro ai fini del ricorso per cassazione. È fuor di dubbio che non si pretende dal giudice di conoscere il contenuto di un provvedimento amministrativo a meno che sia l'oggetto di una controversia a ricomprenderlo. Tanto meno ci si aspetta che il giudizio di legittimità innanzi alla Corte di cassazione possa avere come parametro, a fini decisori, un atto individuale e concreto della pubblica amministrazione. Nulla esclude però che il provvedimento amministrativo, anche se non abbia la capacità essere considerato fonte del diritto, possa essere considerato fonte di norme giuridiche seppur di portata individuale e concreta.

Se così stanno le cose, occorre chiedersi se la diversità genetica e strutturale esistente fra regolamenti e provvedimenti amministrativi si riflette anche in ordine ai poteri del giudice penale nel caso in cui ravvisi una loro illegittimità.

([144]) PIZZORUSSO, voce *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Dig. disc. Pubbl,* cit., p. 410.

Si è visto, nei paragrafi che precedono, come nel caso di illegittimità di un regolamento (legittimamente) richiamato dalla fattispecie incriminatrice il giudice penale possa disapplicare (o inapplicare) la fonte *sub*legislativa non rispondente ai canoni formali o sostanziali espressi nella fonte primaria([145]).

Per quanto riguarda l'illegittimità del provvedimento amministrativo, in considerazione della peculiarità della questione e dei numerosi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali al riguardo si ritiene opportuno rinviare ai capitoli che seguono.

In questa sede però non si può fare ameno di notare come il rimedio della disapplicazione dell'atto amministrativo richiamato, internamente o esternamente alla fattispecie penale, a fronte della sua illegittimità, è stato per lungo tempo patrocinato in applicazione del combinato disposto degli artt. 4 e 5 LAC([146]).

In questi termini e per le finalità che in questa sede interessano la richiamata diversità fra regolamento e provvedimento amministrativo non sortisce effetti applicativi che mutano i poteri del giudice penale una volta che quest'ultimo abbia riscontrato la loro illegittimità-difformità rispetto al contenuto della fonte sovraordinata.

([145]) Più nel dettaglio, si v. par. 3.4.

([146]) Più diffusamente Cap. III, par. 3.1.

PARTE SECONDA

DALLA DISAPPLICAZIONE AL GENERALE CONTROLLO DELLA LEGALITÀ AMMINISTRATIVA DA PARTE DEL GIUDICE PENALE

CAPITOLO III

LA DISAPPLICAZIONE DEL GIUDICE PENALE

SOMMARIO: *Sezione I – Aspetti generali della disapplicazione in campo penale.* – 3.1. L'istituto della disapplicazione in riferimento alla materia penale. – 3.2. Le "cause" della disapplicazione: i vizi sindacabili. – 3.3. L'ampliamento della categoria della patologia dell'atto amministrativo: la nullità. – 3.3.1. I vizi non invalidanti: la rottura del binomio illegittimità-invalidità. – 3.4. Una questione di confini: la sindacabilità del merito amministrativo da parte del giudice penale; *Sezione II – Dalla "disapplicazione" al "controllo della legalità".* – 3.5. L'art. 101 Cost. – 3.6. L'evoluzione del ruolo del giudice penale: l'art. 2 c.p.p.; *Sezione III – Il sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo nell'evoluzione giurisprudenziale.* – 3.7. Impostazione del problema e orientamenti pretori. 3.8. L'intervento delle Sezioni Unite penali: la sentenza Giordano e il progressivo superamento della c.d. disapplicazione penale – 3.8.1. Le critiche alle Sezioni Unite "Giordano": un principio di diritto (immediatamente) disatteso. – 3.9. Le Sezioni Unite (penali) ci riprovano: il caso "Borgia". – 3.10. Dalla tesi della disapplicazione alla teoria dell'interesse sostanziale tutelato: il cammino della giurisprudenza nel controllo della legalità amministrativa da parte del giudice penale. – 3.10.1. *Segue.* Critiche all'approccio sostanzialistico; *Sezione IV – Disapplicazione e principi penali costituzionali.* – 3.11. Disapplicazione e principio di legalità. – 3.12. I corollari del principio di legalità: la tassatività e il (simmetrico) divieto di analogia in campo penale. – 3.12.1. Disapplicazione (*in malam partem*) e carattere frammentario del diritto penale. – 3.13. La disapplicazione *in malam partem* dell'atto amministrativo da parte del giudice penale quale ipotesi di retroattività (occulta) della legge penale incriminatrice. – 3.14. Disapplicazione *in malam partem* e principio di colpevolezza.

Sezione I

ASPETTI GENERALI DELLA DISAPPLICAZIONE IN CAMPO PENALE

3.1. *L'istituto della disapplicazione in riferimento alla materia penale.*

Nei primi due capitoli del presente lavoro si è avuto modo di analizzare la genesi storico-giuridica dell'istituto della disapplicazione senza però approfondire la sua portata applicativa, soprattutto in riferimento ai poteri del giudice penale.

Secondo una ormai consolidata tradizione dottrinaria l'istituto della disapplicazione consiste in una facoltà di carattere processuale che consente al giudice penale di decidere la causa portata alla sua cognizione prescindendo dall'atto amministrativo illegittimo (*tamquam non esset*)([147]).

Il giudice quando disapplica non fa derivare dall'atto stesso, in favore di determinati soggetti le situazioni che l'atto è idoneo a produrre secondo la volontà del soggetto che ne è autore, e/o secondo la volontà dell'ordinamento.

Sarebbe erroneo ritenere che il giudice ordinario possa annullare o ritenere inesistente l'atto investito da illegittimità. Difatti i suoi poteri di decidere la causa, in disparte l'atto amministrativo illegittimo, si estendono soltanto all'oggetto della controversia che egli è chiamato a dirimere (c.d. *cognitio incidenter tantum*)([148]).

Diversa la funzione del "sindacato" e del "controllo" del giudice penale sull'atto amministrativo. Il "sindacato" e il "controllo" consistono in una valutazione critica sulla legittimità di un atto amministrativo: esprimono l'attività del giudice di verifica della legittimità di un atto amministrativo, che rileva ai fini dell'accertamento dell'integrazione di una norma incriminatrice. La disapplicazione, al contrario, si sostanzia in un potere del giudice di pronunciarsi sulla

---

([147]) Per tutti: VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 2003, p. 52 ss.

([148]) Cfr. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, 2010, 45 ss.

illiceità penale di un fatto umano senza tener conto di un determinato atto amministrativo, reputato illegittimo. La disapplicazione presuppone, dunque, il sindacato o il controllo; o più precisamente un particolare risultato del giudizio nel quale il sindacato o il controllo consistono: l'illegittimità dell'atto (ossia, la sua non conformità alla legge)([149]).

Il ricorso all'istituto della disapplicazione richiede un'attenta analisi della portata delle prescrizioni introdotte dagli artt. 4 e 5 della legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo([150]).
La norma di riferimento alla quale si deve l'introduzione del "rimedio" tutto processuale della disapplicazione degli atti e dei regolamenti amministrativi non conformi alla legge è l'art. 5 LAC.

L'*incipit* della disposizione "*in questo come in ogni altro caso*" individua il tipo di controversie all'interno delle quali il giudice (ordinario) è abilitato dall'ordinamento a disapplicare l'atto illegittimo.

Nella specie con l'inciso "*in questo caso*" ci si riferisce alle controversie nelle quali si faccia questione della lesione di un diritto soggettivo da parte di un atto amministrativo. Diversamente laddove si indica "in ogni altro caso" ci si riporta a quelle controversie di competenza del giudice penale e di quello civile, in relazione ai procedimenti nei quali è coinvolta l'amministrazione pubblica (condizione positiva), nei casi in cui la contestazione non cade sopra un diritto soggettivo che si pretende leso da un atto della stessa amministrazione (condizione negativa). All'interno di questa seconda classe di cause sono ricondotte quelle nelle quali il giudice penale deve prendere cognizione di un atto amministrativo che interferisce con l'applicazione di una sanzione penale([151]).

([149]) Sul punto, in particolare, CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, p. 135. Si veda anche: GAMBARDELLA, *Disapplicazione degli atti amministrativi (dir. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIII, Roma, 2005, p. 3 ss.

([150]) Art. 4: *Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'Autorità amministrativa, i Tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio.*

L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti Autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso.

Art. 5: *In questo come in ogni altro caso, le Autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi.*

([151]) PETRONE, *La disapplicazione dell'atto amministrativo, Aspetti penali: aspetti penali*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della magistratura*, 1987, n. 1.

Individuate le classi di cause sulle quali può insistere l'applicazione dell'istituto *de quo*, l'art. 5 afferma che l'autorità giudiziaria applicherà soltanto *gli atti amministrativi e i regolamenti generali e locali in quanto conformi alle leggi*([152]).

Per "conformità alle leggi" deve intendersi legittimità([153]).

All'epoca dell'abolizione del contenzioso amministrativo non ci si poteva riferire espressamente ai vizi di legittimità come ad oggi positivamente sanciti([154]). La conformità alla legge cui fa riferimento l'art. 5 LAC deve essere intesa in senso evolutivo o dinamico. Un regolamento o un atto amministrativo sarà conforme alla legge solamente se il giudice non ravviserà la presenza di uno dei vizi di illegittimità ora sanciti agli artt. 29 del codice del processo amministrativo e 21-*octies*, co. 1, L. 7 agosto 1990 n. 241([155]).

Il combinato disposto degli artt. 2, 4 e 5 LAC consente di concludere nel senso che l'ordinamento consente al giudice ordinario, "in questo caso" cioè quando la controversi ha ad oggetto un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, e "in ogni altro caso" vale a dire quando ai sensi dell'art. 2 la cognizione generale è del giudice ordinario, di applicare gli atti amministrativi se, e solo se, siano conformi alle leggi([156]). Altrimenti – in caso di illegittimità – lo stesso giudice ha il potere-dovere di neutralizzare (*tamquam non esset*) gli effetti prodotti

---

([152]) Risulta evidente come dal punto di vista delle conseguenze processuali dell'illegittimità dell'*agere* pubblicistico la norma che abilita il giudice ordinario alla disapplicazione non fa alcuna differenza fra atto (*rectius*: provvedimento) amministrativo e regolamento (generale o locale) inteso come fonte *sub*legislativa.

([153]) CASSESE, *Diritto amministrativo generale*, tomo II, Milano, Giuffrè, 2000. p. 345 ss.

([154]) La violazione di legge, l'eccesso di potere e l' incompetenza sono stati introdotti in concomitanza alla creazione della IV Sezione (con funzione giurisdizionale) del Consiglio di stato. Per un'analisi storica dell'istituto della disapplicazione v. *retro*, Cap. II.

([155]) GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Giappichelli, 1995, p. 38 ss. Secondo l'autore «il termine conformità denota non una proprietà ma una relazione: e precisamente una relazione tra un atto e la norma o l'insieme di norme che lo disciplinano. Conformità è, quindi, un predicato che conviene ad ogni atto che sia disciplinato da norme». Allo stesso autore si deve la differenza fra conformità nel senso di "compatibilità" (assenza di contraddizioni rispetto alla legge) e conformità nel senso di "deducibilità" (atto il cui contenuto normativo sia logicamente deducibile da norme di legge).

([156]) Per quanto riguarda i rapporti fra esercizio del potere di disapplicazione e giurisdizione del giudice ordinario si v. *amplius*, par. 3.5.

dall'atto ai fini della singola controversia che è chiamato a dirimere (c.d. *cognitio incidenter tantum*)([157]).

3.2. *Le "cause" della disapplicazione: i vizi sindacabili.*

Come si è avuto modo di precisare la disapplicazione dell'atto o del regolamento è la doverosa conseguenza, in ambito processuale, della loro "non conformità" alla legge. Detto in altri termini il giudice deve vagliare il rispetto della legge da parte degli atti del potere esecutivo aventi carattere normativo o amministrativo.

Concentrando ora l'attenzione sugli atti amministrativi, se la legge rappresenta il parametro alla stregua del quale (giudizio di relazione) un provvedimento può essere ritenuto illegittimo, a partire dalla istituzione della IV Sezione del Consiglio di stato la legge ha individuato tre figure sintomatiche di "incompatibilità" rispetto alla legge: incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge([158]).

La presenza di questi tre vizi rende l'atto illegittimo e quindi disapplicabile da parte del giudice ordinario.

Il contenuto di questi tre vizi non è disciplinato direttamente dal legislatore ma è tradizionalmente "affidato" alla elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. È opportuno, allora, seppur senza pretesa di esaustività, analizzare separatamente i tre vizi di legittimità al fine di comprendere se la cognizione della non conformità dell'atto alla legge da

---

([157]) La potestà di revocare o modificare l'atto amministrativo o il regolamento era attribuita inizialmente alla stessa pubblica amministrazione che aveva emanato l'atto, che doveva inderogabilmente conformarsi al giudicato del giudice ordinario, attribuendo efficacia *erga omnes* alla perdita di efficacia dell'atto. Con la creazione della IV Sezione (con funzione) giurisdizionale del Consiglio di stato la facoltà di caducare l'atto fu estesa anche al giudice amministrativo attraverso apposita azione di annullamento. GAMBARDELLA, *Disapplicazione degli atti amministrativi (dir. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., p. 3. «Qualora il giudice si convinca che l'atto amministrativo sia illegittimo, egli non ha semplicemente il *potere* di non applicarlo alla causa che deve giudicare, bensì ha un vero e proprio *dovere* di disapplicare l'atto stesso. Il verbo modale potere, riferito alla disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice penale, va inteso sempre come *dovere necessariamente*»

([158]) DE FELICE, *Le tecniche di tutela del giudice amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2005, n. 4, p. 931 ss

parte del giudice penale può essere circoscritta solo a taluni vizi oppure non risente di limitazioni([159]).

L'incompetenza è il vizio che consegue alla violazione di una norma di azione (leggi, ma anche regolamenti o statuti) che definisce la competenza di un organo, ovvero il *quantum* di funzioni ad esso spettanti, nel senso che queste ultime sono in astratto attribuite all'autorità che ha emanato il provvedimento, ma non in relazione alla fattispecie concreta in cui si è provveduto([160]).

È causa di annullabilità di un provvedimento amministrativo soltanto la c.d. incompetenza relativa, non l'incompetenza assoluta o straripamento, che viceversa comporta la nullità del provvedimento([161]). Tradizionalmente si afferma che si ha incompetenza relativa quando l'organo che ha emanato l'atto appartiene al medesimo plesso organizzatorio cui appartiene l'organo competente, mentre si verifica l'incompetenza assoluta nel caso in cui il provvedimento è adottato da un organo che opera nell'ambito di un plesso amministrativo radicalmente diverso rispetto a quello cui appartiene l'organo competente([162]).

Con l'espressione "eccesso di potere" l'ordinamento vuole designare il risvolto patologico della discrezionalità([163]). L'eccesso di potere deriva dalla violazione di quelle prescrizioni che presiedono allo svolgimento della funzione – alla quale va rapportata la discrezionalità – che non sono ravvisabili in via preventiva o astratta([164]). In via esemplificativa si possono ricondurre all'eccesso di potere sia le situazioni in cui l'autorità

([159]) Nella manualistica per i vizi di legittimità dell'atto si segnala in particolare: SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, Jovene, 1989, p. 698 ss.; CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, 1999, p. 637 ss.; GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, 1993, p. 313 ss.

([160]) Cfr. QUARANTA, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Novara, 1987, p. 456 ss.

([161]) Si v., *infra*, par. 4.3.

([162]) L'incompetenza può essere per "materia", per "valore", per "grado" o per "territorio". La prima figura ricorre quando un'autorità provvede su di una materia riservata ad un'altra. L'incompetenza per "valore" si verifica quando un'autorità emana un provvedimento attribuito ad altra autorità, in ragione del suo valore economico, ovvero dell'entità della spesa che il provvedimento comporta. L'incompetenza per grado si concretizza nell'ipotesi in cui l'autorità inferiore esercita una competenza spettante a quella superiore. L'incompetenza per "territorio" ricorre, infine, quando un organo eserciti la competenza di un altro organo dello stesso ente, che disponga però di diversa competenza territoriale.

([163]) PUBUSA, voce *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Utet, 1994, p. 402 ss.

([164]) CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2011, p. 545.

amministrativa esercita in concreto il potere di adottare una atto per un fine diverso da quello imposto dalla legge (c.d. sviamento di potere); ovvero quei casi riconducibili alla violazione del principio di ragionevolezza dell'agire amministrativo (c.d. figure sintomatiche dell'eccesso di potere)([165]).

La violazione di legge, infine, costituisce un vizio residuale dell'atto amministrativo, in quanto comprende tutte le violazioni che non rientrano nelle altre due figure di vizi e si sostanzia in un contrasto tra il provvedimento e l'ordinamento giuridico([166]). Ancorché si parli di violazione di "legge", il vizio ricorre in tutte le ipotesi in cui sia violata una norma di azione, indipendentemente dal fatto che essa sia contenuta nella legge in senso formale, ovvero in altra fonte (Costituzione, normativa comunitaria, regolamento, statuto). Dal punto di vista contenutistico la violazione di legge abbraccia moltissime situazioni: in particolare sono assai importanti le violazioni procedimentali, i vizi di forma, la carenza dei presupposti fissati dalla legge, la violazione delle norme sulla formazione della volontà collegiale([167]).

L'esatta perimetrazione dell'operatività dei tradizionali vizi dell'atto amministrativo ora richiamati è di fondamentale importanza in relazione al potere di accertamento dell'illegittimità da parte del giudice penale.

Secondo un autorevole indirizzo ermeneutico il giudice penale sarebbe impossibilitato a sindacare l'atto amministrativo sotto il profilo del vizio di eccesso di potere, pena la violazione della riserva di amministrazione e della separazione dei poteri([168]). In ossequio a tali principi generali e fondamentali in ogni ordinamento giuridico moderno «il carattere incidentale della cognizione del giudice penale impone una particolare cautela, in quanto la disapplicazione dovrebbe limitarsi ai soli casi in cui palesemente l'atto risulti viziato da violazione di legge o incompetenza, mentre nella ipotesi di atto inficiato da eccesso di potere, la cognizione dovrebbe essere limitata solo alle ipotesi di sviamento e cioè di

---

([165]) Il giudizio di logicità-congruità va effettuato tenendo conto dell'interesse primario da perseguire, degli interessi secondari coinvolti e della situazione di fatto

([166]) Sul punto, in particolare, CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, tomo III, Milano, Giuffrè, 2003, p. 345.

([167]) Per una ricostruzione approfondita dell'istituto, si v. in particolare: SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, Jovene, 1989, p. 698 ss.

([168]) VIRGA, *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, 2001, p. 216 ss.

strumentalizzazione dell'atto per fini non istituzionali della pubblica amministrazione»([169]). Estendere il sindacato sull'eccesso di potere anche ad altri profili (illogicità manifesta o contraddittorietà o manifesta ingiustizia) si tradurrebbe in un controllo sulle scelte discrezionali della pubblica amministrazione.

A questo orientamento, per vero minoritario, si contrappongono coloro i quali non ritengono che i poteri del giudice penale, nella rilevabilità del vizio di eccesso di potere dell'atto amministrativo, registrino limitazioni([170]). Si fa notare innanzitutto che anche se l'*agere* amministrativo, in taluni casi, sia discrezionale, non per questo la pubblica amministrazione gode di un potere libero di azione. La discrezionalità riservata in taluni casi dalla legge alla pubblica amministrazione è preordinata alla soddisfazione nel miglior modo possibile dell'interesse pubblico, secondo modalità che trovano maggiore "successo" lasciando all'amministrazione stessa più ampi spazi di valutazione del caso concreto. Non per questo la pubblica amministrazione, stante inoltre il principio di legalità che informa l'attività amministrativa, non deve rispettare le disposizioni legislative. Entro questo spazio, quindi, anche gli atti amministrativi discrezionali sono soggetti al controllo del giudice penale([171]).

Senza contare, inoltre, che la limitazione del sindacato del giudice (ordinario o amministrativo) solo ad alcuni vizi è venuta meno in forza dell'art. 113 Cost. il quale al comma 2 afferma che *la tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti*.

Una norma che limiti il sindacato del giudice penale nella rilevazione del vizio di eccesso di potere dovrebbe fare i conti con la compatibilità con la Costituzione. La disposizione ora menzionata è infatti presa come parametro teso a eliminare ogni dubbio circa la invalidità *de iure*

([169]) VIRGA, *Illiceità e illegittimità, rapporti fra giurisdizione penale e giurisdizione amministrativa*, in AA. VV., *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Mucchi, 1996, p. 1744.

([170]) Per una rassegna delle posizioni dottrinali su tale problema, si v. DELFINO, *L'eccesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*, Jovene, 1963, *passim*.

([171]) Nello stesso senso: PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, Giuffrè, 2000, p. 80 ss.

condendo di quelle norme che limitano l'impugnativa giurisdizionale solo per taluni vizi([172]).

3.3. *L'ampliamento della categoria della patologia dell'atto amministrativo: la nullità.*

Il legislatore, nell'ultima decade, anche sulla spinta della dottrina amministrativistica, ha profondamente innovato la materia della patologia dell'atto (*rectius*: provvedimento) amministrativo, introducendo in via generale sia la nullità, che la (controversa) disciplina dei vizi non invalidanti del provvedimento([173]). Queste innovazioni non possono che riverberarsi sulla materia *de qua*, in quanto la disapplicazione del giudice penale opera ogni qualvolta, ai sensi dell'art. 5 LAC sopra visto, non vi sia conformità dell'atto alla legge.

La non conformità può originare sia da ipotesi di annullabilità, nel caso ricorrano i vizi tradizionali di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, sia dai casi di nullità nell'ipotesi in cui siano presenti i requisiti richiesti dalla disposizione generale dell'art. 21-*septies*, L. 7 agosto 1990, n. 241.

Il provvedimento può dirsi nullo quando: a) manchi di degli elementi essenziali; b) sia viziato da difetto assoluto di attribuzione; c) sia stato adottato in violazione o elusione del giudicato; d) in tutti gli altri casi espressamente previsti dalla legge([174]).

Resta, per contro, priva di definizione normativa la categoria dell'inesistenza, che costituisce esclusivamente il frutto di quell'elaborazione dottrinale, secondo cui l'atto inesistente è un *quid facti*

([172]) Nello stesso senso, *ex multis*: NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, 1979, p. 198.

([173]) SPASIANO, *Art. 21-septies. Nullità del provvedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione, saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, p. 575; CARLOTTI, *Il nuovo provvedimento amministrativo*, Milano, 2005, p. 517

([174]) MATTARELLA, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, I, a cura di Cassese, Giuffrè, 2000, p. 669.

giuridicamente irrilevante([175]). Mentre il provvedimento nullo è un provvedimento potenzialmente capace di produrre effetti e come tale rischia di essere erroneamente tradotto in realtà materiale, donde l'interesse ad agire per la dichiarazione di nullità; il provvedimento inesistente è invece un'entità giuridicamente irrilevante, incapace in radice di produrre alcun effetto materiale e relativamente al quale non è possibile neanche immaginare un interesse ad agire([176]).

Per concludere se un vizio che può dare vita all'annullamento del provvedimento consente al giudice ordinario in virtù degli artt. 4 e 5 LAC, di disapplicare l'atto, *a fortiori* e secondo la logica *a maiori ad minus* un provvedimento che presenta vizi più gravi, tali da consentire la dichiarazione di nullità dell'atto, permette (*rectius*: obbliga) il giudice a decidere la controversia in disparte la determinazione (grandemente) viziata.

3.3.1. *I vizi non invalidanti: la rottura del binomio illegittimità-invalidità.*

Assai significativa ai fini della definizione dei poteri del giudice penale in relazione all'atto amministrativo che compone (c.d. rilevanza interna) o subordina (c.d. rilevanza esterna) l'applicazione della fattispecie penale appare la categoria dei cosiddetti vizi non invalidanti, introdotta dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15 e oggi confluita nell'art. 21-*octies*, co. 2 della L. 7 agosto 1990, n. 241.

A mente di tale disposizione il provvedimento difforme dal paradigma normativo non è in taluni casi annullabile. Ciò accade quando esso sia adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti ma, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto non dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo, inoltre, non è annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento

---

([175]) CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo,* cit., p. 343.
([176]) TRAVI, *Lezioni*, cit. p. 216 ss.

qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto de provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

L'innovativo istituto ai fini del presente scritto pone due questioni preliminari. Occorre valutare, infatti, in primo luogo se la disposizione si applica anche nei processi penali nei quali il giudice deve vagliare la legittimità di atti amministrativi comunque involti nella fattispecie e, in secondo luogo, la portata sostanziale o meramente processuale della disposizione richiamata([177]).

Partendo dalla prima questione, a ben vedere, l'art. 21-*octies*, co. 2 non da indicazioni tali da escludere la sua applicabilità ai processi penali, ferma, ovviamente la possibilità del solo giudice amministrativo di annullare l'atto. Dal punto di vista letterale l'*incipit* delle due proposizioni delle quali si compone ("*non è annullabile il provvedimento adottato* [...]" e "*il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile* [...]") lasciano intendere l'applicabilità a tutti i casi nei quali si fa questione della legittimità di un atto amministrativo a prescindere dalla natura del giudizio all'interno del quale si compie il sindacato. La diversità della natura del giudizio in ordine alla "sorte" del provvedimento rileverà unicamente ai fini del potere del giudice una volta accertata l'illegittimità della determinazione amministrativa.

La seconda questione presenta dei risvolti problematici maggiori anche perché l'adesione alla tesi "sostanzialistica" o "processualistica" del 21-*octies*, co. 2, come di qui a poco si vedrà, potrebbe (o meno) togliere valore alla rilevanza della prima questione ora esaminata.

Ci si chiede, difatti, se il provvedimento amministrativo i cui vizi sono sussumibili all'interno dalla disposizione *de qua* possa essere qualificato illegittimo oppure no. La lettera della legge, come più sopra

---

([177]) CLARICH, voce *Atto Amministrativo*, in *Diritto e processo amministrativo*, Anno II, 2008, n. 2, Edizioni Scientifiche Italiane, pag. 341 e ss.; GISONDI, *L'art. 21-octies della legge n. 241/1990 fra atto e processo amministrativo*, in *Urb. e App.*, 2007, I, p. 66; CONTESSA, *La previsione di illegittimità non invalidante tra pregiudiziale amministrativa e logica della spettanza*, in *www.giustamm.it*, aprile 2006.

evidenziato, si limita a indicare la non possibilità di annullare l'atto, senza fornire all'interprete indicazioni precise circa la eliminazione della illegittimità o la sua permanenza.

Qualora, ad esempio, si aderisse alla tesi sostanziale il provvedimento sarebbe intrinsecamente sanato e il giudice penale non potrebbe decidere a prescindere da esso([178]).

In virtù dell'impostazione processuale, sulla quale la giurisprudenza amministrativa sembra convergere([179]), il provvedimento è e resta affetto da un vizio di illegittimità ma si esclude che il giudice possa esercitare i suoi poteri costitutivi e quindi annullare l'atto. Il provvedimento non è annullabile non perché assoggettato ad un diverso regime di invalidità o irregolarità, ma perché la circostanza che il contenuto non possa essere diverso priva il ricorrente dell'interesse a coltivare un giudizio, da cui non potrebbe ricavare alcuna concreta utilità([180]). Il giudice penale, stante il permanere dell'illegittimità dell'atto, potrebbe sindacarlo e,

---

([178]) Nella dottrina amministrativistica, a favore della tesi sostanzialistica per tutti: CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo,* cit., p. 347.; DE FELICE, *Le tecniche di tutela del giudice amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2005, n. 4, p. 931 ss.;

([179]) Cons. di Stato, sez. VI, 17 settembre 2006, n. 6194, in *www.giustamm.it.*; da ultimo Cons. di Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *www.giust-amm.it*, con nota di SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni.*

([180]) Si segnala in particolare, per la giurisprudenza amministrativa di merito: TAR Lazio, Sez. I, 23 febbraio 2007, Hossain, in *Corriere merito*, 2007, p. 1221, nota di D'ANGELO. «L'art. 21 octies l. 241/90 non determina alcuna degradazione di un vizio di legittimità a mera irregolarità, né integra una «fattispecie esimente» che affranca *ab initio* il provvedimento amministrativo dalle violazioni vizianti contemplate dall'art. 21-*octies*; mentre l'irregolarità opera *ex ante* e in astratto, per cui il provvedimento amministrativo affetto da vizio formale minore è un atto *ab origine* meramente irregolare, nel caso dell'art. 21-*octies*, 2° comma, la violazione continua ad integrare un vizio di legittimità, che non comporta l'annullabilità dell'atto a causa di valutazioni, attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate *ex post* dal giudice, che accerta che il provvedimento non poteva essere diverso; il provvedimento è, e resta affetto, da un vizio di legittimità; la novella legislativa si è limitata a codificare quelle tendenze già emerse in giurisprudenza mirate a valutare l'interesse a ricorrere, che viene negato ove il ricorrente non possa attendersi, dalla rinnovazione del procedimento, una decisione diversa da quella già adottata». Per la giurisprudenza amministrativa di legittimità, per tutti: Cons. di Stato, Sez. V, 17-09-2008, Soc. immobiliare Vesuviana, in *Giurisdiz. amm.*, 2008, I, p. 1225 ss., secondo la quale « L'art. 21-*octies*, 2° comma, l. 241/90 (ai sensi del quale non è annullabile l'atto amministrativo formalmente viziato ove risulti che, senza il vizio, il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso) è norma processuale in quanto non tocca la configurazione sostanziale della validità del provvedimento ma concerne l'accertamento ad opera del giudice circa il contenuto dispositivo dell'atto e le altre condizioni previste dalla disposizione, sì che essa risulta applicabile anche ai giudizi pendenti su atti precedenti la l. 15/05.»

quindi, in virtù degli artt. 4 e 5 LAC, privarlo, ai soli fini del giudizio in corso (c.d. *cognitio incidenter tantum*) dell'efficacia ad esso riconnessa. L'innovatività dell'art. 21-*octies*, co. 2 risiede proprio nell'impossibilità processuale del giudice (amministrativo) di annullare l'atto seppur illegittimo. Si arresta quindi la tradizionale relazione biunivoca illegittimità-invalidità: se prima ciò che era illegittimo era necessariamente invalido (se impugnato nei termini di legge), ora l'illegittimità non determina obbligatoriamente l'invalidità. L'invalidità, al contrario, necessita, ovviamente, dell'accertamento dell' illegittimità dell'atto amministrativo.

3.4. *Una questione di confini: la sindacabilità del merito amministrativo da parte del giudice penale.*

Da quanto emerso sin qui si può fondatamente affermare che in tutti i casi in cui, ai fini dell'integrazione di una fattispecie penale, rileva (in positivo o in negativo) l'esistenza di un provvedimento amministrativo, il giudice dovrà verificarne la legittimità, in virtù dell'art. 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (*le Autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi* [...] *in quanto conformi alle leggi*), disapplicandolo se illegittimo.

Risolta la questione fondamentale dell'applicazione dell'istituto della disapplicazione, si sono dovuti affrontare altri problemi ermeneutici. Ancorato il potere di sindacato del giudice penale sul provvedimento amministrativo all'art. 5 LAC si sono dovuti precisare i limiti del controllo. In particolar modo si è concentrata l'attenzione in riferimento alla sindacabilità del merito, ossia alla opportunità e alla convenienza del provvedimento amministrativo discrezionale([181]).

([181]) L'attenzione si è anche concentrata, come analizzato, sulla rilevabilità di un tipico vizio di legittimità, ossia sull'eccesso di potere. Per gli opportuni approfondimenti, si v. *retro*, par. 3.2.

Tradizionalmente il merito amministrativo ha da sempre costituito un diaframma nel sindacato del giudice penale sulla legalità amministrativa([182]).

Il potere di disapplicazione da parte del giudice penale, conferitogli in generale dagli artt. 2, 4 e 5 LAC, non può originare dalla valutazione dell'opportunità della determinazione amministrativa. Il merito infatti denota la corrispondenza fra il contenuto dell'atto e il risultato a cui esso dovrebbe tendere alla stregua di valutazioni che oltrepassano il rispetto della legalità (sindacabile) e si inseriscono in virtù dei principi di riserva di amministrazione e di separazione dei poteri in un area non sindacabile in sede giurisdizionale([183]). In talune ipotesi comunque il legislatore assegna a un soggetto diverso dall'organo emanante il controllo di merito dando rilevanza, ai fini dell'annullamento, della revoca, della riforma o della rinnovazione dell'atto, al vizio di inopportunità([184]).

Il controllo di merito può esercitarsi su atti indicati in modo tassativo, nel caso dei ricorsi amministrativi e, infine, nelle ipotesi di ricorsi giurisdizionali agli organi di giustizia amministrativa nel caso di giurisdizione anche di merito([185]).

([182]) La giurisprudenza di legittimità ha più volte chiarito che il provvedimento di rimpatrio ordinato dal questore è soggetto al solo sindacato sulla legittimità. Il giudice penale può soltanto controllare la conformità alle prescrizioni formali e sostanziali dettate dalla legge, senza poter rivalutare la pericolosità sociale, il cui accertamento spetta unicamente al questore. Il sindacato di merito può esercitarsi solamente presso la competente sede amministrativa. In questo senso: Cass., sez. I, 16 gennaio 1986, Baldizzi, in *Cass. pen.*, 1987, p. 1454; Cass., sez. I, 28 febbraio 1978, Riccardi, in *Cass. pen.*, 1979, p. 716; Cass., sez. I, 21 giugno 1978, Urbinati, *ivi*, 1980, p. 532. In dottrina si segnala: TANDA, *Attività amministrativa e sindacato penale*, Giappichelli, 1999, p. 215; RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, Giuffrè, 1984, p. 44.

([183]) Il confine tra merito e discrezionalità non è fisso ma può variare a seconda della volontà del legislatore. L'art. 1 della L. 241 del 1990, e sue successive modificazioni, prescrivendo che l'azione amministrativa deve essere informata a criteri di economicità, efficacia e pubblicità, nonché ai principi dell'ordinamento comunitario ha ampliato il controllo del giudice, rendendolo più intenso, riducendo specularmente, e sensibilmente, l'area del "non sindacabile".

([184]) Sul tema si rinvia, più diffusamente, a: MAROTTA, *Pianificazione urbanistica e discrezionalità amministrativa*, Padova, 1988; ANGIULLI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988; BARONE, voce *Discrezionalità*, in *Enc. giur.*, XI, Roma. 1989; PONTICELLI, voce *Merito amministrativo (e giurisdizione di merito)*, in *Enc giur.*, XX, Roma, 1990

([185]) Ai sensi dell'art. 7 co. 6, del codice del processo amministrativo "*il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie indicate dalla legge e dall'articolo 134. Nell'esercizio di tale giurisdizione il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione*"

La tassatività, e quindi la eccezionalità, del controllo del giudice amministrativo sul merito dell'atto dovrebbe indurre l'interprete a ritenere che anche al giudice penale sia precluso tale tipo di sindacato([186]).

Secondo quanto afferma una recente e autorevole impostazione se è vero che al giudice penale è impedito un sindacato del merito amministrativo non è altrettanto vero che allo stesso sia precluso valutare se la determinazione amministrativa rappresenta l' "occasione" per perseguire una finalità di natura criminosa; se, in altri termini, la scelta amministrativa sia stato il frutto di scelte interamente rispettose del fine cui la pubblica amministrazione deve mirare([187]). Il giudice penale, quindi, dovrebbe non tanto sindacare il merito amministrativo, quanto, prima ancora, valutare se un merito amministrativo esiste realmente e se non si persegue attraverso l'atto un fine criminoso([188]). Tale tipo di sindacato può essere definito dinamico, nel senso che il giudice (penale) è chiamato a "controllare" non tanto l'opportunità dell'atto – accertamento precluso in forza della libertà di scelta insita in ogni esercizio di potere amministrativo([189]) – quanto la sua esistenza e che attraverso la "scelta" amministrativa non si persegua una finalità criminosa.

([186]) Per l'esclusione del sindacato del merito amministrativo da parte del giudice penale: VASSALLI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Giust. pen.*, 1979, II, c. 329 ss.; FRANCHINI, *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1957, p. 337. *Contra*: VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, p. 36 ss. Secondo l'autore il sindacato del giudice penale dovrebbe essere illimitato in virtù della natura stessa dell'accertamento penale: rivolto alla ricerca della verità materiale, per cui il giudice deve pur sempre verificare e controllare la validità (e non solo la legittimità) dell'atto amministrativo compreso il vizio di merito.

([187]) GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Giuffrè, 2002, p. 108.

([188]) Nello stesso senso: PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p. 88. Secondo CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Laterza, 1979, p. 116 ss., al sindacato del giudice penale non può essere posto alcun limite preventivo.

([189]) CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo,* Giappichelli, 2001, p. 425.

Sezione II

DALLA "DISAPPLICAZIONE" AL "CONTROLLO DELLA LEGALITÀ"

3.5. *L'art. 101 Cost. e il principio di gerarchia delle fonti.*

L'art. 101 Cost. costituisce una disposizione fondamentale nell'indagine sui poteri del giudice penale in ordine al controllo della legalità amministrativa.

Finora si è analizzato, parallelamente all'analisi dell'istituto della disapplicazione, il rapporto fra amministrazione e giurisdizione. La disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo, infatti, consente al giudice, limitatamente alla causa portata alla sua cognizione (*incidenter tantum*), di "inapplicare" (*tamquam non esset*) la determinazione amministrativa, in applicazione del combinato disposto degli artt. 2, 4 e 5 LAC.

A ben vedere il controllo della legalità amministrativa da parte del giudice penale, ogni qualvolta per la definizione o la punibilità di un fatto di reato è necessario sindacare un atto amministrativo, può essere analizzato da una prospettiva differente, ossia come rapporto fra legislazione e giurisdizione([190]).

A riprova di ciò si adduce la portata semantica dell'art. 101, co. 2 Cost. a mente del quale *i giudici sono soggetti soltanto alla legge*. Non v'è dubbio che il principio di "soggezione" alla legge, anche dal punto vista letterale, significa dovere incondizionato di applicazione. L'art. 101 co. 2 Cost. peraltro non si limita a statuire che i giudici sono soggetti alla legge. Fa qualcosa di più in quanto stabilisce la soggezione *soltanto* alla legge.

Sono necessarie, a questo punto, alcune considerazioni preliminari.

Innanzitutto soggezione alla legge significa che i giudici devono fondare ogni provvedimento giurisdizionale su una specifica norma di legge. In secondo luogo i giudici sono soggetti alla legge nel senso che i

---

([190]) Per tutti, si v., in particolare, GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Giappichelli, 1995.

provvedimenti giurisdizionali devono essere materialmente conformi alle leggi([191]).

In terzo luogo i giudici sono soggetti alla legge nel senso che devono limitarsi ad applicarla: vale adire che non sono autorizzati a creare regole generali e astratte, anche in caso di lacune legislative([192]), e l'efficacia delle loro decisioni è limitata alle parti in giudizio (c.d. efficacia *inter partes*).

In quarto luogo, i giudici sono soggetti alle leggi nel senso che hanno l'obbligo di conoscerla, in quanto la conoscenza della legge costituisce presupposto fondamentale e imprescindibile per la sua applicazione. Si da in questo modo rilevanza costituzionale al principio generale secondo cui *iura novit curia*([193]).

Infine il secondo comma dell'art. 101 Cost. implica che i giudici non sono in alcun modo autorizzati a rifiutare l'applicazione della legge salvo che si tratti di leggi abrogate o di leggi annullate dalla Corte costituzionale ai sensi dell'art. 134 Cost.

Analizzate le implicazioni dell'enunciato "soggezione alla legge" è necessario ora chiarire la portata del sintagma "soggezione *soltanto* alla legge", in quanto la sua apposizione fa discendere alcune conseguenze di notevole rilievo in materia di controllo della legalità amministrativa da parte del giudice penale([194]).

Non si può negare che l'espressione *soltanto* alla legge non implica che i giudici non siano soggetti anche alla costituzione, essendo, infatti, la legge formale fonte gerarchicamente subordinata alla costituzione è ovvio che la soggezione alla legge implichi *a fortiori* la soggezione alla

---

([191]) GUASTINI, *Commentario alla Costituzione*, a cura di BRANCA-PIZZORUSSO, Zanichelli, 1994, art. 101. Secondo l'autore è necessario distinguere tra "conformità" formale "conformità" sostanziale (o materiale). A sua volta la conformità (sostanziale) può essere intesa in senso stretto e mera compatibilità. La compatibilità indica "assenza di contraddizioni" (o antinomie): è compatibile con la legge ogni atto il cui contenuto normativo non sia in contraddizione con norme di legge. Conformità invece indica "deducibilità": è conforme alla legge ogni atto il cui contenuto normativo sia logicamente deducibile da norme di legge. I provvedimenti giurisdizionali devono essere, in questo senso, non già solo compatibili con la legge ma deducibili da essa, cioè conformi

([192]) I giudici sono comunque chiamati ad applicare e fondare le loro decisioni su norme preesistenti, sulla base dei principi deducibili dall'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale.

([193]) GUASTINI, *Il giudice*, cit., p. 53 ss.

([194]) Cfr., anche, Gambardella, *Il controllo*, cit. p. 97.

costituzione e alle leggi costituzionali. Inoltre i giudici non possono essere vincolati dai precedenti giurisprudenziali([195]).

Infine i giudici sono soggetti soltanto alla legge nel senso che non sono incondizionatamente obbligati a dare applicazione agli atti della pubblica amministrazione, ivi inclusi gli atti a contenuto normativo, ossia i regolamenti.

Su un punto però è necessario svolgere adeguate precisazioni. La soggezione alla sola legge non abilita il giudice ad applicare o disapplicare gli atti della pubblica amministrazione a propria discrezione, ma implica che i giudici non sono obbligati ad applicare sempre e comunque gli atti (regolamenti e provvedimenti) del potere esecutivo. Questi ultimi, infatti, sono vincolanti per il giudice se, e solo se, risultano formalmente fondati sulla legge e, al tempo stesso, materialmente conformi ad essa. Da ciò si deduce che come l'obbligo di applicare la legge implica l'obbligo di applicare anche gli atti cui la legge faccia rinvio, così l'obbligo di applicare "solo" la legge implica l'obbligo di negare applicazione ad ogni atto, diverso dalla legge, cui la legge non faccia rinvio. Simmetricamente l'obbligo di applicare "soltanto" la legge implica l'obbligo di negare applicazione ad ogni atto che, sebbene formalmente fondato sulla legge, sia tuttavia materialmente incompatibile con la legge o difforme da essa([196]).

Quello appena enunciato può essere definito "principio di legalità nella giurisdizione".

Si può fondatamente concludere affermando che il principio di legalità, inteso in senso generale, è la diretta espressione della sovranità popolare sancita solennemente all'art. 1, co. 2 Cost. Tale principio, poi, viene affermato sia per l'attività della pubblica amministrazione in virtù

([195]) La costituzione, però, non esclude che le precedenti interpretazioni giurisprudenziali possano acquistare, in via di fatto, una efficacia persuasiva. Essa infatti non nega ai giudici la facoltà di conformare le loro decisioni ai precedenti autorevoli, ossia, concretamente, di fare appello a precedenti decisioni in sede di motivazione dei loro provvedimenti. Anche perché se così fosse la Corte di cassazione non potrebbe adempiere al suo compito "nomofilattico", vale a dire quello di assicurare una uniforme interpretazione del diritto. La Costituzione esclude soltanto che i precedenti abbiano valore vincolante; esclude cioè che i giudici abbiano l'obbligo di seguirli.

([196]) Sul punto si v. in particolare, GUASTINI, *Il giudice,* cit., p. 55 ss.

dell'art. 97 co. 1 Cost. sia per la attività giurisdizionale, in forza, per l'appunto, dell'art. 101, co. 1 e 2 Cost.([197])

Nel primo caso il principio di legalità si pone a tutela dei cittadini affinché il potere esecutivo sia soggetto ai dettami della volontà popolare espressa con la legge, di modo che la pubblica amministrazione non possa operare senza limiti legislativamente fissati.

Nel secondo caso i giudici nel dirimere la controversia devono dare precedenza assoluta alla legge in quanto espressione diretta della volontà popolare, disapplicando quegli atti (non legislativi) da essa richiamati che siano espressione della volontà amministrativa, in quanto sostanzialmente o formalmente illegittimi. Più nel dettaglio, mentre l'art. 97 Cost. detta un principio applicabile nella fase fisiologica dei rapporti pubblico-privato dal momento che obbliga alla pubblica amministrazione di esercitare il potere nei casi e con le modalità prescritte dalla legge l'art. 101 Cost., invece, fornisce indicazioni preziose per il giudice nella fase patologica dei rapporti fra pubblica amministrazione e consociati, obbligandolo a prediligere le disposizioni legislative e a togliere efficacia – con forza costitutiva o incidentale a seconda dell'autorità giudiziaria, amministrativa o ordinaria adita – agli atti espressione della volontà amministrativa contrastanti con la fonte legislativa o costituzionale.

3.6. *L'evoluzione del ruolo del giudice penale: l'art. 2 c.p.p.*

Il rapporto fra giudice penale e legalità amministrativa è un tema che non può essere confinato ad un ambito strettamente sostanziale del diritto penale. Esso richiede un approccio trasversale in quanto, una volta ammesso, come è emerso anche nel capitolo precedente([198]), il

---

([197]) Secondo FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Giuffrè, 1973, p. 685 ss., gli atti della pubblica amministrazione non solo potranno essere osservati e applicati dal giudice quando non contrastino con la "legge" (in senso tecnico), ma lo potranno solo in quanto previsti ed ammessi dalla stessa legge.

([198]) Più diffusamente, *retro*, Cap II, par. 3.5.

richiamo della fattispecie penale alle determinazioni amministrative aventi portata particolare e concreta, il giudice è obbligato a valutare la conformità dell'atto alle indicazioni formali e sostanziali indicate dalla legge. Tale controllo avviene sulla base di indicazioni normative di rango legislativo (artt. 2. 4 e 5 LAC) ma anche costituzionale (101, co. 2 Cost.).

Si ritiene opportuno analizzare, giunti a questo punto, la capacità processuale del controllo amministrativo da parte del giudice penale e, di conseguenza, la sua "portata" in relazione alle altre giurisdizioni (eventualmente) coinvolte.

Al fine di una più completa indagine appare necessario prendere le mosse dall'assetto delineato dal codice di procedura penale del 1930 per arrivare all'assetto tratteggiato dal codice di procedura penale vigente.

In virtù dell'art. 20 del c.p.p. del 1930 il giudice penale poteva rimettere la risoluzione della questione pregiudiziale civile o amministrativa al giudice competente nel caso in cui: a) la decisione sulla sussistenza del reato fosse dipesa dalla risoluzione di tale controversia; b) la stessa non fosse stata di facile risoluzione e, infine; c) che la legge non avesse posto limitazioni alla prova del diritto controverso.

La risoluzione della questione pregiudiziale civile o amministrativa nel caso in cui avesse acquisito autorità di cosa giudicata vincolava il giudice penale (art. 21 *ex* c.p.p.)([199]).

Dal codice di procedura penale ormai abrogato emergeva la possibilità per il giudice penale, fermi taluni presupposti, di investire la giurisdizione competente per la soluzione di questioni incidentali non di facile risoluzione. Inoltre in virtù del principio della unitarietà della giurisdizione, e con la conseguente finalità di evitare il contrasto fra giudicati resi da autorità giudiziarie appartenenti a giurisdizioni differenti, il giudice penale era costretto a "servirsi" della decisione *extra*penale che aveva invocato. Se, in altri termini, il giudice amministrativo avesse ritenuto quel provvedimento legittimo, al giudice penale veniva sottratta la facoltà di disapplicarlo nel caso in cui lo avesse ritenuto non conforme a legge. La legittimità dell'atto, accertata

([199]) Per tutti: CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 1979, p. 417 ss.

dall'autorità giudiziaria amministrativa, precludeva al giudice penale di disapplicarlo in conformità agli ordinari poteri di sindacato([200]).

Il profondo cambiamento che ha interessato la materia *de qua* risente, come di qui a poco si preciserà, del mutamento di prospettiva in ordine all'indipendenza del giudice penale rispetto alle decisioni dei giudici appartenenti ad altre giurisdizioni.

Il nuovo assetto dei rapporti è definito da una serie di disposizioni fra le quali l'art. 2 c.p.p. definisce la disciplina generale e innovativa.

A mente di tale articolo *il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito*. Inoltre, ai sensi del secondo comma, *la decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione civile, amministrativa o penale non ha efficacia vincolante in nessun altro processo*.

Con effetti limitati al processo in corso il giudice penale ha il più ampio controllo possibile sulla legalità amministrativa. In forza dell'art. 2 c.p.p. e salvo che sia (eccezionalmente e) diversamente stabilito nel caso in cui si profili una questione pregiudiziale civile o amministrativa il giudice penale deve risolverla autonomamente utilizzando gli strumenti di indagine posti dall'ordinamento penale senza sospendere il processo in corso.

Tutto ciò premesso si può dire che la disposizione che figura nel co. 1 dell'art. 2 c.p.p. rappresenta una novità sicuramente significativa, frutto di un tentativo di disarticolare il principio della c.d. "unità delle giurisdizioni" e in linea con la moderna tendenza di privilegiare la separazione delle giurisdizioni rispetto ad un idea che sta sempre più tramontando di un'attività giurisdizionale comune alle varie esperienze, penale, civile e amministrativa([201]).

([200])Secondo MORBIDELLI, *Il contributo dell'amministrativista alle riforme (e all'interpretazione) del reato di abuso d'ufficio*, in AA.VV., *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Giuffrè, 2000, p. 31 ss. inserire la pregiudiziale amministrativa nel processo penale costituisce una scelta irragionevole. Il processo amministrativo, infatti, è governato dal principio dispositivo di conseguenza il giudice decide sulla base dei motivi di ricorso. Il rigetto di un ricorso non vuol dire che il provvedimento sia legittimo ma solo che non si ravvisano i vizi lamentati dal ricorrente: le sentenze di rigetto hanno infatti il solo effetto di dichiarare infondate le censure proposte dal ricorrente e non anche quello di dichiarare la legittimità dell'atto impugnato.

([201]) Per la manualistica, in particolare: LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2011, p. 125 ss.; CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2006, p. 220 ss. Si

Il punto di partenza di questo assetto è stato quello di ritenere che ogni esperienza giudiziaria ha le sue regole, i propri canoni e le proprie norme di regolarità; essi nel complesso impediscono di poter fondare una sorta di "pan giurisdizionalismo". Da ciò si ricava una generale tendenza ad accentuare le autonomie delle singole giurisdizioni.

In questo rinnovato assetto il legislatore ha ritenuto di dover affidare al giudice del procedimento che si potrebbe chiamare principale la risoluzione *di ogni questione da cui dipende la decisione*, al fine di consentire una pronta definizione. Il giudice penale nel risolvere le questioni che gli sono affidate utilizzerà tutte le regole proprie della specifica esperienza processuale che lo riguarda. Ciò significa, in altri termini, che il giudice penale non dovrà, ad esempio, osservare le regole probatorie di altre esperienze e non avrà altri limiti che non siano quelli impostigli dalla legge processuale penale([202]).

Affermato in via generale il potere di cognizione del giudice penale di risolvere ogni questione da cui dipende la decisione, è fatta salva una serie di situazioni nelle quali la regola può essere derogata; in un inventario con il carattere della tassatività e dunque insuscettibile di estensione analogica ai sensi dell'art. 14 delle preleggi.

Le situazioni riconducibili letteralmente alla previsione dell'art. 2 c.p.p. dovrebbero essere soltanto quelle che prevedono una vera e propria sottrazione al giudice penale del potere dovere di decidere, su uno degli elementi costitutivi della fattispecie, con la connaturale implicazione di un effetto vincolante per il giudice penale della decisione pronunciata da altro organo giurisdizionale([203]).

---

segnala, inoltre, sulla questione: MORELLO, *Il nuovo processo penale, Parte generale*, Padova, 2000, *passim*.

([202]) GIARDA-SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, *sub* art. 2, IPSOA, 2010. Di regola ogni questione rappresenta l'antecedente logico giuridico di una questione successiva, secondo cadenze procedimentali facilmente identificabili. L'oggetto di ogni questione può dipendere o dagli elementi costitutivi delle varie fattispecie processuali o delle fattispecie di illecito penale o di illecito punitivo amministrativo connesse; orbene è facile ipotizzare che taluni di questi elementi costitutivi potrebbero appartenere in via naturale ai poteri di accertamento di altro organo giurisdizionale: si pensi, tanto per fare un'esemplificazione, a tutte le fattispecie dei delitti contro la pubblica amministrazione nelle quali è implicito o evocato o richiamato un atto amministrativo.

([203]) In questo senso si segnalano gli artt. 3 ("questioni pregiudiziali"), 263. co. 3 ("caso di controversia sulla proprietà di cose sequestrate":), 324, co. 8 (nel disciplinare il procedimento di riesame avverso l'adozione di una delle "misure cautelari reali" si dispone che il giudice del

In realtà, però, anche laddove la legge consente espressamente al giudice penale di rinviare la questione pregiudiziale al giudice amministrativo, la forza della decisione extrapenale non ha carattere vincolante per il giudice (penale) *a quo*. A questo proposito occorre esaminare, più nel dettaglio, l'art. 479, co. 1 c.p.p.

L'articolo ora citato prevede la possibilità per il giudice penale di sospendere il dibattimento *qualora la decisione sull'esistenza del reato dipenda dalla risoluzione di una controversia civile o amministrativa di particolare complessità, per la quale sia già in corso un procedimento presso il giudice competente*, sempreché *la legge non pon*(ga) *limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa*. La pronuncia del giudice amministrativo non pone alcun vincolo al giudice penale, il quale ben potrà disattendere il contenuto della decisione. Se è vero che il giudice penale non è vincolato, è altrettanto vero che può apprezzarla e tenerla in considerazione, sempre alla stregua del principio di separazione delle giurisdizioni e di progressiva erosione dell'unitarietà delle giurisdizioni codificato nell'art. 2 c.p.p.([204]).

Il giudice penale, pertanto, ben potrà disapplicare un provvedimento amministrativo ritenuto legittimo dal giudice amministrativo o, al contrario, convincersi della sua legittimità anche qualora sia emanata sentenza costitutiva di annullamento da parte dell'autorità giudiziaria amministrativa([205]).

Ciò si ricava dal fatto che la legge laddove ha voluto conferire efficacia vincolante alla decisione *extra*penale lo ha fatto espressamente. Ai sensi dell'art. 3 c.p.p., infatti, in relazione ad una questione sullo stato di famiglia o di cittadinanza il legislatore al successivo comma 4 afferma che *la sentenza irrevocabile del giudice civile che ha deciso una questione sullo stato di famiglia o di cittadinanza ha efficacia di giudicato nel*

---

riesame, in caso di contestazione della proprietà rinvia la decisione della controversia al giudice civile, mantenendo nel frattempo il sequestro).

([204]) MARZADURI, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da CHIAVARIO, vol. V, Utet, 1991, p. 97.

([205]) Secondo la Relazione al Progetto preliminare del 1988, *sub* art. 3, gli accertamenti contenuti nella sentenza amministrativa o civile passata in giudicato saranno valutati nel processo penale alla stregua di ogni altro materiale utile sul piano probatorio, salvi, com'è ovvio, gli effetti costitutivi, modificativi od estintivi, di situazioni giuridiche, che ad essi siano ricollegati dalla legge

procedimento penale([206]). È evidente, in questo caso, il vincolo cui il giudice penale deve attenersi.

Per riassumere il giudice penale può trovarsi di fronte ad una questione pregiudiziale amministrativa di facile o di difficile risoluzione. Nella prima ipotesi l'oggetto della questione pregiudiziale può essere pendente o meno dinanzi al giudice amministrativo.

Nel primo caso il giudice penale non può sospendere il processo e deve decidere autonomamente la questione, anche in maniera difforme rispetto al giudicato amministrativo che eventualmente, e nel frattempo, si sia formato.

Nel secondo caso, allo stesso modo, decide ugualmente in maniera autonoma la questione pregiudiziale da cui dipende la decisione. La posizione assunta dal giudice penale sulla questione pregiudiziale non vincola in alcun modo il giudice amministrativo investito in via principale o incidentale della stessa questione.

Nell'ipotesi in cui la questione sia di difficile risoluzione occorre distinguere a seconda che il processo amministrativo sia già instaurato o meno.

Nel primo caso il giudice penale può disporre la sospensione del dibattimento in attesa della decisione amministrativa. La decisione del giudice amministrativo non può, comunque, vincolare il giudice penale.

Nel caso in cui il giudizio amministrativo non sia già instaurato il giudice penale non può sospendere il processo rimettendo la questione al giudice amministrativo ma, al contrario, deve decidere autonomamente sulla questione([207]).

Per concludere se un atto amministrativo viene stimato legittimo dal giudice penale, tale qualificazione obbliga solamente quest'ultimo alla disapplicazione dell'atto. Se l'atto viene in considerazione in un altro processo, la sua qualificazione di legittimità o di illegittimità non vincola in nessun modo il giudice penale. Quest'ultimo sarà però obbligato ad

---

([206]) Nell'ipotesi di cui all'art. 3 c.p.p. l'espressione "può sospendere" non deve essere intesa come fondante la facoltà del giudice di sospendere il processo, infatti una volta realizzate le condizioni poste dalla legge per l'esercizio del potere di sospendere il processo, sembra difficile riconoscere al giudice una residua facoltà di immotivato rifiuto. Nello stesso senso: NAPPI, *Guida alla procedura penale*, Giuffrè, 2000, p. 745.

([207]) GIARDA-SPANGHER, *Codice di procedura penale,* cit., *sub* art. 2.

una adeguata motivazione nel caso in cui decida di discostarsi dalla decisione sulla qualificazione dell'atto resa in un altro giudizio([208]).

L'art. 2 c.p.p. appare la perfetta conseguenza sul piano applicativo dell'art. 101 co. 2 Cost. Il compito del giudice penale è infatti di applicare la legge penale: deve decidere su un determinato accadimento concreto, anche prescindendo da valutazioni di questioni amministrative compiute da altri giudici. Il principio di soggezione del giudice soltanto alla legge prevale, quindi, sulle istanze inerenti all'uniformità della giurisdizione([209]).

([208]) Sul punto Cass., sez. I, 3 luglio 2001, Bosco, in *C.E.D. Cass.*., n. 219476, secondo la quale la valutazione che il giudice penale compie in ordine alla validità di un atto amministrativo al fine di accertare o di escludere l'esistenza del reato della cui cognizione è investito, è eseguita – ai sensi dell'art. 5 l. n. 2248 del 1865 All. E – incidenter tantum ed ha efficacia circoscritta all'oggetto dedotto in giudizio; di conseguenza, il giudicato sul caso deciso non preclude la libera ed eventualmente diversa valutazione dello stesso provvedimento ad opera di altro giudice in caso analogo.

([209]) Nello stesso senso: GAMBARDELLA, M., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit. p. 105.

Sezione III

IL SINDACATO DEL GIUDICE PENALE SULL'ATTO AMMINISTRATIVO NELL'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE

3.7. *Impostazione della questione e orientamenti pretori.*

L'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali sulla questione degli effetti del sindacato sull'atto amministrativo che compone, internamente o esternamente, la fattispecie penale ha trovato nella legislazione urbanistica un campo privilegiato di discussione.

Per il particolare legame con l'ambiente e l'assetto del territorio al cui controllo e alla cui tutela sovrintende l'amministrazione comunale, la possibilità di realizzare manufatti è subordinata al rilascio di un titolo abilitativo che cristallizzi in capo al privato lo *ius aedificandi*([210]).

([210]) Il permesso di costruire è necessario in tutti gli interventi di trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio come: *a*) gli interventi di nuova costruzione. Secondo il Testo unico sull'edilizia sono da considerarsi tali: la costruzione di manufatti edilizi fuori terra o interrati, ovvero l'ampliamento di quelli esistenti all'esterno della sagoma esistente; gli interventi di urbanizzazione primaria e secondaria realizzati da soggetti diversi dal comune; la realizzazione di infrastrutture e di impianti, anche per pubblici servizi, che comporti la trasformazione in via permanente di suolo inedificato; l'installazione di torri e tralicci per impianti radio-ricetrasmittenti e di ripetitori per i servizi di telecomunicazione; l'installazione di manufatti leggeri, anche prefabbricati, e di strutture di qualsiasi genere, quali roulottes, campers, case mobili, imbarcazioni, che siano utilizzati come abitazioni, ambienti di lavoro, oppure come depositi, magazzini e simili, e che non siano diretti a soddisfare esigenze meramente temporanee; gli interventi pertinenziali che le norme tecniche degli strumenti urbanistici, in relazione alla zonizzazione e al pregio ambientale e paesaggistico delle aree, qualifichino come interventi di nuova costruzione, ovvero che comportino la realizzazione di un volume superiore al 20% del volume dell'edificio principale; la realizzazione di depositi di merci o di materiali, la realizzazione di impianti per attività produttive all'aperto ove comportino l'esecuzione di lavori cui consegua la trasformazione permanente del suolo inedificato; *b*) gli interventi di ristrutturazione urbanistica; *c*) gli interventi di ristrutturazione edilizia che comportino modifiche (cioè aumento di unità immobiliari, modifiche del volume, della sagoma, dei prospetti o delle superfici, ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso). La scelta del committente e/o del professionista incaricato di attuare mediante Dia interventi di norma assoggettati a permesso di costruire non comporta variazioni rispetto alle connotazioni proprie del permesso di costruire, con la sua onerosità e la rilevanza penale in caso di abusi. E' inoltre salva la facoltà dell'interessato di chiedere il rilascio del permesso di costruire per la

L'oggetto del dibattito ha riguardato precipuamente la configurabilità della rilevanza penale *ex* art. 20 della L. 28 febbraio 1985, n. 47 (ora confluito nell'art. 44, t.u. sull'edilizia, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) della costruzione (edilizia) eseguita sulla base di una concessione edilizia (ora permesso di costruire) illegittima.

Nel corso degli anni '70 la questione della possibile equivalenza fra illegittimità e mancanza della concessione si pose prepotentemente all'attenzione della giurisprudenza inizialmente di merito e successivamente di legittimità.

L'orientamento pretorile che si consolidò fu quello di ritenere "mancante" una concessione edilizia illegittima in base all'applicazione del combinato disposto degli artt. 2, 4 e 5 della l. sulla abolizione del contenzioso amministrativo([211]). Qualora la concessione edilizia sia, a seguito di accertamento del giudice penale, illegittima è obbligatoria la sua disapplicazione a prescindere dagli effetti concreti che ne conseguiranno([212]). Il giudice penale, secondo questa impostazione, dovrebbe, in via incidentale, sindacare il provvedimento amministrativo presupposto della condotta e, nel caso ravvisi l'illegittimità, disapplicarlo (*tamquam non esset*)([213]).

Per vero, non si può affermare che questa impostazione fosse limitata alla giurisprudenza (seppur) pretorile.

Anche in dottrina, infatti, si predicava l'assoluta equiparazione fra illegittimità della concessione e sua mancanza quale effetto obbligato della disapplicazione del provvedimento illegittimo. Una volta che la disapplicazione viene ammessa anche in campo penale, seppur originata nella prospettiva di tutela del cittadino nei confronti degli atti della

---

realizzazione di interventi sottoposti a semplice denuncia di inizio attività (Dia). In questo caso il termine per il rilascio è di sessanta giorni.

([211]) Per quanta riguarda l'applicazione dell'istituto della disapplicazione anche nel processo penale si v. *funditus* par. 4.1. di questo stesso capitolo.

([212]) Sul punto si veda, ad esempio, Pret. Ariano Irpino, 12 febbraio 1970, Sciarappa, in *Riv. giur. edil.*, 1970, I, p. 1373.

([213]) In senso contrario, VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, p. 28 ss.; VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Giuffrè, 1980.

pubblica amministrazione, opera in mancanza di espresse limitazioni sia *pro* che *contra reum*([214]).

È decisivo, a questo punto, indagare sulle ragioni che in un primo tempo hanno condotto la giurisprudenza di merito e parte della dottrina a propendere in favore della soluzione interpretativa basata sull'equivalenza illegittimità-mancanza della concessione edilizia([215]).

A questo fine risulta necessario prendere le mosse dalle sanzioni (urbanistiche) penali previste dall'ordinamento. Come anticipato l'art. 20 della l. 47/85 è confluito interamente nell'art. 44 t.u. sull'edilizia. Ai sensi di quest'ultimo, rubricato (*Sanzioni penali*): *Salvo che il fatto costituisca più grave reato e ferme le sanzioni amministrative, si applica:*
a) l'ammenda fino a 10.329 euro per l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dal presente titolo, in quanto applicabili, nonché dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal permesso di costruire;
b) l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 5.164 a 51.645 euro nei casi di esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso o di prosecuzione degli stessi nonostante l'ordine di sospensione;
c) l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 15.493 a 51.645 euro nel caso di lottizzazione abusiva di terreni a scopo edilizio, come previsto dal primo comma dell'articolo 30. La stessa pena si applica anche nel caso di interventi edilizi nelle zone sottoposte a vincolo storico, artistico, archeologico, paesistico, ambientale, in variazione essenziale, in totale difformità o in assenza del permesso.

La ragione dell'equivalenza fra illegittimità e mancanza della concessione nasce da una ragione di politica criminale. Molto spesso la concessione (ora permesso di costruire) era il prodotto dell'attività illecita degli amministratori pubblici che ne barattavano il rilascio in difformità alle prescrizioni urbanistiche in cambio di denaro o di altra utilità([216]). Nell'impossibilità di addivenire alla dimostrazione

---

([214]) ALBAMONTE, *Atti amministrativi illegittimi e fattispecie penale: i poteri del giudice nella tutela penale del territorio*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1865 ss.

([215]) MARINI, voce *Urbanistica (reati in materia di)*, in *Dig. disc, pen.*, vol. XV, Utet, 1999, p. 98.

([216]) Nello stesso senso anche: GAMBARDELLA, M., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit. p. 115.

processuale dei ben più gravi reati di cui agli artt. 318 e 319 c.p.([217]), parte della giurisprudenza giunse alla conclusione di considerare mancante il provvedimento ampliativo illegittimo. In questo modo però passava in secondo piano il fatto che i reati *de quibus* hanno natura solamente contravvenzionale e sono per di più applicabili, in virtù della clausola di riserva, salvo che il fatto costituisca più grave reato a testimonianza del fatto che i reati urbanistici non sono l'unico strumento del quale l'ordinamento si serve per reprimere l'abusivismo edilizio.

In altri termini, al fine di evitare percorsi probatori più complessi ma indirizzati alla repressione di quei reati che più efficacemente potessero contrastare l'attività illecita di certi amministratori pubblici, veniva scelta la repressione del fatto contravvenzionale di più agevole accertamento. Senza contare poi che la "macroscopica" illegalità della concessione può essere una valida spia dell'esistenza del ben più grave reato di corruzione o di altro reato contro la pubblica amministrazione, sul quale non mancano certo al giudice penale gli strumenti per indagare; né si può trascurare la sollecitazione dell'esercizio del potere di autotutela da parte dell'autorità amministrativa (competente), né l'intervento della giurisdizione amministrativa per un controllo armonico dei pubblici poteri al fine di una efficace repressione([218]).

Ogni ricostruzione dogmatico-interpretativa della legge che sia tributaria di un'esigenza di politica criminale e ispirata a non meglio precisate istanze "utilitaristiche" può comportare conseguenze inique sul piano della giustizia sostanziale non appena la sua applicazione superi i confini della sua (presunta) "necessarietà". Difatti a subire le conseguenze applicative di questo orientamento non è solo colui il quale ha ottenuto una concessione edilizia a seguito di un accordo criminoso con l'amministratore pubblico ma anche il privato che, ignaro del vizio di legittimità dell'atto, fa affidamento senza colpa sulla sua conformità della stesso alla legge.

([217]) Difficoltà da riscontrare nella complessità probatoria di delineare l'accordo criminoso tra privato e soggetto pubblico.

([218]) Per una generale ricostruzione delle critiche mosse a questo orientamento giurisprudenziale si v. in particolare: MILONE, *Il mancato intervento delle Sezioni Unite penali della Cassazione sul grave problema, ancora aperto, della sindacabilità dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario*, in *Riv. giur. edil.*, 1995, p. 985

A diversa conclusione giunge un altro orientamento della giurisprudenza, questa volta di legittimità, in base al quale occorre distinguere fra atto illegittimo e atto viziato da carenza di potere in astratto o emesso in conseguenza di attività criminosa dell'agente pubblico che lo rilascia o del privato che lo consegue([219]). In questo secondo gruppo di casi l'atto non appartiene al mondo giuridico in quanto o emanato da soggetto pubblico non dotato della relativa attribuzione o, comunque, illecito.

Nel caso in cui l'atto fosse solamente illegittimo si escludeva la configurabilità del reato di costruzione senza concessione in quanto, si diceva, che il giudice penale dovesse verificare solo l'esistenza dell'atto sulla base della sua esteriorità formale e della provenienza dall'organo competente ad emetterlo.

Anche questo orientamento ha sollevato talune criticità. Innanzitutto ampliare la norma incriminatrice fino a ricomprendervi ipotesi nelle quali il provvedimento di concessione è frutto di attività criminosa sarebbe una violazione surrettizia del principio di tassatività([220]). Inoltre equiparare le due situazioni (concessione giuridicamente inesistente e concessione assente) implica la violazione del divieto di analogia, dal momento che si parificano situazioni differenti([221]).

3.8. *L'intervento delle Sezioni Unite penali: la sentenza Giordano e il progressivo superamento della c.d. disapplicazione penale.*

([219]) Cass., sez. III, 15 marzo 1982, Basso, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1856, n. 1429; Cass. sez. VI, 7 dicembre 1984, Ambrogi, n *C.E.D. Cass.*, n. 167334; Cass., sez. III, 10 gennaio 1984, Tortorella, *ivi*, n. 163038

([220]) Cfr., *amplius*, par. 4.12.

([221]) Ad una generale disamina al livello comparatistico appare opportuno segnalare, senza pretesa di esaustività, la "figura" di matrice tedesca dell'abuso del diritto (*Rechtsmißbrauch*), in particolare, sul punto: AZZALI, *La tutela penale dell'ambiente*, Cedam, 2001, p. 55.; CATENACCI-HEINE, *La tensione tra diritto penale e diritto amministrativo nel sistema tedesco di tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 932 ss. Quando si ottiene una autorizzazione amministrativa con inganno o minaccia, corruzione o collusione con l'agente pubblico, l'atto amministrativo è considerato *tamquam non esset*. In questo caso l'illegittimità-illiceità del provvedimento è parificato alla sua mancanza.

Per riassumere il quadro di incertezza interpretativa che coinvolgeva la giurisprudenza di legittimità e di merito nonché la dottrina, è possibile in via di estrema sintesi ricostruire gli orientamenti sul tappeto.

Per un primo filone ermeneutico l'illegittimità della concessione edilizia, ritenuta dal giudice a norma degli artt. 4 e 5 l. 20 marzo 1865, n. 2248, All. *E*, comporterebbe la giuridica inesistenza dell'atto amministrativo e, conseguentemente, la sussistenza obiettiva del reato di cui all'art. 20, lett. *b* l.28 febbraio 1985, n. 47([222]). Sul versante soggettivo questo indirizzo interpretativo si divide a sua volta in due sotto orientamenti, dei quali il primo esclude che il costruttore possa invocare la buona fede([223]) (equivalente a un'inammissibile ignoranza della legge penale), mentre il secondo ritiene che per potersi ravvisare la penale responsabilità del costruttore occorre provare o la consapevolezza della palese illegittimità del provvedimento o la collusione di costui con l'autorità comunale.

Per un secondo filone ermeneutico il rilascio della concessione edilizia, seppur illegittima, prima dell'inizio dei lavori, impedisce la configurabilità del reato di costruzione in assenza di atto ampliativo, dovendo il giudice controllare solo l'esistenza dell'atto sulla base dell'esteriorità formale e della sua provenienza dall'organo legittimato ad emetterlo; ulteriormente precisando che ci si deve riferire ad assenza dell'atto non solo qualora questo sia stato emesso da organo assolutamente privo del potere di provvedere, ma anche qualora il provvedimento sia frutto di attività criminosa del soggetto pubblico che lo rilascia o del soggetto privato che lo consegue e, quindi, non sia riferibile oggettivamente alla sfera del lecito giuridico, oltre la quale non è dato operare ai pubblici poteri([224]).

([222]) Per la equiparazione dell'illegittimità alla assenza della concessione, *ex plurimis*: Cass., sez. III, 10 marzo 1986, Sylos, in *Mass. Ufficiale*, 1986, n. 172901; Cass., sez. III, 16 dicembre 1985, Furlan, in *Cass. pen.*, 1987, p. 389; Cass. sez. III, 13 novembre 1984, Del Favero, *ivi.*, 1986, p. 356; Cass., sez. III, 27 ottobre 1982, Mariano, *ivi,* 1984, p. 674.

([223]) Cass. sez. VI, 13 maggio 1980, Palmerini, in *Cass. pen.*, 1981, p. 1633.

([224]) Per l'orientamento contrario alla configurabilità del reato nell'ipotesi di rilascio della concessione seppur illegittima, *ex multis*: Cass. sez. III, 16 dicembre 1985, Bettoni, in *Mass. Ufficiale*, 1985, n. 171925; Cass. sez., III 10 gennaio 1984, Tortorella, in *Cass. pen.*, 1985, p. 1446, n. 902; Cass. sez. III, 15 marzo 1982, Basso, *ivi*, 1983, p. 1856, n. 1429; Cass. sez. VI, 7 dicembre 1984, Ambrogi, in *C.E.D. Cass.*, n. 167334

In questo contesto si inseriscono le Sezioni unite "Giordano" del 31 gennaio 1987([225]).

Il *punctum pruriens* della pronuncia risiede nella ammissibilità secondo il diritto positivo della disapplicazione da parte del giudice penale. Secondo il supremo collegio nomofilattico il combinato disposto degli artt. 4 e 5 LAC sarebbe esclusivamente indirizzato alla tutela dei diritti soggettivi incisi da atti illegittimi della pubblica amministrazione. Il potere tutto processuale di disapplicare la determinazione amministrativa risulta quindi ammissibile non in generale, benché la legge faccia riferimento al giudice ordinario, ma solamente nei confronti di quegli atti che incidono illegittimamente su diritti soggettivi([226]).

Più nel dettaglio l'art. 4 della menzionata legge del 1865 dispone che *quando la contestazione cade su di un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio. L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso*, mentre l'art. 5 soggiunge che *in questo come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi e i regolamenti generali e locali, in quanto conformi alle leggi*.

Dalla lettura congiunta di tali disposizioni di legge si evince chiaramente che le norme in questione non introducono affatto un principio generalizzato di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi da parte del giudice ordinario (sia esso civile o penale) per esigenze di diritto oggettivo, ma che al contrario, il controllo sulla legittimità dell'atto amministrativo è stato rigorosamente limitato dal legislatore ai soli atti incidenti negativamente sui diritti soggettivi e alla specifica condizione che si tratti di accertamento incidentale, che lasci persistere gli effetti che l'atto medesimo è capace di produrre all'esterno del giudizio. Ne consegue che la normativa in questione non può trovare

---

([225]) Cass. sez. un., 31 gennaio 1987, Giordano, in *Cass. pen.*, 1987, p. 1711.

([226]) La Suprema corte fa proprio il ragionamento espresso in una decisione cronologicamente appena precedente: Cass. sez. III, 13 marzo 1985, Meraviglia, in *Foro it.*, 1986, II, c. 84 ss. con nota di FORNASARI, *Sulla rilevanza penale delle costruzioni edilizie realizzate in base ad atti concessori illegittimi*.

applicazione per quegli atti amministrativi che, lungi dal comportare lesione di un diritto soggettivo, rimuovono, invece, un ostacolo al loro libero esercizio (nulla osta, autorizzazioni) o addirittura li costituiscono (concessioni). Aggiunge il supremo consesso che opinare diversamente non solo comporta l'estensione al diritto oggettivo di una regola dettata unicamente a tutela dei diritti soggettivi, ma comporta altresì - con violazione del principio di violazione dei poteri - l'attribuzione al giudice penale di un potere di controllo e di ingerenza esterna sull'attività amministrativa e, quindi, l'esercizio di un'attività gestionale che dalla legge è, invece, demandata in esclusiva ad altro potere dello Stato([227]).

Nel percorso ricostruttivo della questione le Sezioni unite non escludono, tuttavia, la possibilità del giudice penale di "conoscere" della illegittimità dell'atto amministrativo. Tale facoltà non è comunque ricollegabile, come si è visto, al potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo riconosciutogli dagli artt. 4 e 5 LAC ma deve, al contrario, trovare fondamento e giustificazione: a) in una esplicita previsione legislativa (come avviene per il disposto dell'art. 650 c.p.), ovvero; b) nell'ambito dell'interpretazione ermeneutica della norma penale, qualora la illegittimità dell'atto amministrativo si presenti, essa stessa, come elemento essenziale della fattispecie criminosa([228]).

Nella fattispecie dell'art. 20 lett. *b*) della l. 47/85, ora confluita nell'art. 44, co. 1 lett. *b*) d.P.R. 380/2001 potrebbe ritenersi valida l'equiparazione tra "mancata concessione" e "concessione illegittimamente rilasciata" solo allorquando la legge richiede ai fini dell'integrazione della figura tipica la "legittimità" dell'atto amministrativo o, in via interpretativa, quando la necessaria legittimità dell'atto amministrativo, pur non essendo espressamente prevista, si ricavi da una lettura della fattispecie incriminatrice fondata sulla natura del bene tutelato.

([227]) In adesione alla posizione della suprema corte si segnala, in dottrina: GAMBARO, *Il diritto di proprietà,* in *Trattato di diritto civile e commerciale,* diretto da CICU-MESSINEO, Giuffrè, 1995, p. 372.

([228]) Cass. Sez. Un., 31 gennaio 1987, Giordano, cit., p. 881

3.8.1. *Le critiche alle Sezione unite "Giordano": un principio di diritto (immediatamente) disatteso.*

Le argomentazioni addotte dalle Sezioni unite Giordano non hanno convinto la giurisprudenza successiva alla pronunce([229]).

Il baricentro delle criticità si è concentrato sulla (ri)lettura dell'istituto della disapplicazione proposta dall'autorevole arresto giurisprudenziale. Quest'ultimo lo riteneva strumento processuale posto dal legislatore storico ad esclusiva tutela dei diritti soggettivi.

Gli artt. 4 e 5 LAC non distinguono gli atti nei confronti dei quali il controllo di legalità può essere effettuato ed atti nei confronti dei quali tale controllo non può essere effettuato; visto che la norma afferma in modo categorico e generale, che ogni atto della pubblica amministrazione, generale o particolare, è soggetto al controllo di legalità dei giudici. Ogni atto deve essere disapplicato se non conforme a legge. Si tratta, quindi, di un controllo di legalità generale nei confronti di tutti gli atti amministrativi con effetti limitati al giudizio in corso([230]).

È possibile inoltre ascrivere ai due articoli una funzione differente. L'art. 5 l. abol. cont. attraverso la locuzione "*in ogni altro caso*", attribuisce al giudice il potere di decidere, oltre che le questioni di sua competenza, anche quelle che tali non sono, ma che devono essere decise al fine di rendere possibile il giudizio sulla questione principale: potere che si ricollega direttamente al principio cardine di ogni stato di diritto: il primato della legge e del parlamento([231]); mentre l'art. 4 della l. abol. cont. tutela i diritti soggettivi lesi dagli atti della pubblica amministrazione([232]).

([229]) Su tutte: Cass. sez., III, 9 gennaio 1989, Bisceglia, in *Cass. pen.*, 1990, p. 135 ss.

([230]) Cass. sez. III, 9 gennaio 1989, Bisceglia, in *Cass. pen.*, 1990, p. 135 ss. Secondo quest'ultima pronuncia «le situazioni in cui si può discutere della legittimità di un atto amministrativo o di un regolamento in via incidentale sono, ovviamente, molteplici: caso in cui il privato si rivolge contro l'atto amministrativo assumendo la violazione di un suo diritto; caso in cui il privato chiede l'adempimento di una obbligazione; caso in cui due privati controvertono fra loro, ponendo a base della loro discussione la validità di un atto amministrativo; azioni penali che hanno come loro presupposto l'esistenza o l'inesistenza di atti amministrativi».

([231]) Sul punto in particolare: GUASTINI, *Il giudice e la legge*, cit., 1995, *passim*.

([232]) Cfr., *retro*, par. 3.1.

Le critiche mosse alla sentenza Giordano a proposito della limitazione del controllo sulla legittimità dell'atto amministrativo ai soli casi di lesione di diritti soggettivi, non trova un chiaro supporto normativo([233]). In verità proprio dall'art. 5 della l. abol. cont. si ricaverebbero indicazioni esattamente contrarie([234]).

3.9. *Le Sezioni Unite (penali) ci riprovano: il caso "Borgia".*

Continuando il contrasto all'interno delle sezioni semplici, il massimo consesso della giurisprudenza di legittimità è tornato sulla questione a circa sei anni di distanza dalla pronuncia "Giordano"([235]).

Va chiarito preliminarmente che l'oggetto del giudizio non ha riguardato l' accertamento, come tradizionalmente avveniva, della sussistenza dei reati edilizi di cui alle lett. *b*) e *c*) della l. n. 47 del 1985, ma dell'ipotesi di cui alla lett. *a*) della stessa legge.

Da un punto di vista generale mentre le contravvenzioni di cui alle lett. *b*) e *c*), con una gradualità crescente delle pene edittali, in rapporto al grado di lesione dell'interesse stesso, sanzionano le opere di trasformazione urbanistica del territorio, in assenza di concessione, in totale difformità o con variazioni essenziali a quest'ultima equiparate, la

---

([233]) Secondo Cass. sez. III, 24 giugno 1992, Palmieri, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2078, n. 1267 l'atto amministrativo illegittimo si deve disapplicare qualora, anche che senza che si debba pensare necessariamente a collusioni degli amministratori con i richiedenti o senza che tali collusioni siano provate, accada che siano rilasciate concessioni edilizie affette da violazioni di legge addirittura macroscopiche o vistose. Si pensi così a costruzioni da realizzare in aree archeologiche e in parchi protetti. Per cui in questi casi l'equiparazione acquista in plausibilità e riprende credito l'esigenza di reprimere chi esegua i lavori in base a concessioni manifestamente illegittime al pari di chi non abbia concessione alcuna.

([234]) Alla stregua del lessico dell'epoca della legge sull'abolizione del contenzioso la nozione di diritto soggettivo risulta compatibile con la tutela apprestata dal diritto penale. Come insegnava CARRARA, *Programma del corso di diritto penale*, § 36, 1859, (rist.) Il Mulino, 1993, p. 74 il reato veniva inteso come violazione di un diritto soggettivo: «*Il delitto non può che avere per suo oggetto che un idea, il diritto violato che la legge col suo divieto protegge*».

([235]) Cass. Sez. Un., 12 novembre 1993, Borgia, in *Cass. pen.*, 1994, p. 901, con nota di MENDOZA, *Le sezioni unite affermano la rilevanza penale della concessione edilizia emessa in difformità della normativa urbanistica e delle previsioni di piano.*

lett. *a*) comprende le trasgressioni residuali, sempreché rilevanti penalmente.

Venendo ora, più nel dettaglio, al contenuto del precetto di cui alla lett. *a*) la norma punisce la violazione degli strumenti urbanistici e del regolamento edilizio, l'inosservanza delle prescrizioni della concessione edilizia, l'inosservanza delle modalità esecutive dell'opera risultanti dai suddetti strumenti e dalla concessione edilizia stessa, oltre che dalla legge([236]).

L'accertamento attribuito al giudice penale, nella materia *de qua* consiste, allora, nel procedere alla esatta e concreta verifica tra opera in corso di esecuzione o realizzata e fattispecie legale quale descrittivamente risulta dagli elementi extrapenali di natura amministrativa([237]). In questa prospettiva gli strumenti normativi urbanistici, nonché il regolamento edilizio e la concessione edilizia costitusicono l'ordinario parametro per l'accertamento della liceità o meno dell'opera realizzata. La concessione edilizia, nei limiti del suo contenuto provvedimentale di esternazione formale dell'assenso comunale a costruire, con le sue eventuali prescrizioni, sempreché compatibili con il progetto approvato, integra la fattispecie penale di cui alla lett. *a*) e di questa specifica i connotati, in vista della salvaguardia dell'interesse tutelato: il tutto con riguardo ad attività comportanti trasformazione urbanistica del territorio. Al giudice penale, quindi, non sarebbe affidato alcun sindacato sull'atto amministrativo ma, nell'esercizio della ordinaria potestà penale, sarebbe tenuto ad accertare la conformità tra ipotesi di fatto e fattispecie legale, in vista dell'interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela, nella quale gli elementi di natura extrapenali suddetti convergono organicamente, assumendo un significato descrittivo([238]).

In conclusione si può avere una condotta integrante il precetto previsto dall'art. 20 lett. *a*) anche nel caso in cui sia stata rilasciata una

---

([236]) Per una disamina completa sui reati edilizi si segnala il recente contributo di: RAMACCI, *I reati edilizi, disciplina, sanzioni e casistica*, Giuffrè, 2010, p. 65 ss. sull'ambito di applicazione della lett. a dell'art. 20 l. 47 del 1985. Cfr. pure ALBAMONTE, *La concessione edilizia*, Giuffrè, 1998, p. 175 ss.

([237]) Per un approfondimento sugli elementi normativi di natura amministrativa, si v., in particolare RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Giuffrè, 2004, p. 65.

([238]) Cass. Sez. Un., 12 novembre 1993, Borgia, cit., p. 903

concessione, senza che il giudice penale debba disapplicare un atto amministrativo illegittimo. Il giudice dovrebbe solamente accertare la conformità tra ipotesi di fatto e fattispecie legale, in vista dell'interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela.

A ben vedere però le Sezioni unite "Borgia" non forniscono un contributo sistematico e completo alla questione che animava, sia in dottrina che in giurisprudenza, il dibattito. L'arresto delle Sezioni unite ora descritto ha affrontato solo la questione se l'art. 20 lett. *a*) sia applicabile anche in presenza di una concessione edilizia, ad un comportamento oggettivamente violativo degli strumenti urbanistici, pervenendo ad una conclusione che, sul piano dogmatico appare logica([239]). Difatti non viene assolutamente risolta la questione della configurabilità del reato di cui alle lett. *b*) e *c*) dell'art. 20 in presenza di una concessione edilizia illegittima([240]); anche se la sentenza lascia intendere, quale implicito presupposto che al giudice penale è inibito un autonomo potere di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi([241]).

3.10. *Dalla tesi della disapplicazione alla teoria dell'interesse sostanziale tutelato: il cammino della giurisprudenza nel controllo della legalità amministrativa da parte del giudice penale.*

([239]) Cass. Sez. Un., 12 novembre 1993, Borgia, cit., p. 909. Come si legge nelle motivazioni la disposizione di cui all'art. 20 lett. a) costituisce una norma penale in bianco per il cui precetto viene fatto rinvio a dati, prescrizioni e provvedimenti di fonte extrapenale. Per quanto riguarda le norme penali in bianco, non si può che, in questa sede, rinviare a: LEONE, *Le norme penali in bianco*, in *Scritti teorico pratici sulla nuova legisl. pen. ital.*, I Bologna, 1932; PETROCELLI, *Norma pen. e regolamento*, in *Studi De Marsico*, II, 1959, p. 399; CARBONI, *Norme pen. in bianco e riserva di legge: a proposito della legittimità cost. dell'art. 650 c.p.*, in *Riv. it.* 1971, p. 454; ID, *Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, 1970, passim.

([240]) Si v., sul punto, MILONE, *Il "mancato intervento"*, cit., p. 986;

([241]) Di questo avviso anche, MICHELI, *Giudice penale e concessione edilizia illegittima: la definitiva affermazione della portata sostanziale del sindacato sull'atto amministrativo*, in *Cass. pen.* 1997, p. 3160.

Dalla ricostruzione della questione del controllo della legalità amministrativa da parte del giudice penale da parte della giurisprudenza risulta implicito che il progressivo abbandono della tesi della disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo sia la diretta conseguenza della rinnovata considerazione del bene tutelato dai reati edilizi. La sentenza delle Sezioni unite "Borgia", infatti, non prende posizione sull'orientamento che ha sensibilizzato il dibattito sul finire degli anni '80, inaugurato dalla pronuncia "Giordano" che, come si è visto, offriva una lettura restrittiva dell'istituto della disapplicazione, limitandolo ad una funzione di tutela dei soli diritti soggettivi.

Nella successiva giurisprudenza di legittimità si è affermato, comunque, il progressivo ripudio delle tesi contenute nella sentenza "Giordano"([242]).

Si è ritenuto, infatti, che in virtù dell'evoluzione della normativa urbanistica l'oggetto della tutela penale è passato dal bene strumentale del "controllo" e della "disciplina degli usi del territorio" allo stesso "territorio", bene esposto a pregiudizio da ogni condotta che produca alterazioni in danno del benessere complessivo della collettività e delle sue attività, ed il cui parametro di legalità è dato dalla disciplina degli strumenti urbanistici e dalla normativa vigente([243]).

Il cambiamento di prospettiva aveva come presupposto la rilevanza ai fini dei reati edilizi dell'art. 6 della l. n. 47 del 1985 secondo il quale "*il*

([242]) Cass., sez. III, 12 maggio 1995, Di Pasquale, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3143, n. 1782, con nota di MICHELI, *Giudice penale e concessione edilizia illegittima: la definitiva affermazione della portata sostanziale del sindacato sull'atto amministrativo*. Il progressivo superamento delle Sezioni unite Giordano si spiega con il «superamento della precedente ottica fondata sulla disapplicazione della concessione edilizia illegittima, incentrando ogni discussione sull'interesse sostanziale protetto dalla contravvenzione e sul potere di accertamento del giudice in base ai presupposti e agli elementi costitutivi della fattispecie penale in relazione alla espressa previsione normativa di procedere ad un'identificazione in concreto della fattispecie sanzionata».

([243]) Cass. Sez. Un., 12 novembre 1993, Borgia, cit., p. 908. Per un analisi completa della distinzione tra tutela del bene "strumentale" del controllo e bene "finale" del territorio si rinvia agli autorevoli contributi di: PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzioni ed illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 675; MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 343. Per quanto riguarda il diritto penale dell'ambiente, settore nel quale si è sviluppato maggiormente il tema si segnala: BAJNO, *La tutela dell'ambiente nel diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 341; GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni e o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1095.

titolare della concessione, il committente e il costruttore sono responsabili, ai fini e per gli effetti delle norme contenute nel presente capo, della conformità delle opere alla normativa urbanistica, alle previsioni di piano nonché unitamente al direttore dei lavori a quelle della concessione ad edificare e alle modalità esecutive stabilite dalla medesima. Essi sono, altresì, tenuti al pagamento delle sanzioni pecuniarie e solidamente alle spese per l'esecuzione in danno, in caso di demolizione delle opere abusivamente realizzate, salvo che dimostrino di non essere responsabili dell'abuso".

Gli enunciati posti dalle lett. *b*) e *c*) devono essere letti in funzione dell'obbligo di condotta imposto dall'art. 6 nel senso che chi pone in essere l'attività costruttiva affinché vada esente da pena non solo deve effettuare le opere dopo il rilascio della concessione edilizia ma è necessario che durante tutto il corso dei lavori l'opera sia conforme allo strumento urbanistico. Secondo questa prospettiva il sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo sembra atteggiarsi ad "anacronismo giuridico", poiché è la stessa norma che definisce il contenuto della condotta di quanti intraprendono trasformazioni del territorio, stabilendo che essi sono tenuti non sono ad osservare le prescrizioni della concessione edilizia ma anche a conformarsi direttamente nell'attività costruttiva alle previsioni delle norme urbanistiche e di piano([244]).

Si è andata progressivamente affermando in giurisprudenza, anche sulla scorta della crescente attenzione del diritto penale all'individuazione del bene giuridicamente tutelato e alla sua necessaria offensività([245]), una tesi che prescinde dal potere-dovere di disapplicazione, e ci si è concentrati sulla individuazione e la necessaria lesione dell'interesse sostanziale alla protezione del territorio. Tutte e tre le fattispecie criminose previste dall'attuale art 44, d.P.R. n. 380 del 2001, lette alla luce del citato art. 6, l. n. 47 del 1985 (ora sostanzialmente riprodotto dall'art. 29 t.u. edilizia) tutelano (dal punto

---

([244]) Nello stesso senso: ALBAMONTE, *Sistema penale e ambiente*, Cedam, 1989, p. 371 ss.

([245]) Per la manualistica, per tutti: MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Cedam, 2011, p. 179 ss. Nello specifico, si segnala: MORSELLI, *Disvalore dell'evento e disvalore della condotta nella teoria del reato*, in *Riv. it.*, 1991, p. 796; MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, in *Scritti Mortati*, Milano, 1977, IV, p. 444

di vista penale) il territorio in relazione al diverso grado di offensività della condotta([246]).

Per concludere sul punto si può affermare che la disapplicazione della concessione edilizia illegittima non risulta più importante ai fini del controllo penale. Il giudice dovrà, infatti, accertare l'integrazione della fattispecie penale alla luce dell'interesse sostanziale protetto, rinvenibile nella tutela dell'assetto del territorio in conformità alla formazione urbanistica, attraverso il controllo della legittimità di un atto amministrativo che costituisce un elemento costitutivo o il presupposto del reato([247]).

3.10.1. Segue. C*ritiche all'approccio sostanzialistico.*

Dalla ricostruzione finora riportata si ricava che il baricentro della soluzione dei rapporti fra giudice penale e legalità amministrativa è traslato dal piano del sindacato penale sull'atto amministrativo al piano della valutazione della lesione in concreto del bene giuridico sotteso alla

---

([246]) Nello stesso senso Cass., sez. III, 4 aprile 1995, Marano, in *Foro, it.*, 1996, II, c. 499, con nota di BELFIORE, *Concessione edilizia illegittima e reato di costruzione abusiva: una questione ancora irrisolta*. Secondo la Suprema corte «l'interesse tutelato dall'art. 20 l. n. 47 del 1985 è quello sostanziale della protezione del territorio in conformità alla formazione urbanistica. L'interesse protetto trova la sua tutela in tutte e tre le fattispecie criminose previste dalla citata disposizione di legge in relazione al differente grado di offensività, sicché il parametro normativo può individuarsi nella nota distinzione tra difformità totale e parziale e tra opere eseguite in zone soggette o meno al vincolo, configurandosi così le diverse contravvenzioni delle lett. *a*), *b*) e *c*) dell'art. 20 l. cit. Con la conseguenza che, nell'ipotesi in cui si edifichi con concessione edilizia illegittima, non si discute più di disapplicazione di un atto amministrativo e dei relativi poteri del giudice penale, ma di potere accertativo di detto magistrato dinanzi ad un provvedimento, che costituisce presupposto o elemento costitutivo di un reato» Cass. sez. III, 14 luglio 1994, Cremona, in *Riv. giur. edil.*, 1995, p. 954 con nota di ZUCCA, *Oltre le Sezioni unite 12 novembre 1993 (Borgia). Incertezze e coerenza della Cassazione.*; VIPIANA, *Il dibattito giurisprudenziale sulla disapplicazione delle concessioni edilizie*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, n. 12, p. 1545.

([247]) ALBAMONTE, *Dal teorema della disapplicazione degli atti amministrativi alla novella n. 234 del 1997. Il caso della concessione edilizia illegittima*, in *Riv. pen.*, 1998, p. 643 ss.; PETRONE, *La disapplicazione dell'atto amministrativo: aspetti penali*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1987, n. 1, p. 90; ID., *Attività amministrativa e controllo penale*, cit., *passim*.

(*rectius*: alle) fattispecie incriminatrici di cui alle lettere *a*), *b*) e *c*) dell'attuale art. 44 t.u. dell'edilizia.

In ragione di questo indirizzo ermeneutico l'agente risponderà dei reati ora menzionati non solo quando la costruzione dell'opera edilizia sia difforme rispetto alla concessione (ora permesso di costruire), o quest'ultima sia mancante ma anche quando, benché l'opera sia conforme all'atto ampliativo, risulti in contrasto con le prescrizioni generali di piano. In quest'ultimo caso, però, è stato osservato, una concessione le cui prescrizioni contrastano con le previsioni della normativa urbanistica sarà *a fortiori* illegittima([248]). Per di più l'espressione letterale dei reati di cui alle lett. *b*) e *c*) dell'art. 44 richiedono ai fini dell'integrazione della fattispecie che si sia costruito in totale difformità o in assenza o (limitatamente alla lett. *c*) in variazione essenziale rispetto alla concessione. Il privato, quindi, munito di permesso di costruire (seppur illegittimo) può trovarsi nella situazione di non aver costruito in difformità o in variazione essenziale rispetto all'atto ampliativo: il suo comportamento non integrerà né la lett. *b*), né la lett. *c*) dell'art. 44 t.u. 380/2001, salvo si voglia ipotizzare un potere di disapplicazione (con effetti *in malam partem*) dell'atto amministrativo([249]).

Diversamente dispone la lett. *a*) del più volte citato art. 44 del t.u. edilizia. Secondo questa disposizione è punito anche chi non si è conformato rispetto a quanto previsto dagli strumenti urbanistici([250]).

Come più sopra ricordato il reato di lottizzazione abusiva risulta integrato sia quando vengono iniziate opere di trasformazione urbanistica o edilizia dei terreni in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, sia quando non vi sia la prescritta determinazione amministrativa ampliativa della sfera giuridica del privato istante. Ora,

---

([248]) GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., p. 128 ss.

([249]) Per l'analisi risolutiva dei rapporti tra disapplicazione (penale) e principi (penali) costituzionali, si v., *infra*, Sez. IV del presente capitolo.

([250]) Anche secondo ROSSI, *Concessione edilizia in sanatoria e oggetto tutelato dalle norma edilizie*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 269 ss., l'art. 20 lett. *a*) l. 47/1985 rappresenta la sola norma che tutela direttamente il sostanziale assetto del territorio. La struttura della disposizione infatti permette di punire quelle condotte che, in presenza di concessione illegittima, violino gli strumenti edilizi da essa richiamati.; Secondo BERTOLINI, *Reati urbanistici*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVI, 1991, p. 6 ss. il legislatore nel formulare l'ipotesi di reato ha espressamente escluso il potere di accertamento del giudice penale in ordine alla legittimità dell'atto concessorio, delineando una condotta tipica in cui assume unico rilievo la presenza dell'atto di concessione.

anche in caso di autorizzazione illegittima, non viene alla luce la questione della disapplicazione sfavorevole del provvedimento se l'illegittimità dipende dalla non conformità agli strumenti urbanistici in quanto il fatto riceve già il crisma della tipicità da una modalità di realizzazione alternativa della fattispecie([251]).

L'illecito penale può configurarsi indipendentemente dalla circostanza che la lottizzazione sia o meno autorizzata. Il giudice ravvisata la presenza della concessione in contrasto con le previsioni di legge e di piano accerta l'esistenza del reato senza necessariamente disapplicare l'atto amministrativo ma accertando la conformità del fatto (storico) alla fattispecie legale. Il vero problema che, a parere di chi scrive, sembra animare la soluzione ermeneutica unitaria patrocinata dalla giurisprudenza, che, si ripete, porta a "trattare" in modo omogeneo le fattispecie contravvenzionali di cui alle lett. *a*), *b*) e *c*) è la scarsa forza preventivo-retributiva del reato di cui alla lett. *a*). La previsione della sola ammenda peraltro di bassa entità (fino a 10329 euro) e la facoltà di essere ammesso all'oblazione ai sensi dell'art. 162 c.p. ha spinto la giurisprudenza ha ricercare soluzioni interpretative tributarie di non meglio precisate esigenze di giustizia sostanziale. Si dimentica però che l'art. 44 t.u. edilizia pone delle fattispecie di chiusura del sistema in virtù della formulazione del suo incipit: "*salvo che il fatto costituisca più grave reato e ferme le sanzioni amministrative*". A ragione di ciò l'ordinamento tiene conto che nei casi in discorso possono essere integrate altre ipotesi di reato ben più gravi, quali la corruzione (318 e 319 c.p.) o l'abuso d'ufficio (323 c.p.). Su tali fattispecie, allora, dovrà svilupparsi la repressione penale senza cedere alle facili deviazioni rappresentate dall'imputazione delle contravvenzioni previste dalle lett. *b*) e *c*) sopra richiamate delle quali, si è avuto modo di precisare, non ricorre l'elemento oggettivo([252]).

([251]) Per quanto riguarda la produzione dottrinaria in tema di fattispecie alternative di realizzazione della fattispecie, si rinvia, più diffusamente a TRAPANI, *La divergenza tra il voluto e il realizzato*, Giappichelli, 2006, p. 22 ss. Per un approfondimento in tema di tipicità, in particolare: RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979; VASSALLI, *Tipicità,* in *Enc. dir.*, XLIV, 1992, p. 540 ss.; BRICOLA, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in *Riv. it.*, 1991, p. 327 ss.

([252]) Nello stesso senso, GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., p. 130. *Contra* MICHELI, *Giudice penale e concessione edilizia illegittima*, cit., p. 3160 secondo il

Peraltro delle Sezioni semplici successive([253]) si fondano sulla diversa ricostruzione del bene giuridico sotteso alle fattispecie di cui all'art. 44 t.u. edilizia: interesse sostanziale alla salvaguardia del territorio in conformità alla formazione urbanistica. Anche sotto questo aspetto è possibile individuare dei profili critici. Le moderne linee evolutive del diritto penale tendono a dare crescente valore al momento dell'offesa del fatto storico sussumibile nella fattispecie astratta([254]). Nondimeno l'accertamento della lesione del bene giuridico tutelato può aversi solamente qualora si ravvisi a monte la tipicità del fatto umano rispetto alla descrizione della fattispecie incriminatrice([255]). La lesione del bene giuridico non può essere usato al fine di "*bypassare*" l'ostacolo del riscontro della tipicità posto dall'ordinamento a garanzia dell'individuo([256]).

---

quale l'interpretazione della Suprema corte ha il pregio di semplificare l'esegesi del dato normativo. Per quanto riguarda la patente inefficacia dei reati posti dalla legislazione urbanistica BERTOLINI, voce *Reati urbanistici*, cit, p. 2 ss. secondo il quale nella legislazione urbanistica un rilievo del tutto marginale e irrisorio è riservato al momento sanzionatorio penale, ed è sintomatico al riguardo osservare come i reati urbanistici siano stati configurati sempre dal legislatore italiano come contravvenzioni di natura formale, nelle quali rileva penalmente non la lesione concreta del bene tutelato, ma l'inosservanza ad un precetto. Al legislatore interessa che l'attività del privato non sia sottratta ad un controllo formale e preventivo dell'amministrazione, di conseguenza il giudice penale resta vincolato nell'accertamento del reato alla sola valutazione del titolo o atto amministrativo che legittima una determinata attività senza poter, nella maggior parte dei casi, esprimere alcuna valutazione sulla pericolosità del gesto e, quindi, anche sulla pena da applicare in concreto per il diverso tipo di offesa. Per ASSINI-MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, Giuffrè, 1997, p. 678 le sanzioni amministrative cosiddette reali e quelle pecuniarie, in molti casi finiscono per avere forza "afflittiva" sul privato maggiore di quella della sanzione penale.

([253]) In particolare Cass., sez. III, 12 maggio 1995, Di Pasquale, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3143, n. 1782.

([254]) Sul punto si rinvia a: MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale, Canone di politica criminale, Criterio ermeneutico. Parametro di ragionevolezza* , Torino, 2005; NEPPI MODONA, *Il lungo cammino de principio di offensività*, in AA. VV., *Studi in onore di Marcello* Gallo, Torino, 2004; FIANDACA, L'offensività è un principio codificabile?, in *Foro it.*, 2001, V., c. 1; PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità del contenuto delle leggi penali,* in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 1998, p. 350

([255]) Si rinvia sul punto, per una analisi completa, a CATENACCI, *Offensività del reato*, in *Diz. Dir. pubbl.*, diretto da Cassese, Milano, 2006, p. 3912 ss.

([256]) In STORTONI, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Giappichelli, 2000, p. 412, si segnala il pericolo di un uso anomalo del bene giuridico in quanto si tende a far rientrare nella fattispecie legale comportamenti contrari al bene tutelato pur se non ricompresi in essa. L'uso estensivo del bene giuridico che in tal modo si realizza è inammissibile in quanto si risolve in una forma di analogia *in malam partem* e si muove in una direzione antitetica rispetto alla funzione sua propria.

Difatti se è vero che la moderna dottrina valorizza il bene giuridico protetto in funzione di base dogmatica per fondare un'interpretazione che valorizzi il principio di offensività non bisognerebbe in nessun caso prescindere dal principio di legalità e di tipicità della fattispecie([257]). La funzione del bene giuridico sarebbe quella di selezionare, riducendo la portata semantica della fattispecie astratta le condotte offensive che non ledono o pongono in pericolo l'oggetto della tutela([258]).

Sicché la giurisprudenza e la dottrina tributarie di una impostazione c.d. "sostanzialistica" non sembrerebbero prendere nella dovuta considerazione che le fattispecie di cui alle lett. *b*) e *c*) dell'art. 44 t.u. edilizia creano delle fattispecie ben delimitate nelle quali si punisce la variazione o la totale difformità o assenza dell'atto amministrativo ampliativo (permesso di costruire). Solo una volta ricondotto il fatto al tipo legale delineato dal legislatore è possibile prendere nella dovuta considerazione la lesione del bene giuridicamente tutelato([259]).

([257]) Il principio di offensività consente di punire condotte realmente offensive dell'interesse protetto, e di escludere ogni conseguenza penale per quelle che pur astrattamente sussumibili nell'astratto schema normativo, non risultano realmente offensive. Cfr. in particolare, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 539.

([258]) Secondo l'art. 4 co. 1 del progetto di riforma del codice penale "Grosso" (A*pplicazione della legge penale*): "*Le norme incriminatrici non si applicano ai fatti che non determinano una offesa del bene giuridico*".

([259]) Si v. in particolare, STRANO LIGATO, *I reati in materia urbanistica*, in *Il diritto penale dell'impresa, coordinato da Conti*, Cedam, 2001, p. 854, secondo il quale è assolutamente scorretto e strumentale il procedimento ermeneutico attraverso cui, identificato l'oggetto della tutela, si rilegge la contravvenzione prevista all'art. 20 lett. *b*) l. n. 47 del 1985 così da forzarne i dati testuali. Anche per BELFIORE, *Concessione edilizia illegittima e reato di costruzione abusiva: una questione ancora irrisolta*, in *Foro, it.*, 1996, II, c. 499, si pone in aperta antitesi rispetto alle suggestioni di una tutela penale "sostanziale".

Sezione IV

DISAPPLICAZIONE E PRINCIPI PENALI COSTITUZIONALI

3.11. *Disapplicazione e principio di legalità.*

Secondo quanto è emerso nei paragrafi che precedono il potere-dovere del giudice penale di disapplicare l'atto amministrativo illegittimo costituisce, ancora, una questione fortemente attuale e, per questo, non del tutto sopita.

De iure condito è possibile rintracciare referenti normativi in base ai quali tale potere-dovere non può essere limitato al giudice (ordinario) a tutela dei diritti soggettivi. Depongono a favore di tale assunto non solo il combinato disposto, in principio di capitolo analizzato, degli artt. 2, 4 e 5 della l. abol. cont. All. *E*, ma anche l'art. 101 co. 2 Cost. ("*i giudici sono soggetti soltanto alla legge*"), il principio della gerarchia delle fonti e l'art. 2 c.p.p. ("*il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione*").

Alla luce del diritto positivo, quindi, la disapplicazione potrebbe essere astrattamente configurabile anche quando i suoi effetti condurrebbero a conseguenze sfavorevoli nei confronti dell'agente([260]).

A ben vedere e in virtù dei ragionamenti che, più in dettaglio, si effettueranno da qui a poco, lo strumento della disapplicazione qualora si riverberi *in malam partem* nei confronti dell'imputato non può trovare legittimazione ermeneutica. I casi prospettabili e riconducibili alla disapplicazione *in malam* sono frequenti, basta porre l'attenzione nei confronti dei reati urbanistici e ambientali ai quali nei paragrafi che precedono si è fatto cenno.

L'esclusione della disapplicazione sfavorevole però non è diretta conseguenza di quei principi di diritto fatti propri dalle note sentenze

---

([260]) Ciò accade, ad esempio, quando il provvedimento entra a far parte della fattispecie come presupposto negativo della condotta, cioè quando l'atto deve mancare affinché vi sia reato.

"Giordano" e "Meraviglia"([261]). Si è visto, infatti, che tali pronunce si fondavano su una lettura del combinato disposto degli artt. 2, 4 e 5 LAC erronea, tesa ad escludere che il potere processuale di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo fosse dettato ad esclusiva tutela dei diritti soggettivi e non della legalità in senso ampio, a prescindere dalla sede processuale; mentre, come più volte ribadito, lo "statuto" introdotto dall'Allegato *E* della legge sulla abolizione del contenzioso amministrativo lascia intendere, in linea di principio, che al giudice penale è consentito un generale potere di disapplicazione, a prescindere dagli effetti *in malam* o *in bonam partem*.

A ben vedere, come ogni istituto che si inserisce o che si sperimenta all'interno di un ordinamento, anche la disapplicazione deve fare i conti con i principi costituzionali che governano la materia penale. La domanda che allora l'interprete deve porsi, posta la astratta configurabilità di una disapplicazione che si ripercuota a danno dell'agente, è se tale soluzione risulta compatibile con i principi penali costituzionali.

Partendo per necessità logiche dal principio di legalità si suole affermare che esso trova legittimazione positiva: al livello costituzionale (art. 25 co. 2 Cost.), al livello di fonte primaria (art. 1 c.p.) e, infine, al livello sovranazionale (in base all'art 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo)([262]). In sintesi e senza pretese di esaustività si afferma che il principio *de quo* legittima l'applicazione di misure punitive solo in forza di una previa ed espressa previsione legislativa che indichi sia il precetto che la sanzione ad esso ricollegabile([263]).

([261]) Cfr., *retro*, par. 4.7.1.

([262]) In tema di principio di legalità, PETROCELLI, *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in *Saggi di diritto penale*, Napoli, 1965, p. 185; VASSALLI, voce Nullum crimen sine lege, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 493; SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966; ID, *Il principio di legalità nel diritto penale italiano*, in *Arch. pen.*, 1966, I, 36 ss.; SINISCALCO, *Giustizia penale e Costituzione*, Milano, 1968, p. 40; PAGLIARO, voce *Legge penale: principi generali*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 1040; GRASSO, *Il principio* nullum crimen, nulla poena sine lege *nella Costituzione Italiana*, Milano, 1972; TRAPANI, voce *Legge penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990; PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Digesto disc. pen.*, VII, Torino, 1993, p. 338.

([263]) In particolare, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 6 ss.; BOSCARELLI, voce Nullum crimen sine lege, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXI, 1990.

La funzione che notoriamente si assegna al principio di legalità è di rendere *ex ante* conoscibili le azioni penalmente vietate e prevedibili le sanzioni riconnesse alla violazione del precetto.

Con il broccarlo *nullum crimen sine lege* si individua il divieto di punire un soggetto per un fatto che non sia espressamente preveduto dalla legge come reato; mentre con il principio *nulla poena sine lege* si indica il divieto di punire chiunque con pene che non siano dalla legge stabilite([264]).

Trasferendo il significato del principio di legalità alla materia oggetto di analisi si può ragionevolmente affermare che se la predeterminazione normativa comprende solo la assenza, la mancanza dell'atto amministrativo e non la sua illegittimità, il principio in discorso impedisce che sia punito un soggetto in presenza di un atto amministrativo ampliativo materialmente esistente ma illegittimo. Dovendosi tipizzare *a priori* gli elementi costitutivi della fattispecie astratta, la possibilità di equiparare l'illegittimità dell'atto alla sua mancanza risulta contrario al principio di legalità in assenza di chiare e inequivoche indicazioni normative([265]).

3.12. *I corollari del principio di legalità: la tassatività e il (simmetrico) divieto di analogia in campo penale.*

([264]) L' "obbligatorietà" (costituzionale) della disapplicazione *ex* art. 101, co. 2 Cost. non può costituire ostacolo all'applicazione del principio di legalità nella materia penale di cui all'art. 25, co. 2 Cost. Il principio della legalità nella giurisdizione deve ritenersi gerarchicamente subordinato sotto il profilo assiologico al principio costituzionale di legalità-tipicità in materia penale. Nella materia penalistica l'art. 25, co. 2 Cost. ha un valore maggiore rispetto al principio della legalità nella giurisdizione; l'esigenza di tutela del cittadino rispetto al contenuto delle incriminazioni deve necessariamente prevalere sulla generale istanza costituzionale di legalità nella giurisdizione.

([265]) Anche secondo COCCO, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, CUEC Editrice, 1996., il principio generale di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo deve necessariamente rapportarsi in materia penale al principio costituzionale di legalità sotto il profilo della tipicità della fattispecie che governa la teoria generale del reato.

Come noto, il principio di tassatività quale corollario del più generale principio di legalità, vincola non solo il legislatore ad una descrizione il più possibile precisa del fatto di reato ma anche il giudice ad interpretare la disposizione incriminatrice così come delineata dal legislatore(divieto di analogia)([266]). Tali principi rappresentano due facce della stessa medaglia: la tecnica di formulazione della fattispecie si riverbera inevitabilmente sui poteri del giudice penale in ordine alla sussunzione del fatto storico all'interno del tipo descrittivo([267]). Il principio di tassatività, allora, esclude che il giudice penale possa disapplicare *in malam partem* l'atto amministrativo che contribuisce a definire la norma incriminatrice, salvo ammettere un potere "creativo" del giudice in relazione al fatto tipico.

Laddove la legge non subordina la punibilità del fatto alla verifica della legittimità dell'atto amministrativo il giudice non può pervenire al giudizio di conformità fra l'accadimento concreto e il fatto tipico.

Se così stanno le cose, allora, non ci potrà essere rilevanza penale di un comportamento se questo non trova un riscontro normativo nel tipo descrittivo delineato dal legislatore. La necessaria determinatezza delle fattispecie incriminatrici rappresenta una condizione indispensabile affinché la norma penale possa svolgere la funzione di "guida" del comportamento del cittadino([268]).

([266]) Sul punto, in particolare, ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività, in* AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Giappichelli, 2000, p. 149.; SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, p. 50; PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale, La fattispecie*, Cedam, 1979; ID, *Elementi quantitativi indeterminati e loro ruolo nella struttura della fattispecie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p. 1194.

([267]) È assai frequente in dottrina l'impiego dei termini "tassatività" e "sufficiente determinatezza" come concetti equivalenti. Secondo Palazzo, *Elementi quantitativi indeterminati*, cit., p. 1194 è operabile una distinzione concettuale nel senso di riferire la "determinatezza" alla tecnica legislativa di formulazione della fattispecie incriminatrice, e la "tassatività" al divieto per il giudice di applicare la norma penale a casi da essa non espressamente preveduti. Autorevole dottrina (MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 6 ss.) preferisce prospettare in proposito una triplice distinzione tra "principio di precisione", "principio di determinatezza" e "principio di tassatività": il primo comporterebbe l'obbligo per il legislatore di descrivere con la massima precisione possibile il fatto di reato e le conseguenze sanzionatorie; il secondo obbligherebbe altresì il legislatore a prevedere come reati soltanto fatti suscettibili di essere provati nel processo secondo i criteri di scienza ed esperienza disponibili nel momento storico considerato, il terzo vieterebbe l'interpretazione e applicazione analogica delle norme penali.

([268]) NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953, p. 118 ss. sulla distinzione fra interpretazione estensiva e analogia si v. su tutti: VASSALLI, voce *Analogia*

In mancanza di apposito riferimento normativo alla "legittimità" di un atto amministrativo che compone internamente la fattispecie([269]) non è costituzionalmente possibile riconnettere una sanzione penale ad un certo comportamento, dovendosi ritenere quest'ultimo (penalmente) lecito.

3.12.1. *Disapplicazione* (in malam partem) *e carattere frammentario del diritto penale.*

Ugualmente strumentale alla garanzia del cittadino si pone il generale criterio di frammentarietà del diritto penale secondo il quale la tutela penale è apprestata solo contro determinate forme di aggressione ai beni giuridici. Tale principio trova giustificazione non solo nel principio di legalità ma anche in esigenze interne alla tutela penalistica([270]).

Attraverso tale principio il diritto penale svolge la sua funzione di *extrema ratio* di tutela di determinati beni, in quanto solo alcune modalità di lesione danno luogo a responsabilità penale([271]).

---

nel diritto penale, in *Dig. disc. pen.*, Utet, 1987, vol. I, p. 158 secondo il quale «l'interpretazione estensiva è il risultato della scoperta fatta dall'interprete che sotto l'espressione letterale della singola disposizione di legge si cela un contenuto più ampio che, per quanto non chiaramente enunciato vi è appunto incluso, il ricorso all'analogia è invece l'operazione che si compie risalendo da una norma espressa ad un principio in essa contenuto e dal quale è dato ridiscendere alla formulazione di una norma inespressa, quella che appunto contiene la regola del caso analogo a quello espressamente disciplinato».

([269]) Cfr., *amplius*, Cap. IV, par. 4.5.

([270]) PALAZZO, *Il principio di determinatezza,* cit., p. 171 ss.

([271]) FIORELLA, voce, *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Giuffrè, 1987, p. 773. Sul punto, inoltre, PALIERO, "Minima non curat praetor", Cedam, 1985, p. 162 secondo cui il canone della frammentarietà assurge a cardine del sistema penale e, sotto un certo aspetto, a formula comprensiva dei principi e delle garanzie fondamentali del diritto penale stesso (legalità, determinatezza, personalità). Secondo DONINI, *Teoria del reato*, Cedam, 1996, p. 238 il carattere frammentario del diritto penale costituisce con il principio di tassatività la vera premessa epistemologica del divieto di analogia. La frammentarietà assurge a valore giuridico come sinonimo di intervento assolutamente "mirato", "selettivo", in una logica di sussidiarietà ed *extrema ratio* che non persegue mere finalità di giustizia, a scopi di tutela necessaria realizzata in nome e per conto del popolo, e perciò secondo parametri relativistici – non però necessariamente utilitaristici – di conformità allo scopo.

Secondo una definizione ormai tradizionale l'illecito penale si caratterizza come illecito di modalità di lesione([272]): a questo proposito al fine di delimitare il comportamento penalmente vietato è necessario che il legislatore sia il più possibile preciso a nulla rilevando la circostanza che comportamenti simili a quello incriminato possano offendere l'interesse protetto. Proprio le lacune lasciate dal legislatore nella fase di tipizzazione dell'illecito devono essere rispettate dal giudice nel momento dell'applicazione della norma penale([273]).

3.13. *La disapplicazione* in malam partem *dell'atto amministrativo da parte del giudice penale quale ipotesi di retroattività (occulta) della legge penale incriminatrice.*

È opportuno a questo punto, in questa generale e, per certi versi sommaria, ricostruzione del rapporto fra disapplicazione sfavorevole all'agente e principi penali costituzionali svolgere alcune considerazioni in relazione al divieto di retroattività della legge penale incriminatrice.

Generalmente si afferma che la disapplicazione *in malam partem* sarebbe illecita in quanto renderebbe punibile una condotta che al momento in cui fu posta in essere risultava conforme ad un atto illegittimo ma pur sempre idoneo a dispiegare i suoi effetti, ossia efficace([274]).

Il principio espresso nel brocardo *nullum crimen sine praevia lege poenali* stabilisce l'impossibilità per le norme penali incriminatrici di disciplinare fatti avvenuti precedentemente alla loro entrata in vigore([275]).

([272]) Per tutti, GALLO, *Appunti di diritto penale, La fattispecie oggettiva*, Giappichelli, 1999, p. 9 ss.

([273]) Si v. sul punto anche MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 15 ss.

([274]) In questo senso, v. BAJNO, *La tutela penale del governo del territorio*, Giuffrè, 1980, p. 93 ss.

([275]) Per tutti, SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1969, p. 95; GALLO, *Appunti di diritto penale, La legge penale*, Giappichelli, 1999, p. 122.; PODO, voce, *Successione di leggi penali*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 667; SIRACUSANO, *Successione di leggi penali*, I, Messina, 1988; CADOPPI, *Il principio di*

Diverse le fonti nazionali e sovranazionali che fanno riferimento al divieto di retroattività sfavorevole della norma incriminatrice. Al livello costituzionale l'art. 25, co. 2 Cost.: "*nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*"; al livello sovranazionale, l'art. 7 Convenzione europea sui diritti dell'uomo: "*nessuno può essere condannato per un'azione o una omissione che al momento in cui fu commesso non costituisse reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale*"; sempre al livello sovranazionale l'art. 15 co. 1 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966: "*nessuno può essere condannato per azioni od omissione che, al momento in cui venivano commesse, non costituivano reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale*"; al livello interno e di legislazione ordinaria l'art. 2, co. 1 c.p.: "*nessuno può essere punito per un fatto che secondo la legge del tempo non costituisce reato*".

Indagando più nel dettaglio il principio di irretroattività della legge penale ci si accorge della sua *ratio* liberal-garantista, quale principio ispirato alla garanzia della libertà personale del cittadino nei confronti dei detentori del potere legislativo([276]).

Fatte queste dovute premesse, una volta che si pone quale fondamento della irretroattività della legge penale incriminatrice la garanzia del cittadino di conoscere *ab origine* la rilevanza penale del suo comportamento, laddove l'atto amministrativo è elemento integrativo della norma incriminatrice allora la sua disapplicazione *in malam partem* ed *ex post* contrasta con la richiamata esigenza di certezza in relazione alla composizione della regola giuridica([277]). Difatti nel momento in cui l'agente pone il comportamento il fatto non costituisce reato, ma solo a

---

irretroattività, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale* I, a cura di INSOLERA, MAZZACUVA, PATARINI, ZANOTTI, Torino, 1997, 154 ss.; DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, p. 82 ss.

([276]) In particolare si v., PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 121. la *ratio* del principio *de quo* appare essere la certezza (che si iscrive però nella più ampia dimensione della garanzia) per il cittadino che pone in essere una determinata azione che, se in quel momento non coincide con nessuna figura di reato, in futuro non potrà essere assoggettato ad una sanzione penale; né, se l'azione è già considerata illecita penalmente, l'agente potrà subire un inasprimento della pena in virtù dell'applicazione retroattiva di una norma giuridica.

([277]) Per quanto riguarda gli elementi normativi costituiti da atti amministrativi, in particolare, RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Giuffrè, 2004, p. 65.

seguito della disapplicazione fisiologicamente retroattiva lo stesso trova corrispondenza nella fattispecie astratta.

Il meccanismo della disapplicazione *in malam partem* allora trova un invalicabile ostacolo nel divieto di retroattività della legge penale in quanto si finirebbe per punire un soggetto per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato([278]).

Per vero, secondo taluni, il rapporto tra divieto di retroattività nella norma penale incriminatrice e la disapplicazione *in malam partem* dovrebbe essere più correttamente inquadrato all'interno del fenomeno della retroattività c.d. "occulta"([279]). Con tale espressione ci si riferisce ad un insieme eterogeneo e non determinato di situazioni in presenza delle quali il carattere assoluto del principio di irretroattività viene meno, anche se in modo non esplicito o diretto.

Senza pretese di ricostruzione esaustiva del fenomeno giuridico *de quo*, ci si limita in questa sede ad affermare che, il provvedimento amministrativo, rivestendo la qualifica di elemento normativo della fattispecie, se sottoposto al controllo di legalità del giudice che porti alla sua non applicazione al caso da decidere, da luogo a un'ipotesi che può essere annoverata tra quelle di retroattività occulta (o mascherata). Si applicherà di conseguenza una "regola" non vigente al momento della commissione del fatto, determinando, in chiaroscuro, una deroga al divieto di irretroattività([280]).

([278]) Si è osservato, in particolare, PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA. VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Giuffrè, 1979, p. 40 ss., che nel provvedimento amministrativo, specie se permissivo, il cittadino deve trovare non solo una regola di condotta, ma anche un affidamento. Per esempio la disapplicazione in sede giurisdizionale, di provvedimenti autorizzativi ritenuti illegittimi si risolve in una retroattività *in malam partem* della norma penale considerata nella sua interezza, quale è concretamente configurata, per volontà di legge, anche dall'apporto di fonte amministrativa. Per quanto riguarda il fenomeno generale della retroattività occulta in riferimento alla particolare questione del mutamento di orientamento giurisprudenziale consolidato, si v. RIONDATO, *Retroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in *Diritto e clinica per l'analisi della decisione sul caso*, Cedam, 2000, p. 239 ss.

([279]) DEL CORSO, voce *Successione di norme penali*, cit. p. 111 ss. Per quanto riguarda le considerazioni sulla retroattività occulta in relazione al mutamento di indirizzo interpretativo da parte della giurisprudenza di legittimità si v., in particolare, RIONDATO, *Retroattività del mutamento*, cit., p. 245 ss.

([280]) Sul punto si v. anche le considerazioni di VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, vol. I, Cedam, 1999, p. 325.

3.14. *Disapplicazione* in malam partem *e principio di colpevolezza.*

Diverse ragioni logico-sistematiche hanno suggerito di esaminare alla fine della presente sezione il rapporto tra principio della personalità della responsabilità penale e il controllo della legalità amministrativa da parte del giudice penale.

L'art. 27 della Costituzione nell'affermare che la responsabilità penale è personale enuncia un principio cardine del diritto penale moderno in forza del quale il sistema penale impone necessariamente, al fine dell'incriminazione soggettiva di un fatto tipico e antigiuridico, la rimproverabilità personale dei più significativi aspetti della fattispecie([281]).

Come è noto il principio della responsabilità penale contenuto nell'art. 27, co. 1 Cost. va inteso non soltanto nel significato minimo di divieto di responsabilità per fatto altrui, ma nel senso ben più pregnante di responsabilità per fatto proprio e colpevole. Il legislatore costituzionale nell'affermare che la responsabilità penale è personale, ha espresso il principio, secondo cui l'applicazione della pena presuppone l'attribuibilità psicologica del singolo fatto di reato alla volontà antidoverosa del soggetto([282]).

Svolte queste necessarie premesse di ordine generale si può osservare che tra principio generale di colpevolezza e disapplicazione *in malam partem*, quest'ultima, come più volte ribadito, costituzionalmente imposta dall'art. 101, co. 2 Cost., non esiste una relazione immediata,

---

([281]) In tema di colpevolezza si rinvia, più diffusamente a: GROSSO, voce *Responsabilità penale*, in *Noviss. dig. it*, XV, Torino, 1968; RICCIO, voce *Responsabilità penale*, in *Enc giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991; BETTIOL, *Sul problema della colpevolezza*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1987; ID, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1971, p. 3 ss.; SANTAMARIA, voce *Colpevolezza*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 648 ss.; VASSALLI, voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988; DE FRANCESCO, *Il problema della colpevolezza tra pensiero giuridico ed evoluzione del sistema normativo*, in AA. VV., *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, a cura di P. Grossi, Milano, 1997.

([282]) Cfr. Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 686, con nota di PULITANÒ, *Un sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*. Si v. anche DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, p. 865 che sottolinea come al principio di colpevolezza si ricollega una duplice esigenza, relativa sia all'*an* che al *quantum* della responsabilità (nessuno deve essere punito in assenza di colpevolezza, né deve essere punito con una pena eccedente la misura della colpevolezza).

bensì funzionale, ancorata cioè agli effetti elusivi che tale sindacato del giudice penale comporta nei confronti del principio della personalità della responsabilità penale.

Difatti, mentre gli altri principi costituzionali in campo penale entrano immediatamente in conflitto con la potestà di disapplicazione (sfavorevole) attribuita al giudice penale sull'atto illegittimo, il principio di responsabilità penale personale elimina solo successivamente la punibilità del soggetto escludendo che un comportamento considerato tipico a seguito di disapplicazione *in malam partem* possa dar luogo a una responsabilità penale([283]).

Il principio di responsabilità penale personale esclude, quindi, che a un certo soggetto possa essere rimproverato il fatto commesso per aver fatto affidamento sull'esistenza di un provvedimento amministrativo che rendeva il comportamento al momento della sua realizzazione pienamente legittimo. Ammesso il generale ricorso alla disapplicazione sfavorevole dell'atto amministrativo l'agente non potrebbe ugualmente essere condannato per mancanza di colpevolezza, in quanto non gli si può rimproverare il fatto da lui realizzato.

In conclusione il principio in parola esclude non in radice l'esperibilità della disapplicazione *in malam partem* ma i suoi effetti distorti che, una volta ritenuti astrattamente ammissibili, si ripercuoterebbero a danno dell'agente.

([283]) GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., p. 165

CAPITOLO IV

CONTROLLO DELLA LEGALITÀ AMMINISTRATIVA E NORMA INCRIMINATRICE

SOMMARIO: Premessa; *Sezione I – Dall'impostazione processuale alla tesi sostanziale* – 4.1. L'impostazione tradizionale: il rimedio processuale. – 4.2. Il superamento dell'impostazione tradizionale: la posizione autonomista. – 4.3. Il sindacato del giudice penale a seconda della rilevanza interna o esterna dell'atto amministrativa rispetto alla fattispecie penale. – 4.3.1. Atti amministrativi a rilevanza "esterna" o "diretta". – 4.3.2. Le cinque categorie individuabili di atti amministrativi rilevanti in via "interna" o "indiretta". – 4.4. *Segue*. Critiche alla tesi sostanziale; *Sezione II – Dalla tesi sostanziale al "controllo" della tipicità* – 4.5. Il ricorso al principio di tipicità: i reati che prevedono espressamente la legittimità di un atto amministrativo. Dalla disapplicazione alla non conformità alla fattispecie legale; *Sezione III – Atto amministrativo e norma incriminatrice: la questione della disapplicazione* in malam partem. – 4.6. Disapplicazione e norma incriminatrice. – 4.7. Atto amministrativo che contribuisce a delineare la norma. – 4.7.1. L'atto che partecipa a delineare la condotta incriminata. – 4.7.2. L'atto amministrativo elemento costitutivo o presupposto della condotta in rapporto all'oggetto giuridico del reato. – 4.8. L'atto amministrativo che non contribuisce a delineare la norma; *Sezione IV – La disapplicazione "favorevole" all'agente.* – 4.9. Disapplicazione *in bonam partem* e origine storica. – 4.10. La disapplicazione "favorevole" quale unico possibile ambito penale di efficacia dell'istituto. Critica. – 4.11. Altri casi di disapplicazione *in bonam partem*.

Premessa.

In base all'art. 101, co. 2 Cost. il potere di controllo del giudice penale sull'atto amministrativo coincide con l'estensione dell'area della sua

giurisdizione. Se, all'interno dell'oggetto della cognizione del giudice, compare in via "interna" o "esterna"([284]) un provvedimento della pubblica amministrazione l'autorità giudiziaria sarà abilitata, una volta esercitato il "controllo", a neutralizzare gli effetti cui l'atto è preordinato. Ciò si ricava non solo in via Costituzionale attraverso l'art. 101 co. 2 più sopra richiamato ma anche attraverso i principi ricavabili dalla gerarchia delle fonti (art. 4 preleggi), dal significato evincibile dal principio *iura novit curia* e dal combinato disposto degli artt. 2, 4 e 5 della legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo.

Una volta ammesso, per le considerazioni svolte soprattutto nel capitolo precedente([285]), il generale potere-dovere del giudice penale di disapplicare l'atto amministrativo non conforme alla legge che incide sulla fattispecie penale, si considera necessario, arrivati a questo punto, inquadrare la sperimentabilità del "rimedio" processuale della disapplicazione a seconda del rilievo che la determinazione amministrativa ha nei confronti della fattispecie penale.

Come poi precisato gli effetti della disapplicabilità dell'atto amministrativo illegittimo devono contemperarsi, nel caso si ripercuotano a sfavore del soggetto agente (disapplicazione c.d. *in malam partem*), con i principi costituzionali involgenti la materia penale nella specie: legalità-tipicità, tassatività, determinatezza, irretroattività e infine, colpevolezza.

Per contro, quando la neutralizzazione *incidenter tantum* degli effetti dell'atto amministrativo illegittimo si riverberi a favore dell'agente (disapplicazione c.d. *in bonam partem*) nessuna preclusione alla praticabilità del rimedio *de quo* potrà essere opposta al giudice penale.

Il giudice penale, quindi, incontra un limite al suo potere-dovere di disapplicazione dell'atto dell'amministrazione non conforme alla legge; limite segnato dall'operatività incondizionata dei principi penali costituzionali. Infatti anche se la facoltà (*rectius*: il dovere) di disapplicare è imposto, come anticipato, dall'art. 101, co. 2 Cost., secondo le argomentazioni addotte nel capitolo precedente, i principi

---

([284]) In riferimento alle nozioni di rilevanza "interna" o "esterna" si rinvia, *infra*, Sez. I e Sez. III.

([285]) Cfr., *retro*, Cap. III, par. 3.7 e 3.8.

penali costituzionali più sopra richiamati ne limitano fortemente l'estensione([286]).

Fatte queste premesse di ordine generale è necessario ora chiarire in quali casi il giudice penale può disapplicare l'atto amministrativo.

Si anticipa, in questa sede, e secondo le argomentazioni che nel prosieguo del capitolo si riporteranno che la risposta a tale questione dipende specificamente dal ruolo svolto dall'atto amministrativo rispetto alla fattispecie penale.

A tale soluzione, però, non si può pervenire senza aver prima analizzato i risultati ermeneutici di quella dottrina che più di ogni altra ha contribuito al dibattito.

Sezione I

DALL'IMPOSTAZIONE PROCESSUALE ALLA TESI SOSTANZIALE

4.1. *L'impostazione tradizionale: il rimedio processuale.*

L'impostazione tradizionale per fondare il rimedio "tutto processuale" della disapplicazione prendeva le mosse dalla norma fondamentale dell'art. 5 LAC.

Da tale disposizione ritenuta valida sia per il processo civile che per il processo penale si evinceva che i giudici dovessero disapplicare gli atti amministrativi e i regolamenti generali o locali solo in quanto conformi alla legge. Si è allora dedotto che tutte le volte che il giudice deve "applicare" ai fini del decidere, un provvedimento amministrativo, deve

---

([286]) Sul punto e a favore dell'impostazione assiologia utilizzata per risolvere l'astratta antinomia tra l'art. 101, co. 2 Cost. e i principi penali costituzionali che limitano il potere-dovere di disapplicazione nel caso in cui l'effetto sia "*in malam partem*", cfr. nota *sub* 118, Cap. III, par. 3.11.

"verificare" se sia conforme o meno alle leggi e si è concluso che, se l'atto non risulta conforme, il giudice lo disapplicherà, ossia non ne terrà conto, decidendo (sia pure *incidenter tantum et per occasionem, non principaliter*) *tamquam non esset*.

Trasportata in campo penale questa impostazione trovava subito il suo naturale campo di applicazione nel caso previsto dall'art. 650 c.p. che sembrava creato appositamente per rendere evidente il modo in cui il giudice penale "disapplica" l'atto amministrativo([287]). L'inconveniente risiedeva sul fatto che l'art. 650 veniva citato in modo tralatizio senza che si affiancasse ad esso un solo esempio diverso([288]). La norma penale richiamata sembrava prestarsi alla suddetta costruzione. Si tratta, come noto, di un reato contravvenzionale, sanzionato non soltanto con una pena pecuniaria, ma anche con la pena dell'arresto e attribuibile a "*chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'autorità per ragioni di giustizia, ordine pubblico, sicurezza pubblica o igiene*". Secondo la tesi processuale, che ora si espone, nell'avverbio legalmente, ritenuto peraltro superfluo si riassumerebbe lo stesso contenuto dell'art. 5 LAC: di conseguenza il giudice prima di irrogare la sanzione penale a colui che abbia disobbedito ad un ordine amministrativo dovrà verificare se l'atto era legalmente dato. Se l'ordine era conforme a legge, il giudice lo applicherà, nel senso che ne trarrà le conseguenze penali, affermando la responsabilità del trasgressore. Se invece l'ordine era illegittimo, il giudice dovrà disapplicarlo assolvendo l'imputato.

Non va sottaciuto, peraltro, che l'impostazione processuale non impediva ai suoi sostenitori di ricavarne anche effetti sostanziali: su tale piano, infatti, se ne deduceva il principio che, per non violare l'art. 650 c.p., non si è obbligati a rispettare un ordine "illegittimo", ma soltanto un ordine "legittimo"([289]).

Oltre a rispecchiare in maniera perfetta il principio di legalità della pubblica amministrazione, questa impostazione si adattava perfettamente al caso previsto dall'art. 650 c.p. e per le altre ipotesi di

---

([287]) Nello stesso senso, ALBAMONTE, *Atti amministrativi illegittimi e fattispecie penale: poteri del giudice nella tutela penale del territorio*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1861.

([288]) Sul punto, cfr. anche, VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, p. 36 ss.

([289]) Più diffusamente si rinvia alle considerazioni svolte da ALBAMONTE, *Atti amministrativi illegittimi e fattispecie penale,* cit., p. 1863.

inosservanza degli ordini amministrativi legittimi. A ben vedere la tesi in discorso non valeva già a spiegare i casi in cui la trasgressione ad ordini illegittimi (che secondo tale impostazione) dovrebbero essere inapplicabili) è eccezionalmente prevista come reato (come ad esempio nella gerarchia militare)([290]). Allo stesso modo si dimostrava di difficile riferibilità ai casi di atti ampliativi, la cui mancanza costituisse elemento del reato come, ad esempio, alle fattispecie imperniate sulla "mancanza di autorizzazione".

4.2. *Il superamento dell'impostazione tradizionale: la posizione autonomista.*

Per lungo tempo sia dottrina che giurisprudenza si sono assestate lungo la medesima linea interpretativa.

Nei reati che presuppongono un provvedimento amministrativo la illegittimità ne comporta la disapplicazione da parte del giudice penale, il

---

([290]) Sul punto, in particolare, PETRONE, *La disapplicazione dell'atto amministrativo: aspetti penali*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1987, n. 1, p. 90. Secondo l'Autore «la tesi si presenta assolutamente inidonea in riferimento agli "atti reato", cioè agli atti del pubblico amministratore che possono integrare, essi, un reato e, dunque, dar luogo ad una responsabilità penale dello stesso amministratore. L'impostazione tradizionale di fronte a questo problema ha cominciato a vacillare perché il riferimento all'art. 5 LAC è parso del tutto fuori luogo. E ciò non soltanto perché in tali casi oggetto del controllo non è tanto l'atto amministrativo in quanto tale, ma l'intera condotta dell'agente pubblico (di cui, peraltro, quell'atto è il momento fondamentale). Ma anche – e soprattutto – perché il concetto di disapplicazione, con la sua connotazione processuale, è assolutamente inutilizzabile: qui, infatti, il problema da risolvere è quello di diritto sostanziale di individuare gli elementi rilevanti per l'integrazione delle singole fattispecie. Ed infatti, di fronte, per esempio, ad un peculato per distrazione – sia pure oggi assorbito nel reato previsto dall'art. 323 c.p., cioè all'abuso d'ufficio – che senso ha dire che il giudice penale, se l'atto con il quale è stata commessa la distrazione è illegittimo, deve disapplicarlo? [...] Di fronte ad un atto di tale genere, per il quale l'agente deve essere ritenuto penalmente responsabile, che senso ha parlare di applicazione o disapplicazione, da parte del giudice penale, dell'atto amministrativo? Il giudice quando constata che quell'atto è illegittimo, perché quella destinazione diversa non poteva, per legge, essere data, ove accerti anche la sussistenza del dolo, condanna l'autore del reato. E facendo questo se non "applica" l'atto amministrativo, certamente non lo "disapplica"».

cui potere di controllo (sindacato) si colloca sui binari segnati dagli artt. 4 e 5 LAC([291]).

Verso la fine degli anni '60 si è manifestata in dottrina una reazione a questa impostazione tradizionale, basata sulla pretesa di valutare unitariamente nel giudizio civile e in quello penale i poteri di sindacato del giudice sul provvedimento amministrativo, prendendo spunto, in entrambi i casi, dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo. Si è così fatta strada una tesi autonomista che guardava al problema del sindacato dell'atto amministrativo da parte del giudice penale a prescindere dai poteri esercitabili dal giudice del "sistema" civile([292]).

Si è sostenuto, più nel dettaglio, che la legge abolitiva del contenzioso è riferibile solo al processo civile e quindi del tutto estranea a quello penale([293]).

Il processo penale ha delle sue particolari esigenze, completamente diverse da quelle che si pongono nell'ambito del processo civile, dove si discute della violazione di un diritto soggettivo e di una conseguenza di tipo risarcitorio: onde gli artt. 4 e 5 LAC limitati al giudizio civile, non potrebbero valere a disciplinare il sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo([294]).

Secondo altra impostazione, invece, pur sempre contraria alla soluzione processuale del problema, è corretto affermare che gli artt. 4 e 5 LAC sono nati soprattutto per il giudizio civile, ma avendo essi una

---

([291]) CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, p. 205; FRANCHINI, *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1957, p. 337. Si ribadiva, ferma l'impossibilità di revocare o modificare l'atto, giusto il divieto posto dall'art. 4, si è insistito sul potere dovere di verificarne la sola legittimità, con esclusione del sindacato di merito.

([292]) VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale*, cit. p. 39.; ID, *Questioni sulla sindacabilità degli atti amministrativi da parte del giudice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, p. 1135 ss.; ALIBRANDI, *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Napoli, 1969.; ID, *L'atto amministrativo nella fattispecie penale (avvio ad una ricostruzione tipologica)*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1970, p. 764.

([293]) VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale*, cit. p. 39. A favore dell'applicabilità degli artt. 4 e 5 LAC anche al processo penale, in dottrina, per tutti: PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, Giuffrè, 2000, p. 85 ss.

([294]) VENDITTI, *Questioni sulla sindacabilità degli atti amministrativi,* cit, p. 1135 ss. L'Autore, inoltre, afferma che, il giudice penale, essendo il processo penale basato sul principio di ricerca della verità reale, deve però pur sempre verificare (o controllare) la validità (non solo la legittimità) dell'atto amministrativo, compreso il vizio di merito, tutte le volte in cui ciò sia necessario: onde il sindacato del giudice penale sarebbe illimitato.

finalità di natura oggettiva e non meramente limitata ai diritti soggettivi la loro applicabilità al giudizio penale non può essere esclusa in radice, quando vi è coincidenza di situazioni, salvi i limiti interni al sistema penale([295]).

4.3. *Il sindacato del giudice penale a seconda della rilevanza interna o esterna dell'atto amministrativa rispetto alla fattispecie penale.*

Si è sostenuto in dottrina come fosse indispensabile, ai fini di una corretta impostazione (e risoluzione) della questione, operare una fondamentale distinzione nell'ambito di rilevanza dei provvedimenti amministrativi nel sistema penale, guardato nella sua globalità vale a dire osservando non solo il momento sostanziale ma anche processuale([296]).

L'atto amministrativo non rileva solo indirettamente vale a dire all' "interno" della fattispecie penale, quale suo presupposto o elemento, anche se costituiscono le ipotesi più frequenti, ma anche in via "esterna" o "autonoma" nella misura in cui svolga i suoi esclusivi e tipici effetti nel sistema penale, agendo direttamente e all'esterno della figura criminosa.

4.3.1. *Atti amministrativi a rilevanza "esterna" o "diretta".*

([295]) PETRONE, *Attività amministrativa*, cit., p. 86 ss. Secondo l'Autore «la tesi dell'estraneità al sistema penale risulta accettabile solo nella parte in cui esclude che i problemi del controllo sulla legittimità del provvedimento amministrativo, rilevante all'interno di una fattispecie penale, debbano essere risolti sulla base di quella norma. Ma è difficilmente accettabile lì dove conduce a ritenere che in nessun momento il giudice penale possa utilizzare come strumento decisorio l'art. 5».

([296])PETRONE, *Attività amministrativa*, cit., p. 87 ss. I poteri del giudice penale possono concernere sia l'accertamento della fattispecie sostanziale, sia quello di eventuali condizioni processuali, ai cui fini possa assumere rilevanza un provvedimento amministrativo. In altri termini non si può uscire dalla totale riferibilità dell'art. 5 al processo penale né dalla nuova, ma non convincente, affermazione della sua totale non riferibilità ad esso, se non si ha davanti chiaramente l'intero quadro di riferimento.

L'atto amministrativo, come anticipato, non rileva solo in via "interna" o "indiretta" rispetto alla fattispecie penale, come accade, ad esempio, nel caso di atto presupposto o elemento costitutivo, ma può avere rilevanza autonoma o esterna.

Tale distinzione ha importanti effetti in relazione al controllo del giudice penale.

Premessa a questo modo di procedere è quella secondo la quale nella categoria degli atti amministrativi rientrano anche quelli formalmente tali. Come messo in luce nel Capitolo II del presente lavoro anche gli atti amministrativi generali a contenuto normativo, a prescindere dalla ammissibilità di tali atti alla luce del principio di riserva di legge([297]), rientrano nel campo di applicazione del disposto dell'art. 5 LAC, il quale stabilisce che il giudice potrà applicare "*i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi*".

Altre ipotesi di rilevanza esterna dell'atto amministrativo si rinvengono nei casi in cui un provvedimento è, per la sua funzione tipica, rilevante in sede penale. Si pensi, ad esempio, al provvedimento di concessione della grazia. Questo costituisce un atto amministrativo del Presidente della Repubblica, che agendo al di fuori della fattispecie estingue la pena, in forza dell'art. 174 c.p. In presenza di una illegittimità del provvedimento del Presidente della Repubblica il giudice potrà disapplicarlo in forza dell'art. 5 LAC, ritenendolo, quindi, *tamquam non esset*([298]).

I provvedimenti amministrativi rilevanti esternamente rispetto alla fattispecie penale possono avere non solo portata "sostanziale" ma operare anche nel momento "processuale". Si pensi, ad esempio, alla richiesta di procedimento o all'autorizzazione a procedere del Ministro della Giustizia che sono provvedimenti amministrativi con funzione tipica nel processo penale (condizioni di procedibilità)([299]). Nei casi predetti non si vedono preclusioni all'operare dell'istituto della disapplicazione anche in campo penale.

([297]) Cfr., *retro*, Cap. II, par. 3.2.3.
([298]) PETRONE, *Attività amministrativa*, cit., p. 90.
([299]) PETRONE, *Attività amministrativa*, cit., p. 91.

4.3.2. *Le cinque categorie individuabili di atti amministrativi rilevanti in via "interna" o "indiretta".*

Una volta ammessa la praticabilità, nelle ipotesi sopra menzionate, della disapplicazione in campo penale occorre ora analizzare i casi nei quali le determinazioni amministrative non operano all'esterno della fattispecie, ma, con funzioni diverse, agiscono all'interno della stessa, quali componenti necessarie per la sua integrazione.

Il provvedimento amministrativo in tali casi è previsto dall'ordinamento per svolgere una tipica funzione extrapenale ma che, richiamati, in via esplicita o implicita, dalla figura criminosa assumono un ulteriore momento di rilevanza penale. In via esemplificativa la dottrina che qui si riporta riconduce questo "tipo" di rilevanza all'interno di cinque ipotesi a seconda che l'atto funzioni: a) da presupposto della condotta([300]); b) da condotta([301]); c) da oggetto materiale della condotta([302]); d) da scriminante([303]); e) da circostanza([304]).

Nei casi ora indicati ovvero quando l'atto rileva all'interno della fattispecie penale come suo elemento costitutivo (di natura normativa) non è più in gioco l'art. 5 LAC poiché i limiti di rilevanza dell'atto si

---

([300]) Il presupposto della condotta può essere sia positivo che negativo, a seconda di come è formulata la fattispecie incriminatrice. Sarà negativo quando l'atto deve mancare affinché ci sia reato, positivo quando, al contrario, deve esserci affinché il fatto possa raggiungere la qualificazione di illecito penale. In queste ipotesi più agevolmente si attaglierebbe la tesi della disapplicazione in campo penale. Il giudice penale infatti se il provvedimento è illegittimo dovrebbe negargli in ogni caso la rilevanza penale, decidendo, senza effetti di giudicato, *tamquam non esset*, ossia come se fosse addirittura inesistente e ritenendo esclusa la fattispecie se esso è costruito in forma positiva ovvero integrata se esso è costruito in forma negativa. Si v., *infra*, par. 4.7.2.

([301]) Il provvedimento amministrativo è integrativo di per se della condotta penalmente rilevante. Nel peculato per distrazione per esempio, ora parzialmente assorbito nel reato di abuso di ufficio, o nell'abuso innominato d'ufficio (323 c.p.) i provvedimenti amministrativi illegittimi proprio a cagione della loro illegittimità, integrano la fattispecie criminosa.

([302]) L'atto amministrativo, o, più precisamente, il documento che lo incorpora costituisce oggetto materiale della condotta. Sono ipotesi che si riconducono in prevalenza ai reati di falso.

([303]) Le situazioni nelle quali l'atto opera da scriminante possono essere ricondotte alle ipotesi dell'ordine dell'autorità *ex* art. 51 c.p. o alla reazione legittima all'atto arbitrario del pubblico ufficiale .

([304]) I casi nei quali l'atto amministrativo rileva i fini dell'integrazione di una circostanza aggravante l'atto opera all'interno della fattispecie circostanziata. Ad esempio l'aver commesso il fatto nonostante il divieto dell'autorità da luogo alla circostanza aggravante prevista dall'ultimo comma dell'art. 528 c.p. in tema di spettacoli osceni.

devono individuare nel quadro della singola norma e della sua *ratio* (interesse protetto): vi è in altri termini un controllo di legittimità sull'atto, legato alla circostanza che esso è un elemento normativo della fattispecie.

L'art. 5 LAC non opera quindi ai fini del controllo del giudice penale sugli atti amministrativi rilevanti all'interno della fattispecie. Questi ultimi si pongono come elementi normativi (giuridici), avendo come parametro valutativo di riferimento le norme amministrative che li disciplinano. Inoltre per stabilire l'esatto significato degli atti in questione, occorre tener conto dell'interesse protetto e della *ratio* dell'incriminazione([305]). Deve, in altri termini, ritenersi compreso nel tipo e, dunque, nel controllo, tutto ciò che, al di là della lettera della legge, sia imposto dalla immancabile funzione interpretativa, anche estensiva, della disposizione penale: condotta, come in ogni caso, alla luce del bene giuridico tutelato, della *ratio* della norma e di ogni altro elemento ricavabile dal sistema per ricostruire l'intenzione del legislatore: il giudice penale può, anzi deve egli stesso controllare, al fine di ritenere sussistente o insussistente il reato solo quanto – ma tutto quanto – della legalità amministrativa, il legislatore abbia nella descrizione delle varie fattispecie penali, indicato, esplicitamente o implicitamente come rilevante([306]).

4.4. Segue. *Critiche alla tesi sostanziale.*

Il fatto che un provvedimento amministrativo operi all'interno della fattispecie incriminatrice quale elemento normativo della stessa non può escludere il potere-dovere di disapplicazione del giudice penale essendo indifferente nei confronti della potestà di disapplicazione del giudice

---

([305]) PETRONE, *La disapplicazione dell'atto amministrativo: aspetti penali*, cit. p. 84 ss.

([306]) PETRONE, *Attività amministrativa*, cit., p. 95. In questi casi non si tratta né di applicabilità, né di inapplicabilità dell'atto amministrativo, ma semplicemente di verifica dei requisiti che il provvedimento deve presentare ai fini dell'integrazione del fatto penalmente rilevante.

penale sugli atti amministrativi illegittimi che l'atto si inquadri nei c.d. elementi normativi della fattispecie([307]).

Inoltre la tesi ora enunciata non prende in alcun modo in considerazione la copertura (*rectius*: imposizione) costituzionale del dovere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo. Come si è avuto modo di precisare nel capitolo precedente([308]) la soggezione dei giudici soltanto alla legge, esprimendo il principio di legalità nella giurisdizione, obbliga l'autorità giudiziaria (ordinaria) ad applicare esclusivamente gli atti aventi natura pubblicistica che siano conformi alla legge. Questo valore costituzionale non può essere tralasciato, né tantomeno "superato" in nome dell'oggettività giuridica espressa dalla fattispecie incriminatrice. Infatti non si può partire dal bene tutelato al fine di ampliare il contenuto precettivo della fattispecie. Al bene giuridico dovrebbe, al contrario, assegnarsi il ruolo suo proprio, vale a dire quello di limitare l'area dell'incriminazione alle condotte realmente offensive che abbiano già raggiunto il crisma della tipicità([309]).

Infine ritenendo valida l'impostazione sostanziale, si trascurerebbe la portata del valore dei principi penali di natura costituzionale i quali, in un'ottica assiologica, prevalgono sull'art. 101, co. 2 Cost., ponendo un vincolo insuperabile all'utilizzo da parte del giudice penale della disapplicazione *in malam partem* degli atti amministrativi illegittimi, nelle situazioni in cui l'atto concorre a descrivere la norma incriminatrice([310]).

([307]) Nello stesso senso, cfr. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Giuffrè, 2002, p. 176.

([308]) Cfr. Cap. III, par. 3.5.

([309]) Per una ricostruzione del principio *de quo*, per tutti: MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. I, Giuffrè, 2001. p. 525 ss.; MORSELLI, *Disvalore di evento e disvalore della condotta nella teoria del reato*, in *Riv. it.*, 1991, p. 796.; VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti Pioletti*, Milano, 2002, p. 85.

([310]) Nello stesso senso: GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale,* cit., p. 177.

Sezione II

DALLA TESI SOSTANZIALE AL "CONTROLLO" DELLA TIPICITÀ

4.5. *Il ricorso al principio di tipicità: i reati che prevedono espressamente la legittimità di un atto amministrativo. Dalla disapplicazione alla non conformità alla fattispecie legale.*

Secondo un particolare indirizzo ermeneutico la legittimità di un atto amministrativo sarebbe sindacabile soltanto se tale elemento sia espressamente richiesto dalla norma penale.

In tali casi la legittimità dell'atto amministrativo è stata espressamente introdotta dal legislatore quale elemento costitutivo del fatto tipico. L'indagine del giudice penale sulla legalità dell'atto, allora, si risolverebbe nel semplice accertamento della ricorrenza di un elemento costitutivo dell'illecito penale([311]).

L'esempio paradigmatico che si porta a sostegno dell'assunto è il reato di cui all'art. 650 c.p. rubricato "*Inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità*" per il quale il legislatore richiede che il provvedimento dell'Autorità sia "legalmente dato". Si dice a questo proposito che se il provvedimento è illegittimo è la stessa tipicità (conformità alla fattispecie legale) che manca. Non si potrebbe avere, quindi, il dovere del giudice penale di disapplicare l'atto, ma solo un sindacato sulla presenza degli elementi richiesti dalla norma incriminatrice che porta alla assoluzione del soggetto agente([312]).

([311]) VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Giuffrè, 1980, p. 108; CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Laterza, 1979, p.125 ss.; ID., *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi, con particolare riferimento agli atti discrezionali*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 42, 1991, p. 13; FRANCHINI, *Il controllo del giudice penale sulla pubblica amministrazione*, Cedam, 1998, p. 79;

([312]) TANDA, *Attività amministrativa e sindacato del giudice civile e penale*, Giappichelli, 1999, p. 294; SINISCALCO, *Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Giuffrè, 1971, p. 668; COCCO, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, CUEC Editrice, 1996, p. 242, secondo il quale vi è solo un'apparente coincidenza, ad esempio nell'art. 650 c.p., tra la non punibilità dell'inosservanza di un provvedimento illegittimo e la tradizionale concezione della operatività della disapplicazione, che appare una pura e semplice rassomiglianza tra situazioni essenzialmente diverse. Per quanto

Nell'art. 650 c.p. dato che l'illegittimità del provvedimento rientra tra gli elementi costitutivi dell'ipotesi criminosa tipizzata dal legislatore, qui il compito del giudice penale è quello di verificare la sussistenza o meno di una relazione di conformità tra fattispecie astratta e fatto concreto verificatosi.

La posizione interpretativa ora espressa presta il fianco ad alcune criticità.

Anche se si eliminasse il riferimento nella descrizione del reato all'inciso "legalmente dato" occorrerebbe ugualmente che il provvedimento amministrativo sia legittimo per poter accertare la ricorrenza, ai fini del giudizio di tipicità da parte del giudice penale. Questa soluzione sarebbe imposta, ancora una volta dal principio di legalità nella giurisdizione sancito dall'art. 101, co. 2 Cost.([313]).

Anche la contravvenzione di cui all'art. 682 c.p. ("*Ingresso arbitrario in luoghi ove l'accesso è vietato nell'interesse militare dello Stato*") costituisce un'ulteriore ipotesi presa in considerazione dalla dottrina che rivendica la necessità del solo controllo di tipicità. Il provvedimento amministrativo, in questo caso, può costituire la fonte del divieto di accesso in luoghi militari, che costituisce, per l'appunto, la condotta vietata dalla norma incriminatrice([314]).

Anche in questa ipotesi si è sostenuto che l' illegittimità dell'atto esclude che il fatto storico sia conforme alla fattispecie astratta di reato,

---

riguarda la giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. sez. I, 3 luglio 1996, Soave, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2713, n. 1490.

([313]) Nello stesso senso: GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale,* cit., p. 216; PETRONE, *Attività amministrativa*, cit., p. 162. Secondo l'Autore sono assai rari i casi in cui la norma penale richiede espressamente che l'atto sia legittimo e non possono certo esaurire le ipotesi di rilevanza penale della legittimità dell'atto amministrativo. Nell'ipotesi dell'art. 650 c.p. la norma penale richiede che il provvedimento sia legalmente dato. In questo caso sembrerebbe esserci addirittura una coincidenza tra l'art. 5 LAC e lo stesso art. 650 c.p. poiché se l'ordine non è legittimo, il giudice, assolvendo l'imputato, sembrerebbe disapplicare l'atto amministrativo.

([314]) La giurisprudenza (Cass., sez. I, 6 maggio 1996, Strussione, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3661, n. 2035) in relazione a questa contravvenzione ha affermato che «qualora venga apprezzata negativamente la legalità formale del provvedimento impositivo del divieto di accesso, non risulta configurabile la fattispecie criminosa di ingresso arbitrario in luoghi di interesse militare e ciò perché il riferimento nella disposizione di legge all'esistenza del "divieto" di accesso in determinati luoghi nell'interesse militare dello Stato e alla "arbitrarietà" della condotta di introduzione in essi, sta a dimostrare che assume rilievo, come elemento normativo della fattispecie incriminatrice, la legalità del provvedimento impositivo del divieto di accesso e della condotta omissiva del destinatario».

senza che sia necessario ricorrere alla disapplicazione dell'atto illegittimo. Guardando però al testo normativo, prescindendo dalla rubrica([315]), la legittimità del provvedimento non è prevista al livello normativo. Ciò posto, allora, si può sicuramente affermare che il provvedimento di natura amministrativa che sancisce il divieto d'ingresso nell'interesse militare è un presupposto positivo della condotta (atto che deve essere presente affinché vi sia reato), nondimeno l'aggiunta da parte dell'interprete al provvedimento, con cui si impone un divieto d'accesso nell'interesse militare dello Stato, del requisito della legittimità non sembra adeguarsi al principio della legalità sotto il profilo della tipicità e della tassatività([316]). Al contrario sembra più coerente con i principi che informano la materia penale permettere al giudice di disapplicare l'atto impositivo del divieto qualora non sia conforme a legge. L'esercizio di questo potere processuale da parte del giudice penale permette di escludere l'esistenza di un fatto penalmente rilevante anche in presenza di tutti gli altri elementi costitutivi posti dalla fattispecie astratta.

La soluzione che qui si propone appare in linea con i principi che informano la materia penale e aderente all'art. 2 c.p.p. secondo il quale il giudice risolve ogni questione da cui dipende la decisione([317]).

([315]) Secondo il noto brocardo "*rubrica legis non est lex*" si vuole affermare che la rubrica di ogni articolo ha un indubbio valore esegetico e orientativo per l'interprete ma non costituisce e non concorre a integrare la norma incriminatrice.

([316]) *Contra*: Cass., sez. I, 26 settembre 1996, D'Alessandro, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2448, n. 1339, secondo la quale ai fini della configurabilità del reato assume decisiva rilevanza la legittimità del provvedimento impositivo del divieto di accesso, come si evince dal riferimento testuale all'esistenza del divieto di accesso in determinati luoghi nell'interesse militare dello Stato e alla "arbitrarietà" della introduzione in essi. Nello stesso senso in dottrina: ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, vol. II, Giuffrè, 1997, p. 568; PETRONE, voce *Segreti (contravvenzioni concernenti la tutela preventiva dei)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVI, Utet, 1976, p. 941 per il quale il provvedimento amministrativo non potrà svolgere la sua ulteriore rilevanza quale elemento della fattispecie penale se non sia legittimo, sotto ogni profilo.

([317]) La lettura proposta non sembra, inoltre, porsi in contrasto col principio costituzionale di legalità-tipicità né con il principio di gerarchia delle fonti e si presenta perfettamente aderente con il principio di legalità nella giurisdizione.

Sezione III

ATTO AMMINISTRATIVO E NORMA INCRIMINATRICE: LA QUESTIONE DELLA DISAPPLICAZIONE *IN MALAM PARTEM*

4.6. *Disapplicazione e norma incriminatrice.*

Dalle considerazioni svolte in apertura di questo capitolo e in virtù dei riferimenti normativi, costituzionali e legislativi, richiamati si ritiene dogmaticamente corretto ammettere un generale potere di disapplicazione del giudice penale.

Si è visto, inoltre, nel capitolo precedente, come una tale conclusione sia addirittura imposta dal principio di legalità nella giurisdizione, sancito dall'art. 101, co. 2 Cost. il quale, stabilendo che il giudice è soggetto *soltanto* alla legge([318]), lo obbliga a "controllare" la validità formale e sostanziale dell'atto espressivo della volontà amministrativa che entri in vario modo in "contatto" con la fattispecie incriminatrice.

A ben vedere però il generale ricorso al potere-dovere di disapplicazione può comportare conseguenze sfavorevoli (o *in malam partem*), quando la neutralizzazione degli effetti dell'atto amministrativo (ampliativo) (ri)espande la portata del precetto fino a comprendere il comportamento posto in essere dall'agente([319]).

Anche se questa conseguenza, imposta dall'adesione alla disapplicazione penale non sia dal punto di vista di giustizia sostanziale "accettabile" non deve indurre l'interprete ad abbandonare i risultati logico-sistematici ai quali si perviene in forza non solo dell'art. 101 co. 2 Cost., ma anche del combinato disposto degli artt. 2, 4 e 5 della legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo e dell'art. 2 c.p.p. Infatti ci si dovrebbe tutt'al più domandare se all'interno del sistema penale è possibile rintracciare dei principi che possano escludere *ab origine* il prodursi delle conseguenze (sfavorevoli) ora paventate.

([318]) Più diffusamente, cfr. *retro*, Cap. III, par. 3.5.

([319]) Per quanto riguarda le ipotesi dei reati edilizi si rinvia al Cap. III, Sez. III.

Come messo in luce nel capitolo precedente([320]) il generale potere di verifica dell'azione amministrativa il quale può portare alla disapplicazione degli atti amministrativi penalmente rilevanti, qualora l'attività degli agenti pubblici, secondo il giudice penale non sia conforme a legge è limitato nella sua operatività dai principi costituzionali in materia penale (artt. 25, co. 2 e 27 co. 1 e 3 Cost.). Tali limiti si pongono esclusivamente nelle ipotesi in cui dal sindacato sull'atto amministrativo possa derivare una condanna dell'imputato. Per contro nessuna preclusione, alla stregua delle regole costituzionali proprie del settore penale, può riferirsi alla disapplicazione quando questa ha come effetto l'assoluzione dell'imputato([321]).

Sebbene la soluzione della disapplicazione penale sia, come diffusamente evidenziato, addirittura imposta al livello costituzionale attraverso il principio di legalità nella giurisdizione, non può avere una portata generale e sempre applicabile. Deve, in altri termini contemperarsi ai principi penali costituzionali. Questi ultimi data la particolare materia prevarranno dal punto di vista assiologico sul generale principio di legalità nella giurisdizione. Per "gerarchia assiologica" si deve intendere la relazione tra norme che non è positivamente istituita dal diritto ma dipende dal c.d. "bilanciamento di valori" compiuto dagli interpreti([322]). Ad una delle norme che entrano in conflitto deve essere assegnato maggior valore rispetto all'altra che verrà, conseguentemente, sacrificata. Nella materia *de qua* l'esigenza di garanzia e di tutela dell'affidamento del cittadino sottesa al principio di legalità e ai suoi corollari deve obbligatoriamente prevalere sulla generale istanza costituzionale di legalità nella giurisdizione([323]).

([320]) Cfr., *retro*, Cap. III, Sez. IV.

([321]) Si v. *infra*, Sez. IV.

([322]) GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, 1998. p. 228 ss.

([323]) Tale principio è inoltre evincibile da: Corte cost. 24 marzo 1988, n. 364. Per quanto riguarda la tutela dell'affidamento del cittadino rileva la Corte che «a nulla varrebbe in sede penale garantire la riserva di legge statale, la tassatività delle leggi, quando il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti che non può, comunque, impedire od in relazione ai quali non è in grado, senza la benché minima sua colpa, di ravvisare il dovere di evitarli nascente dal precetto. Il principio di colpevolezza, in questo senso, più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto». Cfr., sul punto, anche: VASSALLI, *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. cost.*, 1988, II, p. 3; PULITANÒ, *Un sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc.*

Da quanto esposto, allora, è possibile tracciare le seguenti conclusioni: in primo luogo è ammissibile un generale potere-dovere di disapplicazione da parte del giudice penale dell'atto amministrativo illegittimo che rilevi nell'accertamento della responsabilità penale; in secondo luogo la disapplicazione non trova limiti o preclusioni nel caso in cui i suoi effetti si ripercuotano in favore (*in bonam partem*) nei confronti del soggetto agente e, in terzo luogo, la "neutralizzazione" *incidenter tantum* degli effetti della determinazione amministrativa che partecipa alla descrizione della norma che definisce il precetto che si ripercuote a sfavore (*in malam partem*) dell'agente deve bilanciarsi con i principi penali costituzionali evincibili dall'art. 25 co. 2 e 27 co. 1 e 3 Cost.

4.7. *Atto amministrativo che contribuisce a delineare la norma.*

In via generale possiamo rintracciare all' interno dell'ordinamento ipotesi nelle quali l'atto amministrativo: a) contribuisce a delineare il precetto sanzionato, partecipando ad esprimere la regola di comportamento; e casi in cui b) il provvedimento amministrativo non concorre ad esprimere la regola di condotta.

All'interno della prima ipotesi possiamo a sua volta distinguere fra *i*) atto che concorre a specificare la condotta materiale del reato e *ii*) atto amministrativo che opera quale presupposto (negativo o positivo) della condotta incriminata.

4.7.1. *L'atto che partecipa a delineare la condotta incriminata.*

---

pen., 1988, p. 686; ID, *Ignoranza della legge (dir. penale)*, in *Enc. dir.*, I aggiornamento, Giuffrè, 1997, p. 615; DONINI, *Il principio di colpevolezza*, in AA.VV, *Introduzione al sistema penale*, Giappichelli, 2000, p. 215 ss.

L'ipotesi tradizionale nella quale l'atto dell'autorità amministrativa contribuisce a descrivere la condotta è costituito dall'art. 650 c.p. rubricato "*Inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità*"([324]). In questo reato il provvedimento deve essere, per espressa volontà del legislatore "*legalmente dato*" anche se, come più volte ribadito anche se il legislatore non avesse inserito questa espressione il giudice penale avrebbe dovuto ugualmente, in virtù degli art. 101, co. 2 Cost. e 2 c.p.p., controllarne la legittimità e, eventualmente, disapplicarlo.

Secondo taluni in questo caso la determinazione amministrativa non concorre a delineare la condotta tipica, in quanto l'atto, essendo individuale e concreto, non svolge alcun ruolo precettivo nella descrizione del tipo di illecito. La norma incriminatrice nascerebbe *ab initio* completa relegando l'atto amministrativo a semplice presupposto del fatto([325]).

Secondo talaltri anche un provvedimento amministrativo individuale e concreto può avere funzione precettiva nella descrizione del tipo di illecito. Proprio nell'art. 650 c.p. il provvedimento legalmente dato dall'autorità tende a specificare quale sia il comportamento vietato; il

---

([324]) Art. 650 c.p.: "*Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a euro 206*". Si segnalano anche altre ipotesi di reato che presentano lo stesso "schema" normativo di incriminazione, in particolare l'art. 329 (*Rifiuto o ritardo di obbedienza commesso da un militare o da un agente della forza pubblica. Il militare o l'agente della forza pubblica, il quale rifiuta o ritarda indebitamente di eseguire una richiesta fattagli dall'autorità competente nelle forme stabilite dalla legge, è punito con la reclusione fino a due anni")*; 659 co. 2 c.p. ("*Chiunque, mediante schiamazzi o rumori, ovvero abusando di strumenti sonori o di segnalazioni acustiche, ovvero suscitando o non impedendo strepiti di animali, disturba le occupazioni o il riposo delle persone, ovvero gli spettacoli, i ritrovi o i trattenimenti pubblici, è punito con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a euro 309. Si applica l'ammenda da euro 103 a euro 516 a chi esercita una professione o un mestiere rumoroso contro le disposizioni della legge o le prescrizioni dell'autorità")*.

([325]) Nello stesso senso: ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, 1995, p. 37; PIERGALLINI, *Norma penale e legge regionale: la costruzione del tipo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 490. Cfr., anche MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. I, Giuffrè, 2001, p. 111 secondo i quali l'atto non concorre a individuare il fatto penalmente rilevante. Le scelte politico criminali sarebbero infatti già effettuate dal legislatore, senza alcuna partecipazione da parte della amministrazione pubblica: il fatto di reato è integralmente descritto dall'enunciato legislativo, il cui rispetto è imposto dalla legge a tutela dei diversi interessi che quei tipi di provvedimenti hanno lo scopo di tutelare.

cittadino quindi avrebbe cognizione della regola di condotta non prima che l'autorità amministrativa adotti lo specifico provvedimento che viene in considerazione nell'ipotesi particolare([326]).

Non si può negare poi che nel percorso logico che porta dall'enunciato letterale (disposizione) alla regola di condotta (norma) il provvedimento dell'Autorità svolga un ruolo fondamentale volto, appunto, a delineare il contenuto del significato normativo. Che in questi casi sia possibile disapplicare l'atto illegittimo è pacifico. Essendo la determinazione amministrativa integrativa sì della norma ma comunque "restrittiva" della sfera giuridica del privato, la neutralizzazione dei suoi effetti non potrà che operare a favore dell'agente. Seppur partecipando, come si ritiene, alla descrizione della "norma" penale, l'atto che specifica la condotta avrà sempre portata restrittiva della libertà altrui, in quanto attraverso di esso si impone un comportamento specifico al destinatario e, per queste ragioni, potrà essere disapplicata.

Per contro una disapplicazione sfavorevole (*in malam partem*) di atti amministrativi che partecipano alla descrizione della condotta violata non può essere ammessa in virtù dei menzionati principi costituzionali involgenti la materia penale([327]).

([326]) In questo senso: FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, 2007, p. 56 secondo i quali l'effettiva determinazione del fatto costituente reato rimane affidata, in fondo, alla stessa autorità amministrativa; Per PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p. 88, nell'art. 650 c.p. l'atto amministrativo concorre ad integrare il precetto, delineando in termini particolari quale condotta sia suscettibile di violare la disposizione incriminatrice. Anche secondo CARBONI, *Norme penali in bianco e riserva di legge: a proposito della legittimità costituzionale dell'art. 650 c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1971, p. 454, l'art. 650 c.p. è una norma penale in bianco, ossia una norma delineata, quanto al momento precettivo, dal provvedimento dell'Autorità cui fa riferimento. Secondo GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit. p. 181 «se il provvedimento amministrativo da osservare non concorre a descrivere la norma incriminatrice, diventa un illecito strutturato sulla mera disubbidienza a quanto ordinato dalla pubblica amministrazione: la violazione di un mero dovere, dove il reato si realizza in mancanza di una lesione o messa in pericolo del bene giuridico. Per attribuire un contenuto di concreta offensività, occorre dunque che il provvedimento amministrativo sia riconosciuto un ruolo integrativo del precetto penale, non essendo sufficiente a tal fine la classe dei provvedimenti amministrativi individuata dall'art. 650 c.p. (ragioni di giustizia, sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene); essendo siffatta classe talmente ampia da risultare inidonea a tutelare concretamente un qualsiasi interesse».

([327]) Più diffusamente, *infra*, par. 4.7.2.

4.7.2. *L'atto amministrativo elemento costitutivo o presupposto in rapporto all'oggetto giuridico del reato.*

Può definirsi presupposto del reato quell'atto la cui assenza (presupposto negativo) o la cui presenza (presupposto positivo) rappresenta, nella descrizione della fattispecie, l'antecedente logico-giuridico del comportamento del soggetto attivo che ne condiziona la tipicità([328]). L'atto presupposto è elemento costitutivo della fattispecie tipica anteriore alla condotta e indipendente da essa([329]).

Nel caso di atto amministrativo presupposto positivo della condotta può essere portato ad esempio l'art. 734 c.p. che punisce la distruzione o il deturpamento di bellezze naturali in luoghi soggetti alla speciale protezione dell'Autorità([330]). In questo caso l'atto amministrativo con il quale l'Autorità individua determinati luoghi nei confronti dei quali si materializza il concetto di "bellezza naturale" delimita la condotta tipica: sarà punita la distruzione o alterazione, mediante costruzioni, demolizioni, o in qualsiasi altro modo, proprio di quelle bellezze naturali soggette alle prescrizioni adottate dall'Autorità. Il provvedimento amministrativo, quindi, ha una duplice funzione, quella di individuazione delle "bellezze naturali" e quella di prevedere delle prescrizioni necessarie alla loro tutela. Colui che, pur rispettando le prescrizioni della pubblica amministrazione, distrugge o deteriora una "bellezza naturale" incorre nel reato di cui all'art. 734 c.p. in quanto con l'espressione "*luoghi soggetti alla speciale protezione dell'Autorità*" si vuole solo restringere il campo di applicazione della disposizione ad un

---

([328]) GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit. p. 182.

([329]) GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II, parte I, Giappichelli, 2000, p. 51. Secondo MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Cedam, 2011, p. 131, rappresentano degli antecedenti logici, cioè delle situazioni di fatto o di diritto, preesistenti all'azione e da cui questa deve prendere le mosse per l'esistenza di certi reati, o preesistenti all'omissione, attivando essi l'obbligo di agire.

([330]) Il provvedimento in taluni casi può attribuire la qualità di soggetto attivo richiesta per l'integrazione della fattispecie incriminatrice. Si pensi alla normativa sulla qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che deve rivestire il soggetto attivo dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (art. 314-335 c.p.). Per vero, di regola, per la qualifica pubblicistica non si deve fare più riferimento al rapporto di dipendenza dallo Stato o da altro ente pubblico, ma all'effettivo svolgimento di un'attività di tipo pubblicistico. Infatti dal 1990 è venuta meno la concezione soggettiva della nozione di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio a vantaggio della concezione c.d. "funzionale-oggettiva".

determinato "gruppo" di fatti. Il provvedimento che disciplina la tutela delle "bellezze naturali" non entra in alcun modo nella descrizione del precetto della disposizione ma circoscrive solamente l'oggetto materiale della condotta([331]). In definitiva il presupposto del reato sarà positivo quando si subordina la tipicità alla violazione di un provvedimento amministrativo esistente e "richiesto" dalla norma incriminatrice, avente funzione restrittiva o specificativa della condotta vietata.

Come detto in precedenza il presupposto del reato può definirsi negativo quando la sua assenza rappresenta l'antecedente logico-giuridico del comportamento del soggetto attivo che ne condiziona la tipicità. Di regola quando si incrimina una condotta in ragione dell'assenza del provvedimento amministrativo si ricollega a quest'ultimo una funzione ampliativa della sfera giuridica del soggetto in quanto la determinazione amministrativa tende a rimuovere un ostacolo all'esercizio di diritti soggettivi (nulla osta, autorizzazioni) oppure li costituisce (concessioni).

In questi ipotesi la vicenda disapplicativa posta in essere dal giudice penale risulterebbe svantaggiosa per il privato destinatario dell'atto non solo perché attraverso di essa la sfera giuridica di questi, neutralizzato l'ampliamento che aveva acquisito, viene compressa, ma anche perché la disapplicazione condurrebbe immancabilmente ad una sentenza di condanna del soggetto che ha agito sulla base di quell'atto ampliativo illegittimo([332]).

In questi casi secondo parte della dottrina non si pone, a differenza dell'illegittimità del provvedimento presupposto restrittivo, un problema di disapplicazione ma si tratterebbe soltanto di esaminare l'aspetto

---

([331]) A maggior riprova del fatto che il provvedimento dell'Autorità amministrativa che seleziona le bellezze naturali non integra la condotta, si segnala Cass., Sez. Un., 21 ottobre 1992, Molinari, in *Cass. pen.*, 1993, p. 806, n. 466 secondo cui «il reato in esame può essere realizzato solo in riferimento a determinati beni, rispetto ai quali la pubblica amministrazione abbia posto il vincolo previsto dalla l. 1497 del 1939 ovvero siano compresi nell'elenco contenuto nell'art. 1 della l. n. 431 del 1985; nessun altro riferimento è fatto nella norma a provvedimenti autorizzativi della p.a. Dovendo solo il giudice in sede penale accertare se in concreto vi sia stata distruzione o alterazione del bene protetto e poiché tale obbligo incombe sul giudice, il nulla osta o l'atto autorizzativo rilasciato dall'autorità amministrativa non può esercitare influenza all'interno del giudizio penale, posto che l'unico presupposto richiesto dalla norma è la sottoposizione a protezione di determinate bellezze naturali»

([332]) TANDA, *Attività amministrativa e sindacato penale*, cit., p. 302.

strutturale della fattispecie criminosa tipizzata dal legislatore ed accertare quali siano i suoi elementi costitutivi. Nel caso in esame l'illegittimità dell'atto non è contemplata fra gli elementi richiesti dalla fattispecie, quindi ciò che dovrebbe rilevare è l'ontologica esistenza dell'atto e non la sua illegittimità, dovendosi escludere agli effetti penali in discorso, ogni equiparazione tra atto amministrativo inesistente ed atto esistente ma illegittimo([333]).

Come in precedenza diffusamente affermato, il potere di disapplicare l'atto amministrativo illegittimo da parte del giudice penale è imposto in via costituzionale dall'art. 101, co. 2 Cost.; potere-dovere sempre presente che però non può essere esercitato in presenza di un provvedimento amministrativo che contribuisce a descrivere il precetto nel momento in cui il suo esercizio porti alla condanna dell'agente.

Rimanendo fedeli al tema dal quale, in questo paragrafo, si sono prese le mosse, le ipotesi in cui l'atto amministrativo rileva quale presupposto negativo della condotta hanno dato luogo al dibattito, creando in dottrina e giurisprudenza difficoltà ermeneutiche ancora non sciolte([334]).

Si è visto nel capitolo precedente che secondo un indirizzo giurisprudenziale, per vero ormai recessivo, le ipotesi nelle quali il legislatore vieta una certa condotta in assenza di un provvedimento amministrativo devono essere correttamente intese come se fosse proibito

---

([333]) PECORARO ALBANI, *Il reato di costruzione edilizia senza licenza: in particolare l'errore su legge extrapenale*, in *Riv. giur. ed.*, 1959, II, p. 49. L'Autore sosteneva che il rilascio di una licenza, sia pure illegittima, escludeva l'illecito (allora previsto dall'art. 41, lett. *b*) l. 1150 del 1942.

([334]) Si segnala, a scopo esemplificativo: Cass., sez. III, 11 giugno 2008, n. 37250: «Il giudice penale, allorquando accerta profili di illegittimità sostanziale di un titolo abilitativo edilizio, procede ad una identificazione in concreto della fattispecie sanzionata e non pone in essere alcuna "disapplicazione" riconducibile alla L. 20 marzo 1865, n. 2248, art. 5, allegato E), né incide, con indebita ingerenza, sulla sfera riservata alla Pubblica Amministrazione, poiché esercita un potere che trova fondamento e giustificazione nella stessa previsione normativa incriminatrice»; Cass., sez. III, 09 magio 2008, n. 28225: «Dalla sentenza a sezioni unite del 21.12.1993, ric. Borgia si evince il principio che il giudice penale, nel valutare la sussistenza o meno della liceità di un intervento edilizio, deve verificarne la conformità a tutti i parametri di legalità fissati dalla legge, dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dalla concessione edificatoria. Il giudice, quindi, non deve limitarsi a verificare l'esistenza ontologica del provvedimento amministrativo autorizzatorio, ma deve verificare l'integrazione o meno della fattispecie penale "in vista dell'interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela" (nella specie tutela del territorio). È la stessa descrizione normativa del reato che impone al giudice un riscontro diretto di tutti gli elementi che concorrono a determinare la condotta criminosa, ivi compreso l'atto amministrativo».

tenere quelle condotte anche in presenza di atto (solamente) illegittimo([335]). Invero questo orientamento giunge ai medesimi risultati ai quali si potrebbe giungere attraverso il "meccanismo" della disapplicazione c.d. *in malam partem*; esito che, come già chiarito, contrasta irrimediabilmente con i principi penali costituzionali di legaltà-tipicità, tassatività, divieto di retroattività (occulta) e colpevolezza([336]).

La tesi che sembra ora patrocinata dalla giurisprudenza che fa leva sull'interesse sostanziale onde pervenire ad un giudizio di colpevolezza se l'oggetto giuridico tutelato dalla norma incriminatrice risulta comunque intaccato in concreto, lascia aperta la questione, di non poca rilevanza, circa l'individuazione dell'effettivo oggetto di tutela di quelle norme incriminatrici che presentano un atto amministrativo quale presupposto negativo della condotta.

Frequente l'impiego di incriminazioni costruite sulla violazione di precetti amministrativi alla cui esistenza o al cui rispetto è subordinato lo svolgimento di determinate attività([337]).

Tradizionalmente le fattispecie incriminatrici costruite sull'esercizio di un attività in assenza di provvedimento amministrativo avrebbero una struttura meramente sanzionatoria essendo preordinate non alla tutela di beni giuridici, ma di un generico interesse di controllo e di governo che competano alla pubblica amministrazione([338]). Ci si è chiesti, invero, se, in disparte la ricostruzione storica di siffatte tecniche incriminatrici, le fattispecie imperniate sulla assenza o sulla violazione dell'atto

---

([335]) Si rinvia, più diffusamente, a: Cap. III, par. 3.7. Ad oggi la giurisprudenza tende a risolvere la questione della costruzione edilizia sulla base di una concessione edilizia illegittima sganciandola dalla disapplicazione di un atto amministrativo illegittimo e dai relativi poteri del giudice penale, considerandola invece questione inerente al potere "accertativo" del giudice penale dinanzi ad un atto amministrativo che costituisce presupposto o elemento costitutivo di un reato. L'esame "accertativo" del giudice deve riguardare non l'esistenza ontologica dell'atto ma l'integrazione o meno della fattispecie penale in vista dell'interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela.

([336]) Cfr. Cap. III, Sez. IV.

([337]) Il tema è stato particolarmente approfondito nella dottrina che si è occupata della struttura dei reati ambientali, per tutti: CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, Cedam, 1996, p. 54 ss.; GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 1097 ss.; CATENACCI–HEINE, *La tensione tra diritto penale e diritto amministrativo nel sistema tedesco di tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1990, p. 932 ss.

([338]) Per un ricostruzione dogmatica del fenomeno giuridico descritto si rinvia, più diffusamente, a: GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia,* cit., p. 1099.

amministrativo ampliativo tutelino un bene giuridico vero e proprio, concretamente individuabile, oppure tendano a garantire le funzioni di controllo e di governo della pubblica amministrazione in settori di rilevanza pubblicistica.

Per una prima ricostruzione ai fini dell'individuazione della tipicità della condotta umana occorre comunque riferirsi, in tali ipotesi normative, al bene tutelato inteso come bene finale (o specifico). Di conseguenza nel concetto di atto amministrativo finalisticamente orientato alla tutela del bene giuridico finale è ricompresa anche la legittimità dell'atto stesso. Per rimanere in tema di reati edilizi l'interesse protetto non si reputa, così argomentando, il mero governo del territorio locale (cioè il controllo della pubblica amministrazione a verificare la compatibilità dell'atto con l'interesse pubblico) ma l'interesse finale (o specifico) fissato nell'ordinato assetto del territorio([339]).

La tesi ora esposta poggia sulla circostanza che la norma incriminatrice tuteli in tali ipotesi non tanto delle funzioni di controllo o di governo di specifici settori amministrativi, ma dei veri e propri interessi sostanziali finali. Ne deriva che l'utilizzo di espressioni come "assenza di concessione, "mancanza di permesso o di autorizzazione", quando hanno la funzione di presupposto negativo della condotta materiale devono essere interpretati nel senso che non è sufficiente l'esistenza del provvedimento ampliativo per escludere il reato ma è necessario che sia anche legittimo([340]).

([339]) Come rilevato anche da PETRONE, *La disapplicazione dell'atto amministrativo: aspetti penali*, cit. p. 89, «una concessione sostanzialmente illegittima o formalmente tale per incompetenza non corrisponde all'interesse amministrativo cui la norma penale accede: onde la costruzione in presenza di una siffatta concessione è lesiva di tale interesse e, dunque, integra il reato in questione».

([340]) Secondo VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi*, cit., p. 152, invece «non è consentito, in un sistema caratterizzato dalla rigorosa riserva di legge in materia di descrizione dei reati, elevare ad illecito penale fatti diversi da quelli ipotizzati dal legislatore, sulla scorta della loro (pretesa) lesività di interessi». Cfr. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., p. 135 secondo cui «i reati di esercizio non autorizzato di attività pericolose sono incentrati su di uno specifico disvalore di evento, consistente a sua volta proprio nella presunta esposizione a pericolo di quei beni della vita che, secondo il legislatore si accompagna di solito a tali attività, e la cui tutela giustifica la stessa necessità di un controllo preventivo». Inoltre di mera tutela delle funzioni si può parlare solo in quelle residue ipotesi nelle quali il controllo della pubblica amministrazione «arrivi a ricomprendere condotte in sé meramente prodromiche a ciò che di regola è idoneo a

Di diverso avviso quell'indirizzo dottrinario secondo cui sebbene si concepisca il reato come modello di offesa a beni giuridici non è impedito al reato stesso di tutelare una funzione. Anche le funzioni possono essere entità offendibili e per la importanza che di volta in volta ricevono nel caso concreto possono essere oggetto di tutela penale non diversamente dai beni che si sostanziano in entità materiali([341]).

Così ragionando quando l'atto amministrativo viene configurato quale presupposto negativo della condotta e il legislatore incrimina esclusivamente l'assenza del provvedimento, l'estensione della norma incriminatrice fino a comprendere anche i casi di concessione illegittima utilizza il bene giuridico non come criterio selettivo all'interno dei possibili significati letterali della norma ma, al contrario come strumento di espansione della fattispecie([342]).

Per altro orientamento, che valorizza la *ratio* storica dei reati contravvenzionali le fattispecie incriminatrici che contengono un provvedimento amministrativo quale presupposto negativo della condotta([343]) derivano dal modello dei reati contravvenzionali concernenti l'inosservanza di norme relative alla disciplina di attività soggette ad un potere (o controllo) amministrativo nelle quali il contemperamento delle varie posizioni o la precisazione dei loro limiti corrispettivi sono affidati alla pubblica amministrazione([344]).

---

provocare un certo evento dannoso o pericoloso». *Contra*: PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e diritti umani fondamentali*, Cedam, 1993, p. 103 secondo il quale le stesse fattispecie criminose previste in materia ambientale forniscono una chiara indicazione nel senso della indifferenza normativa rispetto all'offensività dei comportamenti.

([341]) Per offendibilità deve intendersi la capacità di tali attività di essere tutelate penalmente come beni giuridici. Sul punto si v. in particolare, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. I, Giuffrè, 2001, p. 551. Nel senso finora descritto: Cocco, L'atto amministrativo invalido, cit., p. 427. In senso critico: GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia, tutela di beni o tutela di funzioni?*, cit., p. 1111, il quale afferma che il limite di questa impostazione consiste nella sua radicalità: identificando la funzione amministrativa con il bene giuridico, essa trascura il modo in cui in concreto viene esercitata la funzione amministrativa, con la conseguenza di formalizzare la tutela penale.

([342]) MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 177.

([343]) Di solito ci si riferisce a un provvedimento autorizzativo o abilitativo.

([344]) In particolare PADOVANI, voce *Contravvenzioni e delitti*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Utet, p. 330. Sul punto si veda anche ROCCO, *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, p. 394 ss., secondo il quale le contravvenzioni suppongono un'organizzazione amministrativa dello Stato già bell'e costituita, e hanno riguardo alla funzione che questi organi amministrativi spiegano, alla attività che essi esplicano, cioè all'attività amministrativa, onde si contrappongono all'interesse pubblico che lo Stato, o meglio i suoi organi, mediante l'attività amministrativa, tendono realizzare.

In riferimento alle contravvenzioni aventi carattere "amministrativo" e alle norme incriminatrici di natura preventivo-cautelare la prevalenza di un interesse non può essere sancita *a priori*, perché troppi risultano gli interessi in gioco, ed impossibile appare una decisione avulsa da riscontri specifici e da valutazioni concrete, sicché la norma non risolve un determinato conflitto di interessi, ma si limita a tutelare le modalità legalmente definite per risolverlo([345]).

Ciò premesso, le fattispecie costruite sulla base di un atto amministrativo (ampliativo) che funge da presupposto negativo della condotta non possono ritenersi integrate in presenza del rilascio del provvedimento anche se quest'ultimo sia illegittimo. Cosicché le "espressioni" normative come "assenza di concessione" o "mancanza di autorizzazione" individuano solamente quelle condotte criminose svolte in assenza del richiesto provvedimento amministrativo, senza che possa rilevare l'illegittimità dello stesso.

4.8. *L'atto amministrativo che non contribuisce a delineare la norma.*

([345]) Così PADOVANI, T., *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzioni ed illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 675; ID, voce *Delitti e contravvenzioni*, cit., p. 330. L'autorizzazione rilasciata o la sua mancanza non escludono che il bene della vita sotteso alla norma penale venga leso o compromesso in qualche modo; resta però decisivo l'essersi sottoposto al controllo della pubblica amministrazione. Ad esempio il rilascio di una concessione edilizia legittima non esclude che quella costruzione sfregi il territorio da un punto di vista estetico o ambientale; inoltre lo scarico di sostanze inquinanti in presenza di un'autorizzazione amministrativa legalmente rilasciata non assicura la salubrità delle acque. Secondo GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia, tutela di beni o tutela di funzioni?*, cit., p. 1111, le fattispecie che incriminano lo svolgimento di un'attività in assenza dell'autorizzazione della pubblica amministrazione competente a rilasciarle, sono poste a tutela di una funzione amministrativa di governo (o controllo), la quale si esplica attravverso la valutazione della tollerabilità in concreto della pericolosità della condotta, ovvero della conciliabilità tra l'interesse allo svolgimento dell'attività e i vari interessi configgenti. La tutela della funzione di governo o controllo è però strumentale rispetto alla salvaguardia di un bene giuridico finale, che risulta protetto indirettamente; sicché tali fattispecie possono assimilarsi ai reati di pericolo astratto. Sul tema si v. anche MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 343.

Fra le ipotesi all'interno delle quali l'atto della pubblica amministrazione non concorre in nessun modo ad esprimere la regola di condotta possiamo annoverare i casi nei quali: a) l'atto amministrativo è solo una modalità della condotta che integra la fattispecie; b)l'atto interviene come causa estintiva del reato; c) l'atto amministrativo è esterno alla norma incriminatrice.

All'interno della categoria *sub* a) è possibile annoverare le ipotesi del peculato (314 c.p.), della concussione (317 c.p.), della corruzione (artt. 318 e 319 c.p.), dell'abuso di ufficio (art. 323 c.p.).

In questi casi l'atto amministrativo non concorre a definire il contenuto precettivo delle fattispecie richiamate ma, la sua esistenza, costituisce solamente una modalità di integrazione della condotta criminosa. Non avrebbe senso allora parlare di controllo di legalità amministrativa che anticipa (l'eventuale) disapplicazione. Il giudice deve prendere in considerazione l'atto al solo fine di accertare la tipicità del fatto tipico e non certo per disapplicarlo([346]).

All'interno dell'ipotesi *sub* b) è possibile farvi rientrare la concessione edilizia in sanatoria o il condono edilizio. Per quanto concerne la concessione edilizia in sanatoria (oggi permesso di costruire in sanatoria) l'art. 45 co. 3 del t.u. sull'edilizia stabilisce che "*Il rilascio in sanatoria del permesso di costruire estingue i reati contravvenzionali previsti dalle norme urbanistiche vigenti*". Dal dato testuale si deduce che "il permesso di costruire in sanatoria" consiste in un provvedimento amministrativo che rende lecita *ex post* l'attività edificatoria eseguita, che risulta conforme agli strumenti urbanistici, a prescindere dall'inosservanza della disciplina legislativa di controllo preventivo dell'amministrazione comunale sulla rispondenza delle iniziative di trasformazione del

---

([346]) PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p. 88.; anche per VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Giuffrè, 1980, il contenuto precettivo del provvedimento amministrativo è estraneo al comportamento tipico descritto dalla fattispecie incriminatrice. Per PETRONE, *Attività amministrativa*, cit., p. 95 negli atti-reato, ossia gli atti de pubblico amministratore che possono integrare essi stessi un reato, e dunque dar luogo ad una responsabilità penale dello stesso amministratore, il concetto di disapplicazione è assolutamente inutilizzabile: qui infatti, il problema da risolvere è quello di diritto sostanziale, di individuare gli elementi rilevanti per la integrazione delle singole fattispecie.

territorio alle regole urbanistico-edilizie. Quindi, per poter dichiarare l'estinzione dei reati contravvenzionali previsti dalle norme urbanistiche, occorre da una parte che l'opera realizzata sia conforme alla normativa vigente e, dall'altra, che il responsabile dell'abuso (o altro soggetto legittimato) ottenga il provvedimento autorizzativo da parte dell'autorità competente([347]). Il condono edilizio, invece, consiste in una procedura di sanatoria degli abusi edilizi e urbanistici che termina con un atto amministrativo che opera come causa di estinzione dei reati connessi all'attività di edificazione abusiva([348]).

In tali casi il provvedimento amministrativo che estingue il reato può essere disapplicato dal giudice penale ai sensi del combinato disposto degli artt. 2, 4 e 5 LAC. I provvedimenti in questione, difatti, non hanno la funzione di rimuovere limiti o di costituire diritti del cittadino ma si atteggiano a fatti estintivi di un reato già commesso e, in quanto tali, devono essere controllati dal giudice([349]).

Il giudice penale, nei casi ora riportati, anche nella fase dell'esecuzione conserva ogni potere previsto dall'ordinamento processuale, nella specie anche quello della disapplicazione della concessione in sanatoria qualora non sia conforme alla legge([350]).

([347]) BRESCIANO-MORICHINI, *I reati urbanistici*, Giuffrè, 2000, p. 378.

([348]) MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Giuffrè, 1997, p. 1131; REZZONICO, *I Reati edilizi*, Il solo 24 Ore, 2000, p. 209 ; ZANETTI, *I reati in materia urbanistica*, Esi, 1992, p. 222 ss.

([349]) Cass., sez. III, 27 gennaio 1997, Tessari, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1223, n. 746; Cass., sez. III, 4 marzo 1993, Veronica, *ivi*, 1994, p. 1336, n. 819; Cfr. anche Cass., sez. III, 24 febbraio 2001, Santercole, in *Urb e app.*, 2001, p. 575 secondo cui in materia di ordine di demolizione di un manufatto abusivo impartito con sentenza penale di condanna divenuta irrevocabile, a fronte del rilascio di una concessione in sanatoria da parte della pubblica amministrazione, il giudice dell'esecuzione penale ha il potere dovere di rilevare gli eventuali vizi che inficiano il provvedimento senza alcuna limitazione alla sua indagine, e, di conseguenza, deve disapplicare l'atto amministrativo quando risulti non conforme alla legge. In favore della disapplicazione del provvedimento illegittimo anche nella fase esecutiva: Cass., sez. III, 25 maggio 2000, Lagrande, in *C.E.D. Cass.*, n. 217520.

([350]) Nello stesso senso v. anche Corte cost., 22 luglio 1996, n. 270, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2383. *Contra*: Cass., sez. III, 22 settembre 1997, Frati, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3084, n. 1672; Cass., sez. III, 27 marzo 1990, Simonetti, *ivi*, 1992, p. 1313, n. 712 in forza delle quali pur ribadendo che l'accertamento della sussistenza di tutti i presupposti e requisiti per conseguire la concessione edilizia in sanatoria o la speciale causa estintiva prevista dalla normativa sul condono edilizio rientra tra i compiti del giudice penale, cui è deferita la dichiarazione di estinzione del reato o di improcedibilità dell'azione penale, ritiene che tutto ciò non costituisca disapplicazione di un atto amministrativo illegittimo. A favore della tesi della ordinaria attività del giudice di sussumere il fatto storico all'interno della norma incriminatrice: NOVARESE, *La concessione in sanatoria. Profili penalistici* , in *Riv. giur. edil.*, 1992, II, p. 18.

All'interno delle ipotesi *sub* c) è possibile rintracciare tutti i casi nei quali l'atto amministrativo rileva all'esterno della norma incriminatrice. Come in precedenza analizzato([351]) è possibile annoverare in questa "classe" di atti amministrativi il provvedimento di concessione della grazia quale atto amministrativo del Presidente della Repubblica che agisce al di fuori della fattispecie con efficacia estintiva; oppure la richiesta di procedimento o l'autorizzazione a procedere del Ministro della giustizia che sono, parimenti, provvedimenti amministrativi con funzione tipica (condizioni di procedibilità) nel procedimento penale([352]).

Per un ulteriore approfondimento si rinvia a: COCCO, G., *La rilevanza penale dei vizi degli atti amministrativi elementi della fattispecie estintiva penale: in particolare le ipotesi della concessione edilizia in sanatoria e del condono edilizio,* in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari,* vol. LVI, 1995-1996, Giappichelli, 1998, p. 73-131

([351]) Cfr., *supra*, par. 4.3.1.

([352]) Nello stesso senso v. anche: PETRONE, *Attività amministrativa*, cit., p. 90. *Contra* COCCO, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, CUEC Editrice, 1996, p. 298 secondo il quale appare del tutto estraneo alla decisione del giudice penale, anche dal punto di vista logico, il concetto di disapplicazione dell'atto illegittimo. La sussistenza o meno di un elemento della fattispecie penale, anche se normativo deve essere affermata o negata sulla base della esclusiva valutazione di conformità al tipo previsto dalla norma penale.

Sezione IV

LA DISAPPLICAZIONE "FAVOREVOLE" ALL'AGENTE

4.9. *Disapplicazione* in bonam partem*: origine storica.*

L'intento della l. n. 2248 del 1865 All. E era non già quello di affidare al giudice ordinario un generalizzato potere di disapplicare l'atto amministrativo ma, al contrario, di limitarlo ai casi nei quali l'atto illegittimo andava a ledere una posizione giuridica soggettiva qualificabile come diritto soggettivo. Storicamente, quindi, il potere dovere di disapplicazione veniva concepito limitatamente a quelle ipotesi che si riflettevano a favore dell'agente perché la determinazione amministrativa (i cui effetti venivano neutralizzati) comprimeva in maniera illegittima la sfera giuridica del cittadino.

Si è visto però che l'evoluzione normativa sia di rango primario che costituzionale, hanno "arricchito" di implicazioni il combinato disposto degli artt. 2, 4 e 5 LAC, al punto da potersi affermare esistente un vero e proprio potere-dovere del giudice penale di controllare la legalità amministrativa; controllo prodromico all'esercizio del potere processuale di disapplicazione dell'atto illegittimo.

Come si è avuto modo di notare, il potere dovere di controllo della legalità amministrativa deve bilanciarsi con i principi penali costituzionali e in particolare con i principi di legalità e i suoi corollari. L'operatività dei principi costituzionali ora richiamati avrebbe la funzione di limitare la disapplicazione generalizzata dell'atto amministrativo illegittimo, nella specie allorquando la privazione degli effetti dell'atto si ripercuota a sfavore del soggetto agente([353]).

Svolte queste premesse quando non si palesa l'esigenza di garantire la protezione della libertà dei soggetti coinvolti nell'applicazione della norma incriminatrice il giudice penale potrà senza limitazione alcuna

---

([353]) Cfr., *retro*, Cap. III, Sez. IV.

disapplicare l'atto illegittimo, facendo derivare effetti favorevoli all'imputato([354]).

Dal punto di vista storico, quindi, gli artt. 2, 4 e 5 LAC nel determinare e, al contempo, delimitare, i poteri del giudice ordinario rispetto agli atti amministrativi rappresentano disposizioni poste a protezione del privato. Le conseguenze della disapplicazione furono concepite in funzione di garanzia della posizione del cittadino nei confronti degli atti (illegittimi) della pubblica amministrazione([355]).

Un ulteriore principio ispiratore del legislatore storico è stato quello di valorizzare la posizione dell'individuo rispetto agli atti autoritativi della pubblica amministrazione. La legge del 1865 rappresentò un passo in avanti per la tutela del cittadino, in quanto riportò nell'alveo naturale della potestà giurisdizionale del giudice ordinario quelle situazioni coinvolgenti diritti soggettivi dei privati che, in precedenza, erano devolute agli speciali organi del contenzioso per il solo fatto che nel giudizio fosse coinvolta una amministrazione pubblica([356]).

Quindi, nell'ipotesi in cui il provvedimento limitativo di tale diritto viene posto in essere dall'amministrazione al di fuori dei poteri sanciti dalla legge, deve essere disapplicato, in quanto la fonte primaria doveva avere la preminenza sull'atto amministrativo e il diritto soggettivo doveva rimanere esteso in tutta la sua latitudine([357]).

([354]) Nello stesso senso: GAMBARDELLA, *Disapplicazione* in bonam partem *e divieto per il giudice penale di sostituirsi all'amministrazione nell'emanazione di atti amministrativi discrezionali*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3557; GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giurisdizione amministrativa*, Giuffrè, 1990, p. 400 ss.; TANDA, *Giudice penale e disapplicazione*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2951, n. 1612.; ID, *Il potere di disapplicazione del giudice penale: in particolare l'ipotesi di concessione edilizia illegittima*, in *Riv. giur. ed.*, 1990, II, p. 20

([355]) GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit. p. 221. L'Autore esalta, in un ottica comparatistica, per la "scelta" operata dalla legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo, il modello belga, ponendo in luce il riferimento all'art. 107 della Costituzione del 1831" "*Le corti e i tribunali non applicheranno i decreti e i regolamenti generali, provinciali e locali, se non in quanto saranno conformi alle leggi*"

([356]) GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale,* cit., p. 77.

([357]) GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale,* cit., p. 383.

4.10. *La disapplicazione* "favorevole" *quale unico possibile ambito penale di efficacia dell'istituto. Critica.*

Per larga parte della dottrina sono insindacabili da parte del giudice penale gli atti ampliativi e costitutivi di una situazione giuridica soggettiva del cittadino, mentre sarebbero sempre sindacabili quelli che incidono negativamente sulla stessa o che impongono determinati oneri od obblighi al privato. Tale impostazione faceva propri i risultati del'evoluzione avvenuta in campo civile prendendo le mosse dalla *ratio* della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, nata e voluta come legge di tutela del diritto soggettivo del privato([358]). A ben vedere in campo penale la disapplicazione dei provvedimenti restrittivi risulta essere vantaggiosa per il soggetto destinatario dell'atto non solo perché attraverso di essa la sfera giuridica di questi, illegittimamente lesa, riacquisisce l'originaria espansione, ma anche perché tale vicenda disapplicativa conduce ad una pronuncia di assoluzione del privato; infatti qualora il reato presupponga un provvedimento amministrativo restrittivo, il giudice ordinario può sicuramente sindacare la legittimità dello stesso e, nel caso in cui il giudizio incidentale sull'atto risulti negativo, lo disapplica assolvendo l'imputato.

Al contrario la disapplicazione, da parte del giudice penale, di provvedimenti ampliativi (c.d. disapplicazione *in malam partem*) risulterebbe svantaggiosa per il cittadino non solo per il rilievo che attraverso di essa la sfera giuridica di questi, disconoscendosi l'ampliamento che aveva acquisito, viene in via di fatto compressa, ma anche perché tale vicenda disapplicativa porterebbe inevitabilmente ad una condanna dell'imputato che ha determinato il suo agire sulla base di quell'atto. Qualora l'atto sia ampliativo il giudice penale andrebbe a sindacare la legittimità di atti che lungi dal comportare una lesione di un diritto soggettivo, rimuovono un ostacolo al loro libero esercizio (nulla

---

([358]) Sul punto, per tutti: GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale,* cit., p. 389; TANDA, *Attività amministrativa e sindacato penale*, Giappichelli, 1999, p. 265.

osta, autorizzazioni) oppure costituiscono determinate facoltà(concessioni)([359]).

È stato inoltre sostenuto che l'atto amministrativo illegittimo può essere disapplicato dal giudice in sede penale solo nel caso in cui leda un diritto soggettivo dell'imputato. Solo se difettano i presupposti dell'intervento dell'autorità amministrativa o questa ha male esercitato i suoi poteri previsti al fine di limitare il diritto soggettivo del privato, può trovare applicazione lo schema della disapplicazione dell'atto amministrativo quale strutturato dalla legge abolitrice del contenzioso. Il giudice penale in questi casi considera l'atto limitativo del diritto soggettivo *tamquam non esset* e assolve l'imputato dalla contravvenzione contestatagli([360]).

Infine si è detto che è sempre ammissibile la privazione degli effetti sfavorevoli al soggetto qualora essa conduca ad escludere la sussistenza di un illecito penale. È possibile così disapplicare un ordine illegittimo di sospensione di lavori edilizi, una clausola illegittima inserita in una concessione edilizia, l'atto di annullamento d'ufficio di una legittima concessione edilizia([361]).

Il *punctum dolens* delle posizioni dottrinarie ora esposte risiede, come per altro si può evincere dalle considerazioni sin qui svolte, dal presupposto talvolta esplicito, talaltra implicito, che ammette l'esercizio da parte del giudice penale della sola disapplicazione *in bonam partem*. In realtà tale assunto, seppur pienamente condivisibile negli esiti, omette di

---

([359]) TANDA, *Attività amministrativa e sindacato penale*, cit., p. 265.; Sul punto si veda anche: Cass. Sez. Un., 31 gennaio 1987, in *Riv. giur. ed.*, 1987, I, 328, p. 29.

([360]) Secondo GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale*, cit., p. 389, inoltre, il potere di disapplicazione non potrà essere utilizzato al di fuori delle ipotesi in cui si verta in situazioni di diritto soggettivo che si assuma violato da un atto amministrativo, ad esempio quando il privato sia portatore solo di un interesse legittimo, non essendo la posizione soggettiva direttamente tutelabile. Infine in presenza di disposizioni normative rivolte a dare concreta attuazione al diritto di libertà del cittadino, costituzionalmente garantite, rispetto alle quali l'Amministrazione può intervenire solo in virtù d quanto previsto da una norma primaria, ci si trova di fronte ad un dritto soggettivo e si verte in ipotesi in cui la disapplicazione sarà – sempre e comunque – possibile. Per contro, norme esclusivamente dirette a tutelare interessi pubblici ed a regolamentare l'attività della pubblica amministrazione nel perseguimento degli stessi comportano la sussistenza di un semplice interesse legittimo a favore del privato e quindi non sarà possibile la disapplicazione da parte del giudice ordinario, ma – invece – la tutela avanti agli organi di giustizia amministrativa

([361]) Sul punto si v., in particolare, CICALA, *Le trasformazioni urbanistiche ed edilizie*, Cedam, 1983, p. 44; JUSO, *Lineamenti di giustizia amministrativa*, Giuffrè, 1999, p. 119.

considerare che l'esclusività della disapplicazione favorevole al soggetto è una diretta conseguenza dell'assenza del limite rappresentato dall'operatività dei principi penali costituzionali, solo in questo caso il generale potere-dovere di disapplicazione che l'ordinamento assegna al giudice penale può esplicarsi in tutta la sua estensione([362]).

Volendo schematizzare, le ipotesi nelle quali si può, pacificamente, fare ricorso alla disapplicazione *in melius* si può ragionevolmente affermare che essa ricorra quando, in primo luogo, tra gli elementi costitutivi di un reato sia presente un atto restrittivo della sfera giuridica del privato in funzione di presupposto della condotta incriminatrice, quand'anche l'atto non sia qualificato con l'aggettivo "legittimo" *et similia* nella tipizzazione della fattispecie legale([363]). In secondo luogo la disapplicazione *in melius* opera nel caso di norme penali che sanzionano l'inottemperanza ad un ordine della pubblica amministrazione anche se non sia qualificato con sintagmi quali "legittimo" o "legalmente dato". In questi casi il provvedimento amministrativo fornisce il contenuto del precetto penale([364]), dunque la condotta da osservare([365]). Atteso che l'illegittimità non è prevista nella struttura della fattispecie criminosa la presenza di un provvedimento restrittivo illegittimo consente di

---

([362]) Come già evidenziato uno spazio per l'utilizzo della disapplicazione *in malam patem* è lasciato al giudice penale quando l'atto amministrativo non concorre a descrivere il contenuto del precetto della norma incriminatrice.

([363]) Tradizionalmente, e anche se la fattispecie è stata depenalizzata dall'art. 46 del d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, si porta a sostegno l'esempio dell'art. 663, co. 2 c.p. a mente del quale chi senza osservare le prescrizioni della pubblica amministrazione (presupposto della condotta) affigge scritti o disegni (condotta tipica). Il presupposto della condotta tipica qualora sia illegittimo non deve essere applicato ai sensi del combinato disposto degli artt. 2, 4 e 5 LAC e 101, co. 2 Cost. dal giudice penale. Il privato, quindi, non può essere condannato per il reato in questione. Contra: PETRONE, *La disapplicazione*, cit., p. 96 ss., secondo il quale la disapplicazione (sia *in bonam*, che a maggior ragione *in malam partem*) non è ammessa nei confronti degli elementi interni alla fattispecie incriminatrice.

([364]) Cfr., sul punto le considerazioni svolte *supra*, par. 4.7.

([365]) Anche in questo caso l'ipotesi di scuola che è stata da sempre portata a sostegno è rappresentata dall'art 2 della l. 27 dicembre 1956, n. 1423 (*Rimpatrio con foglio di via obbligatorio*) che punisce chiunque contravviene al provvedimento del questore di rimpatrio e al conseguente foglio di via obbligatorio. In tale figura criminosa il giudice penale deve verificare la legittimità del provvedimento amministrativo al fine della sua disapplicazione, sia sotto il profilo sostanziale, che sotto quello formale, con riferimento a tutti e tre i vizi tipici che possono determinare l'illegittimità degli atti (violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere). Si v. anche: Cass., sez. I, 11 febbraio 1997, Allegrini, in *Cass. pen.*, 1998, p. 239, n. 174.

escludere la sussistenza del reato solo attraverso la via della disapplicazione (*in bonam partem*): sussiste, infatti, quell'esigenza di evitare un'ingiusta lesione dei diritti del cittadino, che la l. n. 2248 del 1865 ha inteso tutelare. Si è comunque affermato, in senso contrario, che non ci sarebbe nulla di strano se si dovesse concludere che, in relazione a materie nelle quali l'interesse pubblico appare particolarmente rilevante, quali la disciplina del territorio o dell'ambiente, il legislatore ha inteso vincolare all'osservanza delle cautele imposte dall'autorità amministrativa, fino al momento in cui, esercitata la possibilità di adire il giudice competente, esse vengono caducate in quanto riconosciute illegittime([366]).

A ben vedere però, questa impostazione è poco condivisibile proprio in virtù di quella esigenza di tutela del privato contro gli atti amministrativi restrittivi illegittimi della pubblica amministrazione. In senso contrario si potrebbe ulteriormente addurre il cosiddetto principio di presunzione di legittimità degli atti amministrativi secondo cui l'atto, laddove possegga quel *minimum* di forma e di sostanza richiesto dalla legge perché possa essere inquadrato in una data categoria di atto amministrativo, sebbene affetto da qualche vizio, può produrre comunque i propri effetti fintantoché non venga annullato dall'autorità emanante o da un organo di controllo([367]).

Questa impostazione non sembra, comunque, essere meritevole di accoglimento. Infatti nell'ipotesi in cui la fattispecie criminosa prevede tra i suoi elementi essenziali un provvedimento restrittivo, sussistono due esigenze tra loro contrastanti: la prima ricollegabile al principio suddetto, la seconda, invece, rappresentata dalla tutela del diritto di libertà del cittadino, in cui va individuato il momento genetico delle norme di cui agli artt. 4 e 5 LAC. La maggiore consistenza di quest'ultimo profilo non dipende dal (supposto) declino del principio di legittimità dell'atto amministrativo ma dalla logica motivazione secondo

---

([366]) VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Giuffrè, 1980, p. 124.

([367]) Si potrebbe sostenere in base a tale principio che il provvedimento restrittivo sebbene illegittimo è pur sempre produttivo di effetti fin quando intervenga il suo annullamento, imponendo così un obbligo di osservare tale provvedimento, anche se illegittimo, con tutte le conseguenze intuibili sotto il profilo della responsabilità penale. Cfr., in particolare TANDA, *Attività amministrativa e sindacato penale*, cit., p. 304.

la quale, altrimenti, si verrebbe a contravvenire proprio l'intento ispiratore della l. 2248 del 1865 relegando l'art. 5 ad un "inutile giuridico".

Infine è possibile far rientrare all'interno della disapplicazione *in bonam partem* anche quelle ipotesi nelle quali l'atto amministrativo è presente in via esplicita nella descrizione della condotta vietata operata dal legislatore penale. Anche se, come in precedenza precisato([368]), in questo caso il controllo della legalità amministrativa coincide con il controllo della tipicità penale, il risultato processuale del controllo penale sarà, *mutatis mutandis*, la neutralizzazione del provvedimento amministrativo non conforme alle prescrizioni di legge.

4.11. *Altri casi di disapplicazione* in bonam partem.

Oltre ai casi ora menzionati, per i quali è ammissibile una disapplicazione favorevole all'agente è possibile individuare altre ipotesi in presenza delle quali il giudice, esercitando il generale potere-dovere di disapplicazione può, fermi taluni i presupposti, far derivare effetti favorevoli alla neutralizzazione degli effetti di una determinazione amministrativo espressa o tacita. È il caso, non di rado frequente, nel quale la pubblica amministrazione adotti illegittimamente un provvedimento di diniego a fronte di una istanza volta ad ottenere un atto ampliativo oppure non provveda([369]). Ci si chiesti se il giudice penale, riscontrata l'illegittimità del diniego o dell'inerzia, possa sindacare la legalità del provvedimento negativo o del comportamento silente dell'amministrazione. Come giustamente si è rilevato in dottrina([370]), al fine di non ledere il principio generale di separazione dei

---

([368]) Cfr., *supra*, Sez. II.

([369]) Si intende silenzio inadempimento quella particolare inerzia della pubblica amministrazione alla quale non è ricollegato un valore provvedimentale, né di assenso, né di diniego.

([370]) CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, p. 137 ss; Più di recente: GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit. p. 228.

poteri e di riserva di amministrazione, in forza dei quali il potere giudiziario non può in alcun modo ingerirsi o sindacare le scelte del potere esecutivo assunte a tutela dell'interesse pubblico, è necessario operare una distinzione a monte sul tipo di potere concretamente esercitato (o del quale si lamenta il mancato esercizio). Difatti, il giudice penale ben può disapplicare il provvedimento di rifiuto o l'omissione solamente se il potere di cui si tratta è di tipo vincolato, al contrario non potrà sindacare alcunché qualora il potere alla base del diniego o dell'istanza rimasta inevasa sia di tipo discrezionale.

Qualora il potere sia vincolato la legge non lascia spazio a valutazioni di tipo discrezionale alla pubblica amministrazione circa il miglior modo di tutelare, in concreto, l'interesse pubblico. Il giudice penale attraverso lo strumento della disapplicazione non si sostituisce alla pubblica amministrazione nella scelta del provvedimento da adottare dal momento che l'emanazione di esso è stabilita dalla legge, ferma la presenza di determinati presupposti (legislativamente) fissati. Nel caso in cui il potere che la pubblica amministrazione è abilitata ad esercitare sia di tipo discrezionale la legge consente al potere esecutivo interessato una scelta fra più soluzioni possibili visto che l'individuazione del provvedimento da emanare deve avvenire attraverso la ponderazione comparativa fra l'interesse pubblico primario e gli altri interessi secondari, pubblici o privati([371]).

Ciò premesso la disapplicazione è inammissibile quando l'atto omesso o rifiutato è un atto discrezionale, altrimenti il giudice potrebbe considerare accaduto ciò che realmente non ha avuto luogo senza surrogarsi alla (*rectius*: ingerirsi nella) volontà negativa della pubblica amministrazione. Nel caso *de quo* non opererebbe più la sola disapplicazione che attiene solo agli effetti, ma la decisione giudiziale si sostituirebbe alla volontà dell'amministrazione "consumando" il potere pubblicistico, in aperto contrasto con quanto stabilito dall'art. 4, co. 2 LAC. Per concludere anche se il comportamento risulta inerte o il

---

([371]) SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, Jovene, 1989, p. 594; VIRGA, *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, 2001, p. 8.

provvedimento negativo illegittimo, il giudice non potrà disapplicarlo e ritenere verificata la situazione in realtà non prodottasi([372]).

([372]) Cfr., PUBUSA, voce *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Utet, 1994, p. 402 ss.; VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi* e processo penale, Giuffrè, 1980, p. 176; ID, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, vol. II, Monduzzi, 1998,p. 1400 ss

BIBLIOGRAFIA

AIMO, P., *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento a oggi*, Laterza, 2000.

AIMO, P., *Le origini della giustizia amministrativa: consigli di prefettura e Consiglio di stato nell'Italia napoleonica*, Giuffrè, 1990.

AIMO, *Storia e poteri locali in Italia, 1848.1995*, Carocci, Roma, 1998.

ABBAMONTE, O., *Amministrare e giudicare. Il contenzioso nell'equilibrio istituzionale delle Sicilie*, Esi, Napoli, 1997.

ALBAMONTE, A., *Atti amministrativi illegittimi e fattispecie penale: poteri del giudice nella tutela penale del territorio*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1861.

ALBAMONTE, A., *Sistema penale ed ambiente*, Padova, 1989.

ALBAMONTE, A., *La concessione edilizia*, Milano, 1998.

ALBAMONTE, A., *Dal «teorema» della disapplicazione degli atti amministrativi alla «novella» n. 234 del 1997. Il caso della concessione edilizia «illegittima»*, in *Riv. pen.*, 1998, p. 641 ss.

ALIBRANDI, T., *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Napoli, 1969.

ALIBRANDI, T., *L'atto amministrativo nella fattispecie penale (avvio ad una ricostruzione tipologica)*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1970, p. 764.

AMATO, G., Sufficienza e completezza della legge penale, in *Giur. cost.*, 1964, p. 486 ss.

AMBROSETTI, E. M., *Brevi note in tema di configurabilità dell'abuso d'ufficio nell'ipotesi di rilascio di concessione edilizia in difformità dello strumento urbanistico*, in *Riv. giur. urb.* 1999, p. 353.

ANGIULLI, A., *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988.

ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale, parte speciale*, vol. II, Giuffrè, 1997.

ASSINI N.-MANTINI P.,, *Manuale di diritto urbanistico*, Giuffrè, 1997.

ASTUTI, G., *La formazione dello Stato moderno in Italia*, I, Giappichelli, Torino, 1967.

AZZALI, G., *La tutela penale dell'ambiente*, Cedam, 2001.

BAJNO, R., *La tutela penale del governo del territorio*, Milano, 1980.

BAJNO, R., *La tutela dell'ambiente nel diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 341.

BARONE, G., voce *Discrezionalità*, in *Enc. giur.*, XI, Roma. 1989

BELFIORE, E., *Concessione edilizia illegittima e reato di costruzione abusiva: una questione ancora irrisolta*, in *Foro it.*, 1996, II, c. 499.

BENUSSI, C., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, Cedam, 1998.

BENUSSI, C., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, diretto da G. Marinucci e E. Dolcini, Giuffrè, 2001.

BERTOLINI, L., *Reati urbanistici*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991.

BETTIOL, G., *Sul problema della colpevolezza*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1987

BETTIOL, G., *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1971, p. 3 ss

BOSCARELLI, voce Nullum crimen sine lege, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXI, 1990.

BRESCIANO, M. – PADALINO MORICHINI, A., *I reati urbanistici*, Milano, 2000.

BRICHETTI, G., *L'atto invalido nel diritto penale italiano*, Napoli, 1933.

BRICOLA, F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, 1973, p. 42 ss.

BRICOLA, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in *Riv. it.*, 1991, p. 327 ss.

CADOPPI, A., *Il principio di irretroattività*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale* I, a cura di G. Insolera, n. Mazzacuva, M. Patarini, M. Zanotti, Torino, 1997

CALLAIOLI, A. – CERASE, M., *Il testo unico delle disposizioni sull'immigrazione e delle norme sulla condizione dello straniero: una legge organica per la programmazione dei flussi, il contrasto alla criminalità e la lotta alla discriminazione*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 277.

CAIANIELLO, V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003.

CAMMEO, F., *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano.

CANNADA BARTOLI, E., *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 508.

CANNADA BARTOLI, E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la Pubblica amministrazione*, Milano, 1964.

CANNADA BARTOLI, E., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950.

CANNADA BARTOLI, E., *Disapplicazione d'ufficio di norma regolamentare illegittima, in Giur. it.*, 1993, III, 653, nota a Cons. di Stato., 26 febbraio 1992, n. 154.

CARBONI, G., *Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, 1970.

CARBONI, G., *Norme pen. in bianco e riserva di legge: a proposito della legittimità cost. dell'art. 650 c.p.*, in *Riv. it.* 1971, p. 454.

CARCANO, D., *Armi ad aria compressa, lanciarazzi, altri «strumenti considerati armi comuni da sparo» e «giocattoli riproducenti armi» nella nuova legge 21 febbraio 1990, n. 36*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1148.

CARINGELLA, F., *Corso di dritto amministrativo*, tomi I e II, Giuffrè, Milano, 2011.

CARLOTTI, G., *Il nuovo provvedimento amministrativo*, Milano, 2005.

CARRARA, F., *Programma del corso di diritto penale*, 1859, (rist.) Il Mulino, 1993.

CASETTA, E., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2011.

CASSESE, S., *Diritto amministrativo generale*, tomo II, Milano, Giuffrè, 2000.

CASSESE, S., *Trattato di diritto amministrativo*, tomo III, Milano, Giuffrè, 2003.

CATENACCI, M – HEINE G., *La tensione tra diritto penale e diritto amministrativo nel sistema tedesco di tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1990, p. 932 ss.

CATENACCI, M., *La tutela penale dell'ambiente*, Cedam, 1996.

CATENACCI, M (a cura di), *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Giappichelli, 2009.

CATENACCI, *Offensività del reato*, in *Diz. Dir. pubbl.*, diretto da Cassese, Milano, 2006, p. 3912 ss.

CERRI, A., *Regolamenti*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991.

CERULLI IRELLI, V., *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, 1999.

CERULLI IRELLI, V., *Corso di diritto amministrativo,* Giappichelli, 2001.

CICALA, M., *Le trasformazioni urbanistiche ed edilizie*, Cedam, 1983

CICCONETTI, S.M., *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli, 2007.

CINTIOLI, F., *Posizioni giuridicamente tutelate nella formazione della legge provvedimento e "valore di legge"*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, n. 1, p. 33 ss.

CLARICH, M., *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, tomo II, a cura di S. CASSESE, Giuffrè, 2000.

CLARICH, M., *Atto Amministrativo*, voce in *Diritto e processo amministrativo*, Anno II, 2008, n. 2, Edizioni Scientifiche Italiane, pag. 341 e ss

COCCO, G., *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, CUEC Editrice, 1996.

COCCO, G., *La rilevanza penale dei vizi degli atti amministrativi elementi della fattispecie estintiva penale:in particolare le ipotesi della concessione edilizia in sanatoria e del condono edilizio,* in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari,* vol. LVI, 1995-1996, Giappichelli, 1998, p. 73-131

CONTENTO, G., *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Laterza, 1979.

CONTENTO, G., *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi, con particolare riferimento agli atti discrezionali*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 42, 1991, p. 13.

CONTESSA, C., La previsione di illegittimità non invalidante tra pregiudiziale amministrativa e logica della spettanza, in *www.giustamm.it*, aprile 2006.

CORDERO, F., *Procedura penale*, Giuffrè, 1979.

CORLETTO, D., voce *Opere abusive (edilizia e urbanistica)*, in *Dig. disc. publ.*, vol. X, Utet, 1995.

CRISAFULLI, V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, 1971.

CRISAFULLI, V, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968.

CRISAFULLI, V, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 775 ss.

D'ALBERTI, M., *Diritto amministrativo comparato*, Il Mulino, Bologna, 1982.

DE FELICE, S., *Le tecniche di tutela del giudice amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2005, n. 4, p. 931 ss.

DE FRANCESCO, G., *Il problema della colpevolezza tra pensiero giuridico ed evoluzione del sistema normativo*, in AA. VV., *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, a cura di P. Grossi, Milano, 1997.

DEL CORSO, S., voce *Successione di leggi penali*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999

DELFINO, F., *L'eccesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*, Jovene, 1963.

DE MARTINO, A., *La nascita delle intendenze. Problemi dell'amministrazione periferica nel Regno di Napoli (1806-1815)*, Jovene, Napoli, 1984.

DE VERO, G., voce *Inosservanza di provvedimenti di polizia e manifestazioni sediziose e pericolose*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Utet, 1993, p. 79.

DI SIMONE, M.R., *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime al fascismo*, Giappichelli, 2007.

DI GIOVINE, O., *Concessione edilizia illegittima e abuso d'ufficio. Una questione aperta*, in *Foto it.*, 2000, II, c. 149.

DOLCINI, E., *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, p. 865

DONINI, M., *Teoria del reato*, Cedam, 1996.

DONINI, M., *Il delitto contravvenzionale*, Giuffrè, 1993.

DONINI, M., *Il principio di colpevolezza*, in AA.VV, *Introduzione al sistema penale*, Giappichelli, 2000, p. 215 ss.

ESPOSITO, C., *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore F. Carnelutti*, 1950, vol. IV, p. 509.

FERRARI, G.F., *Giustizia amministrativa in diritto comparato*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. VII, Utet, Torino, 1991, p. 567 ss.

FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, 2007.

FIANDACA, G., *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, V., c. 1.

FIORELLA, A., voce, *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Giuffrè, 1987, p. 773.

FIORELLA, A., voce *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, in *Enc. dir.* vol. XLV, Giuffrè, 1992.

FORNASARI, G., *Sulla rilevanza penale delle costruzioni edilizie realizzate in base ad atti concessori illegittimi,* in *Foro it.*, 1986, II, c. 84.

FORNASARI, G., *Costruzione edilizia in base a concessione illegittima e ambito di rilevanza della buona fede*, in *Giur. merito*, 1986, II, c. 84.

FRACCHIA, F., *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*, in *Foro it.*, 2000, III, c. 365.

FRANCHI, G., voce *Contenzioso amministrativo (storia)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1961, vol. XI.

FRANCHINI, F., *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1957, p. 337.

FRANCHINI, F., *Il controllo del giudice penale sulla pubblica amministrazione*, Cedam, 1998.

FOIS, S., *Osservazioni sui limiti dell'impugnativa costituzionale e sulla riserva di legge prevista dall'art. 41 Cost.*, in *Giur. cost.* 1958, p. 17 ss.

FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Giuffrè, 1973, p. 685.

GALLENCA, G., *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giurisdizione amministrativa*, Giuffrè, 1990

GALLI, R., *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, 2011.

GALLO, M., *Appunti di diritto penale, La legge penale*, Giappichelli, 1999.

GALLO, M., *Appunti di diritto penale, La fattispecie oggettiva*, Giappichelli, 1999.

GALLO M-SEVERINO P., voce *Antigiuridicità penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. II, Roma, 1988.

GALLUCCI, E., *Brevi note sui poteri del giudice penale rispetto alle concessioni edilizie in sanatoria illegittime*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3058.

GAMBARDELLA, M., *Disapplicazione degli atti amministrativi (dir. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIII, Roma, 2005, p. 3 ss

GAMBARDELLA, M., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Giuffrè, 2002.

GAMBARDELLA, M., *Legittimità e merito dell'atto amministrativo nell'abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1378 ss.

GAMBARDELLA, M., *Brevi note sul rapporto tra gli artt. 4 e 5 della l. 2248 all. E del 1865 e il giudizio penale*, in *Cass. pen.* 1995, p. 377 ss.

GAMBARDELLA, M., *Considerazioni sulla violazione di norme di legge nel nuovo delitto di abuso di ufficio*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2332, n. 1279.

GAMBARDELLA, M., *Disapplicazione in bonam partem e divieto per il giudice penale di sostituirsi all'amministrazione nell'emanazione di atti amministrativi discrezionali*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3552.

GAMBARO, A., *Il diritto di proprietà, in Trattato di diritto civile e commerciale,* diretto da Cicu-Messineo, Giuffrè, 1995.

GHISALBERTI, C., *Dall'antico regime al 1848*, Laterza, Roma-Bari, 1974.

GHISALBERTI, C., *Istituzioni e società civile nell'età del risorgimento*, Laterza, 2005.

GHISALBERTI, C., *Per la storia del contenzioso amministrativo nel Regno meridionale,* in *Contributi alla storia delle amministrazioni preunitarie*, Giuffrè, 1953.

GHISALBERTI, C., *Storia costituzionale italiana*, Laterza, 2002.

GHISALBERTI, C., *Unità nazionale e unificazione giuridica*, Laterza, 1998.

GIANNINI, M.S., *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, 1993.

GIARDA A. - SPANGHER G., *Codice di procedura penale commentato*, IPSOA, 2010.

GISONDI, R., *L'art. 21-octies delal legge n. 241(1990 fra atto e processo amministrativo*, in *Urb e App.*, 2007, I, p. 66

GIUNTA, F., *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni e o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1097.

GRASSO, P.G., *Il principio* nullum crimen, nulla poena sine lege *nella Costituzione Italiana*, Milano, 1972

GRIFFITH, J.A.G., *Giudici e politica in Inghilterra*, Feltrinelli, Milano, 1980.

GRISPIGNI, F., *Il carattere sanzionatorio del diritto criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1920, p. 225

GROSSO, C.F., voce *Responsabilità penale*, in *Noviss. dig. it*, XV, Torino, 1968

GUASTINI, R., *Il giudice e la legge*, Giappichelli, 1995

GUASTINI, R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, 1998

GUASTINI, R., voce *Ordinamento giuridico*, in *Dig. disc. Pubbl.*, vol. X, Utet, 1995, p. 432.

GUASTINI, *Commentario alla Costituzione*, a cura di BRANCA-PIZZORUSSO, Zanichelli, 1994, art. 101.

JUSO, R., *Lineamenti di giustizia amministrativa*, Giuffrè, 1999.

KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, 1990.

KELSEN, H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etsalibri, 1994.

LEONE, G., *Le norme penali in bianco, in Scritti teorico pratici sulla nuova legisl pen. ital.*, I Bologna, 1932.

LOZZI, G., *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2011.

MANES, V., *Il principio di offensività nel diritto penale, Canone di politica criminale, Criterio ermeneutico. Parametro di ragionevolezza* , Torino, 2005.

MANNA, A., *Luci ed ombre nella nuova fattispecie di abuso d'ufficio*, in *Ind. pen.*, 1998, p. 22 ss.

MANNA, A., *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Giappichelli, 2004.

MANNORI, L., *I contenziosi amministrativi degli Stati preunitari italiani e il modello francese Riflessioni e spunti per un possibile studio comparato*, in *Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte*, 1990, n. 2, p. 1 ss.

MANTELLINI, G., *I conflitti di attribuzione in Italia*, Firenze, 1871.

MANTELLINI, G., *I conflitti di attribuzione in Italia*, *Parte seconda anni 1871 e 1872*, Firenze, 1873.

MANTOVANI, F., *Diritto penale, Parte generale*, Cedam, 2011.

MANTOVANI, F., *Il principio di offensività nella Costituzione*, in *Scritti Mortati*, Milano, 1977, IV, p. 444.

MANZIONE, D., voce *Abuso d'ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, *Aggiornamento*, Utet, 2000.

MARINELLI, M., *Immigrazione e processo, tra efficienza e garanzie di tutti,* in *Corr. giur.* 2001, p. 1023

MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, vol. I, Giuffrè, 2001.

MARINUCCI, G., voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Utet, 1988.

MARINI, G., voce *Urbanistica (reati in materia di)*, in *Dig. disc, pen.*, vol. XV, Utet, 1999, p. 98.

MAROTTA, L., *Stato di diritto e pubblica amministrazione nel pensiero di Silvio Spaventa*, Napoli 1979.

MAROTTA, L., *Pianificazione urbanistica e discrezionalità amministrativa*, Padova, 1988.

MARZADURI, E., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, vol. V, Utet, 1991.

MARZUOLI, C., *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in AA.VV, *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, a cura di V. Parisio, Giuffrè, 1998.

MATTARELLA, B.G., in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, I, a cura di Cassese, Giuffrè, 2000

MATTEUCCI, N., *Costituzionalismo*, in *Dizionario di Politica* a cura di BOBBIO e MATTEUCCI, Utet, Torino, 1976, p. 262.

MCILWAIN, C.H., *Costituzionalismo antico e moderno*, Il Mulino, Bologna, 1990.

MENGOLI, G.C., *Manuale di diritto urbanistico*, Giuffrè, 1997

MIGLIO, G., *Le origini della scienza dell'amministrazione*, in *Atti del 1° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1957.

MIGLIORINI, L., *Disapplicazione e inapplicabilità*, in *Impugnazione e "disapplicazione" dei regolamenti*, Giappichelli, 1998.

MILONE, M., *Il mancato intervento delle Sezioni Unite penali della Cassazione sul grave problema, ancora aperto, della sindacabilità dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario*, in *Riv. giur. edil.*, 1995, p. 985.

MOCCIA, S., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 343.

MOCCIA, S., *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali,* Cedam, 1998.

MOCCIA, S, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano,* Esi, 2001.

MOCCIA, S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale,* Esi, 2000.

MORELLO, M., *Il nuovo processo penale, Parte generale*, Padova, 2000.

MORBIDELLI, G., *Il contributo dell'amministrativista alle riforme (e all'interpretazione) del reato di abuso d'ufficio*, in AA.VV., *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Giuffrè, 2000.

MORSELLI, E., *Disvalore dell'evento e disvalore della condotta nella teoria del reato*, in *Riv. it.* , 1991, p. 796

MENDOZA, R., *Le sezioni unite affermano la rilevanza penale della concessione edilizia emessa in difformità della normativa urbanistica e delle previsioni di piano*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 901.

NAPPI, A., *Guida alla procedura penale*, Giuffrè, 2000, p. 745.

NASSINI, C., *L'ordinamento costituzionale delle repubbliche giacobine*, in *Storia delle società italiana*, n. 13, *L'Italia giacobina e napoleonica*, Teti, Milano, 1985.

NEPPI MODONA, G., *Il lungo cammino de principio di offensività*, in AA. VV., *Studi in onore di Marcello* Gallo, Torino, 2004

NIGRO, M., *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1979.

NIGRO, M., *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, p. 871.

NOVARESE, F., *La concessione in sanatoria. Profili penalistici* , in *Riv. giur. edil.*, 1992, II, p. 18

ONIDA, V., *Profili costituzionali della giustizia amministrativa e della sua riforma*, in *Amministrare*, 1986, p. 421 ss.

ORLANDO, V.E., *La giustizia amministrativa*, in *Trattato Orlando*, Vol. III, 1^ ed., Milano, 1901.

PADOVANI, T., *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p. 88.

PADOVANI, T., *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzioni ed illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 675.

PADOVANI, T., voce *Contravvenzioni e delitti*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Utet.

PAGLIARO, A., *Principi di diritto penale, Parte generale*, 2000.

PAGLIARO, A., voce *Legge penale: principi generali*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973.

PALAZZO, F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità del contenuto delle leggi penali,* in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 1998, p. 350.

PALAZZO, F., voce *Legge penale*, in *Digesto disc. pen.*, VII, Torino, 1993, p. 338.

PALAZZO, F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale, La fattispecie*, Cedam, 1979.

PALAZZO, F., *Elementi quantitativi indeterminati e loro ruolo nella struttura della fattispecie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p. 1194.

PALIERO, C.E., "Minima non curat praetor", Cedam, 1985.

PALMISANO, F., *Responsabilità penale per le trasformazioni urbanistiche eseguite con concessione illegittima*, in *Riv. giur. edil.*, 1989, p. 27 ss.

PANNAIN, R., *Osservazioni circa il sindacato del giudice penale sulla legittimità di un atto amministrativo* , in *Arch. pen.*, 1964, II, p. 510.

PARODI GIUSINO, M., *Sulla legittimità costituzionale della legislazione penale in materia di stupefacenti*, in *Ind. pen.*, 1978, p. 382.

PECORARO ALBANI, A., *Il reato di costruzione edilizia senza licenza: in particolare l'errore su legge extrapenale*, in *Riv. giur. ed.*, 1959, II, p. 49.

PECORARO ALBANI, A., *Riserva di legge-Regolamento-Norma penale in bainco*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 1959, p. 821 ss.

PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA. VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Giuffrè, 1979

PENE VIDARI, G.S., voce *Giustizia amministrativa (storia)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol., VII. Utet, 1991.

PETROCELLI, B., *Norma pen. e regolamento*, in *Studi De Marsico*, II, 1959.

PETROCELLI, B., *Appunti sul prinicpio di legalità nel diritto penale*, in *Saggi di diritto penale*, Napoli, 1965

PETROCELLI, B., *L'antigiuridicità*, Cedam, 1966.

PETROCELLI, B., *Norma penale e regolamento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1959, p. 373 ss.

PETRONE, M., *Attività amministrativa e controllo penale*, Giuffrè, 2000.

PETRONE, M., *La disapplicazione dell'atto amministrativo: aspetti penali*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1987, n. 1, p. 90.

PETRONE, M., voce *Segreti (contravvenzioni concernenti la tutela preventiva dei)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVI, Utet, 1976, p. 941.

PETTA, P., *Costituzione italiana e costituzioni*, in *Enciclopedia Feltrinelli-Fishcer*, vol. I, *Scienze politiche*, Feltrinelli, Milano, 1970.

PIANO MORTARI, V., voce *Codice (Premessa storica)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1960, vol. VII, p. 235.

PIERGALLINI, C., *Norma penale e legge regionale: la costruzione del tipo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 490

PIOLETTI, G., *Sindacato del giudice sull'atto amministrativo e riserva di legge nelle norme penali in bianco*, in *Scritti in memoria di U. Pioletti*, Giuffrè, 1982.

PITTARO, P., *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali*, collana diretta da A. Giarda, G. Spangher, P. Tonini, Cedam, 1998, p. 23.

PIZZORUSSO, A., voce *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Dig. disc. Pubbl.*, vol. VI, Utet, 1991, p. 419.

PODO, V., voce, *Successione di leggi penali*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971.

PONTICELLI, P.G., voce *Merito amministrativo (e giurisdizione di merito)*, in *Enc giur.*, XX, Roma, 1990.

PUBUSA, A., voce *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Utet, 1994, p. 402 ss.

PULITANÒ, D., *Un sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 686.

PULITANÒ, D., *La formulazione della fattispecie di reato: oggetti e tecniche* , in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, F. Angeli, 1987.

PULITANÒ, D., *Ignoranza della legge (dir. penale)*, in *Enc. dir.*, I aggiornamento, Giuffrè, 1997, p. 615

QUARANTA, A., *Lineamenti di diritto amministrativo*, Novara, 1987.

RAMACCI, F., *I reati edilizi, disciplina, sanzioni e casistica*, Giuffrè, 2010.

RAMPIONI, R., *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, Giuffrè, 1984, p. 44.

REZZONICO, S., *I Reati edilizi*, Il solo 24 Ore, 2000

RICCIO, S., voce *Responsabilità penale*, in *Enc giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991

RIONDATO, S., *Retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in *Diritto e clinica per l'analisi della decisione sul caso*, Cedam, 2000, p. 239 ss

RISICATO, L., *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Giuffrè, 2004

RIZ, R., *Lineamenti di diritto penale, Parte generale*, 2000.

ROCCO, A., *Sul carattere sanzionatorio del diritto penale*, in *Giur. it.*, 1910, IV, p. 53.

ROMANO, S., *Il giudizio sui conflitti delle competenze amministrative*, in *Trattato Orlando*, vol. III, 1^ ed., Milano, 1901.

ROMANO, M., *Repressione della condotta antisindacale*, 1974.

ROMANO, M., *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, Giuffrè, 2004.

RONCO, M., *Il principio di tipicità della fattispecie nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979.

ROSSI, C., *Concessione edilizia in sanatoria e oggetto tutelato dalle norma edilizie*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 269 ss.

ROXIN, C., *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, Esi, 1996.

SAITTA, F., *Commentario alla Costituzione*, (a cura di BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI), art. 113, Utet, 2006, p. 2136 ss.

SALANDRA, A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Utet, 1904.

SANDULLI, A.M., *Fonti del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Utet, 1961.

SANDULLI, A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, Jovene, 1989.

SANTAMARIA, D., voce *Colpevolezza*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 648 ss.

SAREDO, G., *Principi di diritto costituzionale*, 1862.

SINISCALCO, M., *Giustizia penale e Costituzione*, Milano, 1968.

SINISCALCO, M., *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1969.

SINISCALCO, M., *Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Giuffrè, 1971, p. 668.

SORDI, B., *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, Milano, 1985.

SPASARI, M., *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966; ID, *Il principio di legalità nel diritto penale italiano*, in *Arch. pen.*, 1966, I, 36 ss.

SPASARI, M., *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, p. 50.

SPASIANO, M.R., *Art. 21-septies. Nullità del provvedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione, saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dale leggi 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, p. 575.

STRANO LIGATO, S., *I reati in materia urbanistica*, in *Il diritto penale dell'impresa, coordinato da Conti*, Cedam, 2001.

TANDA, P., *Attività amministrativa e sindacato penale*, Giappichelli, 1999.

TANDA, P., *Giudice penale e disapplicazione*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2951, n. 1612.

TANDA, P., *Il potere di disapplicazione del giudice penale: in particolare l'ipotesi di concessione edilizia illegittima*, in *Riv. giur. ed.*, 1990, II, p. 20

TOMMASI, C., *Le origini della giustizia amministrativa in Germania. Il caso della Prussia e l'opera di Rudolph von Gneist*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, 1984, vol. X.

TRAPANI, M., *La divergenza tra il voluto e il realizzato*, Giappichelli, 2006.

TRAPANI, M., voce *Legge penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990.

TRAVI, A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, 2010.

VACCHELLI, G., *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa,* in *Trattato Orlando*, Vol. III, 1^ ed., Milano, 1901.

VASSALLI, G., *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Giust. pen.*, 1979, II, c. 329 ss.

VASSALLI, G., voce Nullum crimen, nulla poena sine lege, in *Dig. pen.*, vol. VIII, 1994, p. 310 ss.

VASSALLI, G., voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, 1987, vol. I, p. 158.

VASSALLI, G., *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. cost.*, 1988, II, p. 3

VASSALLI, *Tipicità,* in *Enc. dir.*, XLIV, 1992, p. 540 ss.

VASSALLI, G., voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988.

VASSALLI, G., Considerazioni sul principio di offensività, in Scritti Pioletti, Milano, 2002, p. 85.

VENDITTI, R., *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, p. 36 ss.

VENDITTI, R., *Questioni sulla sindacabilità degli atti amministrativi da parte del giudice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, p. 1135 ss.

VICICONTE, G., *Nuovi orientamenti della Corte costituzionale sula vecchia questione delle norme in 'bianco'*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991. p. 1002 ss.

VINCIGUERRA, S., *Diritto penale italiano*, vol. I, Cedam, 1999, p. 325.

VILLATA, R., *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Giuffrè, 1980.

VIPIANA, P.M., *Il dibattito giurisprudenziale sulla disapplicazione delle concessioni edilizie*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, n. 12, p. 1545.

VIRGA, P., *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, 2001.

VIRGA, P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 2003.

VIRGA, P., *Illiceità e illegittimità, rapporti fra giurisdizione penale e giurisdizione amministrativa*, in AA. VV., *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Mucchi, 1996.

ZAGREBELSKY, G., *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, 1984.

ZANETTI, M., *I reati in materia urbanistica*, Esi, 1992

ZANOBINI, G., *Le materie di esclusiva giurisdizione del Consiglio di Stato e le controversie relative a diritti patrimoniali*, in *Foro. it.*, 1925, c. 457.

ZANOBINI, G., *La potestà regolamentare e le norme della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, I, p. 563.

ZANOTTI, M., *Principio di determinatezza e tassatività, in* AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Giappichelli, 2000.

ZUCCA, *Oltre le Sezioni unite 12 novembre 1993 (Borgia). Incertezze e coerenza della Cassazione*, in *Riv. giur. edil.*, 1995, p. 954.