

QUADERNI

LO
STATO

Tommaso Barbieri

**L'ATTO AMMINISTRATIVO
E I CONFINI DELLA
GIURISDIZIONE PENALE**

Mucchi Editore





COLLANA DI SCIENZA COSTITUZIONALE,
DIRITTO DELL'ECONOMIA E TEORIA DEL DIRITTO

diretta da
ALJS VIGNUDELLI

Numero speciale

13



Mucchi Editore

Tommaso Barbieri

L'ATTO AMMINISTRATIVO
E I CONFINI DELLA
GIURISDIZIONE PENALE



Mucchi Editore

Pubblicato con il contributo di



Il contributo è stato sottoposto a doppio referaggio.

Redazione: Federico Pedrini; Luca Vespignani.

ISBN 978-88-7000-950-7

© STEM Mucchi Editore - 2022

info@mucchieditore.it

www.mucchieditore.it - facebook.com/mucchieditore - twitter.com/mucchieditore - instagram.com/mucchi_editore



Creative Commons (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

Versione pdf open access al sito www.mucchieditore.it

Impaginazione STEM Mucchi Editore (MO)

I edizione pubblicata in Modena nel mese di novembre 2022

A Margaret e Alfredo

Indice

Introduzione.....	9
-------------------	---

I. L'atto amministrativo nella fattispecie penale

I.1. Premessa	12
I.2. I diversi modelli di integrazione sublegislativa	14
I.3. I rinvii ad atti regolamentari. La riserva di legge "tendenzialmente assoluta" in materia penale.....	16
I.3.1. La "teoria della disobbedienza"	21
I.3.2. Il criterio della sufficiente determinatezza della fattispecie legale.....	23
I.3.3. I rinvii fissi e i rinvii mobili	25
I.4. I rinvii a provvedimenti amministrativi individuali.....	26
I.4.1. Il modello ingiunzionale. La sufficiente determinazione del precetto ...	27
I.4.2. L'intervento ab interno dell'atto amministrativo nella norma penale	30
I.4.3. L'intervento ab esterno dell'atto amministrativo sulla norma penale	33
I.5. Il quadro complessivo	34

II. Il sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo illegittimo

II.1. Il sindacato del giudice ordinario sul provvedimento amministrativo. I limiti interni ed esterni della giurisdizione ordinaria	38
II.1.1. La disapplicazione in via principale	42
II.1.2. Ulteriori fondamenti del potere di disapplicazione. Criterio gerarchico e soggezione del giudice soltanto alla legge.....	43
II.1.3. Brevi cenni sulla disapplicazione del giudice amministrativo.....	45
II.1.4. L'attuale estensione della giurisdizione del g.o.....	48
II.1.5. I vizi conoscibili dal giudice ordinario. I problemi dell'eccesso di potere e dei cc.dd. vizi non invalidanti	50
II.2. La cognizione del giudice penale. Gli artt. 2 e 479, co. 1 c.p.p.	54
II.2.1. La tesi dell'applicazione generalizzata dell'art. 5 L.A.C.....	54
II.2.2. La tesi della differenziazione tra intervento ab esterno e ab interno	56

II.2.3. L'abbandono del richiamo alla disapplicazione	58
II.3. Intensità del sindacato: mancanza delle condizioni formali e sostanziali vs. violazione delle norme che regolano l'esercizio del potere	60
II.3.1. Il sindacato sulle fattispecie appartenenti al modello ingiunzionale..	62
II.3.2. La rilevanza della legittimità accertata dal giudice amministrativo. Dal «totale effetto preclusivo» alla «solo tendenziale vincolatività»	65
II.4. Differenze e somiglianze con il sindacato del giudice penale su atti legislativi, atti negoziali e provvedimenti giurisdizionali	68

III. Il sindacato sulle scelte discrezionali. Il “nuovo” abuso d'ufficio

III.1. Attività vincolata, attività discrezionale e attività politica: l'eccesso di potere amministrativo e l'eccesso di potere legislativo	73
III.1.1. Evoluzioni: a) la “fuga” dall'eccesso di potere con la legificazione delle regole sostanziali dell'agire amministrativo; b) la “fuga” dalla violazione di legge con l'art. 21 octies, co. 2 l.p.a.	80
III.2. Il sindacato sulla discrezionalità amministrativa e sulla discrezionalità tecnica	82
III.3. Il sindacato del giudice penale	84
III.4. Il caso dell'abuso d'ufficio. L'evoluzione normativa	88
III.5. Il decreto semplificazioni 2020: scomparsa della rilevanza penale della violazione regolamentare e del sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa	92
III.6. L'immediato contraccolpo della giurisprudenza: la ‘violazione dei limiti esterni’ della discrezionalità amministrativa, il ‘potere vincolato in concreto’ e la ‘specificazione tecnica di precetti comportamentali’	93
III.7. Alcune considerazioni finali	97

IV. Il panorama giurisprudenziale

IV.1. L'atto amministrativo quale presupposto negativo della condotta.	
i) I reati edilizi ex art. 44 T.U. edilizia (d.p.r. 380/2001)	99
IV.1.1. Le differenze con il presupposto positivo: la sindacabilità dell'ordine di sospensione dell'attività ex art. 27 T.U. edilizia	106
IV.1.2. Le differenze con l'intervento ab externo: la rilevanza del rilascio del permesso in sanatoria e della proroga del permesso di costruire.....	109
ii) L'inquinamento ambientale ex art. 452 bis c.p. e il richiamo all'antigiuridicità speciale.....	110
iii) L'esercizio abusivo di una professione ex art 348 c.p.	112

IV.2. <i>L'atto amministrativo quale presupposto positivo della condotta.</i>	
iv) <i>L'inottemperanza all'ordine di espulsione ex art. 14, co. 5-ter d.lgs. 286/1998</i>	115
v) <i>L'inottemperanza all'ordinanza di rimozione dei rifiuti ex art. 255, comma 3, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152</i>	118
vi) <i>La validità dei brevetti e dei marchi registrati nel reato di contraffazione ex art. 473 c.p.</i>	120
vii) <i>La falsa dichiarazione in autocertificazione ex art. 483 c.p. durante l'emergenza pandemica</i>	122
viii) <i>Il reato di inottemperanza al provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale ex art. 14, co. 1 e 10, d.lgs. 81/2008</i>	123
IV.3. <i>L'atto amministrativo quale mezzo esecutivo.</i> ix) <i>La corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio ex art. 319 c.p.</i>	126
IV.4. <i>L'atto amministrativo quale causa di non punibilità.</i>	
ix) <i>Le ordinanze contingibili ed urgenti ex art. 191 d.lgs. 152/2006 in relazione all'attività di smaltimento di rifiuti non autorizzata</i>	128
 Conclusioni	 132
 Bibliografia	 13s4

Il presente elaborato si propone di analizzare i differenti ruoli che l'atto amministrativo può assumere all'interno della fattispecie penale e, nella specie, di esaminare quali siano i confini del sindacato del giudice penale sulla legittimità dello stesso.

L'integrazione sublegislativa della norma penale – purché rispettosa della riserva di legge “tendenzialmente assoluta” vigente in materia penale – può infatti aversi per mezzo di regolamenti, atti amministrativi generali, ma anche atti amministrativi individuali, tanto restrittivi, quanto ampliativi della sfera giuridica dell'amministrato.

Il rispetto della riserva di legge in materia penale *ex art. 25, co. 2 Cost.* è oggetto di un accertamento differenziato a seconda del ruolo concretamente rivestito dal provvedimento amministrativo nell'economia della fatto di reato, che spazia da quello di presupposto positivo della condotta (si pensi al reato di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità *ex art. 650 c.p.*: se il provvedimento dell'autorità *c'è*, il fatto è tipico) o negativo della condotta (come nel caso degli abusi edilizi: se il permesso di costruire *non c'è*, il fatto è tipico) a quello di causa di non punibilità o di giustificazione.

Il sindacato del giudice penale, dunque di un giudice ordinario, sul provvedimento amministrativo – che ci riporta al delicato tema della giustiziabilità dell'azione amministrativa e della separazione fra i poteri dello Stato – parrebbe disciplinato a tutt'oggi dagli artt. 4 e 5 dell'Allegato E della Legge abolitrice del contenzioso amministrativo (l. 20 marzo 1965, n. 2248), che conferiscono un potere di disapplicazione del provvedimento affetto da vizi di legittimità, il quale potrà dunque essere considerato *tamquam non esset*. Tale potere è tuttavia negato dalla più recente giurisprudenza di Cassazione, la quale propende per una sostanziale insindacabilità del provvedimento tutte le volte in cui sia possibile affermare la natura strettamente formale della fattispecie incriminatrice, da intendersi cioè come posta a tutela di interessi meramente pubblicistici, rappresentati (perlopiù) dal corretto esercizio dei poteri di vigilanza riconosciuti alla pubblica amministrazione.

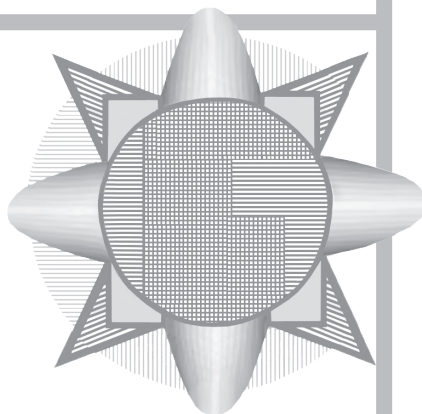
Si registrerà a tal proposito una significativa evoluzione giurisprudenziale, che ha determinato nel tempo esiti applicativi fra loro fortemente divergenti, la quale verrà poi messa a confronto con quella registratasi in punto di sindacabilità ad opera del giudice penale degli atti negoziali e dei provvedimenti giurisdizionali.

Un *focus* sarà poi destinato al delicato tema della sindacabilità del “vizio della discrezionalità amministrativa”, attraverso una disamina della figura dell'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) che, a seguito del pro-

fondo *restyling* attuato dal Decreto semplificazioni del 2020, pare aver messo fine alla possibile rilevanza penale della condotta del pubblico ufficiale che sia sfociata in un provvedimento affetto dalle tipiche figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

L'ultimo capitolo sarà dedicato ad una ricognizione e sistematizzazione della giurisprudenza che pare assumere atteggiamenti di maggiore o minore rigore a seconda della materia interessata, degli interessi in gioco e delle difficoltà di accertamento probatorio circa la *legittimità sostanziale* della condotta serbata dall'imputato (a cui cioè sarebbe spettato il provvedimento ampliativo negato o che non avrebbe meritato quello restrittivo adottato). Si darà dunque atto di soluzioni perlopiù settoriali e non unitarie che riflettono il (già evidenziato) importante elemento rappresentato dal ruolo assunto dal provvedimento secondo gli istituti penalistici. Si suddividerà pertanto lo studio della giurisprudenza distinguendo tra provvedimento quale a) presupposto positivo della condotta; b) presupposto negativo della condotta; c) mezzo esecutivo della condotta; d) causa di non punibilità; e) causa di giustificazione.

I. L'atto amministrativo nella fattispecie penale



1. Premessa

2. I diversi modelli di integrazione sublegislativa

3. I rinvii ad atti regolamentari. La riserva di legge "tendenzialmente assoluta" in materia penale

3.1. La "teoria della disobbedienza"

3.2. Il criterio della sufficiente determinatezza della fattispecie legale

3.3. I rinvii fissi e i rinvii mobili

4. I rinvii a provvedimenti amministrativi individuali

4.1. Il modello ingiunzionale. La sufficiente determinazione del precetto

4.2. L'intervento ab interno dell'atto amministrativo nella norma penale

4.3. L'intervento ab esterno dell'atto amministrativo sulla norma penale

5. Il quadro complessivo

§ I.1. – Premessa

Il delicato tema del rapporto tra giudice penale e legalità amministrativa, che rappresenterà il fulcro del presente studio, richiede necessariamente, per essere adeguatamente affrontato, la preventiva disamina di quella tipologia di fattispecie incriminatrici che vede il proprio concreto operare variamente condizionato da un atto del potere esecutivo.

L'espressione appena impiegata ('atto del potere esecutivo') evoca invero tanto atti sostanzialmente normativi a natura regolamentare¹ – generali, astratti e idonei ad innovare l'ordinamento giuridico –, quanto atti amministrativi generali o individuali (provvedimenti amministrativi)². Atti profondamente differenti quanto a genesi e disciplina³: i primi sono senza dubbio annoverabili tra le fonti del diritto⁴ e dunque disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici, i secondi, invece, sono strumenti tradizionali⁵ di esercizio dell'azione amministra-

¹ Si fa riferimento chiaramente ai c.d. "regolamenti esterni" (che la legge 24 novembre 1971, n. 1199, all'art. 14, definisce come 'atti amministrativi generali a contenuto normativo'), ossia alle «manifestazioni della sovranità, di cui il potere esecutivo dispone verso tutti i cittadini e verso chiunque si trovi nel territorio dello Stato» e non ai "regolamenti interni" «che obbligano soltanto le persone che fanno parte di determinati uffici o istituti e solo in tale loro qualità» (G. ZANOBINI, voce *Regolamento*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, UTET, 1968, 240). Nella manualistica, v. per tutti A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2018, 311 e G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 77 ss. Sulla negazione del regolamento come categoria unitaria v. M.S. GIANNINI, voce *Regolamento (in generale)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 601 ss.

² Si tratta degli atti singolari e concreti con cui le autorità amministrative applicano la norma giuridica al caso concreto (così R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2020, 420).

³ Le due figure divergono sotto molteplici aspetti: il procedimento di adozione segue in un caso la l. 241/1990 e nell'altro la l. 400/1988; solo in relazione al regolamento, in quanto atto normativo, si applica il principio *iura novit curia*; l'errore o la falsa rappresentazione del contenuto del solo regolamento non scusa (*ignorantia legis non excusat*); il ricorso per cassazione è ammissibile per violazione di legge (e di regolamento) e non di provvedimento amministrativo; cambia il vizio di legittimità del provvedimento amministrati (se lo stesso contrasta con un precedente provvedimento il vizio è – al più – quello di eccesso di potere per contraddittorietà, viceversa se lo stesso contrasta con un regolamento si incorre nel vizio di violazione di legge; mutano, infine, i canoni di interpretazione, che operano in un caso alla luce delle preleggi, nell'altro in virtù di una applicazione analogica dei criteri di interpretazione del contratto (artt. 1362 ss. c.c.). Sulla distinzione in parola v. A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, 1954, 217 ss.; C. TUBERTINI, *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1076 ss.; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000, 42 ss.; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 232 ss.

⁴ Sono espressamente ricompresi nell'elenco delle fonti contenuto nelle preleggi all'art. 1. Sul concetto di fonte del diritto quale creazione in senso stretto del diritto, riservata «ai fatti innovativi dell'ordinamento giuridico, e cioè ai fatti che producano la nascita, la modificazione o l'estinzione di alcuna delle componenti dell'ordinamento» v. A.M. SANDULLI, voce *Fonti del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, UTET, 1987, 525 ss. Sul carattere normativo quale elemento comune a tutti i regolamenti e sulle relative eccezioni v. L. CARLASARE, voce *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, Giuffrè, 2001, 605 ss. (spec. 607 ss.).

⁵ Si parla del provvedimento quale strumento tradizionale per la cura degli interessi pubblici per contrapporlo a quelli c.d. di "nuova generazione", quali il contratto di diritto privato "ad oggetto pubblico", gli accordi tra p.a. e privati ex art. 11 l. 241/1990, gli accor-

tiva, preordinati alla cura dell'interesse pubblico generale (nominati e tipici), e fuoriescono dal novero delle fonti di produzione⁶. La differenza tra atti solo formalmente amministrativi (aventi «valore di atto amministrativo»), ma sostanzialmente normativi (dotati cioè di «forza di legge»⁷), e atti anche sostanzialmente amministrativi si riflette sulle forme del sindacato giudiziale sulla conformità alla legge, di cui si tratterà però più innanzi (*infra*, cap. II); si può qui giusto anticipare che, mentre nel primo caso potrà parlarsi di risoluzione di antinomie basata sul rapporto gerarchico fra norme, nel secondo caso il vizio di illegittimità non potrà mai tradursi in un diretto rapporto antinomico.

Ma come anticipato, prima ancora di discutere delle forme di controllo⁸ (e dell'autorità deputata ad esercitarle) sugli atti dell'esecutivo integrativi della norma penale (cap. II), è indispensabile ricostruire il panorama interpretativo sui confini di legittimità dell'intervento del potere esecutivo in sede di criminalizzazione di condotte umane. In altri termini, ancora prima di comprendere se e in che termini il giudice penale possa sindacare la legittimità di un regolamento o di un provvedimento amministrativo, occorre comprendere la possibilità per il potere esecutivo di intervenire in materia penale adottando atti regolamentari o amministrativi che contribuiscano a descrivere la (o comunque a incidere sulla) fattispecie criminosa. Si prenderà le mosse dagli antichi dibattiti e dai più recenti approdi in relazione alla compatibilità dei vari modelli di integrazione tra norma primaria precettiva e at-

di tra pp.aa. ex art. 15 l. 241/1990 e – secondo alcuni – i poteri di impugnazione riconosciuti dalla legge ad alcune autorità amministrative (quali l'Anac, ex art. 211 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (codice dei contratti pubblici), e l'Antitrust, ex art. 21bis l. 10 ottobre 1990, n. 287). In generale sul tema, v. E. CASETTA, voce *Attività amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, UTET, 1987, 522 ss.; G.P. CIRILLO, *I contratti e gli accordi delle amministrazioni pubbliche*, in *Giur. amm.*, 2007, 327 ss.; A. MASUCCI (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, Formez, 1988, *passim*. Sui poteri di impugnazione v. M. ANTONIOLI, *La legittimazione a ricorrere degli enti pubblici tra situazioni sostantive, soggettività della tutela e funzionalizzazione dell'interesse pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 359 ss.; N. PICA, *La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell'AGCM*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 807 ss.

⁶ V. G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti. Vecchi nodi teorici e nuovo assetto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2005, 114 ss. Sulla distinzione tra provvedimenti amministrativi generali e regolamenti, v. Cass. civ., ss. uu. 28 novembre 1994, n. 10124 («i caratteri che, sul piano del contenuto sostanziale, valgono a differenziare i regolamenti dagli atti e provvedimenti amministrativi generali, vanno individuati in ciò, che questi ultimi costituiscono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono diretti alla cura concreta di interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non necessariamente determinati nel provvedimento, ma determinabili; i regolamenti, invece, sono espressione di una potestà normativa attribuita all'Amministrazione, secondaria rispetto alla potestà legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa rispetto all'ordinamento giuridico esistente, con precetti che presentano, appunto, i caratteri della generalità e dell'astrattezza, intesi essenzialmente come ripetibilità nel tempo dell'applicazione delle norme e non determinabilità dei soggetti cui si riferiscono»).

⁷ A.M. SANDULLI, voce *Fonti del diritto*, cit., 530.

⁸ Si rinvia per il momento a M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, Milano, Giuffrè, 2000, *passim*.

ti dell'esecutivo con il principio costituzionale della riserva di legge e con quello, comunque di derivazione costituzionale, appartenente al «“trittico” dei principi reggitori della normazione penale che sono desumibili dall'art. 25, comma 2, Cost.»⁹, di sufficiente determinatezza del precetto¹⁰.

Infatti, come subito si vedrà, tanto i regolamenti quanto i provvedimenti amministrativi possono entrare in gioco nella definizione del perimetro della vicenda punitiva, introducendo però sulla scena, secondo un certo orientamento, problemi differenti: se da un lato l'integrazione della fattispecie criminosa ad opera di un atto normativo dell'esecutivo pone problemi di rispetto della riserva di legge in materia penale (trattandosi di un rapporto tra fonti del diritto), dall'altro l'integrazione a mezzo di un provvedimento amministrativo individuale potrebbe evocare (solo) un *deficit* di tassatività della fattispecie stessa (non entrando in gioco alcuna interferenza tra fonte primaria e fonte subprimaria¹¹). Si renderà tuttavia conto altresì di autorevoli voci contrarie, che vedono anche nell'integrazione a mezzo di un provvedimento individuale una elusione delle esigenze di legalità parlamentare; del pari si evidenzierà come la giurisprudenza costituzionale utilizzi – nei tempi più recenti – in ambedue i casi sempre il medesimo parametro di legittimità, ossia quello della “sufficiente specificazione legale”.

§ I.2. – I diversi modelli di integrazione sublegislativa

È un evidente dato di fatto che la norma penale frequentemente presenta aperture, implicite o esplicite, a fonti diverse da quella primaria¹².

⁹ M. LUCIANI, *Diritto penale e costituzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1.

¹⁰ V. P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1953, 2; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1965, 293; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza in diritto penale. La fattispecie*, Padova, Cedam, 1979, 232 ss.; IDEM, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e credibilità della regola iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, Esi, 2009, 49 ss.; M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, Giappichelli, 1979, *passim*; R. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2006, 135 ss. In una prospettiva comparata v. A. NISCO, *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale: considerazioni teoriche e spunti comparatistici*, in *Arch. pen.*, 2017.

¹¹ Fonte del diritto è infatti solo l'atto o il fatto abilitato dall'ordinamento giuridico a produrre norme giuridiche, cioè a innovare l'ordinamento giuridico (A.M. SANDULLI, voce *Fonti del diritto*, cit., 530).

¹² La norma penale rinvia frequentemente a fonti subordinate che concorrono a definire aspetti importanti e variamente interferenti con i comportamenti vietati, come accade in materia di additivi chimici (art. 5 l. 30 aprile 1962, n. 283: «[...] Il Ministro per la sanità, con propria ordinanza, stabilisce per ciascun prodotto, autorizzato all'impiego per tali scopi, i limiti di tolleranza e l'intervallo minimo che deve intercorrere tra l'ultimo tratta-

Da un punto di vista *formale*, ciò accade con l'*incorporazione*, ossia con i) gli elementi normativi¹³, il cui significato può evincersi non necessariamente da altra norma primaria penale o extrapenale¹⁴ ma anche dalla normativa secondaria¹⁵; oppure con il *richiamo*, per mezzo di ii) rinvii espressi a regolamenti o iii) rinvii espressi a provvedimenti amministrativi.

Da un punto di vista *contenutistico*, poi, sono tendenzialmente tre i modelli di integrazione in astratto possibili: α) la norma primaria può operare un rinvio in funzione di mera specificazione tecnica di un elemento della fattispecie; β) la norma primaria può operare un rinvio per l'individuazione dei comportamenti umani costituenti fatti di reato; γ)

to e la raccolta e, per le sostanze alimentari immagazzinate, tra l'ultimo trattamento e l'immissione al consumo»), sostanze stupefacenti (artt. 13 e 73 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309: «Le sostanze stupefacenti o psicotrope sottoposte alla vigilanza ed al controllo del Ministero della salute e i medicinali a base di tali sostanze, ivi incluse le sostanze attive ad uso farmaceutico, sono raggruppate, in conformità ai criteri di cui all'articolo 14, in cinque tabelle, allegate al presente testo unico. Il Ministero della salute stabilisce con proprio decreto il completamento e l'aggiornamento delle tabelle con le modalità di cui all'articolo 2, comma 1, lettera e), numero 2). Le tabelle di cui al comma 1 devono contenere l'elenco di tutte le sostanze e dei preparati indicati nelle convenzioni e negli accordi internazionali e sono aggiornate tempestivamente anche in base a quanto previsto dalle convenzioni e accordi medesimi ovvero a nuove acquisizioni scientifiche. Il decreto è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e inserito nella successiva edizione della Farmacopea ufficiale. Il Ministero della salute, sentiti il Consiglio superiore di sanità e l'Istituto superiore di sanità ed in accordo con le convenzioni internazionali in materia di sostanze stupefacenti o psicotrope, dispone con apposito decreto l'esclusione da una o più misure di controllo di quei medicinali e dispositivi diagnostici che per la loro composizione qualitativa e quantitativa non possono trovare un uso diverso da quello cui sono destinati»), *doping* (art. 2 l. 14 dicembre 2000, n. 376: «I farmaci, le sostanze biologicamente o farmacologicamente attive e le pratiche mediche, il cui impiego è considerato doping a norma dell'articolo 1, sono ripartiti, anche nel rispetto delle disposizioni della Convenzione di Strasburgo, ratificata ai sensi della citata legge 29 novembre 1995, n. 522, e delle indicazioni del Comitato internazionale olimpico (CIO) e degli organismi internazionali preposti al settore sportivo, in classi di farmaci, di sostanze o di pratiche mediche approvate con decreto del Ministro della sanità, d'intesa con il Ministro per i beni e le attività culturali, su proposta della Commissione per la vigilanza ed il controllo sul *doping* e per la tutela della salute nelle attività sportive [...], etc.

¹³ Elementi che necessitano di una etero-integrazione per la definizione del loro contenuto, il che avviene con il rinvio ad una norma diversa da quella incriminatrice. V., per tutti, S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, Esi, 2016, *passim* e 185 ss.

¹⁴ Si pensi al reato di furto che contiene il riferimento al bene mobile altrui e dunque rinvia alle norme di fonte primaria in materia di acquisto e perdita della proprietà.

¹⁵ Si pensi al reato di inquinamento ambientale ex art. 452 *bis* c.p. che incrimina chiunque cagioni *abusivamente* una compromissione o un deterioramento dell'ambiente: il carattere abusivo può essere determinato dall'assenza di autorizzazione; dalla violazione dell'autorizzazione; dall'essere l'autorizzazione scaduta; dalla violazione (pur nel rispetto dell'autorizzazione) di altre regole o prescrizioni (es. leggi statali o regionali, anche se non strettamente pertinenti al settore ambientale [ma ad es. alla sicurezza sul lavoro o al decoro urbano], o prescrizioni amministrative [si pensi all'inquinamento di acque marine, derivante da un'attività di bonifica di fondali effettuata in spregio alle relative prescrizioni progettuali]; ma anche, secondo alcuni, dalla violazione di principi non tradotti in precetti assistiti da autonome sanzioni (es. principio di precauzione ex art. 3ter t.u. ambiente). V. I. SALVEMME, *Il ruolo del principio di precauzione nel "nuovo" diritto penale dell'ambiente*, in *Dir. pen. cont.*, 2018.

la norma primaria può punire l'inosservanza di regolamenti o provvedimenti amministrativi (c.d. modello ingiunzionale¹⁶).

Per chiarezza espositiva, si procederà prima alla disamina della legittimità costituzionale dei rinvii impliciti o espliciti alle fonti regolamentari, per procedere poi separatamente (*infra*, § 3.) alla disamina dei richiami ai provvedimenti amministrativi, posto che – come si anticipava in apertura – parrebbe variare il parametro di riferimento per il giudizio di legittimità costituzionale.

§ I.3. – I rinvii ad atti regolamentari. La riserva di legge “tendenzialmente assoluta” in materia penale

Come si è anticipato, la norma penale può incorporare o richiamare un atto amministrativo regolamentare, ossia una norma generale ed astratta di rango secondario, la quale può contribuire ad una specificazione tecnica di un elemento di fattispecie (*sub* α)) ovvero a dettare il comportamento tipico o altro elemento essenziale ai fini dell'identificazione del disvalore di fattispecie, quale ad esempio il soggetto attivo (*sub* β). Manteniamo per il momento da parte il c.d. modello ingiunzionale, il quale – come si spiegherà – merita una disamina *ad hoc* (*infra*, § 3.1).

Il possibile concorso delle fonti secondarie nella descrizione dei confini della vicenda punitiva non è definito in positivo dal dettato costituzionale, ma è da esso ricavabile in negativo.

Il principio costituzionale di cui all'art. 25, co. 2 Cost., che esprime il divieto riassumibile nel noto brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali scripta*, comporta l'esclusione delle fonti sottoordinate rispetto alla legge dal novero di quelle abilitate a compiere scelte di criminalizzazione (c.d. aspetto negativo della riserva di legge¹⁷). Mentre poco importa in questa sede della natura formale o materiale della riserva in parola¹⁸, cruciale è la identificazione della natura asso-

¹⁶ Sul modello del c.d. diritto penale sanzionatorio, che si limita a definire la sanzione in caso di violazione di un precetto di fonte extrapenale v. D. PULITANÒ, *L'anticipazione dell'intervento penale in materia economica*, in *Atti del IV congresso nazionale di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1996, 10, 13 ss.; M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, UTET, 1996, 277.

¹⁷ R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, voce *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, Giuffrè, 1989, 1208.

¹⁸ V. sul punto, per la tesi della inammissibilità del ricorso alla delegazione legislativa nelle materie coperte da riserva di legge, C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano, Giuffrè, 1964, 71 ss. Per la tesi opposta v. A. CERRI, voce *Delega legislativa*, in *Enc. giur.*, X, Roma, Treccani, 1993, 2. Per una esaustiva ricostruzione del panorama dottrinale e giurisprudenziale v. C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, Esi, 2012, 123 ss., spec. 171 ss. Nella giurisprudenza costituzionale v., da ultimo, Corte cost., sent. 26 luglio 2021, n. 174.

luta o piuttosto relativa della stessa, il che chiude o apre le porte alla normativa subprimaria.

Un dato ad oggi indiscutibile, che guiderà l'intero studio, è la *ratio* essenzialmente garantista sottesa al principio della riserva di legge¹⁹, che vuole cioè mettere il cittadino al riparo da scelte di criminalizzazione (che possono riflettersi sulla libertà personale) non tanto imprevedibili (a ciò basterebbe una qualsiasi fonte scritta entrata in vigore prima del fatto commesso²⁰), quanto compiute da un organo privo di legittimazione democratica, senza la naturale (e ponderata) dialettica tra maggioranza e minoranza. Dato, quest'ultimo, che permette peraltro di comprendere la tendenziale chiusura verso l'apporto della normativa primaria o superprimaria²¹ non statale, ossia regionale o eurounitaria²².

¹⁹ In generale, S. FOIS, *La "riserva di legge". Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, Giuffrè, 1963, ora in IDEM, *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, 2011, 294 ss.; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, UTET, 1974, 22 ss.; IDEM, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1965, 229.

²⁰ Il citato brocardo latino viene comunemente fatto risalire a Paul Johann Anselm Feuerbach, nelle cui opere si evidenzia tuttavia come il fondamento del principio in esame non sia rappresentato solo dall'esigenza di tutela del cittadino nei confronti dell'arbitrio del potere giudiziario, ma soprattutto dalla necessità di ricorrere a una fonte in grado di esercitare una funzione di intimidazione psicologica nei confronti del cittadino e dunque di prevenzione generale. Per una ricostruzione del pensiero di Feuerbach, in contrapposizione con quello del criminalista Karl Binding, v. M. RONCO, *Il principio di legalità*, in *La legge penale*, op. dir. da M. Ronco, con la collaborazione di E.M. Ambrosetti, E. Mezzetti, Bologna, Zanichelli, 2010, 14 ss.

Ravvisa nella 'certezza' la matrice comune del trittico di principi desumibili dall'art. 25, co. 2 Cost. M. LUCIANI, *Diritto penale e costituzione*, cit., 2: «La certezza (oltre a costituire un'esigenza propria della nostra condizione antropica) costituisce un valore connesso all'idea stessa di statualità e di comunità politica, perché altro non è che sicurezza riguardata nella prospettiva del diritto. [...] Ora, sebbene sia cosa diversa, la certezza s'intreccia con l'affidamento, il quale tutela la sfera di libertà (anche nel senso di autodeterminazione) degli individui nel loro rapporto con il pubblico potere. Tale intreccio non si radica unicamente in una ragione logica, ma anche in una ragione storica, perché lo Stato di diritto giace su un'evidente premessa contrattualista, che lo concepisce come il prodotto di un patto tra i cittadini, che l'hanno scelto per garantirsi la reciproca sicurezza. È per questo che l'affidamento non è generica aspettativa di stabilità o irretrattabilità delle scelte normative, ma specifica fiducia nella preclusione di non prevedibili scelte legislative *in malam partem*».

²¹ Sulla collocazione del diritto comunitario nella gerarchia delle fonti v. F. GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, in *Foro it.*, 2008; D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, Giuffrè, 2018; A. RASI, *Gli effetti diretti e il primato del diritto dell'Unione: una correlazione a geometria variabile*, in DUE, 2018, 555 ss.

²² Mentre la chiusura nei confronti del diritto regionale trova unanime conferma in dottrina, sulla scorta della considerazione che devono essere garantite l'uniformità del trattamento normativo nonché l'unità politica e l'indivisibilità dello Stato e che la legge regionale scontrerebbe il difetto di legittimazione democratica nei confronti del cittadino non residente in regione, viceversa l'influenza del diritto comunitario in materia penale è assai dibattuta. I sostenitori dell'orientamento negativo, che non ammettono scelte di politica criminale di provenienza eurounitaria, hanno fatto leva su (1) il deficit di democraticità; (2) l'assenza di una disposizione che attribuisca la potestà punitiva agli organi comunitari; (3) la riserva di legge ex art. 25 Cost. che ha natura di principio fondamentale dell'ordinamento giuridico e dunque di controlimite. Va tuttavia osservato che alla luce dell'art. 83 TFUE e del principio di assimilazione può affermarsi come l'Ue ancorché non legittimata a esercitare una potestà punitiva, può condurre un giudizio di necessità di pena.

La riserva di legge si atteggia dunque a baluardo della separazione dei poteri, a garanzia contro gli abusi del potere esecutivo, amministrativo o giudiziale che possano mettere a repentaglio la libertà individuale, attraverso la creazione di divieti e sanzioni non predeterminati dall'unico organo che legittimamente rappresenta e esprime la volontà popolare, come forma di democrazia indiretta²³.

Motivo per cui non solo è da reputarsi costituzionalmente illegittimo che la scelta incriminatrice sia interamente o anche solo parzialmente rimessa al contenuto di una fonte secondaria, espressione della sola maggioranza di governo, ma è anche stigmatizzabile l'intervento formalmente parlamentare, ma attuato in elusione dell'ordinario processo di formazione delle leggi (si pensi al caso dell'emendamento eterogeneo adottato, in sede di conversione di un decreto legge, dalle Camere²⁴).

L'Unione europea può intervenire *in bonam partem* (lo ha fatto con riferimento al titolo di *Rechtsanwalt* conseguito in Germania, o di *Avocat* conseguito in Francia, che rende a condotta penalmente irrilevante *ex art. 384 c.p.*) nelle materie di sua competenza. Quanto all'intervento *in malam partem*, si reputa legittimo un intervento meramente indiretto *ex art. 83 TFUE*.

V. S. MANACORDA, *Unione europea e sistema penale: stato della questione e prospettive di sviluppo*, in *Studium iuris*, 1996, 945 ss.; T. EPIDENDIO, *Diritto comunitario e diritto penale interno*, Milano, Giuffrè, 2007, 20 ss., 26 ss.; A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 2012.

²³ Una funzione ulteriore della riserva di legge è rappresentata, secondo una certa corrente, sposata anche dalla Corte costituzionale nella sentenza del 25 ottobre 1989, n. 487, dalla concentrazione delle fonti, per la realizzazione del c.d. diritto penale minimo (v., per tutti, A. CAVALIERE, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un'alternativa alla cultura penale*, in *Arch. pen.*, 2018). Osserva la Corte, sotto il profilo storico-ideologico, che «la riconduzione ad unità delle sparse, frammentarie disposizioni giuridiche, la certezza che soltanto attraverso il superamento delle varie, numerose fonti, sostanziali e formali, dell'Antico Regime, si potesse raggiungere, insieme, la massima garanzia della riacquistata libertà individuale ed il massimo ordinato vivere sociale condussero a ravvisare nella legge, nella legge dello Stato, quale unità organica dell'intero popolo sovrano, il nuovo principio costitutivo, il nuovo fondamento del diritto penale». D'altronde, «il sistema penale delineato dalla Costituzione tende ancor oggi [...] a ridurre la quantità delle norme penali, e, così, a concentrare queste ultime nella sola tutela, necessaria (*ultima ratio*) di pochi beni, significativi od almeno "importanti", per l'ordinato vivere sociale». V. anche Corte cost. 1990, 14 giugno 1990, n. 282, in cui si legge che «la verità è che alla garanzia, della quale l'art. 25, secondo comma, Cost. è pregnante espressione, non è estraneo il tentativo di riduzione degli illeciti penali secondo il principio vigente, che considera il sistema penale quale *extrema ratio* di tutela dei beni giuridici».

²⁴ Si vuole fare riferimento alla nota pronuncia della Corte costituzionale che ha condotto alla dichiarazione di incostituzionalità degli artt. 4-bis e 4-ter, del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, per violazione della omogeneità tra decreto legge e relativa legge di conversione. Sul tema degli emendamenti in sede di conversione, v. in generale G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, Padova, Cedam, 1989, 197 ss.; N. LUPO, *L'omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile, ma ineludibile per limitare le patologie della produzione normativa*, in *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, a cura di G. D'Elia, G. Tiberia, M.P. Viviani Schlein, Milano, Giuffrè, 2012, 419 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, Cedam, 2018, 138 ss.

La Corte aveva già avuto modo di precisare in passato che occorre distinguere tra emendamenti coerenti con il contenuto del decreto-legge e quelli che viceversa disciplinano materie del tutto estranee. In questo secondo caso si è al di fuori della legittimità costituzionale (v. Corte cost., sent. 16 febbraio 2012, n. 22 e Corte cost., ord. 6 marzo 2013, n. 34).

Più incisivamente, in Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 34 si afferma che, «nella misura in cui le Camere non rispettano la funzione tipica della legge di conversione, facendo uso

della speciale procedura per essa prevista al fine di perseguire scopi ulteriori rispetto alla conversione del provvedimento del Governo, esse agiscono in una situazione di carenza di potere [...] È bene sottolineare che la richiesta coerenza tra il decreto-legge e la legge di conversione non esclude, in linea generale, che le Camere possano apportare emendamenti al testo del decreto-legge, per modificare la normativa in esso contenuta, in base alle valutazioni emerse nel dibattito parlamentare; essa vale soltanto a scongiurare l'uso improprio di tale potere, che si verifica ogniqualevolta sotto la veste formale di un emendamento considerato si introduca un disegno di legge che tenda a immettere nell'ordinamento una disciplina estranea, interrompendo il legame essenziale tra decreto-legge e legge di conversione, presupposto dalla sequenza delineata dall'art. 77, secondo comma, Cost. Ciò vale anche nel caso di provvedimenti governativi ab origine a contenuto plurimo, come quello di specie. In relazione a questa tipologia di atti – che di per sé non sono esenti da problemi rispetto al requisito dell'omogeneità (sentenza n. 22 del 2012) – ogni ulteriore disposizione introdotta in sede di conversione deve essere strettamente collegata ad uno dei contenuti già disciplinati dal decreto-legge ovvero alla ratio dominante del provvedimento originario considerato nel suo complesso. Nell'ipotesi in cui la legge di conversione spezzi la suddetta connessione, si determina un vizio di procedura, mentre resta ovviamente salva la possibilità che la materia regolata dagli emendamenti estranei al decreto-legge formi oggetto di un separato disegno di legge, da discutersi secondo le ordinarie modalità previste dall'art. 72 Cost.

L'eterogeneità delle disposizioni aggiunte in sede di conversione determina, dunque, un vizio procedurale delle stesse, che come ogni altro vizio della legge spetta solo a questa Corte accertare. Si tratta di un vizio procedurale peculiare, che per sua stessa natura può essere evidenziato solamente attraverso un esame del contenuto sostanziale delle singole disposizioni aggiunte in sede parlamentare, posto a raffronto con l'originario decreto-legge. All'esito di tale esame, le eventuali disposizioni intruse risulteranno affette da vizio di formazione, per violazione dell'art. 77 Cost., mentre saranno fatte salve tutte le componenti dell'atto che si pongano in linea di continuità sostanziale, per materia o per finalità, con l'originario decreto-legge. [...] Conclusivamente sul punto, deve osservarsi che, nel caso sottoposto all'esame della Corte, risultano contestualmente presenti plurimi indici che rendono manifesta l'assenza di ogni nesso di interrelazione funzionale tra le disposizioni impugnate e le originarie disposizioni del decreto-legge. [...] In difetto del necessario legame logico-giuridico, richiesto dall'art. 77, secondo comma, Cost., i censurati artt. 4-bis e 4-vicies ter devono ritenersi adottati in carenza dei presupposti per il legittimo esercizio del potere legislativo di conversione e perciò costituzionalmente illegittimi. Trattandosi di un vizio di natura procedurale, che peraltro – come si è detto – si evidenzia solo ad un'analisi dei contenuti normativi aggiunti in sede di conversione, la declaratoria di illegittimità costituzionale colpisce per intero le due disposizioni impugnate e soltanto esse, restando impregiudicata la valutazione di questa Corte in relazione ad eventuali ulteriori impugnative aventi ad oggetto altre disposizioni della medesima legge. In considerazione del particolare vizio procedurale accertato in questa sede, per carenza dei presupposti ex art. 77, secondo comma, Cost., deve ritenersi che, a seguito della caducazione delle disposizioni impugnate, tornino a ricevere applicazione l'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 e le relative tabelle, in quanto mai validamente abrogati, nella formulazione precedente le modifiche apportate con le disposizioni impugnate. Il potere di conversione non può, infatti, considerarsi una mera manifestazione dell'ordinaria potestà legislativa delle Camere, in quanto la legge di conversione ha natura «funzionalizzata e specializzata» (sentenza n. 22 del 2012 e ordinanza n. 34 del 2013). Essa presuppone un decreto da convertire, al cui contenuto precettivo deve attenersi, e per questo non è votata articolo per articolo, ma in genere è composta da un articolo unico, sul quale ha luogo la votazione – salva la eventuale proposizione di emendamenti, nei limiti sopra ricordati – nell'ambito di un procedimento *ad hoc* (art. 96-bis del Regolamento della Camera; art. 78 del Regolamento del Senato), che deve necessariamente concludersi entro sessanta giorni, pena la decadenza *ex tunc* del provvedimento governativo. Nella misura in cui le Camere non rispettano la funzione tipica della legge di conversione, facendo uso della speciale procedura per essa prevista al fine di perseguire scopi ulteriori rispetto alla conversione del provvedimento del Governo, esse agiscono in una situazione di carenza di potere. In tali casi, in base alla giurisprudenza di questa Corte, l'atto affetto da vizio radicale nella sua formazione è inidoneo ad innovare l'ordinamento e, quindi, anche ad abrogare la precedente normativa (sentenze n. 123 del 2011 e n. 361 del 2010). Sotto questo profilo, la situazione risulta assimilabile a quella della caducazione di norme legislative emanate in difetto di delega, per le quali questa Corte ha già riconosciuto, come conseguenza della declaratoria di illegittimità costituzionale, l'applicazione della normativa precedente (sentenze n. 5 del 2014 e n. 162 del 2012), in conseguenza dell'inidoneità dell'atto, per il radicale vizio procedurale che lo inficia, a produrre effetti abrogativi anche per modifica o

Chiarito ciò, va tuttavia circoscritto l'oggetto del divieto, ossia l'ambito "riservato", per individuare – per così dire, in negativo – le "zone franche" della norma penale, che accettano e riconoscono un ruolo significativo agli atti dell'esecutivo²⁵.

Proprio dalla *ratio* di cui si è detto si desume oramai unanimemente che oggetto della riserva di legge è il divieto, ossia l'estensione del precetto dalla cui violazione dipende la punizione²⁶.

Ormai abbandonata la tesi della riserva relativa (che consentirebbe il rinvio alle norme di rango secondario per la disciplina degli aspetti non essenziali della materia, in funzione descrittiva dell'illiceito²⁷), prevalente è – sin dalla nota presa di posizione della Corte costituzionale nel 1966 sotto la presidenza Ambrosini²⁸ – la teoria della riserva di legge "tendenzialmente assoluta", che ammette cioè il contributo di mere specificazioni tecniche ad opera delle norme subprimarie, per soddisfare quell'esigenza di duttilità e aggiornamento degli aspetti connotati da elevato tecnicismo e naturale, rapida obsolescenza²⁹. A siffatte integrazioni, comunque sempre tecniche e parziali³⁰, non può essere attribuito il compito politico-criminale né di determinare, né di modificare il nocciolo duro, orientativo della condotta dei consociati, contenuto nel precetto, che deve restare di pro-

sostituzione. Deve, dunque, ritenersi che la disciplina dei reati sugli stupefacenti contenuta nel d.P.R. n. 309 del 1990, nella versione precedente alla novella del 2006, torni ad applicarsi, non essendosi validamente verificato l'effetto abrogativo».

²⁵ Vi sono nel testo costituzionale casi facili, come quello dell'art. 13 Cost., che indirizza chiaramente l'interprete verso la riserva assoluta (nei casi «tassativamente indicati dalla legge») e soprattutto nella limitazione della materia riservata («nei soli casi e modi»); viceversa l'art. 25, co. 2 Cost. tace sull'uno e sull'altro aspetto. V. sul punto R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, cit., 150 ss.

²⁶ M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, 1999, 48 ss., 52 ss., il quale riferisce la lettera dell'art. 25, co. 2 Cost. alle «regole incriminatrici» e alle «relative conseguenze d'ordine criminale».

²⁷ Così C. ESPOSITO, *Irretroattività e «legalità» delle pene nella nuova Costituzione*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, Cedam, 1950, 509 ss., in cui si legge come non si possa escludere che, una volta «delineata la fattispecie delittuosa in modo sostanziale seppur generico nelle leggi, e fissata genericamente la pena (il minimo e il massimo della pena), possa essere affidato ad altre fonti o al giudice, in base a criteri fissati nelle leggi, di determinare ulteriormente la fattispecie astratta o concreta dei delitti e la misura delle pene. Quello che però non sarebbe ammissibile è che la legge non dia una disciplina materiale, seppur generica, del delitto e delle pene, ma si limiti solo ad attribuire ad altre fonti e ad altre autorità la competenza a fissare autonomamente delitti e pene. Qualche volta, naturalmente, potrà essere difficile stabilire se, rimettendo a fonti non legislative di integrare la norma penale o concedendo al giudice ampi poteri discrezionali nella determinazione della esistenza dei delitti e nella fissazione della misura delle pene, la legge abbia concesso ad altri ciò che doveva esercitare direttamente, e superati limiti costituzionalmente invalicabili».

²⁸ Corte cost., sent. 23 marzo 1966, n. 26.

²⁹ Nella manualistica v. per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 2020, 45 ss.; nella dottrina costituzionalistica, v. G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, I, Torino, UTET, 1984, 54 ss.

³⁰ V. *supra* nt. 12.

manazione parlamentare³¹. Il Parlamento non può pertanto delegificare la materia penale³².

Pertanto, si può sicuramente reputare costituzionalmente legittimo il modello *sub* α), mentre quello *sub* β) parrebbe fuoriuscire dal campo della legittimità costituzionale.

Va tuttavia osservato come la Corte costituzionale abbia perlopiù sempre sottratto alla propria sfera le fattispecie sottoposte alla sua attenzione e tacciate di incostituzionalità per integrale rimessione della descrizione della condotta punibile (o di altro aspetto saliente del disvalore di fattispecie) ad una fonte secondaria. Sempre evidenziando che vietata in radice è soltanto la delega alle norme generali e astratte di rango secondario riguardanti il *nucleo essenziale* del comando e che non è costituzionalmente imposto che la fonte legislativa provveda ad una integrale descrizione del fatto tipico, la Corte ha in più occasioni riqualficato i richiami, censurati dai giudici *ad quem*, quali *mere specificazioni tecniche*, o comunque, quali *elementi estranei agli aspetti centrali del precetto*.

Dalla disamina delle sentenze sul tema, pare emergere nelle pronunce più risalenti una impostazione in parte differente rispetto a quella sposata dalle più recenti³³, di cui si darà ora conto.

§ I.3.1. – La “teoria della disobbedienza”

Fra le pronunce meno recenti della Corte costituzionale, ritroviamo in motivazione l'identificazione del regolamento richiamato come *un mero presupposto di fatto* del divieto penale: la fonte subprimaria si limiterebbe, ad avviso dei giudici costituzionali, a introdurre non un elemento intrinseco del precetto ma un mero presupposto per la sua applicazione. La Corte evidenzia come «atti e provvedimenti dell'amministrazione aventi per oggetto determinazioni di prezzi, denominazioni tipiche di prodotti, modifiche a norme della circolazione stradale, ecc., rispondenti a valutazioni di carattere tecnico o con-

³¹ V. S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale*, cit., 8 ss.

³² La riserva è da intendersi dunque come limite anche per lo stesso legislatore, non potendo egli abdicare alla propria competenza; qualora ciò accadesse, la legge del parlamento (con cui si consentisse a una fonte subordinata di intervenire «in deroga alla 'riserva', ma anche [...] in deroga alla 'preferenza' di legge») violerebbe il dettato costituzionale (così L. CARLASSARE, voce *Regolamento (dir. cost.)*, cit., 621).

³³ Per una esaustiva sistematizzazione v. *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*. *Giurisprudenza sistematica*, a cura di V. Manes, in www.cortecostituzionale.it. V. altresì l'analisi della giurisprudenza costituzionale di G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, UTET, 1994, 311 ss.; M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, Esi, 2006, 29 ss. Più di recente, I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, Franco Angeli, 2015, 41 ss.

tingente, in connessione con precetti penali posti a garanzia della loro osservanza [...] sono stati ritenuti legittime manifestazioni dell'attività normativa dell'Amministrazione, e le loro specifiche statuizioni considerate al di fuori del precetto penale, il quale deve ritenersi già integralmente costituito con la *generica imposizione di obbedienza a quegli atti e provvedimenti*»³⁴. E ancora, «non ha fondamento l'affermazione secondo la quale la norma che prevede il reato di cui all'art. 5 della legge 20 aprile 1962, n. 283, sarebbe costituita in parte dalla legge e in parte da un atto amministrativo. La Corte ha avuto occasione, in più sentenze, di occuparsi di questioni identiche, e di statuire quale sia, in ordine al contenuto del precetto penale, la funzione di taluni atti amministrativi ai quali la legge penale fa talvolta riferimento. Da ultimo, con la sentenza n. 36 del 1964, ha dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 della legge 22 ottobre 1954, n. 1041, ritenendo che gli elenchi delle sostanze ad azione stupefacente, contenuti nei decreti del Ministro della sanità, siano da considerare determinazioni specifiche dell'Autorità amministrativa, non costituenti elemento intrinseco del precetto penale. Non diversa soluzione deve avere la questione relativa alla norma che richiama l'elenco degli additivi chimici vietati, contenuto nel decreto del Ministro della sanità. *Un tale elenco non concorre a costituire il precetto penale, ma è soltanto un presupposto della sua applicazione*. Il precetto è integralmente costituito dall'art. 5 della legge, *mercé la imposizione del divieto di far uso degli additivi chimici che sono via via indicati nei decreti del Ministro della sanità*»³⁵.

Si è evidenziato come tale impostazione riflettesse di fatto quella peculiare impostazione dottrinale, secondo la quale la fonte subprimaria resta esterna e estranea al contenuto del precetto penale, anche se capace di determinare la punibilità o meno della condotta, perché in ogni caso a essere punita è la "disobbedienza come tale". Non si potrebbe ritenere – secondo quest'ottica – che il comando da osservare per non incorrere in responsabilità penale sia contenuto nell'atto amministrativo, perché «a costituire il precetto penale non occorre una regola di condotta particolareggiata e concreta, mentre è sufficiente la enunciazione anche generica di un dovere di obbedienza. [...] Infatti l'interesse che l'ordinamento giuridico generale intende tutelare è il principio dell'obbedienza in genere alle prescrizioni dell'autorità, non propriamente l'osservanza di questa o quella prescrizione amministrativa in concreto»³⁶.

³⁴ Corte cost., sent. 19 maggio 1964, n. 36 (i corsivi sono nostri).

³⁵ Corte cost., sent. 26 novembre 1964, n. 96 (i corsivi sono nostri).

³⁶ B. PETROCELLI, *Norma penale e regolamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 377; v. anche, A. PECORARO ALBANI, *Riserva di legge. Regolamento. Norma penale in bianco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 762 ss., spec. 782 ss. («altro è dire che il regolamento non è fonte di diritto penale

§ I.3.2. – *Il criterio della sufficiente determinatezza della fattispecie legale*

La Corte pare tuttavia aver ben presto abbandonato la teoria della “disobbedienza come tale” e del regolamento amministrativo quale mero presupposto di fatto, affermando, negli anni immediatamente successivi, che il principio della riserva di legge esige che «il precetto penale [...] ricev[a] intera la sua enunciazione con l'imposizione del divieto, il quale cont[enga] un'idonea indicazione della condotta vietata e dell'oggetto materiale del delitto»³⁷. Ancor più rigida appare la linea adottata in punto di previsione della pena; al riguardo si legge come «in ordine all'aspetto della determinazione della sanzione penale, ritiene però la Corte che il principio costituzionale della legalità della pena sia da interpretare più rigorosamente, nel senso che esso esige che sia soltanto la legge (o un atto equiparato) dello Stato a stabilire con quale misura debba esser repressa la trasgressione dei precetti che vuole sanzionati penalmente. La dignità e la libertà personali sono, nell'ordinamento costituzionale democratico e unitario che regge il Paese, beni troppo preziosi perché, in mancanza di un inequivoco disposto costituzionale in tali sensi, si possa ammettere che un'autorità amministrativa, e comunque un'autorità non statale, disponga di un qualche potere di scelta in ordine ad essi. Anche l'eguaglianza dei cittadini impone che la possibilità di incidere su tali beni sommi, e le relative modalità, vengano ponderate – sia pure in vista delle differenziazioni eventualmente necessarie – in un'unica sede e in modo unitario. *Le leggi dello Stato*, se possono, anche con una certa ampiezza, rimettere al giudice la valutazione di situazioni e circostanze, lasciando a lui un adeguato campo di discrezionalità per l'applicazione delle pene nei singoli casi concreti, non possono dunque rimettere ad altre autorità di determinare in via normativa, a propria scelta, se sanzionare o no penalmente certe infrazioni e se sanzionarle in una misura e con certe modalità piuttosto che diversamente. La normazione sulle pene deve essere perciò considerata propria ed esclusiva della legislazione statale, la quale non può mai abdicarvi, neppure per aspetti marginali»³⁸.

Si riconosce in svariate pronunce che, proprio in ragione della già menzionata *ratio* garantista della riserva di legge, è necessario che sia la legge a permettere al cittadino di distinguere ciò che è lecito da ciò che lecito non è, fornendo allo stesso un'indicazione sufficiente ad orientare la di lui condotta. Pertanto, la Corte ha ritenuto che non contrasti col principio della riserva l'impiego di «elementi normativi del fatto,

ed altro è dire che può essere preso in considerazione dalla legge, come un qualsiasi diverso fatto di cui essa ha ragione di occuparsi.

³⁷ Corte cost., sent. 27 giugno 1972, n. 113.

³⁸ Corte cost., sent. 23 marzo 1966, n. 26 (i corsivi sono nostri).

sottratti alla possibilità di un'anticipata indicazione particolareggiata da parte della legge, quando il contenuto d'illecito sia peraltro da essa definito [...]. In ipotesi di questo tipo, infatti, l'alternativa sarebbe quella di rimettere al giudice l'interpretazione dell'elemento normativo; ma ciò determinerebbe un significativo scadimento di certezza conseguente alle inevitabili oscillazioni applicative»³⁹.

Dall'anno in cui la Corte ha iniziato ad operare sino ad ora, si conta una sola declaratoria di incostituzionalità per violazione della riserva di legge ad opera di un rinvio ad una fonte subordinata concorrente alla descrizione del precetto, atteggiamento che si è meritato l'attributo di "benevolo" da parte della dottrina⁴⁰. Si tratta della sentenza 14 giugno 1990, n. 282, con cui venne dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 1 e 5 della legge 7 dicembre 1984, n. 818, nella parte in cui rinviavano ad un decreto ministeriale (il D.M. 16 febbraio 1982 pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 9 aprile 1982, n. 98) l'individuazione dei soggetti obbligati a richiedere il rilascio del certificato antincendio, obbligo la cui violazione era penalmente sanzionata con l'arresto sino ad un anno o con l'ammenda da lire cinquecentomila a lire cinque milioni.

Pare evidente come al regolamento richiamato sia demandata non di certo una specificazione tecnica, ma una vera e propria scelta di politica criminale, ossia l'esatta perimetrazione della categoria dei soggetti attivi di un reato proprio, la cui condotta risultava orientata a mezzo della minaccia penale. Il richiamo censurato è pienamente annoverabile nella categoria *sub β*), essendo di fatto rimessa alla fonte subordinata la scelta circa l'estensione del comando.

³⁹ Corte cost., sent. 14 giugno 1990, n. 282. Sulla stessa linea v. Corte cost., sent. 3 aprile 1969, n. 61; Corte cost., sent. 5 aprile 1971, n. 69; Corte cost., sent. 8 luglio 1971, n. 168; Corte cost., sent. 10 giugno 1982, n. 108; Corte cost., sent. 11 luglio 1991, n. 333; Corte cost., sent. 24 giugno 1992, n. 299.

Più di recente v. Corte cost., sent. 5 marzo 2010, n. 83 in cui è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, lettere a) e d), del decreto-legge 6 novembre 2008, n. 172 (Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania, nonché misure urgenti di tutela ambientale), nella parte in cui, limitatamente alle aree geografiche in cui vige lo stato di emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti, configura come delitto condotte che, nel restante territorio nazionale, non sono penalmente rilevanti o sono punite a titolo di contravvenzione (rimettendo dunque la punibilità o la più severa punibilità ad un atto dell'esecutivo); si legge in motivazione come «la dichiarazione dello stato di emergenza, da parte dell'autorità governativa, è solo una condizione di fatto per l'applicabilità delle norme medesime, che non integra in alcun modo il contenuto del precetto penale, fissato nella legge, in sé e per sé completo ed autosufficiente. Peraltro, la stessa dichiarazione dello stato di emergenza può avvenire solo in presenza dei presupposti legislativamente previsti, costituiti dagli eventi di cui all'art. 2, lettera c), della legge n. 225 del 1992, nei limiti e con le modalità specificati dall'art. 5, comma 1, della stessa legge»).

⁴⁰ M. LUCIANI, *Diritto penale e costituzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 4.

§ I.3.3. – I rinvii fissi e i rinvii mobili

È bene ora precisare che i casi in cui la legge si limita a fissare la sanzione e rinvia ad altra fonte l'individuazione del precetto non violano necessariamente il principio della riserva di legge. Ciò perché può trattarsi di un rinvio ad altra fonte primaria (ad altra legge in senso formale o materiale) o ad una fonte secondaria ma preesistente, per cui il richiamo risulta semplicemente espressione di una particolare tecnica legislativa, per così dire contratta, fondata sul rinvio recettizio⁴¹ (*relatio formale*).

Si può citare a paradigma il caso della legge 20 marzo 1968, n. 304 che era stata tacciata di illegittimità costituzionale, prevedendo essa, nel suo unico articolo, che «gli articoli 64 e 65 del regolamento per la polizia, sicurezza e regolarità dell'esercizio delle strade ferrate, approvato con regio decreto 31 ottobre 1873, n. 1687, sono sostituiti dal seguente: "i contravventori alle disposizioni degli articoli 47, 51, 52, 53, 54, 55 e 56 del presente regolamento verranno puniti con la pena dell'ammenda fino a lire 20.000, salvo che i fatti costituiscano più gravi reati"». Qui è la legge ad operare la scelta di politica criminale, operando un rinvio recettizio ad un regolamento preesistente, in relazione al quale l'amministrazione non ha più alcun potere modificativo. Tale circostanza ha condotto la Corte ad adottare un'ordinanza con cui ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione sollevata, «considerato che la legge impugnata, comminando sanzioni penali per la violazione di norme previgenti del suddetto regolamento di polizia ferroviaria (r.d. 31 ottobre 1873, n. 1687) specificamente indicate, ne ha recepito in sé il contenuto precettivo, che pertanto fa parte di essa, ed è quindi senz'altro da escludere la violazione della riserva di legge»⁴².

⁴¹ M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 60 ss. («Si ha [...] rinvio recettizio [quando] l'operazione persegue soltanto un risultato di economia normativa. Non viene ripetuto quanto è già disposto in altro settore dell'ordinamento e ci si limita ad integrare la fattispecie prevista dalla regola primaria o, addirittura, unicamente a comminare la conseguenza sanzionatoria sul contenuto della regola secondaria oggetto di rinvio [...] Si opera, insomma, una "fotografia" del contenuto della regola, in ordine alla quale è compiuto il rinvio, rinunciando a seguire quello che è, per così dire, il "film" della regola a cui si rimanda, regola che può essere oggetto nel tempo di vicende ad efficacia abrogativa o modificativa. Il rinvio è, per contro, formale quando la regola che lo effettua esprime l'intenzione del legislatore di adeguare la disciplina dettata per una determinata materia alla disciplina già stabilita da regole diverse. Adeguamento raggiunto imponendo che, man mano che si modificano o sono abrogate le regole rispetto alle quali si opera il rinvio, gli effetti si riverberano, immediatamente e direttamente, sul contenuto della regola di rinvio. Per tal modo, si opera l'accettazione preventiva in ordine alle regole rinviate»); F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 256; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, UTET, 2008, 77 ss. (in cui si distingue tra rinvio a fonte secondaria preesistente, rinvio a fonte secondaria non ancora esistente e fonte secondaria chiamata ad integrare in via puramente tecnica il contenuto del precetto).

⁴² Corte cost., ord. 26 aprile 1971, n. 84.

I problemi di legittimità costituzionale viceversa si pongono ove il rinvio sia operato a un regolamento non ancora adottato oppure qualora si tratti di un rinvio mobile, ossia in grado di rimanere in piedi anche in caso di futura modifica della fonte secondaria.

La Corte costituzionale si è occupata proprio di questo secondo caso, in cui ben potrebbe l'amministrazione modificare anche radicalmente l'atto richiamato. Non può in simili circostanze negarsi la illegittimità costituzionale, anche laddove siano soddisfatti i requisiti di sufficiente specificazione ad opera della legge, in quanto «il totale rinvio della legge penale al regolamento od all'atto amministrativo già esistente non può considerarsi rinvio ad uno specifico atto bensì, ove perduri la facoltà dell'amministrazione di mutare, sostituire od abrogare l'atto stesso, rinvio al potere subordinato a quello legislativo e, come tale, costituzionalmente illegittimo. Ed anche quando la legge penale distinguesse, enucleandoli dall'atto già esistente, gli elementi essenziali del reato dagli elementi destinati a completare la sufficiente determinazione del fatto tipico, legislativamente precisata, ove il potere dell'amministrazione rimanga libero di mutare, sostituire od abrogare anche i predetti elementi essenziali, ugualmente potrebbero verificarsi gli inconvenienti sopra lamentati. Ed infatti, se il potere amministrativo modificasse od abrogasse i predetti elementi essenziali, il soggetto continuerebbe assurdamente a rimanere vincolato ad un obbligo penale mancante del necessario contenuto lesivo mentre al nuovo contenuto di tutela, amministrativamente determinato, lo stesso soggetto rimarrebbe, in sede penale, estraneo in quanto non penalmente vincolato»⁴³.

§ I.4. - *I rinvii a provvedimenti amministrativi individuali*

Si può ora passare ai casi in cui la norma penale incorpora o richiama non un atto normativo di rango secondario, ma un provvedimento amministrativo, che mai può innovare l'ordinamento giuridico, neppure se a carattere generale e non individuale⁴⁴.

Anche un provvedimento amministrativo può influenzare la vicenda punitiva. Mentre difficilmente può profilarsi il caso sub α), ossia quello della specificazione tecnica di un elemento della fattispecie, considerato che tendenzialmente l'individuazione di dati tecnici e di dettaglio sarà assegnata a una norma generale ed astratta, la cui appli-

⁴³ Corte cost., sent. 14 giugno 1990, n. 282.

⁴⁴ È al più fonte di regole, secondo l'espressione utilizzata da G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., 172.

cazione è ripetibile innumerevoli volte nel tempo, ben possono profilarsi i casi *sub* β) e γ): il contenuto del provvedimento amministrativo individuale può contribuire a definire un elemento idoneo a incidere sul disvalore del fatto oppure la norma penale può sanzionare l'inosservanza di un provvedimento amministrativo individuale.

§ I.4.1. – *Il modello ingiunzionale. La sufficiente determinazione del precetto*

Per comodità espositiva, inizieremo la trattazione della seconda ipotesi, ossia dall'ipotesi in cui la norma penale incrimini l'inosservanza di un provvedimento amministrativo.

Si può ora approfondire quanto sinora solo abbozzato circa la diffusa tesi che reputa assai diversa l'ipotesi del rinvio operato dalla norma penale ad una norma generale ed astratta di rango secondario (ossia ciò di cui ci si è occupati sino a questo momento) da quella in cui il rinvio si riferisca a un provvedimento amministrativo, essendo quest'ultimo incapace di integrare la disposizione incriminatrice, la quale troverebbe pertanto la sua unica fonte nella legge.

In altri termini, mentre il regolamento richiamato contribuisce a descrivere il comando e pertanto richiede il vaglio di legittimità costituzionale alla luce dell'art. 25, co. 2 Cost. (ossia richiede di accertare che alla fonte secondaria sia rimessa una specificazione di tipo tecnico della disciplina legislativa comunque sufficientemente specifica), il provvedimento non concorrerebbe a individuare il fatto, fungendo piuttosto da «attuazione storica di un elemento già previsto dalla fattispecie criminosa» e da «fattore da sussumere nella classe degli ordini che figurano nella norma stessa»⁴⁵.

⁴⁵ M. ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, Milano, Giuffrè, 1974, 158 ss. («nei confronti di una norma penale incriminatrice che punisce "chiunque... non adempie in tutto o in parte agli obblighi che derivano da un contratto di fornitura di cose o di opere..."», il singolo contratto e le sue clausole nulla aggiungono alla 'materia' astratta del divieto, ma consentono unicamente la verifica di una inadempimento concretamente rilevante: il ricorso alla c.d. regola del caso concreto per l'accertamento dell'inadempimento che costituisce reato non è affatto indice di integrazione. [...] L'obbligo penale è quello di carattere generale ed astratto fatto proprio dalla proposizione normativa: si può certo osservare che l'ordine concretamente emanato [...] è fonte dell'obbligo del subordinato o della generalità dei cittadini, ma non concludere che esso è fonte dell'obbligo penale: ancora, l'ordine è l'attualizzazione storica di un elemento già previsto dalla fattispecie criminosa»). Prima ancora, la tesi dell'atto amministrativo come "estremo del fatto" era stata sostenuta e sviluppata da G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1930, 194 ss. La tesi avversa è sostenuta nell'opera (pressoché coeva a quella di Mario Romano) di G. CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità. Lineamenti dogmatici e storico-costituzionali dell'articolo 650 del codice penale*, Milano, Giuffrè, 1970, 154 ss., spec. 169 ss. («attraverso il provvedimento non solo si individua il contenuto dell'obbligo o del divieto che viene dall'amministrazione posto a carico del cittadino, ma si individua altresì [...] l'attività contrastante con tale contenuto, attività che, in definitiva, sostanzia la fattispecie del

Il vaglio di legittimità costituzionale andrebbe – secondo quest'ottica – piuttosto operato sul distinto versante della sufficiente precisione del precetto, ricorrendo pur sempre la necessità di accertare che il legislatore abbia descritto con determinatezza la classe di provvedimenti amministrativi alla cui trasgressione segue l'irrogazione della pena. Ciò che importa è che siano indicati dalla legge la competenza a provvedere e i destinatari, l'oggetto e i motivi del divieto⁴⁶. Anche nelle pronunce più recenti si reputa legittimo il rinvio in presenza di «una sufficiente specificazione dei presupposti, dei caratteri, del contenuto e dei limiti dell'autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena»⁴⁷.

Certa dottrina ha letto in tali puntualizzazioni forse più di quello che può davvero rintracciarsi. Soddisfatta in premessa la riserva di legge, resterebbe il solo controllo di tassatività⁴⁸ del c.d. diritto penale sanzionatorio, che punisce cioè l'inosservanza di provvedimenti emanati dall'autorità amministrativa; controllo che si risolve nell'accertare che il legislatore penale abbia determinato con precisione il tipo di provvedimenti e che la legge (attributiva del potere amministrativo) ne abbia parimenti fissati i presupposti di emanazione.

Vi sono tuttavia autorevoli voci che evidenziano, da un lato, come anche il modello ingiunzionale, basato sull'incriminazione dell'inosservanza di un provvedimento, possa confliggere con il principio della riserva di legge e, dall'altro, come sia nella criminalizzazione dell'inosservanza di provvedimenti, sia nel rinvio per la specificazione (tecnica) del precetto, la Corte costituzionale di fatto adotti sempre lo stesso parametro di giudizio, ossia la sufficiente specificazione.

Procediamo però per gradi.

Quanto al primo aspetto, anche il rinvio a provvedimenti amministrativi si può porre in tensione con la riserva di legge, la quale richiede una norma generale ed astratta di fonte primaria. Nei reati costruiti sull'esercizio di un'attività in assenza di autorizzazione (o in violazione dei limiti dettati dalla stessa) non può tacersi come il precetto sia rimesso all'effettivo oggetto e significato del provvedimento, il quale trova sì nella legge i parametri di legittimità, ma che potrebbe atteggiarsi anche a provvedimento discrezionale (che comporta la ponderazione dell'amministrazione tra i contrapposti interessi coinvolti),

reato di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità. Precisando ciò che deve essere fatto viene, in ultima analisi, precisato anche ciò che non deve essere fatto, viene delineata cioè quella fattispecie che la generica norma penale in bianco non è da sola in grado di delineare»); IDEM, *Norme penali in bianco e riserva di legge: a proposito della legittimità costituzionale dell'art. 650 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 454 ss.

⁴⁶ Corte cost., sent. 27 giugno 1972, n. 113.

⁴⁷ Corte cost., sent. 30 gennaio 2009, n. 21.

⁴⁸ I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, cit., 45.

perlomeno tecnicamente, o comunque risultare ancorato a parametri di legittimità più dettagliatamente fissati da una fonte secondaria⁴⁹.

Quanto, poi, all'utilizzo del medesimo parametro ad opera della Corte, ossia quello della sufficiente specificazione ad opera della fonte primaria, attenta dottrina ha evidenziato la fallacia della distinzione tra rinvio ai regolamenti e rinvio ai provvedimenti. La distinzione corretta da operare è piuttosto quella fra rinvio ad altra fonte subordinata per la specificazione del precetto e criminalizzazione dell'inosservanza di un atto amministrativo, che può essere rappresentato *tanto da un regolamento quanto da un provvedimento amministrativo generale o individuale*. Anzi, anche il primo modello, quello del rinvio per la specificazione di un elemento del fatto tipico, può avere come referente tanto un regolamento quanto un provvedimento amministrativo (che può fungere, come si vedrà *infra* § 3.2, da presupposto della condotta, da circostanza aggravante, *etc.*).

La distinzione valorizzabile è dunque fra richiamo in funzione di specificazione e modello ingiunzionale (modelli che possono chiamare in causa tanto provvedimenti quanto regolamenti): in tutti questi casi vi è pur sempre un controllo di sufficiente specificazione legale ma, nel primo caso, ciò avviene in relazione al «contenuto della legge penale, per verificare che essa indichi in modo sufficientemente preciso il contenuto dell'illecito ovvero che essa richieda un apporto della fonte integratrice meramente tecnico», mentre nel secondo il controllo ha ad oggetto la «legge che deve conferire la base legale sufficientemente specifica al regolamento o provvedimento la cui inosservanza è punita», oltre che, ovviamente, la norma penale che deve comunque indicare con precisione il tipo di provvedimenti a cui funge da *enforcement*. Di ciò è sintomatica «la sentenza n. 333 del 1991, in cui la Corte pone l'accento sulla predeterminazione del contenuto essenziale del precetto penale da parte della fonte legislativa, con ampio richiamo di precedenti concernenti tanto analoga ipotesi di integrazione del precetto ad opera di regolamenti/atti amministrativi generali quanto l'ipotesi di inosservanza di provvedimenti della P.a.»⁵⁰.

⁴⁹ M. MANTOVANI, *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, Giapichelli, 2003, 121 ss.

⁵⁰ *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*. Giurisprudenza sistematica, a cura di V. Manes, in www.cortecostituzionale.it

§ I.4.2. - *L'intervento ab interno dell'atto amministrativo nella norma penale*

Come si è tentato di chiarire, il provvedimento amministrativo non entra in gioco solo nel c.d. modello ingiunzionale, quando cioè ne è sanzionata penalmente l'inosservanza, ma può anche contribuire a definire il significato del precetto.

Quelli che vengono definiti provvedimenti che intervengono *ab interno* nella fattispecie assurgono a specificazione del fatto tipico: possono porsi quali (i) presupposto in forma positiva o negativa, (ii) mezzo esecutivo, (iii) oggetto materiale della condotta, (iv) elemento circostanziale⁵¹. Qui il vaglio di costituzionalità pare imporsi solo nei casi in cui il contenuto del provvedimento amministrativo "entra" nel comando, concorrendo a definirlo, e ciò accade - come subito si vedrà - nei casi *sub* (i) e (iv).

Qui il richiamo al provvedimento amministrativo non incarna il modello del diritto penale sanzionatorio (considerato che non è punita l'inosservanza dello stesso) ma al contrario opera in funzione di specificazione del precetto.

L'atto amministrativo (i) presupposto della condotta può operare, come già detto, sia in positivo che in negativo. Si parla comunemente di presupposto positivo quando l'atto deve sussistere ai fini dell'integrazione del fatto tipico: ad esempio, se il brevetto è validamente registrato può esserci contraffazione penalmente rilevante *ex art.* 473 c.p., *etc.* (*infra*, cap. IV, § 2). Viceversa, sarà presupposto negativo se l'atto deve mancare ai fini dell'integrazione del fatto tipico: se manca il permesso di costruire potrà profilarsi l'abusivismo edilizio *ex art.* 44 T.U. edilizia, se difetta l'iscrizione all'albo può aversi esercizio abusivo della professione, *etc.* (*infra*, cap. IV, § 1).

In questi casi il contenuto del provvedimento contribuisce a dare significato al comando (e non ne è sanzionata la violazione): cosa il consociato deve o non deve fare è evincibile non solo dal testo della norma penale ma - nella realtà concreta - anche dal contenuto del provvedimento. La norma penale mi dice che non posso costruire in assenza del provvedimento autorizzativo (c.d. permesso di costruire); ma le caratteristiche concrete della costruzione le posso conoscere soltanto leggendo il contenuto del provvedimento amministrativo, il quale si fonda però sulla legge attributiva del potere regolamentare (ma trova altresì un cospicuo parametro di legittimità negli strumenti urba-

⁵¹ Categorizzazione operata da M. PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1980, 186 ss.

nistici adottati dall'amministrazione che consistono, perlomeno in parte, di atti amministrativi generali⁵²).

Il vaglio di legittimità opera allora qui alla solita stregua della "sufficiente specificazione della norma penale", la quale, ancora una volta, dovrà indicare *con sufficiente specificazione il contenuto dell'illecito*. Giudizio che può essere condotto con la consueta "benevolenza", conducendo a ritenere sufficientemente individuato il precetto nei suoi tratti essenziali: sai di non dover costruire se non sei a ciò autorizzato; sai di dover costruire secondo i crismi che ti saranno indicati, in pedissequa applicazione del principio di legalità che regge l'azione amministrativa.

Se il provvedimento amministrativo opera invece quale (ii) mezzo esecutivo della condotta, è evidente come il suo contenuto non entri nel precetto: entra nel precetto "l'adozione dello stesso" ma non il suo esatto contenuto (al più soltanto un sua qualità, ossia la sua illegittimità). Si pensi al caso emblematico dell'abuso d'ufficio *ex art. 323 c.p.* Una possibile modalità esecutiva è l'adozione da parte del pubblico ufficiale di un provvedimento affetto da un vizio di legittimità e, ad oggi, può trattarsi soltanto del vizio di violazione di legge che affligga un provvedimento a natura vincolata⁵³. Non può porsi allora alcun problema di eterointegrazione ad opera di una fonte subordinata. I problemi potevano se mai porsi in passato, quando l'illegittimità poteva derivare anche dalla violazione di norma regolamentare, ma anche in quel caso (che comunque si analizzerà *infra*, cap. III) non era il provvedimento quale mezzo esecutivo a porre problemi di riserva di legge, ma al contrario il regolamento assunto a parametro di legittimità dello stesso. Infatti, il pubblico ufficiale, per orientare la propria condotta, non ha alcun bisogno di considerare il contenuto del provvedimento adottando, essendogli sufficiente il precetto penale, integrato dai parametri di legittimità dell'azione amministrativa. Sa, in sostanza, che non deve adottare un qualsiasi provvedimento illegittimo.

I casi dell'atto (*rectius*, documento) quale (iii) oggetto materiale della condotta, poi, si risolvono essenzialmente nei reati di falso di cui al Capo III del Titolo VII del Libro II del codice penale. Anche qui è evidente che l'intera estensione del comando è contenuto nella norma penale, risolvendosi nel divieto di falsificazione. Il contenuto del provve-

⁵² L. MAZZAROLI, voce *Piano regolatore generale*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, UTET, 1997, 226 ss. (l'A. parla di natura mista, contenendo il p.r.g. prescrizioni a natura sia provvedimentale che normativa); M.A. BARTOLI, A. PREDIERI, voce *Piano regolatore*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, Giuffrè, 1990, 654 ss., spec. 674; G. VIGNOCCHI, G. BERTOLANI, voce *Urbanistica*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, UTET, 1974, 137 ss., spec. 149.

⁵³ Il nuovo testo dell'art. 323 c.p., così come modificato dall'art. 23 comma 1 del D.L. 16 luglio 2020, n. 76, richiede la «violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

dimento può emergere nel processo per individuare la falsificazione ideologica o materiale, ma non orienta affatto la condotta del consociato.

Ben più rilevante, ai nostri fini, è invece l'ipotesi del provvedimento che rileva quale (iv) circostanza del reato. L'esempio classico è quello dell'ultimo comma dell'art. 528 c.p., a mente del quale per colui che dà pubblici spettacoli teatrali o cinematografici, ovvero audizioni o recitazioni pubbliche, che abbiano carattere di oscenità, la pena è aumentata se il fatto è commesso nonostante il divieto dell'Autorità. Qui si ricade però nel c.d. modello ingiunzionale: la norma penale sanziona (più gravemente) la violazione di un provvedimento. E dunque ricade nella disamina di cui *supra*, § 4.1.

Quale esempio di richiamo ad un atto amministrativo in funzione aggravante della pena che co-definisce il precetto può piuttosto citarsi l'art. 664, co. 2 c.p., il quale – ad oggi depenalizzato e dunque punibile solo con sanzione amministrativa pecuniaria – prevede una circostanza attenuante indipendente qualora la distruzione o il deterioramento di affissioni abbia ad oggetto scritti o disegni fatti affiggere «nei luoghi e nei modi consentiti [...] dall'Autorità». Occorre conoscere il provvedimento dell'autorità per avere contezza della minore gravità del fatto, e il controllo di legittimità dovrà concentrarsi – ancora una volta – sulla *sufficiente specificazione del contenuto dell'illecito*; in altri termini, va verificato che la legge penale indichi in modo sufficientemente preciso quale condotta il consociato non deve tenere. Il medesimo schema ricorre all'art. 353, co. 2 c.p., a mente del quale la pena prevista per la turbata libertà degli incanti è aumentata se il colpevole «è persona preposta [...] dall'Autorità agli incanti o alle licitazioni suddette»⁵⁴, il che può accadere a mezzo degli atti amministrativi di macro-organizzazione⁵⁵.

⁵⁴ Quale esempio di richiamo in funzione aggravante di un atto regolamentare v. l'art. 517-bis c.p., il quale commina un aumento di pena per i reati di frode nell'esercizio del commercio (art. 515 c.p.), vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine (art. 516 c.p.), vendita di prodotti industriali con segni mendaci (art. 517 c.p.), qualora i fatti abbiano ad oggetto «alimenti o bevande la cui denominazione di origine o le cui caratteristiche sono protette dalle norme vigenti», fra cui può ben figurare un regolamento amministrativo, come il D.M. 21 maggio 2007 ("Procedura a livello nazionale per la registrazione delle DOP e IGP, ai sensi del regolamento (CE) n. 510/06", pubblicato nella Gazz. Uff. 29 maggio 2007, n. 123).

⁵⁵ Sulla natura pubblicistica degli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali v. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike, 2017, 389 ss.

§ I.4.3. – *L'intervento ab externo dell'atto amministrativo sulla norma penale*

Chiarite le varie forme di intervento nella fattispecie dell'atto amministrativo, si può ora giungere all'ipotesi in cui l'influenza opera dall'esterno: in determinati casi l'atto amministrativo assume una chiara rilevanza penalistica, senza però entrare nella fattispecie penale (da cui non è pertanto affatto richiamato), ma condizionando comunque taluni aspetti dello *ius puniendi*, diversi dunque dalla regola di condotta.

A differenza delle ipotesi sinora esaminate qui il provvedimento non è attratto nell'orbita penale con la tecnica né del richiamo né dell'incorporazione. Il provvedimento non entra nella fattispecie ma produce comunque effetti penali, incidendo sulla vicenda della punibilità.

La differenziazione rispetto all'intervento *ab interno*, nella norma penale (§ 3), non è meramente descrittiva ma incide, come si vedrà (cap. II, § 2.2) sulle forme del sindacato giurisdizionale, oltre che – a monte – sul rispetto del principio della riserva di legge. L'estraneità alla regola di condotta dovrebbe, infatti, mettere sin da subito al riparto l'intervento in parola da dubbi di costituzionalità: il rinvio legale a siffatti atti amministrativi attiene ad aspetti che restano estranei alla materia del divieto di cui all'art. 25, co. 2 Cost.

L'attitudine ad influire sulla norma penale dell'atto amministrativo può avere una portata sia sostanziale sia processuale, ma in ogni caso non coinvolge la funzione orientativa del precetto. Si pensi al provvedimento di concessione della grazia, che estingue la pena *ex art.* 174 c.p.; all'autorizzazione a procedere del Ministro della Giustizia *ex art.* 313 c.p. o alla richiesta di procedimento *ex artt.* 8-11 c.p. e 342 c.p.p., che sono condizioni di procedibilità.

Complessa invece è la ricostruzione degli atti-scriminanti alla stregua di atti che intervengono *ab interno* o piuttosto *ab externo*. Alla prima ricostruzione si potrebbe aderire solo riconoscendo nelle cause di giustificazione degli elementi negativi del fatto tipico⁵⁶; altrimenti anche ai provvedimenti che operano alla stregua di cause di esclusione dell'antigiuridicità (es. ordine dell'autorità *ex art.* 51 c.p. emesso sotto forma di atto amministrativo) dovrebbe riconoscersi valenza meramente esterna, *sulla* fattispecie⁵⁷. Le cause di giustificazione sono del

⁵⁶ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003, 197 ss., spec. 199.

⁵⁷ V. G. MARINUCCI, voce *Cause di giustificazioni*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, UTET, 1988, 132 ss., spec. 139: «anche le norme che giustificano fatti compresi nel catalogo dei reati non sono soggette alla riserva di legge fissata nell'art. 25 Cost. Funzione esclusiva di quella riser-

resto poste da norme distinte da quelle incriminatrici, spesso peraltro di natura extrapenale, che rendono lecito per tutto l'ordinamento un dato comportamento.

§ I.5. – *Il quadro complessivo*

Volendo tirare le fila del discorso condotto sinora, si può rimarcare che l'atto adottato dal potere esecutivo può svolgere un ruolo rilevante nell'economia della fattispecie penale e che tale ruolo è stato perlopiù sempre giudicato costituzionalmente legittimo dalla Corte costituzionale, alla stregua dei criteri da lei stessa enucleati per accertare il rispetto dell'art. 25, co. 2 Cost.

L'ingresso dell'atto dell'esecutivo si ha, come si è visto, con il richiamo o con l'incorporazione dello stesso nel fatto tipico. Il regolamento può anzitutto integrare la fattispecie in chiave di mera specificazione tecnica. In questo caso è agevole riconoscerne la legittimità costituzionale. Diverso, invece, è il caso in cui l'integrazione del precetto non operi in chiave meramente tecnica.

Seguendo l'orientamento della Corte, però, non vi è altro caso rintracciabile se non quello della specificazione tecnica. Anche se ciò potrebbe forse essere revocabile in dubbio, la Corte di fatto assimila il caso in cui al regolamento dell'esecutivo sia rimessa la determinazione delle sostanze ad efficacia drogante o, financo, la determinazione dei limiti quantitativi massimi di principio attivo per le dosi medie giornaliere⁵⁸, a quello, ad esempio, in cui la norma penale ammette i titolari di

va è, infatti, la tutela del popolo sovrano da scelte punitive non compiute o non controllabili dal Parlamento nazionale: "nessuno può essere punito se non in forza di una legge..."».

⁵⁸ È questo il caso di Corte cost., sent. 11 luglio 1991, n. 333. V. però Tar Lazio, sent. 14 marzo 2007, n. 2487, in *www.federalismi.it*, con cui venne annullato il c.d. Decreto Turco («come noto la sanzione penale è coperta da riserva di legge, ai sensi dell'articolo 25 comma 2 della Costituzione, che ricollega la punibilità ad una legge entrata in vigore prima del fatto commesso. [...] Con due sentenze (333/91 e 133/92) la Corte Costituzionale ha ritenuto infondata la questione e compatibile con la riserva di legge la normativa censurata, in quanto "è demandato al Ministro della sanità l'esercizio di una discrezionalità meramente tecnica, tenendo conto dello stato attuale delle conoscenze scientifiche, senza che sia consentita alcuna valutazione in chiave di prevenzione o repressione [...] l'eventuale illegittimità in concreto dell'integrazione amministrativa della norma incriminatrice non pone un problema di compatibilità con il precetto costituzionale della riserva di legge, ma radicherebbe il potere-dovere del giudice ordinario di disapplicare caso per caso il decreto ministeriale suddetto". Tale principio affermato dalla Corte vale anche, ed a maggior ragione, per la formulazione dell'attuale normativa, che reca addirittura un criterio di riferimento in meno rispetto al vecchio testo, in quanto, come detto, non indica alcun parametro temporale, laddove la normativa a suo tempo sospettata di illegittimità costituzionale faceva comunque riferimento ad una dose giornaliera. Solo quindi ritenendo che l'atto amministrativo che individua i limiti massimi di quantità di principio attivo di sostanza stupefacente detenibile ad uso esclusivamente personale costituisce esercizio di discrezionalità tecnica, e quindi è basato su elementi scientifici in certo senso vincolanti, potrà ritenersi conforme al principio di riserva di legge di cui all'articolo 25 com-

licenza di caccia ad esercitare la caccia controllata «osservando le condizioni stabilite dal regolamento deliberato dal Comitato provinciale della caccia sulla scorta di un regolamento tipo nazionale» e prevedendo una sanzione penale in caso di violazione di dette condizioni⁵⁹. Se nel primo caso è agevole notare l'integrazione di tipo tecnico-scientifico, nel secondo caso il ricorso alle scienze dure non risulta così evidente, parendo rimessa alla fonte secondaria una scelta di minore o maggiore rigore nei confronti dell'attività venatoria.

Nei casi invece in cui è innegabile l'assenza di un apporto meramente tecnico, la Corte utilizza la via di fuga del mero presupposto di fatto, dell'atto amministrativo che detta aspetti estranei al precetto, come nel caso del reato di esercizio abusivo della professione *ex art.* 348 c.p., a cui viene riconosciuta "autosufficienza precettiva", trattandosi di norma penale che «individua come elemento necessario e sufficiente per l'integrazione della fattispecie [...] l'assenza di quella speciale abilitazione che lo Stato richiede per l'esercizio della professione, mentre il contenuto ed i limiti propri di ciascuna abilitazione, non rifluiscono [...] all'interno della struttura del fatto tipico, ma costituisco-

ma 2 Costituzione l'articolo 73 comma 1.bis del Dpr 309/90. Ove al contrario si ritenesse che tale atto implichi l'esercizio di un potere "politico" altamente discrezionale, la norma penale che conferisce all'amministrazione tale potere sarebbe incostituzionale, in quanto sottrarrebbe al Parlamento quel potere "politico" di individuare precise fattispecie di reato e relative sanzioni previsto dalla Costituzione, a vantaggio di una scelta della stessa natura rimessa a singoli soggetti certamente politici, ma deputati istituzionalmente ad indirizzare l'attività amministrativa nell'ambito del potere esecutivo. Una tale discrezionalità tecnica risulta nella fattispecie malamente esercitata. [...] In particolare il provvedimento qui impugnato, dopo aver genericamente constatato che il principio attivo delle due sostanze in questione è diverso da quello di altre sostanze stupefacenti, ancora la scelta al minor potere di indurre alterazioni comportamentali e scadimento delle capacità psicomotorie, senza considerare che per il secondo dei suddetti parametri, indicato nella colonna 5 del prospetto fornito dalla Commissione tecnica, è prevista per entrambe le sostanze un'alta incidenza ed intensità di effetti disabilitanti, intesi proprio come grave scadimento della performance psico motoria nell'esecuzione di compiti complessi. In relazione a tale parametro, come individuato dall'unico documento scientifico in possesso dell'amministrazione, il raddoppio del fattore moltiplicatore, da 20 a 40, non appare certo congruo. In ogni caso la motivazione di mera congruità appare assai generica, soprattutto se rapportata agli elementi, anche se non scientificamente tutti apprezzabili nella stessa misura, forniti dalla commissione, per discostarsi dai quali andava quanto meno fornita una spiegazione; e ciò con particolare riguardo ai criteri di scelta e di individuazione del c.d. "fattore moltiplicativo". Senza peraltro considerare che la commissione aveva comunque affermato che "un ulteriore tempo adeguato consentirebbe alla commissione di elaborare un sistema di quantificazione dotato di maggiore oggettività, ovvero di totale evidenza e valenza scientifica". Peraltro, e conclusivamente, si evidenzia come, pur valutando la scelta operata nell'ambito del diverso profilo della politica criminale, non risultano prodotti in giudizio adeguati elementi istruttori che confortano l'orientamento e la misura della determinazione assunta in ordine al fattore moltiplicativo».

⁵⁹ Si tratta di Corte cost., sent. 5 aprile 1971, n. 69. Si legge qui come «i vari regolamenti emanati dai Comitati provinciali della caccia, sulla scorta di un regolamento tipo nazionale, sono stati previsti dalla legge per specificare, principalmente per la necessità di adattare alle diverse condizioni dei luoghi, quelle caratteristiche limitative già fissate, con sufficiente precisione, ad opera della legge. Pertanto la norma impugnata non ha violato l'invocato principio costituzionale, rimettendo alla fonte regolamentare la specificazione di elementi predeterminati dalla legge».

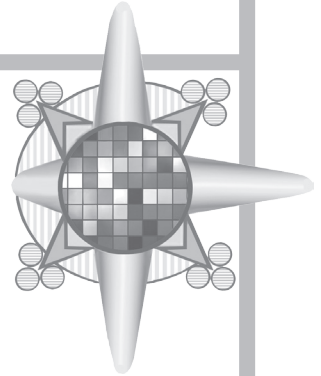
no null'altro che un presupposto di fatto che il giudice è chiamato a valutare caso per caso»⁶⁰. In sostanza, se la norma penale deve contenere una sufficiente specificazione del contenuto dell'illecito, delle due l'una: o l'integrazione del precetto è in chiave meramente tecnica o l'integrazione del precetto non c'è affatto, trattando il regolamento di aspetti secondari, estranei al comando.

Passando poi all'integrazione ad opera del provvedimento amministrativo, si è evidenziato come possa anch'esso contribuire a specificare il precetto, dettando il contenuto di un presupposto della condotta o un elemento circostanziale, che confluiscono in ogni caso nella descrizione del comando. Qui logicamente si deve riprodurre il medesimo ragionamento di cui sopra. Si ha pur sempre l'esigenza della compiuta individuazione del nucleo essenziale del precetto ad opera della legge penale.

Da ultimo, il regolamento o il provvedimento possono essere gli esclusivi generatori del precetto, risolvendosi la norma penale in norma meramente sanzionatoria della trasgressione amministrativa. Qui la salvezza della norma è ancorata nuovamente alla sufficiente specificazione ma non tanto della norma penale, che quanto a definizione del contenuto del precetto fornisce un involucro vuoto, ma della norma attributiva del potere amministrativo, che deve specificamente indicare presupposti, carattere, contenuti e limiti di detto potere. La norma penale, dal canto suo, dovrà indicare con precisione il tipo di provvedimenti cui la tutela inerisce.

⁶⁰ Corte cost., sent. 27 aprile 1993, n. 1999.

II. Il sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo illegittimo



1. Il sindacato del giudice ordinario sul provvedimento amministrativo. I limiti interni ed esterni della giurisdizione ordinaria

1.1. La disapplicazione in via principale

1.2. Ulteriori fondamenti del potere di disapplicazione. Criterio gerarchico e soggezione del giudice soltanto alla legge

1.3. Brevi cenni sulla disapplicazione del giudice amministrativo

1.4. L'attuale estensione della giurisdizione del g.o.

1.5. I vizi conoscibili dal giudice ordinario. I problemi dell'eccesso di potere e dei cc.dd. vizi non invalidanti

2. La cognizione del giudice penale. Gli artt. 2 e 479, co. 1 c.p.p.

2.1. La tesi dell'applicazione generalizzata dell'art. 5 L.A.C.

2.2. La tesi della differenziazione tra intervento ab externo e ab interno

2.3. L'abbandono del richiamo alla disapplicazione

3. Intensità del sindacato: mancanza delle condizioni formali e sostanziali vs. violazione delle norme che regolano l'esercizio del potere

3.1. Il sindacato sulle fattispecie appartenenti al modello ingiunzionale

3.2. La rilevanza della legittimità accertata dal giudice amministrativo. Dal «totale effetto preclusivo» alla «solo tendenziale vincolatività»

4. Differenze e somiglianze con il sindacato del giudice penale su atti legislativi, atti negoziali e provvedimenti giurisdizionali

§ II.1. – Il sindacato del giudice ordinario sul provvedimento amministrativo. I limiti interni ed esterni della giurisdizione ordinaria

Chiarite le varie modalità con cui un atto amministrativo può legittimamente contribuire a definire il volto di una fattispecie criminosa, ci si può ora addentrare nel tema della sindacabilità ad opera del giudice penale della legittimità dello stesso, chiarendo sin d'ora che, mentre non solleva particolari dubbi il controllo circa il rispetto da parte dell'atto amministrativo del principio della riserva di legge, competendo chiaramente al giudice penale sindacare la compatibilità dello stesso con il rinvio operato dalla norma penale¹, la sindacabilità degli ulteriori vizi di legittimità è oggetto di particolare dibattito.

Si affronteranno dunque in questa sede gli interrogativi circa la sindacabilità dell'illegittimità dell'atto amministrativo, le tipologie di vizio eventualmente sindacabili e i poteri nel caso esercitabili, partendo però anzitutto da una ricognizione dei generali poteri del giudice ordinario nei confronti dei provvedimenti emanati dall'autorità amministrativa.

¹ In effetti sono plurimi i controlli prospettabili. Anzitutto può aversi un controllo sulla norma penale che opera il rinvio e in questo caso detto sindacato spetta alla Corte costituzionale, che sarà chiamata ad accertare il rispetto del principio della riserva di legge di cui all'art. 25, co. 2 Cost. Al contrario, non è di pertinenza della Corte costituzionale il controllo del rispetto da parte del regolamento richiamato dei confini posti (legittimamente) dalla norma primaria richiamante (i confini saranno quelli della specificazione tecnica; v. *supra* cap. I). Ancora una volta il parametro sarà quello della riserva di legge in materia penale, ma non potrà dirsi competente la Corte costituzionale che è giudice "delle leggi" e non della legittimità costituzionale ex art. 134 Cost. (ciò trova conferma nella costante giurisprudenza costituzionale, v. Corte cost., sent. 26 gennaio 1957, n. 30 in *Giur. cost.*, 1957, 407; Corte cost., sent. 8 febbraio 1966, n. 7; Corte cost., ord. 30 dicembre 1993, n. 483; Corte cost., sent. 22 luglio 2005, n. 303; Corte cost., ord. 27 luglio 2011, n. 251).

Con riferimento ai regolamenti, non ha mai trovato seguito la tesi di Mortati, secondo la quale ai regolamenti andrebbe ascrivito rango primario in ragione della rilevanza costituzionale degli organi deputati ad adottarli; pertanto non può aversi mai un sindacato diretto della Corte costituzionale (v. C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1964). Un sindacato *indiretto* sui regolamenti si ha quando la Corte è chiamata a sindacare la legittimità delle leggi che attribuiscono o regolano il potere regolamentare. Del pari, il giudizio della Corte può investire eccezionalmente i regolamenti in sede di conflitto di attribuzioni o nel processo per alto tradimento o attentato alla Costituzione del Presidente della Repubblica, in cui opera alla stregua di un giudice ordinario. Infine, secondo un'autorevole tesi dottrinale, accolta in due sentenze della Corte costituzionale (Corte cost., sent. 20 dicembre 1988, n. 1104 e sent. 30 dicembre 1994, n. 456), un sindacato della stessa sarebbe possibile in quanto essa sarebbe chiamata a valutare la legittimità costituzionale della legge così come risultante nel diritto vivente, ricomprendendo cioè anche le interpretazioni giurisprudenziali, le prassi amministrative e i regolamenti esecutivi (v. C. ESPOSITO, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 1962, 605 ss.; G. PUGIOTTO, *La rinuncia di Esposito (legge, regolamento, sindacato di costituzionalità)*, in *Giur. cost.*, 1995, 588 ss.).

Al di fuori di tali casi, non si riscontra un vuoto di tutela perché il privato può sempre impugnare autonomamente i regolamenti volizione-azione (*amplius infra*, § 1.3.) o attendere l'atto applicativo e procedere all'impugnazione congiunta, censurando la violazione da parte del regolamento dei principi costituzionali.

Quanto poi al provvedimento amministrativo incostituzionale esso potrà essere vagliato solo dal giudice amministrativo su puntuale ricorso del privato interessato.

Si tratta di quelli che sono solitamente definiti quali limiti esterni ed interni della giurisdizione del giudice ordinario e che, rispettivamente, permettono di rispondere ai seguenti interrogativi: quando può il giudice ordinario conoscere di controversie in cui vengono in rilievo provvedimenti amministrativi (limite esterno)? quali poteri può egli esercitare di fronte ad un atto amministrativo che reputa illegittimo (limite interno)?²

In proposito, i punti di riferimento essenziali sono, ancora ad oggi, rappresentati dagli artt. 2, 4 e 5 della l. 20 marzo 1865, n. 2248 (c.d. legge abolitrice del contenzioso amministrativo)³. Il dettato costituzionale, all'art. 103 Cost., ha lasciato invariati⁴ il sistema della doppia giurisdizione⁵ (che si deve non alla L.A.C. ma alla legge Crispi del 1889⁶)

² S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 59 ss.

³ V. la ricostruzione di G.S. PENE VIDARRI, voce *Giustizia amministrativa (storia)*, *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, UTET, 1991, 507 ss. Sulla conferma della permanenza in vigore della L.A.C. anche dopo l'adozione nel 2010 del codice del processo amministrativo v. M. CLARICH, *Un corpus normativo che contribuisce alla certezza del diritto*, in *Guida al Diritto*, 2010, 10 ss.

⁴ Così A. POLICE, *La mitologia della «specialità» e i problemi reali della giustizia amministrativa*, in P.L. PORTALURI (a cura di), *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme. Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015*, Napoli, Esi, 2016, 176.

⁵ Si è evidenziato come l'immutato sistema della doppia giurisdizione sia stato un evidente sintomo del riconoscimento della complessità della materia amministrativa, nonché dell'alta preparazione tecnica del Consiglio di Stato e delle specificità delle controversie con le Pubbliche Amministrazioni, che giustificano la specialità del giudice (cfr. V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in *Astrid online*, 2009, 7; v. anche G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, 470).

Pur potendosi affermare l'unità della funzione giurisdizionale, la separatezza è resa evidente da una fondamentale disposizione costituzionale, ossia l'art. 111, co. 8 Cost., che limita la ricorribilità per Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei Conti) ai soli motivi di giurisdizione.

⁶ La legge 31 marzo 1889, n. 5992 tentò di porre rimedio alle criticità del sistema al tempo esistente (cfr. V.E. ORLANDO, *Francesco Crispi* (1923), in IDEM, *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Milano, Giuffrè, 1940, 405 ss.). Vi erano infatti delle situazioni che sicuramente non ricadevano nel campo di applicazione dell'art. 2 L.A.C. e che rimanevano pertanto prive di adeguata tutela. Si trattava, essenzialmente, delle ipotesi nelle quali il cittadino non vantava un diritto civile o politico nei confronti della p.a., come nelle ipotesi di richiesta di autorizzazione o concessione (il privato non vanta il diritto civile o politico ad ottenere l'autorizzazione o la concessione). Non esisteva pertanto, in tali casi, un giudice a cui ricorrere. In base all'art. 3 della L.A.C. «gli affari non compresi nell'art. precedente [quelli che oggi chiamiamo interessi pretensivi] saranno attribuite alle autorità amministrative», che rappresentavano un rimedio meramente amministrativo avverso le decisioni della p.a.

Il sistema era dunque parzialmente carente in punto di tutela, il che trova però – almeno in parte – giustificazione in una contingenza storica: al tempo era ridotta al minimo la regolamentazione pubblica negli affari economici (concetto c.d. dello Stato minimo), e, di conseguenza, rare erano le istanze pretensive. I poteri di intervento nell'economia sono col tempo però andati diffondendosi, con l'aumento dei regimi autorizzatori e concessori e con conseguente aumento delle posizioni di interesse pretensivo e conseguente acuirsi dell'esigenza di tutela. Inoltre era stata fornita una *interpretatio abrogans* dell'art. 2 L.A.C.: la giurisprudenza riteneva impossibile postulare la compresenza di potere e diritto (se il potere è esercitato correttamente, il diritto non c'è). Se viene contestata la legittimità del provvedimento, per esempio, di esproprio, non può dirsi sussistente il diritto di proprietà (se la p.a. esercita un potere, non si può dire che esista un diritto). Il sistema in questo modo saltava e non residuava concreta tutela dinanzi al giudice ex art. 2 L.A.C. La portata di questo arti-

e il criterio ordinario di riparto, fondato sulla posizione giuridica soggettiva, già rinvenibile nell'art. 2 L.A.C. Tale articolo prevedeva che fossero «devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, *comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'Autorità amministrativa*».

Il giudice ordinario è dunque munito di giurisdizione tanto in relazione alle questioni civili («diritto civile o politico») quanto a quelle penali («contravvenzioni»). I delitti rientravano già nella competenza del giudice ordinario, mentre non vi rientravano le contravvenzioni, che erano giudicate dai tribunali speciale del contenzioso⁷.

Quando il giudice ordinario è chiamato dunque a decidere in merito a una controversia avente ad oggetto la lesione di un diritto soggettivo in cui viene in rilievo un atto della p.a. (e dunque quando si risponde positivamente all'interrogativo circa la sussistenza della sua giurisdizione), ciò che potrà in concreto fare è disciplinato dai successivi artt. 4 e 5 L.A.C., che dettano i limiti interni, l'uno in negativo, l'altro in positivo.

L'art. 4 L.A.C. prevede infatti che il g.o. deve limitarsi «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 deci-

colo era infatti limitata alle ipotesi in cui la p.a. agiva *iure privatorum*. Alla base di ciò vi era una peculiare ideologia: la separazione dei poteri impedisce al giudice di sindacare l'esercizio del potere esecutivo.

Il diffondersi degli interessi pretensivi e l'*interpretatio abrangans* dell'art. 2 portò all'insorgere dell'esigenza di garantire una maggiore tutela e all'adozione della legge Crispi (1889). Venne istituita la IV sezione del CdS (le prime tre avevano funzione meramente consultiva) con funzione giurisdizionale: venne riconosciuto il potere di annullare i provvedimenti amministrativi impugnati per violazione di legge, eccesso di potere e incompetenza. Il cittadino, ad oggi, quando interagisce con la p.a., può in astratto rivolgersi al giudice ordinario che sicuramente ha giurisdizione *ex art. 2 L.A.C.* o al giudice amministrativo, nel caso il provvedimento fosse affetto da uno di questi tre vizi. V., per tutti, A. BARUCCHI, *La creazione della IV sezione del Consiglio di Stato nel quadro giuridico-istituzionale del tempo*, in *Cons. Stato*, 1989, 1859 ss.; P. VIRGA, *Interpretazione evolutiva della legge istitutiva della IV sezione*, in *Nuova Rass.*, 1989, 2433 ss.; A. QUARTULLI, *L'istituzione della IV sezione tra ragioni pratiche e ideologie*, in *Studi per il centenario della IV sezione del Consiglio di Stato*, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1989, 77 ss.; B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, Milano, Giuffrè, 1985, 132 ss.; A. DI GIOVANNI, *L'iter parlamentare della legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *AA.VV.*, *Le riforme crispine. Giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1990, 265 ss.; N. PAOLOANTONIO, *L'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, Milano, Giuffrè, 1991.

⁷ La legge 20 marzo 1865, n. 2248 prevedeva infatti che «i Tribunali speciali attualmente investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo, tanto in materia civile, quanto in materia penale, sono aboliti e le controversie ad essi attribuite dalle diverse leggi in vigore saranno d'ora in poi devolute alla giurisdizione ordinaria, od all'autorità amministrativa, secondo le norme dichiarate dalla presente legge».

so»; tale disposizione realizza così «la garanzia giurisdizionale della inapplicabilità dell'atto non conforme a legge»⁸.

Non potendo incidere sul provvedimento con efficacia *erga omnes*, «in questo caso, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali, in quanto siano conformi alle leggi» (art. 5 L.A.C.) e dunque disapplicheranno l'atto non conforme a legge, considerandolo *tamquam non esset*, a valle di una *cognitio incidenter tantum*⁹. Il giudice ordinario può pertanto indagare circa la legittimità dell'atto soltanto in funzione della pronuncia risolutiva della controversia, non avendo peraltro ad oggetto il suo giudizio la legittimità dell'atto, ma piuttosto la lesione del diritto soggettivo (che è il prodotto degli *effetti* scaturenti dall'atto amministrativo¹⁰) o l'integrazione di una fattispecie criminosa.

Tale opzione legislativa trovava la propria ragione nella esigenza di salvaguardare la separazione dei poteri¹¹, evitando ingerenze del potere giudiziario nell'ambito riservato a quello esecutivo, garantendo nondimeno protezione ai diritti soggettivi incisi da un atto della p.a. Nel divieto di modificazione degli atti amministrativi, si legge infatti una sorta di protezione avverso interventi costitutivi e sostitutivi, quali possibili logiche conseguenze degli interventi soppressivi propri dell'annullamento¹².

Il principio della separazione dei poteri si combina dunque con quello dell'effettività della tutela, soddisfacendo l'esigenza di affidare a un giudice indipendente rispetto all'amministrazione la protezione dei diritti dei cittadini: «è proprio grazie al principio della separazione dei poteri che il giudice ordinario può controllare la legalità dell'azione amministrativa, e non è quindi vero il contrario – come comunemente si afferma – che il principio di matrice illuministica impedisca al giudice di prendere cognizione degli atti della pubblica amministrazione»¹³.

⁸ M. GAMBARDELLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 746.

⁹ L. VERRIENTI, voce *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, 478.

¹⁰ Secondo la tesi ad oggi prevalente, la limitazione posta ai poteri del g.o. dall'art. 4 L.A.C. si applica ai soli atti amministrativi in senso proprio, che siano cioè espressione di un pubblico potere. Tale limiti non sussisterebbe in relazione agli atti compiuti dalla p.a. *iure privatorum*, agli atti adottati *sine titulo* e ai comportamenti meri. Infatti, «i limiti ai poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione possono considerarsi costituzionalmente legittimi soltanto con riferimento alle controversie in cui la lesione di un diritto soggettivo sia stata causata da un provvedimento amministrativo, oppure, detto in termini diversi, dalla c.d. pubblica autorità» (M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 1994). *Contra* Cass. civ., SS.UU. 13 febbraio 1953, n. 365.

¹¹ V. G. SILVESTRI, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, 726; IDEM, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997.

¹² Cfr. A. ROMANO, voce *Autonomia*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, UTET, 1987, 30 ss.

¹³ M. GAMBARDELLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale*, cit., 743; v. anche IDEM, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2002, 21 ss.

§ II.1.1. - La disapplicazione in via principale

Le norme contenute agli artt. 4 e 5 L.A.C., sinora presentate come un inscindibile binomio, che indica da un lato cosa il g.o. non può fare (revocare o modificare) e dall'altro cosa egli può fare (applicare solo gli atti conformi a legge e disapplicare gli altri), sono tuttavia – secondo una certa tesi – destinate a regolare due differenti ipotesi.

Infatti, mentre l'art. 4 L.A.C. farebbe riferimento alle controversie il cui oggetto principale è rappresentato dall'atto amministrativo, l'art. 5 L.A.C. farebbe invece riferimento ai casi in cui l'atto amministrativo è mero antecedente logico della risoluzione della lite. Com'è agevole notare, affinché si abbia giurisdizione del g.o. su di una controversia avente ad oggetto diretto l'atto amministrativo, deve trattarsi di un caso di nullità per difetto assoluto di attribuzione (se manca la norma attributiva del potere è evidente che vi si ha a che fare con una posizione di diritto soggettivo¹⁴) o di inesistenza. Negli altri casi, infatti, si tratterebbe di cattivo esercizio del potere e la giurisdizione spetterebbe naturalmente al giudice amministrativo¹⁵.

Qui, secondo la tesi che appare dominante¹⁶, non può parlarsi di disapplicazione (che sarebbe, in ipotesi, in via principale) per il semplice fatto che non si può neutralizzare – a mezzo della disapplicazione – effetti che non sono affatto prodotti.

Vi è peraltro chi ha valorizzato il dato letterale dell'art. 5 L.A.C. che legittimerebbe a reputare la disapplicazione operabile tanto nell'ipotesi dell'atto direttamente lesivo del diritto soggettivo quanto «in ogni altro caso». Per ovviare poi alla critica suesposta in ordine all'insensatezza della disapplicazione di un provvedimento già di per sé improduttivo di effetti, la tesi in parola ha riferito la disapplicazione in via principale ai casi di carenza di potere in concreto, in cui cioè esiste in astratto la norma attributiva del potere difettando però in concreto i presupposti per il suo esercizio.

¹⁴ Se il provvedimento è nullo per mancanza di un elemento essenziale o per nullità testuale, entra in gioco un interesse legittimo perché si ha a che fare con un cattivo uso del potere (g.a.). Per esempio, se la nullità è dovuta all'indeterminatezza o all'indeterminabilità dell'oggetto (come nel caso di una ordinanza di demolizione senza indicazione del bene da demolire) è evidente che il potere c'è ma è stato utilizzato in malo modo.

¹⁵ A.M. SANDULLI, *Questioni recenti in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1952, 1073 ss.

¹⁶ A. DE ROBERTO, «Non applicazione» e «disapplicazione» dei regolamenti nella recente giurisprudenza amministrativa, in *"Impugnazione" e "disapplicazione" dei regolamenti*. Atti del Convegno organizzato dall'Ufficio studi e documentazione del Consiglio di Stato e dall'Associazione studiosi del processo amministrativo, Roma, Palazzo Spada, 16 maggio 1997, Torino, Giappichelli, 1998, 15; M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 229 ss.; R. VILLATA, *"Disapplicazione" dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, Giuffrè, 1980, 91 ss.; A. ROMANO, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 47.

La carenza in concreto del potere è tuttavia da tempo, sin dall'originaria ricostruzione di Mario Nigro¹⁷, ormai unanimemente ricondotta nella sfera del cattivo esercizio del potere (e nello specifico dell'annullabilità per violazione di legge), lesivo di un interesse legittimo (posizione giuridica soggettiva cui fa da contraltare un 'potere' e non un 'dovere')¹⁸.

§ II.1.2. – *Ulteriori fondamenti del potere di disapplicazione. Criterio gerarchico e soggezione del giudice soltanto alla legge*

Nella ricerca di un fondamento del potere di disapplicazione più vicino nel tempo, si è talvolta posto l'accento sull'art. 4 delle disposizioni preliminari al codice civile¹⁹, nella parte in cui, al comma 1, prevede che i regolamenti non possano contenere norme contrarie alle disposizioni di legge. In questi termini la disapplicazione diverrebbe espressione di un meccanismo di risoluzione delle antinomie, fondato sul criterio gerarchico²⁰.

Quello in parola è definito quale principio «per cui le fonti sono ordinate verticalmente in base alla “forza-efficacia normativa” che a ciascuna di esse compete; forza che è, reciprocamente, maggiore o minore e, complessivamente, ascendente o discendente»²¹. In presenza di un eventuale contrasto si deve preferire nella gerarchia delle fonti quella che occupa il gradino più elevato²², come si evince dall'art. 134 Cost. (in relazione al rapporto tra legge, atti aventi forza di legge e Costituzione: la Costituzione prevale sulla legge, considerato che la Corte costituzionale giudica della legittimità costituzionale di queste ultime) e dagli artt. 1, 4 e 8 delle “Preleggi” (in relazione ai rapporti tra legge,

¹⁷ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 1983, 116 ss.

¹⁸ «È evidente che alla discriminazione delle competenze non si possa procedere sulla base della richiesta dell'istante – e cioè a seconda che questi intenda far valere la carenza del potere dell'amministrazione, ovvero, senza sollevare tale questione, si limiti a dolersi del cattivo uso del potere che l'Amministrazione avrebbe inteso esercitare – bensì sulla base della posizione a lui realmente fatta dall'ordinamento: e cioè sulla base della circostanza che l'ordinamento neghi o consenta all'Amministrazione il potere di interferire nella sua sfera di azione» (A.M. SANDULLI, *Questioni recenti in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, cit., 1075).

¹⁹ M. GAMBARDILLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, cit., 747 ss.

²⁰ G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 663 ss.; A. PIZZORUSSO, voce *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, UTET, 1991, 419.

²¹ F. MODUGNO, “*Fonti*” del diritto e sistema normativo (Relazione tenuta al Seminario metodologico sulle fonti del diritto presso l'Università di Ferrara, il 25 giugno 2009), reperibile su www.robertobin.it, 81.

²² V. ex multis G. AMATO, *Rapporti tra norme primarie e secondarie*, Milano, Giuffrè, 1962; A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, Giuffrè, 1977; F. MODUGNO, voce *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, agg. I, Milano, Giuffrè, 1997, 561 ss.

regolamenti e consuetudini: la legge prevale sui regolamenti e questi prevalgono sulla consuetudine)²³. Dunque «la Costituzione “prevale” sulla legge, perché questa le deve essere conforme; la legge “prevale” sul regolamento, e tutte “prevalgono” sulla consuetudine»²⁴.

Il criterio gerarchico si desume altresì dall'art. 26 del R.D. 26 giugno 1924 (in passato), n. 1054 e dall'art. 2 l. 6 dicembre 1971, n. 1034, e (oggi) dal codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) che affida ai Tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato il potere di annullare i regolamenti dell'esecutivo adottati in violazione di legge²⁵.

Si è già visto, tuttavia, come tra le fonti del diritto siano annoverabili gli atti dell'esecutivo a natura regolamentare, ma non anche gli atti formalmente e sostanzialmente amministrativi, per i quali non può dunque profilarsi un rapporto antinomico in senso tecnico, difettando appunto un contrasto tra *due* norme. Pertanto, se questo fondamento del potere disapplicativo può dirsi corretto in relazione ai regolamenti, risulta al contrario un fuor d'opera per i provvedimenti amministrativi.

Il fondamento della disapplicazione è poi rintracciato, oltre che nell'art. 4 delle “Preleggi”, anche nell'art. 101, co. 2 Cost., ossia nella soggezione del giudice soltanto alla legge (la sola fonte espressiva della sovranità popolare). Questa esclusiva soggezione fa sì che il giudice non possa mai trovarsi vincolato a un atto dell'esecutivo contrastante con la legge o altro atto avente forza di legge, e – di conseguenza – fa sì che il giudice abbia il potere-dovere di prescindere da un atto amministrativo di tal fatta, pena l'assurdità di considerare il giudice soggetto a una fonte contrastante con la legge. Infatti, «la norma in questione sancisce, o comunque presuppone, l'indipendenza funzionale delle autorità giudicanti: simile indipendenza, se vale nei confronti di atti posti in essere all'interno dell'ordine giurisdizionale, a maggior ragione non può non valere nei confronti di atti posti in essere da organi (diversi da quello legislativo) esterni ed estranei all'ordine giudiziario (quali sono anche e soprattutto gli organi dell'esecutivo-amministrazione): non può quindi non valere anche e specialmente nei confronti dei regolamenti (amministrativi) ove non sia la “legge” a volere che tali atti si impongano al giudice»²⁶.

²³ R. GUASTINI, voce *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, UTET, 1994, 91 ss.

²⁴ F. MODUGNO, “*Fonti*” del diritto e sistema normativo, cit., 84. V. però le riflessioni dell'A. in ordine allo “sgretolamento della gerarchia” il cui germe è veicolato dall'adozione di una costituzione rigida.

²⁵ A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, cit., 208 (v. il collegamento dell'A. tra gerarchia delle fonti e l'idea di democrazia rappresentativa *ivi*, 209).

²⁶ S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 685 ss.

§ II.1.3. – *Brevi cenni sulla disapplicazione del giudice amministrativo*

Il tema del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo quale strumento di risoluzione delle antinomie è stato assai dibattuto anche in relazione alla figura del giudice amministrativo, il quale dovrebbe avere però poteri demolitori ben più incisivi quando sia adito a mezzo dell'azione di annullamento. Nondimeno, si è diffusamente invocato il potere di disapplicazione tutte le volte in cui il g.a. si trova in vario modo ad avere cognizione di un atto amministrativo non ritualmente impugnato.

Ancora una volta occorre però distinguere il provvedimento amministrativo dal regolamento dell'esecutivo.

Sicuramente si può affermare che non è ammessa la disapplicazione del provvedimento (formalmente e sostanzialmente) illegittimo da parte del giudice amministrativo. Ciò anzitutto per ragioni storiche: il sistema di tutela è nato con la Legge abolitrice del contenzioso amministrativo (l. 20 marzo 1865, n. 2248 All. E) e con la legge Crispi (l. 31 marzo 1889, n. 5992) che ha istituito la IV sezione del Consiglio di Stato ed è di stampo impugnatorio. Inoltre, l'art. 5 L.A.C. attribuisce al giudice ordinario il potere di disapplicare e non è replicato nella disciplina dei poteri del giudice amministrativo, nemmeno nel codice del processo amministrativo del 2010. Anzi, il legislatore nel 2010 – pur avendo ampliato il novero delle azioni esercitabili dal privato e delle decisioni adottabili dal giudice in caso di accoglimento del ricorso²⁷ (v. artt. 34, 116, 117, 121, 122 e 123 c.p.a.) – ha indirettamente codificato questa regola tralatizia all'art. 34, co. 2 c.p.a.²⁸: il giudice non può conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento.

La *ratio* di tale regola è comunemente identificata nella circostanza che se il g.a. potesse disapplicare gli atti illegittimi si assisterebbe a una facile elusione dei termini (brucianti) di decadenza per l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi. Se un provvedimento lesivo della sfera giuridica dell'amministrato non è stato ritualmente impugnato, al giudice amministrativo è precluso qualsivoglia potere disapplicativo perché la giurisdizione amministrativa è una giurisdizione

²⁷ Ad oggi è prevalente l'interpretazione in favore dell'avvenuta codificazione del principio di atipicità delle azioni (v. F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, cit., 181 ss.).

²⁸ «In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati. Salvo quanto previsto dal comma 3 e dall'articolo 30, comma 3, il giudice non può conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento di cui all'articolo 29».

di stampo soggettivo²⁹ che si regge sul principio della domanda³⁰ e sul principio della necessaria corrispondenza fra chiesto e pronunciato, nonché – appunto – sulla cogenza dei termini decadenziali per l'impugnazione. Il processo amministrativo non è dunque volto al ripristino della legalità violata e il g.a. non può, nel silenzio della legge, disapplicare un provvedimento illegittimo non impugnato, perché ciò contrasterebbe con l'essenza stessa della giurisdizione soggettiva e violerebbe il principio della parità delle armi tra privato ricorrente e pubblica amministrazione resistente, agevolando il primo.

Ovviamente, quanto detto non vale per le controversie rientranti nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133 c.p.a.: infatti, quando entrano in gioco diritti soggettivi, il giudice amministrativo può (e deve) esercitare tutti i poteri che sarebbero spettati al giudice naturale dei diritti soggettivi, dovendo la giurisdizione esclusiva non diminuire ma rafforzare la posizione soggettiva azionata per mezzo della concentrazione delle tutele dinanzi ad un unico giudice³¹.

La soluzione appena esposta pare invece mutare quando si ha a che fare con un atto normativo di rango secondario. Tradizionalmente si è affermato che il giudice ordinario può disapplicare i regolamenti ex art. 5 L.A.C. mentre il giudice amministrativo, nel silenzio della legge, a rigore, non potrebbe, come si è appena visto in relazione ai provvedimenti³². Procedendo però per gradi, va anzitutto rilevato come dal carattere normativo dei regolamenti discende che – nella normalità dei casi – il regolamento non può dirsi immediatamente e direttamente lesivo della sfera giuridica dei privati così come, per converso, esso non può attribuire vantaggi.

Dinanzi al regolamento c.d. volizione-preliminare³³, l'amministrato è un *quisque de populo*, non è titolare di una posizione differenziata e qualificata, posta la natura indeterminata dei destinatari, e non si può dire che vi sia lesione. Da ciò discende la non impugnabilità ad

²⁹ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2019, 486; N. PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 237 ss.

³⁰ F.G. SCOCA, *Il principio della domanda nel processo amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2015, 1600 ss.; M. SILVESTRI, *Il principio della domanda nel processo amministrativo*. L'Adunanza Plena n. 4 del 2015, in *Foro amm.*, 2015, 2210 ss.

³¹ F. SATTA, voce *Giurisdizione esclusiva*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 2002, 571 ss.; M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 229 ss.

³² L. CARLASSARE, voce *Regolamenti (dir. cost.)*, cit., 601 e, più di recente, M. MASSA, *Regolamenti amministrativi e processo. I due volti dei regolamenti e i loro riflessi nei giudizi costituzionali e amministrativi*, Napoli, Jovene, 2012, 461 ss.

³³ I regolamenti volizione-preliminare sono caratterizzati da requisiti di generalità e astrattezza, in quanto contengono previsioni normative astratte e programmatiche, che non si traducono in una immediata incisione della sfera giuridica del destinatario.

opera del privato per difetto tanto della legittimazione quanto dell'interesse ad agire.

Pertanto, salve le ipotesi eccezionali di regolamento volizione-azione³⁴, il quale solo è immediatamente lesivo della sfera giuridica del privato (es. un regolamento che introduca o aumenti un canone), il privato deve attendere l'atto applicativo per poter ricorrere alla tutela giurisdizionale. Qualora l'atto applicativo sia affetto da un vizio autonomo, procederà all'impugnazione esclusiva di quest'ultimo; qualora invece lo stesso abbia mutuato il vizio dal regolamento, secondo una certa ricostruzione³⁵, graverà su di lui l'onere della doppia impugnazione.

A questo punto, dottrina e giurisprudenza si sono chieste che cosa accada in caso di mancata impugnazione congiunta del regolamento.

Secondo una prima tesi, dovrebbe conseguirne il rigetto del ricorso: la mancata impugnazione priverebbe infatti il giudice del potere di cognizione sulla fonte dell'illegittimità³⁶. Tale teoria è stata tuttavia fortemente avversata, sostenendo, da un lato, l'assenza di un onere di impugnazione di un regolamento non lesivo e, dall'altro, l'insensatezza di simile tesi nel caso in cui il regolamento risulti favorevole al ricorrente e proprio per questo non impugnato³⁷. In questa seconda ipotesi, il giudice amministrativo si troverebbe impossibilitato a sindacare un regolamento illegittimo, salvo soltanto il caso dell'impugnazione dello stesso con ricorso incidentale ad opera della p.a. resistente o del controinteressato.

Pertanto, si è invocato un generale potere di disapplicazione del regolamento illegittimo da parte del giudice amministrativo tanto in caso di simpatia (che si ha quando sia il provvedimento che il regola-

³⁴ Per tali si intendono quelli che contengono, almeno in parte, previsioni destinate ad una immediata applicazione e quindi, come tali, capaci di produrre un immediato effetto lesivo nella sfera giuridica dei destinatari; gli stessi devono essere gravati immediatamente, a prescindere dalla adozione di atti applicativi. V. Cons. St., sez. IV, 14 febbraio 2005, n. 450; Tar Emilia Romagna, 8 marzo 2006, n. 95; Tar Toscana, sez. III, 15 maggio 2013, n. 802; Tar Puglia, sez. I, 27 luglio 2016, n. 988.

³⁵ Da ultimo Cons. St., sez. III, 10 luglio 2020, n. 4464 («sull'inammissibilità osserva il Collegio, in via preliminare che, la giurisprudenza amministrativa [...] si è soffermata sulla distinzione tra due categorie di atti regolamentari: da un lato, gli atti contenenti solo 'volizioni preliminari', cioè statuizioni di carattere generale, astratto e programmatico, come tali non idonee a produrre una immediata incisione nella sfera giuridica dei destinatari; dall'altro, gli atti regolamentari denominati 'volizione-azione', i quali contengono, almeno in parte, previsioni destinate ad una immediata applicazione e quindi, come tali, capaci di produrre un immediato effetto lesivo nella sfera giuridica dei destinatari. Mentre in relazione alla prima tipologia, i regolamenti devono necessariamente essere impugnati assieme ai relativi atti, al contrario, i regolamenti del secondo tipo devono essere gravati immediatamente, a prescindere dalla adozione di atti applicativi»).

³⁶ V. la ricostruzione proposta da L. CARLASSARE, voce *Regolamenti* (dir. cost.), cit., 634 ss. V. anche E. CANNADA BARTOLI, *Disapplicazione di atti amministrativi illegittimi e giurisdizione del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 1953, 73 ss.; IDEM, *Disapplicazione di regolamenti da parte del Consiglio di Stato*, in *Giur. cost.*, 1959, 518 ss.

³⁷ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2019, 259.

mento sono illegittimi e contrastano con la legge) quanto in caso di antipatia (che viceversa si ha quando è solo uno dei due a porsi *contra legem*). Detto potere viene invocato per evitare la conseguenza assurda di dover rigettare il ricorso avverso un provvedimento illegittimo perché conforme a un regolamento (però illegittimo) o di dover accogliere il ricorso per l'annullamento di un provvedimento legittimo perché contrario a un regolamento illegittimo ma favorevole (e pertanto non impugnato).

Anche questa teoria è stata fortemente criticata per l'assenza di una previsione di legge che formalmente attribuisca al giudice amministrativo siffatto potere: infatti, secondo il dato positivo, solo il giudice ordinario ha il potere in parola *ex artt. 4 e 5 L.A.C.*, esercitabile *incidenter tantum*. A superamento di tale condivisibile critica si è allora evidenziato che quello del giudice amministrativo non è un potere di disapplicazione in senso tecnico, ma un potere di risoluzione delle antinomie secondo il criterio gerarchico³⁸, che non richiede una puntuale impugnazione, valendo piuttosto il principio del *iura novit curia*. Il giudice ha naturalmente una cognizione estesa a tutte le fonti dell'ordinamento, tanto in caso di simpatia quanto in caso di antipatia e dovrà far sempre prevalere la legge sui regolamenti. Tale potere officioso di risoluzione delle antinomie richiede ovviamente che il regolamento sia direttamente in contrasto con la legge, perché solo così si forma il rapporto antinomico e non può essere invocato invece laddove il regolamento si ponga, ad esempio, *praeter legem*³⁹.

§ II.1.4. – L'attuale estensione della giurisdizione del g.o.

Ponendo nuovamente la mente alla giurisdizione del giudice ordinario, può notarsi come la sua conformazione, in relazione all'attività della pubblica amministrazione, sia invero in parte variata in ragione delle sopravvenienze normative. Da un lato, la giurisdizione del g.o. si è ridotta di ampiezza in forza dell'accrescersi dei casi di giurisdi-

³⁸ G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 706; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, Torino, Giappichelli, 2005, 289 ss.; M. MASSA, *Regolamenti amministrativi e processo*, cit., 505 ss.

³⁹ V. Cons. St., sent. 9 gennaio 2020, n. 219 in *ildirittoamministrativo.it* («La disapplicazione, da parte del giudice amministrativo, della norma secondaria di regolamento ai fini della decisione sulla legittimità del provvedimento amministrativo impugnato è uno strumento per la risoluzione delle antinomie tra fonti del diritto che trova fondamento nel principio della graduazione della forza delle diverse fonti normative tutte astrattamente applicabili e, pertanto, presuppone che il precetto contenuto nella norma regolamentare si ponga in contrasto diretto con quello contenuto in altra fonte di grado superiore»). V. anche Cons. St., sent. 5 gennaio 2015, n. 1.

zione esclusiva del g.a. *ex art.* 133 c.p.a.⁴⁰, dall'altro però, in particolari materie, la stessa si è estesa sino a garantire al giudice la possibilità di incidere sull'atto amministrativo⁴¹, con l'esercizio dei poteri di annullamento, modifica o sospensione. Ciò accade, ad esempio, in materia di sanzioni amministrative pecuniarie⁴², atti del garante della *privacy*⁴³, trascrizioni matrimoniali⁴⁴, certificati di stato civile⁴⁵, cancellazione di ipoteca⁴⁶, provvedimenti di espulsione prefettizi degli stranieri irregolari⁴⁷, cessazione della condotta antisindacale⁴⁸, provvedimenti amministrativi di reiezione della domanda di ammissione al servizio civile⁴⁹.

Si parla talvolta in relazione a tali materie di c.d. giurisdizione piena, che si ha quando, appunto, sono attribuiti al g.o. poteri ulteriori rispetto a quello di cui all'art. 5 L.A.C.⁵⁰ Inoltre, con la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, sono state devolute al giudice ordinario le controversie relative a detto rapporto⁵¹, con esclusione delle sole concernenti le procedure di reclutamento (nonché di quelle relative ai rapporti di impiego non privatizzati⁵²). Breve è stata invece l'apertura della giurisdizione del g.o. alle controversie risarcitorie, iniziata com'è noto con la celebre sentenza della Cassazione a Sezioni unite n. 500/1999 e chiusasi immediatamente dopo, con la presa di posizio-

⁴⁰ L'espandersi della giurisdizione esclusiva deve, com'è noto, rispettare le indicazioni di Corte cost., sent. 6 luglio 2004, n. 204, che ha chiarito l'incostituzionalità del riparto per "blocchi di materie".

⁴¹ Dubbi di costituzionalità sulla legge ordinaria che attribuisca al g.o. il potere di annullare atti lesivi di interessi legittimi sono avanzati da R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, 92.

⁴² Art. 22, l. 24 novembre 1981, n. 689.

⁴³ Art. 152, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

⁴⁴ Art. 16, l. 27 maggio 1929, n. 847 ("Disposizioni per l'applicazione del Concordato dell'11 febbraio 1929 fra la Santa Sede e l'Italia, nella parte relativa al matrimonio").

⁴⁵ Art. 95, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396.

⁴⁶ Art. 2884 c.c.

⁴⁷ Art. 13, co. 8, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

⁴⁸ Art. 28, l. 20 maggio 1970, n. 300.

⁴⁹ L. 8 luglio 1998, n. 230.

⁵⁰ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike, 2017, 386.

⁵¹ Tale previsione non incide tuttavia sul divieto dell'art. 4 L.A.C., poiché i poteri del giudice ordinario (in funzione di giudice del lavoro) si riferiscono ad atti di gestione del rapporto di lavoro, adottati dunque *iure privatorum*.

⁵² Art. 63, co. 1 e 4, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165: «Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi. L'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo. [...] Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi».

ne adottata dal legislatore, prima, con la l. 205/2000, che all'art. 7 prevedeva che il g.a. «nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative al risarcimento del danno [...] e agli altri diritti patrimoniali consequenziali», poi con l'art. 7, co. 4 c.p.a. («sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma»).

§ II.1.5. – *I vizi conoscibili dal giudice ordinario. I problemi dell'eccesso di potere e dei cc.dd. vizi non invalidanti*

La disapplicazione incidentale può avvenire dunque, come si è visto, per gli atti non conformi alla legge; da ciò deriva il risalente contrasto interpretativo in ordine alla disapplicabilità del provvedimento, oltre che per violazione di legge e incompetenza (che è, strutturalmente, una forma di violazione di legge, che il legislatore ha voluto elevare a figura autonoma, con conseguente diverso regime tanto sostanziale quanto processuale⁵³), anche per *eccesso di potere*.

La dottrina tradizionale lo negava⁵⁴, reputando che si sarebbe altrimenti concesso al giudice ordinario di sindacare la discrezionalità amministrativa. Più precisamente, si reputava ammissibile il sindacato del g.o. purché limitato al caso dell'eccesso di potere estrinseco o per sviamento⁵⁵, che si ha quando la pubblica amministrazione esercita il potere per perseguire un fine diverso da quello in vista del quale lo stesso le è stato attribuito dalla legge, traducendosi di fatto il vizio in violazione della legge (attributiva del potere).

La tesi ad oggi prevalente tanto in dottrina⁵⁶ quanto in giurisprudenza⁵⁷ reputa invece disapplicabile l'atto amministrativo affetto da

⁵³ L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale dell'incompetenza e dei vizi ad essa assimilati*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 830 ss.

⁵⁴ P. VIRGA, *Illiceità e illegittimità; rapporti fra giurisdizione penale e giurisdizione amministrativa*, in AA.VV., *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, Mucchi, 1996, 1744 («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 alle sole ipotesi di "sviamento" e cioè di strumentalizzazione dell'atto per fini non istituzionali della pubblica amministrazione»).

⁵⁵ P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2001, 216 ss.

⁵⁶ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 1994, 189; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Napoli, Jovene, 1989, 2311.

⁵⁷ Nella giurisprudenza penale v., *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 3 giugno 2015, n. 11487, in *Ced* («ai fini dell'esonero contributivo previsto dall'art. 40 del r.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827, e dall'art. 36 bis del d.P.R. 26 aprile 1957, n. 818, il requisito della stabilità dell'impie-

una qualsiasi delle figure sintomatiche⁵⁸ dell'eccesso di potere, trattandosi pur sempre di un vizio di legittimità. Rinviando per il momento ad altra sede la trattazione delle sostanziali differenze tra sindacato del merito amministrativo e dell'eccesso di potere (*infra* cap. III), si vuole qui soltanto evidenziare che il potere discrezionale non è un potere libero nel fine, essendo viceversa l'attività della p.a. vincolata al perseguimento del fine indicato dalla legge, nonché necessariamente «determinata nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa» in ossequio al principio di legalità sostanziale, posto alla base dello Stato di diritto⁵⁹.

La tesi opposta del resto pare tradire lo spirito dell'art. 113 Cost., che non ammette limitazioni della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. Escludendo la sindacabilità di un vizio

go è accertato, su domanda dell'interessato, dal Ministro del lavoro con provvedimento che il giudice ordinario può disapplicare ove ne constati l'illegittimità, anche per eccesso di potere, sempreché non involga un sindacato sull'esercizio del potere discrezionale da parte della P.A. (Nella specie, la S.C. ha annullato la sentenza di appello che aveva ritenuto insussistente il requisito della stabilità dell'impiego – riconosciuto da decreto del direttore generale del Ministero del lavoro, e previa disapplicazione dello stesso – affermando che la contrattazione collettiva di settore comunque limitava il potere di recesso del datore di lavoro, omettendo peraltro di considerare che la nota a verbale, reiterata nei testi contrattuali, era confermativa dell'intento delle parti di mantenere un regime di stabilità dell'impiego originariamente garantito)»; Cass. pen., sez. II, 30 ottobre 2007, n. 22894, in Ced («il giudice ordinario, nel giudizio di opposizione avverso ordinanza ingiunzione irrogativa di sanzione pecuniaria amministrativa, può sindacare, al fine della sua eventuale disapplicazione, il provvedimento cosiddetto presupposto, quello cioè integrativo della norma la cui violazione è stata posta a fondamento di detta sanzione, ma tale sindacato, anche sotto il profilo dell'eccesso di potere, deve restare circoscritto alla legittimità e, pertanto, può implicare un controllo sulla rispondenza delle finalità perseguite dall'amministrazione con quelle indicate dalla legge, non, invece, un controllo attinente al merito circa l'idoneità delle scelte dell'amministrazione stessa a realizzare gli scopi contemplati dalla legge. (In applicazione dell'anzidetto principio la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che aveva disapplicato il decreto del Prefetto che aveva inserito, in applicazione del d.l. n. 121 del 2002, convertito nella legge n. 168 del 2002, un tratto di strada fra quelle per le quali non era possibile il fermo di un veicolo senza recare pregiudizio alla sicurezza della circolazione, alla fluidità del traffico o all'incolumità degli agenti accertatori e dei soggetti controllati)»; Cass. pen., sez. I, 17 gennaio 2018, n. 54841 («ai fini del giudizio di responsabilità in ordine al reato di cui all'art. 650 cod. pen., il giudice è tenuto a verificare previamente la legalità sostanziale e formale del provvedimento che si assume violato, sotto i tre profili tradizionali della violazione di legge, dell'eccesso di potere e della incompetenza; ne consegue che ove venga rilevato il difetto del presupposto della legittimità, sotto uno di tali profili, l'inservanza del provvedimento non integra il reato in questione per la cui sussistenza è richiesto esplicitamente che il provvedimento sia "legalmente dato". (Nella fattispecie, la Corte ha ritenuto insussistente il reato ascritto all'imputato, previa disapplicazione dell'ordinanza contingibile ed urgente della cui violazione era chiamato a rispondere, in quanto affetta da incompetenza funzionale, essendo stata emessa, per motivi di pubblica incolumità, da un dirigente amministrativo anziché dal sindaco quale ufficiale di governo)»).

⁵⁸ Dette figure sono solitamente rappresentate da: errore o travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, disparità di trattamento, violazione di circolari, norme interne e prassi amministrative, ingiustizia grave e manifesta (v., per tutti, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2013, 211 ss.).

⁵⁹ Corte cost., sent. 4 aprile 2011, n. 115.

espressamente riconosciuto dal legislatore (sin dai tempi più antichi⁶⁰) si limita indebitamente l'effettività della tutela, di cui si fanno promotori gli artt. 24 e 113 Cost.

Ulteriore *punctum pruriens* è rappresentato dalla possibilità per il giudice ordinario di sindacare il vizio che non porta all'annullabilità del provvedimento ai sensi dell'art. 21 *octies*, co. 2 l.p.a., inserito dall'art. 14, l. 11 febbraio 2005, n. 15 e poi successivamente modificato dall'art. 12, co. 1, lett. i), d.l. 16 luglio 2020, n. 76 («non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10 *bis*»).

Per risolvere un simile interrogativo occorre sciogliere a monte il nodo circa la natura giuridica della disposizione in parola⁶¹. A tal proposito, si sono contrapposte varie teorie, alcune sostanzialistiche, altre processualistiche.

Una prima tesi ha individuato nel caso in esame una mera irregolarità, ossia una divergenza lieve rispetto allo schema legale. Si è però sul punto obiettato che le irregolarità sono sempre e necessariamente individuabili già *ex ante*⁶² mentre in questo caso la valutazione è *ex post* e in concreto, alla luce dell'incidenza della violazione sul contenuto del provvedimento.

Altra tesi ha fatto leva sul c.d. raggiungimento dello scopo: irrilevante sarebbe la violazione stante il conseguimento dello scopo per il quale era stata prevista la regola procedimentale o formale. È facile tut-

⁶⁰ L'art. 3 della Legge Crispi (l. 31 marzo 1889, n. 5992) già prevedeva che «spetta alla sezione quarta del Consiglio di Stato di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non sieno di competenza dell'autorità giudiziaria, ne si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali».

⁶¹ Cfr. L. FERRARA, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 103 ss.; P. LAZZARA, *Contributo alla discussione sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-octies, l. 241 del 1990*, in *Foro amm.*, 2009, 190 ss.; F. TRIMARCHI, *Rilevanza condizionata dei vizi di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1117 ss.

⁶² Cfr. F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/90: quando il legislatore non può e non deve*, in *Giust. amm.*, 2005, 82 ss.; F. SAITTA, *L'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. amm.*, 2000, 449 ss.

tavia obiettare come spesso lo scopo rimanga interamente frustrato (es. mancata partecipazione dell'amministrato in ragione della mancata comunicazione dell'avvio del procedimento *ex art. 8 l.p.a.*⁶³) ma nondimeno non può aversi – neppure in questo caso – annullamento.

In questo panorama si è inserita la tesi processualistica⁶⁴, che viceversa evidenziava la carenza di interesse a ricorrere in capo al privato destinatario di siffatto provvedimento: il soggetto, infatti, anche ove dovesse risultare vincitore in sede di ricorso per l'annullamento, si vedrebbe comunque nuovamente negato il bene della vita a seguito del riesercizio del potere. Secondo questa impostazione, il giudice sarebbe allora chiamato a formulare una pronuncia di inammissibilità del ricorso.

Ammettendo la natura processuale della disposizione, il g.o. *potrebbe disapplicare* l'atto affetto da tali vizi. Tuttavia un'interpretazione del genere non convince. Il privato infatti può ben avere interesse alla rimozione dell'atto viziato perché, anzitutto, nelle more del riesercizio del potere, egli gode di una situazione (seppure temporanea) favorevole, inoltre il riesercizio potrebbe essere nel frattempo divenuto impossibile per l'intervenuta consumazione del potere o per sopravvenienze di fatto o di diritto.

Pare pertanto maggiormente condivisibile che, anche alla luce della *sedes materiae* e della terminologia impiegata, si tratti di norma sostanziale che definisce in negativo le caratteristiche dell'invalidità. Si ha dunque a che fare, nei casi indicati dall'art. 21 octies co. 2 l.p.a., con dei vizi non invalidanti e dunque, sostanzialmente, con un provvedimento legittimo. Conseguentemente, il g.o. *non potrà disapplicare* i provvedimenti in questione⁶⁵.

⁶³ V. Cons. St., sez. IV, 17 ottobre 2006, n. 6192: «in caso di omessa comunicazione di avvio, lo scopo è raggiunto, non quando l'atto non poteva essere diverso, ma quando il privato ha ricevuto un atto equipollente, o ha comunque partecipato o ha avuto la possibilità di partecipare al procedimento. In tali casi, i vizi procedurali non determinano alcuna concreta lesione, in quanto la ratio sottesa alle regole formali o procedurali è stata comunque conseguita e l'annullamento appare un rimedio non proporzionato».

⁶⁴ Cfr. Cons. St., sez. VI, 16 maggio 2006, n. 2763; Cons. St., sez. IV, 7 luglio 2006, n. 4307; Cons. St., sez. IV, 17 ottobre 2006, n. 6192 («l'entrata in vigore del citato art. 21 octies non ha, quindi, inciso sulle categorie dell'irregolarità e dell'illegittimità dell'atto amministrativo, né può aver determinato un affievolimento delle regole dell'azione amministrativa, che sono intimamente collegate alla tutela del cittadino. 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 (sulla base dell'art. 21 octies 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)»).

⁶⁵ *Contra* R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, 542.

§ II.2. - *La cognizione del giudice penale. Gli artt. 2 e 479, co. 1 c.p.p.*

Volendoci ora calare nei poteri di quel particolare giudice ordinario che è il giudice penale, va osservato che la disapplicazione incidentale di cui si è sinora trattato va raffrontata con quanto previsto dal codice di procedura penale, indagando dunque quali spazi esso offra per un controllo sulla legalità amministrativa.

In effetti, i poteri cognitori di tipo incidentale del giudice penale paiono avere una latitudine piuttosto ampia, posto il dettato degli artt. 2 e 479 c.p.p.

Quando si profila una questione pregiudiziale, civile o amministrativa o anche penale (dalla cui risoluzione dipende la definizione del giudizio), vale il c.d. principio di autosufficienza della giurisdizione penale, potendo il giudice penale risolvere «ogni questione da cui dipende la decisione, salvo sia diversamente stabilito. La decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione civile, amministrativa o penale non ha efficacia vincolante in nessun altro processo» (art. 2 c.p.p.).

A simile potere, «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», si affianca quello di sospensione del dibattimento sino alla definizione del giudizio extrapenale: «se la legge non pone limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa, può disporre la sospensione del dibattimento» (art. 479, co. 1 c.p.p.).

Il tema ora introdotto andrà poi approfondito in relazione a due punti assai dibattuti, ossia la rilevanza per il giudice penale della legittimità/illegittimità già accertata con sentenza definitiva del giudice amministrativo e l'applicabilità del principio dell'autosufficienza della giurisdizione penale con riferimento ad atti giurisdizionali (e non amministrativi) presupposti. Su ciò ci si soffermerà però *infra*, rispettivamente, § 3.2 e § 4. Per il momento si può rilevare che il dato normativo ci restituisce l'idea dell'esistenza di una tutt'altro che angusta sede in cui esercitare un sindacato sulla legalità amministrativa, sulle cui concrete modalità ci si accinge ora a indagare.

§ II.2.1. - *La tesi dell'applicazione generalizzata dell'art. 5 L.A.C.*

In una prima fase, la giurisprudenza prevalente e certa dottrina, affrontando la questione in chiave processuale, hanno seguito la tesi dell'applicabilità dell'art. 5 L.A.C. in caso di atto amministrativo illegittimo avente un qualsiasi rilievo nell'economia della fattispecie pe-

nale⁶⁶. Norma, questa, la cui portata applicativa inerisce, appunto, al momento dell'accertamento giudiziale.

Ciò accadeva sulla base di tre fondamentali argomenti.

Il primo era rappresentato dalla *ratio* della Legge abolitrice del contenzioso, essenzialmente riassumibile nella garanzia della separazione dei poteri: con essa viene salvaguardato il controllo giudiziale sugli atti amministrativi (dunque la loro piena giustiziabilità), impedendo al tempo stesso l'esercizio di poteri sostitutivi ad opera del giudice penale (che non può né annullare né sostituire gli atti amministrativi con efficacia *erga omnes*). Il potere disapplicativo non può, dunque, essere negato, in ragione delle superiori *rationes* appena descritte.

Inoltre, si evidenziava l'ampiezza della formulazione dello stesso art. 5 L.A.C., che ammette il potere-dovere di disapplicazione "in ogni altro caso", dunque senza distinzioni fra materia penale e civile e, soprattutto, senza distinzioni tra atto ampliativo e atto restrittivo. A differenza dunque di quanto accade in relazione all'art. 4 L.A.C., che farebbe riferimento al solo atto restrittivo, lesivo di un diritto soggettivo.

Infine, la giurisprudenza ha spesso invocato l'art. 101, co. 2 Cost. e dunque la soggezione del giudice soltanto alla legge; principio, questo, idoneo da solo a spazzare qualsivoglia dubbio circa l'illimitatezza del sindacato del giudice penale. La soggezione alla sola legge fa sì che il giudice sia obbligato a disapplicare qualsiasi atto o provvedimento amministrativo che si ponga in contrasto con la legge stessa.

La disapplicazione in sede penale dell'atto amministrativo ha preso storicamente il proprio avvio nei processi in cui all'imputato veniva addebitata la contravvenzione di cui all'art. 650 c.p., strutturata secondo il modello ingiunzionale e che espressamente prevede che l'autore debba non osservare un provvedimento *legalmente dato dall'Autorità* per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o di igiene. Piuttosto logica pare allora l'esigenza avvertita di giungere all'assoluzione di colui il quale si sia reso inosservante di un provvedimento illegittimo, soluzione a cui si giungeva considerando *tamquam non esset* detto ordine (non legalmente dato).

Ciò che ha destato maggiore preoccupazione è uno dei passaggi ulteriori compiuto rispetto a tale condivisibile esito interpretativo. Da un lato si è esteso il potere di disapplicazione a tutti i casi in cui veniva in rilievo un provvedimento amministrativo, anche qualora la fattispe-

⁶⁶ Cfr. E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1950, 205 ss.; F. FRANCHINI, *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 337 ss. V. anche la ricostruzione critica di M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, Milano, Giuffrè, 2000, 48 ss. e 75 ss.; M. GAMBARDILLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2002, 113 ss.; G. COCCO, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari, Cuec editrice, 1996, 83 ss.; R. VILLATA, "Disapplicazione" dei provvedimenti amministrativi e processo penale, cit., 91.

cie legale non richiedesse la legittimità dello stesso, dall'altro si è generalizzata l'applicabilità dell'art. 5 L.A.C. anche alle ipotesi di provvedimento favorevole per il privato, con conseguenti effetti *in malam partem* (salvo poi ritenere assente l'elemento soggettivo del dolo di fattispecie).

Le critiche della dottrina⁶⁷ non hanno tardato ad arrivare e hanno fatto leva su due aspetti.

Da un lato si è evidenziato come la legge penale talvolta non richiede un provvedimento legittimo o richiede un provvedimento anche solo parzialmente legittimo affinché sia integrata la fattispecie penale: come nel caso dell'art. 329 c.p. che presuppone una richiesta dell'Autorità avanzata «nelle forme stabilite dalla legge», per cui andrebbe contro la volontà del legislatore la disapplicazione del provvedimento *sostanzialmente* illegittimo.

Dall'altro – e in questo sta la critica più significativa – si è rimarcata la patente violazione del principio di legalità e dei suoi corollari di tipicità, tassatività e irretroattività, nel caso della disapplicazione dell'atto ampliativo. Se costituisce reato la condotta posta in essere in assenza di un provvedimento ampliativo, palese è la torsione della fattispecie (e cioè la sua indebita estensione) se si vuole applicare la sanzione penale anche a colui che sia stato destinatario di un atto ampliativo illegittimo⁶⁸. Si avrebbe applicazione della sanzione penale al di fuori dei casi previsti dalla legge penale: la condotta che si assumerebbe illecita sarebbe invece posta in essere ad un tempo in cui la stessa risultava del tutto conforme ad un provvedimento ancora del tutto efficace.

§ II.2.2. – La tesi della differenziazione tra intervento *ab externo* e *ab interno*

Per ovviare alle critiche appena esposte, si è proposta la distinzione, in punto di sindacabilità, fra provvedimento che interviene *ab externo* e quello che opera *ab interno* (distinzione di cui si è già trattato *supra*, cap. I, § 4.2 e 4.3).

Nel caso di provvedimento che opera *ab externo*, il giudice avrebbe una cognizione diretta e in via principale dello stesso e pertanto non

⁶⁷ Fra i primi critici R. VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 28 ss.; IDEM, *Questioni sulla sindacabilità degli atti amministrativi da parte del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 1135 ss. V. anche le successive critiche di A. ALIBRANDI, *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Napoli, Jovene, 1969, *passim*; M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, cit., 84 ss.

⁶⁸ G. COCCO, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, cit., 221 ss.

potrebbe essere negata l'operatività del potere di disapplicazione⁶⁹ ex art. 5 L.A.C. (sia che si tratti di atti a contenuto normativo, sia che si abbia a che fare con provvedimenti amministrativi).

Viceversa, nel caso in cui il contenuto del provvedimento operi come specificazione di un elemento della fattispecie, si sono prospettate tre distinti correttivi.

Secondo un primo orientamento, la disapplicazione *in malam partem* sarebbe tendenzialmente da escludere, salvo che: la legittimità dell'atto amministrativo ampliativo sia espressamente prevista quale elemento essenziale della fattispecie; il provvedimento ampliativo illegittimo sia frutto di collusione tra pubblico ufficiale e privato o comunque di attività criminosa del pubblico ufficiale; il provvedimento manchi di uno dei suoi elementi essenziali; il provvedimento sia affetto da difetto assoluto di attribuzione (essendo stato adottato da organo diverso da quello dotato di potere). In questi ultimi tre casi, si ricade in sostanza nell'ipotesi di nullità del provvedimento ex art. 21 *nonies* l. 241/1990 (nel caso di provvedimento frutto di reato si ritiene difatti che manchi l'elemento essenziale della volontà) e la disapplicazione non cozzerebbe con le esigenze di garanzia di cui si è detto, dato che – questa volta – la condotta che si assume illecita, risulterebbe posta in essere ad un tempo in cui la stessa risultava conforme ad un provvedimento *inefficace* (*quod nullum est nullum producit effectum*). Salvo poi ritenere mancante l'elemento soggettivo⁷⁰.

Un orientamento più garantista ha invece ritenuto che il potere di disapplicazione andrebbe limitato al solo provvedimento amministrativo restrittivo, stante che detto potere spetta al giudice solo qualora vi sia una lesione di un diritto soggettivo ad opera di un provvedimento amministrativo illegittimo (essendo unitaria la *ratio* degli artt. 4 e 5 L.A.C.); e ciò può accadere solo in presenza di un provvedimento che restringa la sfera giuridica dell'amministrato.

Secondo altri autori, invece, non entrerebbe affatto in gioco il potere di disapplicazione, ma piuttosto l'ordinario procedimento di susunzione del fatto concreto nella fattispecie legale; in altre parole, il giudice sarebbe qui chiamato a accertare che il provvedimento sia dotato di tutti i requisiti richiesti dalla norma incriminatrice ai fini dell'integrazione del fatto tipico. Ma a questo proposito occorre tenere di-

⁶⁹ M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, cit., 87 ss.

⁷⁰ Cass. pen., sez. III, 23 dicembre 1997, n. 11988; Cass. pen., sez. III, 15 dicembre 2006, n. 13676, in *Ced* («in materia ambientale, al fine di configurare la responsabilità per le violazioni delle disposizioni di settore in caso di accertata illegittimità del provvedimento autorizzatorio, l'esistenza di profili assolutamente eclatanti di illegalità, anche senza la prova di collusioni dolose con gli organi dell'amministrazione, costituisce un significativo indice di riscontro dell'elemento soggettivo del reato riguardo all'apprezzamento della colpa»).

stinti i provvedimenti che pur operando *ab interno* nella fattispecie non concorrono a precisare il comando (come si è visto *supra*, cap. I, § 4.2). Per tali provvedimenti, come quello che sia mezzo esecutivo o oggetto materiale della condotta, la disapplicazione condurrebbe a risultati assurdi. Si pensi agli esempi dell'abuso d'ufficio o della falsificazione dell'atto pubblico: considerare *tamquam non esset* il provvedimento illegittimo, nel primo caso condurrebbe all'illogica assoluzione del pubblico ufficiale (che non sarebbe così autore di alcuna illegittimità) e nel secondo disapplicare l'atto illegittimo non avrebbe parimenti alcun senso, dovendo il giudice piuttosto accertare se vi sia stata alterazione ideologica o materiale. Per i provvedimenti che viceversa concorrono con il proprio contenuto a determinare in vario modo l'esatta perimetrazione del comando, deve invece parlarsi, come anticipato, di verifica della conformità alla fattispecie astratta. In questo senso, la condotta adottata in presenza di un'autorizzazione illegittima dovrebbe considerarsi atipica ove la fattispecie legale richieda espressamente l'assenza di autorizzazione.

§ II.2.3. – L'abbandono del richiamo alla disapplicazione

Si è aperta così la strada all'abbandono dell'art. 5 L.A.C., interpretazione reputata errata sul piano metodologico⁷¹, in favore del richiamo alla tipicità della fattispecie. Infatti, dal punto di vista dell'accertamento giudiziale, non è rinvenibile alcuna norma che limiti il potere del giudice nella verifica degli elementi del fatto tipico, essendo la pregiudiziale amministrativa una pregiudiziale "facoltativamente devolutiva", «il che sta a significare che il giudice penale, quando incontra una questione da risolvere sulla base del diritto amministrativo, soltanto se lo ritiene opportuno e se sussistono talune condizioni [...] può (e non deve) devolvere la questione al giudice amministrativo. Egli, dunque, è in grado di risolvere tutte le questioni che sono rilevanti ai fini della regiudicanda penale»⁷². Inoltre, utilizzare l'istituto della disapplicazione conduce a un trattamento indifferenziato degli atti amministrativi che potrebbero però avere ruoli assai diversi nell'economia della fattispecie. Il giudice deve invece limitarsi a individuare gli elementi «rilevanti ai fini del giudizio sulla sussistenza o meno del reato», avvalendosi della descrizione del fatto tipico e – secondo taluni – dello specifico bene giuridico protetto, per riconoscere così il

⁷¹ M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, cit., 49.

⁷² *Ibidem*.

comportamento lesivo di detto interesse e dunque integrante la fattispecie⁷³.

Questo nuovo corso ha fin da subito visto i propri sostenitori divisi in due distinti orientamenti con esiti applicativi fortemente divergenti: alla tesi della tipicità formale si è contrapposta quella della tipicità sostanziale.

La prima reputa che il giudice sia chiamato al controllo di legittimità dell'atto amministrativo unicamente essa figura come elemento costitutivo del fatto tipico, ossia solo se il legislatore penale ha fatto espresso riferimento alla legittimità del provvedimento (cosa che accade, come si è visto, ad esempio all'art. 650 c.p.). Fuori da tali casi, si dovrebbe leggere una intenzione del legislatore storico di ancorare la tipicità alla mera esistenza/inesistenza di un provvedimento, sia esso o meno legittimo. Pertanto, ragionando diversamente, si finirebbe per violare il principio di legalità penale.

La tesi sostanzialistica, invece, reputa che il freddo dato letterale, frutto talvolta di una tecnica legislativa sintetica, vada integrato con lo scopo di tutela dell'incriminazione e, più precisamente, con il bene giuridico protetto. Infatti, il dato testuale «è di per sé insufficiente e va, di volta in volta, verificato in relazione all'interesse protetto». La norma incriminatrice potrebbe essere volta alla garanzia del mero controllo amministrativo sull'attività esercitata, per cui potrebbe essere sufficiente essere destinatari dell'autorizzazione per andare esenti da responsabilità. La stessa potrebbe però essere più propriamente volta alla tutela degli interessi finali, alla cui cura è preposta l'autorità amministrativa controllante, per cui l'esercizio di un'attività in presenza di un'autorizzazione illegittima (non solo formalmente) potrebbe risultare concretamente lesiva del bene giuridico protetto (si pensi al corretto assetto urbanistico in caso di permesso di costruire illegittimo: *infra*, cap. IV, § 1). I sostenitori di quest'ultimo orientamento hanno osservato che, se da un lato è innegabile che per mezzo del giudizio di valore di cui si è detto si introduce un coefficiente di indeterminazione, dall'altro non è meno evidente che la ricostruzione della tipicità del fatto «è pur sempre indissolubile da un collegamento con l'interesse, senza che con ciò possa dirsi violato il principio di stretta legalità»⁷⁴.

⁷³ M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, cit., 51; G. Cocco, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, cit., 351 ss.

⁷⁴ M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, cit., 54. L'A. evidenzia che «nelle ipotesi prima considerate (ordine illegittimo, autorizzazione illegittima), il giudice non disapplica l'atto illegittimo ma soltanto, dopo aver stabilito, in sede interpretativa, e quindi in astratto, che è rilevante la legittimità (nel caso, dell'ordine) o la illegittimità (nel caso, dell'autorizzazione) dell'atto ai fini della integrazione della fattispecie, constata la inesistenza e rispettivamente l'esistenza, in concreto, di un elemento del reato: e, conseguentemente, nel primo caso assolve, nel secondo condanna. Quando, poi, l'atto amministrativo si colloca, all'interno di una figura criminosa, come sua attività esecutiva, non v'è né applicazione né

Se da un lato questa seconda impostazione mostra di essere spinta da ragioni di giustizia sostanziale (richiedendo di guardare non solo alla lettera della legge ma anche allo scopo della norma, alla collocazione sistematica e all'oggetto della tutela⁷⁵), solo la prima pare tuttavia davvero rispettosa del principio della riserva di legge e del divieto di interpretazione analogica. Non vuole in tal senso disconoscersi la funzione interpretativa del bene giuridico⁷⁶ – che guida cioè nella interpretazione dei confini della fattispecie – ma si vuole viceversa impedire l'ingresso ad elementi di valutazione forieri di severe incertezze applicative.

§ II.3. – *Intensità del sindacato: mancanza delle condizioni formali e sostanziali vs. violazione delle norme che regolano l'esercizio del potere*

È giunto ora il momento di capire quale intensità vada riconosciuta al sindacato del giudice penale, il che naturalmente dipende dall'adesione o meno alla tesi della disapplicazione *ex art.* 5 L.A.C. o piuttosto alla tesi – per così dire, sostanzialistica – del giudizio di integrazione della fattispecie.

Volendo aderire alla tesi del generale potere disapplicativo, si possono prospettare due impostazioni, effettivamente sposate (specie nel passato) in dottrina e soprattutto in giurisprudenza. Si è infatti affermato, in un primo momento, che il giudice penale potesse sindacare (e nel caso disapplicare) l'atto amministrativo solo in caso di inesistenza o illiceità dello stesso⁷⁷ e non anche nei casi di violazione di legge (anche macroscopica). Il sindacato andava cioè ristretto alla esistenza/inesistenza giuridica e dunque al giudizio di nullità e di illiceità. Eccezionalmente, poteva essere sindacata la legittimità ove fosse stata la fattispecie a richiedere un provvedimento "legalmente dato".

disapplicazione, ma soltanto la constatazione che un atto amministrativo, nella maggioranza dei casi illegittimo, ha costituito lo strumento per la realizzazione di un reato» (corsivo nostro).

⁷⁵ Il principale sostenitore della tesi sostanzialistica ha ritenuto che il potere del giudice penale di «valutare e controllare *tutto* ciò che è rilevante nella fattispecie [...] non si svolge sul modello formale offerto dalla norma incriminatrice – e ciò va detto senza voler minimizzare la portata del principio, costituzionalizzato, di tassatività, al quale, come già osservato [...], si vuole oggi riacordare la soluzione del problema – bensì tenendo conto di ogni altro fattore, soprattutto sostanziale, che può consentire di ricostruire il *contenuto* della norma» (M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, cit., 107).

⁷⁶ V., per tutti, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, 3 ss. e *passim*.

⁷⁷ Solo in questo caso, infatti, l'atto amministrativo sarebbe equiparabile a quello del tutto mancante, in quanto giuridicamente inesistente.

Una tesi meno rigorosamente garantista (assai più diffusa, ancor oggi, in giurisprudenza), invece, ammette un sindacato anche in caso di violazione macroscopica della legge e in caso di carenza in concreto del potere⁷⁸. Così si è espressa anche la Corte costituzionale nella ordinanza 14 giugno 1990, n. 288, pronunciata all'esito del giudizio sulla legittimità costituzionale degli artt. 4 e 5 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, nella parte in cui impone di arrestare l'attività giurisdizionale del giudice penale innanzi a un provvedimento amministrativo. Nel dichiarare manifestamente infondata la questione, la Corte ha ammesso che la «largamente consolidata giurisprudenza della Cassazione, anche a Sezioni Unite [...], secondo la quale il giudice ordinario non può disapplicare il provvedimento amministrativo di cui – salvo i casi di lesione di diritti soggettivi o di illiceità penale – non può valutare la legittimità neppure “*incidenter tantum*”, atteso quanto dispongono gli artt. 4 e 5 del citato all. E della legge n. 2248 del 1865 [...]». Nell'esaminare le doglianze circa «l'incompatibilità [con il dettato costituzionale] di ogni preclusione al giudice dell'esercizio della funzione giurisdizionale in presenza di specifiche violazioni di legge, specie quando si tratti di violazione di fattispecie penalistica intesa alla tutela di interessi pubblici», la Corte puntualizza che «l'illiceità penale di una concessione non deriva soltanto dalla collusione [...], ma da qualsiasi violazione della legge penale che abbia a viziare il momento formativo della volontà della pubblica amministrazione, e perciò anche dal delitto di cui all'art. 328 codice penale che incrimina la volontaria indebita omissione da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio di atti dell'ufficio o del servizio: omissione che nella specie poteva essere rappresentata dal mancato accertamento di conformità, richiesto dall'istanza dell'interessato, che la legge pone alla base della concessione in sanatoria, e di cui non esiste alcun accenno nel provvedimento amministrativo».

Il punto vi vista muta radicalmente se si abbandona il potere *ex art. 5 L.A.C.* per sposare la tesi sostanzialistica del giudizio di integrazione del fatto tipico così come descritto dalla fattispecie legale. Il giudice, soggetto solo alla legge *ex art. 101, co. 2 Cost.*, «dotato di tut-

⁷⁸ Cass. pen., 21 gennaio 1993, in *Cass. pen.*, 1994, 1634 ss.; Cass. pen., 24 giugno 1992, in *Cass. pen.*, 1993, 2078 ss.; Cass. pen., 28 giugno 2000, n. 10960, in *Ced* («nell'ipotesi di concessione edilizia in sanatoria il giudice penale deve accertare la conformità dell'atto alle norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, anche in ossequio alla previsione di cui all'art. 13 della legge n. 47 del 1985, per il quale la concessione in sanatoria estingue i reati urbanistici solo se le opere risultano conformi agli strumenti urbanistici; ne consegue che il giudice, *ex art. 5 della legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. E*, può disapplicare la concessione macroscopicamente illegittima. (In applicazione di tale principio la Corte ha ritenuto tale la concessione in sanatoria rilasciata in assenza del provvedimento autorizzativo dell'autorità preposta alla tutela del vincolo paesistico gravante sull'area oggetto dell'intervento)»).

ti i necessari poteri di controllo, [...] spingerà la sua indagine sin dove (e, necessariamente, non oltre) lo richieda ciascuna figura di reato, scomposta nei vari elementi che emergono dalla descrizione normativa e dalla individuazione dell'interesse protetto. Gli sconfinamenti, le esorbitanze e, quindi, l'abuso del potere giurisdizionale, cominciano lì dove finisce l'area di operatività della fattispecie penale»⁷⁹. Pertanto, nell'esempio prima prospettato del permesso di costruire illegittimo, se si riconosce l'interesse protetto dalla fattispecie penale nel buon assetto del territorio, il provvedimento autorizzativo «dovrà non solo essere esistente ma anche fornito dei requisiti che tendono a garantire la rispondenza dell'atto amministrativo a quell'interesse: mentre potranno ritenersi irrilevanti, ai fini della norma penale in questione, gli altri requisiti di legittimità (ad esempio quelli attinenti alla forma»⁸⁰.

§ II.3.1. – Il sindacato sulle fattispecie appartenenti al modello ingiunzionale

Le resistenze riscontrabili in seno alla giurisprudenza, prima descritte, in ordine alla sindacabilità della legittimità del provvedimento (in favore di un controllo limitato all'esistenza e alla liceità dello stesso), paiono venire meno con riferimento alle fattispecie penali appartenenti al c.d. modello ingiunzionale, che sanzionano cioè l'inosservanza di un provvedimento amministrativo. In tali casi si legge in più pronunce come il sindacato debba investire tanto il profilo formale quanto quello sostanziale del provvedimento, e dunque sia l'eventuale mancanza delle condizioni formali, sia la violazione delle norme che regolano l'esercizio del potere. E ciò è accaduto non solo con riferimento alle fattispecie che espressamente richiedono un provvedimento "legalmente dato".

⁷⁹ M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, Milano, Giuffrè, 2000, 63. In giurisprudenza, v. Cass. pen., sez. III, 30 marzo 2004, n. 15299, in *Ced* («si deve riconoscere la possibilità di sindacare la legittimità della concessione edilizia, di quella in sanatoria, del condono e di tutte le cause di giustificazione oppure di quelle speciali di estinzione dei reati, giacché, se il potere di disapplicazione deriva dall'art. 101 Cost., logicamente i termini concessione, autorizzazione, atto amministrativo in generale devono presupporre la conformità alla legge, in quanto sarebbe in contrasto con gli stessi principi costituzionali in materia penale considerare ammissibile un comportamento posto in essere in una condizione di illegittimità se non scriminato da una specifica norma. Tralasciata l'analisi di tutta la recente evoluzione normativa (dalla legge n. 662 del 1996 alla legge n. 443 del 2001 ed al d.P.R. n. 380 del 2001 e successive modificazioni) in materia urbanistica, perché propria a detto settore, si deve rilevare che 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 normativo di un reato, l'esame deve riguardare non l'esistenza ontologica dello stesso, ma l'integrazione o meno della fattispecie penale "in vista dell'interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela, nella quale gli elementi di natura extrapenale ... convergono organicamente, assumendo un significato descrittivo"»).

⁸⁰ M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, cit., 63.

Non sembra infatti particolarmente innovativa la posizione assunta dalla Cassazione in tema di contravvenzione *ex art. 650 c.p.* (inosservanza dei provvedimenti dell'autorità), che richiede la legittimità dell'ordine quale requisito di fattispecie; afferma la Corte che, «in presenza di norme penali che sanzionano l'inottemperanza a un ordine della pubblica amministrazione, il giudice penale deve verificare la legittimità del provvedimento amministrativo presupposto del reato, sia sotto il profilo sostanziale, sia sotto quello formale, con riferimento a tutti e tre i vizi tipici che possono determinare l'illegittimità degli atti amministrativi, e cioè violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere»⁸¹. Qui, con grande incisività, si è affermato che «il giudice deve, inoltre, valutare se il provvedimento *corrisponde effettivamente alla funzione legale tipica assegnatagli dall'ordinamento* e se, per la sua formulazione, *sia* – in rapporto alla particolare situazione che si intende tutelare – *eseguita nei tempi e nelle modalità descritte*».

In sostanza, la Corte ammette il sindacato del giudice penale in ordine alla legittimità formale e sostanziale dell'ordine impartito e, più specificamente, l'effettiva esigenza di, e la concreta attitudine del provvedimento a, tutelare la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico, l'igiene o la giustizia (come prescritto dall'art. 650 c.p.)⁸². Se difetta questo elemento, non si può ritenere sussistente il reato contestato.

Maggiormente degna di nota (anche se dal tenore letterale più tiepido) è probabilmente la posizione assunta con riferimento a fattispecie il cui dato letterale non contempla la legittimità del provvedimento, come accade per il reato di inottemperanza al provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale adottato dall'organo di vigilanza in materia di lavoro, previsto dall'art. 14, comma 10, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81. Qui la Corte ha di recente affermato che tale figura criminosa «non è configurabile nel caso in cui il giudice ravvisi profili di illegittimità formale o sostanziale del provvedimento che si assume violato». In tale pronuncia si afferma, aderendo così alla tesi sostanzialistica di cui si è sopra detto, che «anche al di là (e prima) della possibilità di ricorrere avverso il provvedimento amministrativo, la necessità di interpretare le norme penali in funzione dei beni protetti e nell'ottica del principio di necessaria offensività – la cui attuazione va particolarmente considerata laddove, come nel caso di specie, si tratti di reati formali – consente tuttavia di escludere la sussistenza del reato se l'inottemperanza abbia riguardato un provvedimento amministrativo illegittimo. Benché l'art. 14, comma 10, d.lgs. 81/2008 – a differenza di analoghe fattispecie incriminatrici che han-

⁸¹ Cass. pen., sez. I, 8 febbraio 2012, n. 9157.

⁸² V. anche Cass. pen., sez. I, 26 settembre 2017, n. 54496.

no per presupposto l'inosservanza di provvedimenti amministrativi (si pensi all'art. 650 cod. pen.) – *non preveda espressamente che il reato sussista soltanto laddove il provvedimento sia legalmente dato*, da tempo la giurisprudenza di questa Corte ritiene che il giudice penale abbia il *potere di sindacare la legittimità dell'atto amministrativo che costituisce elemento di fattispecie non soltanto quando tale potere trovi fondamento e giustificazione in un'esplicita previsione legislativa, ma anche quando l'interpretazione finalistica della norma penale conduca a ritenere che la legittimità dell'atto amministrativo si presenti essa stessa come elemento essenziale della fattispecie criminosa [...]* [N]el caso in cui non si tratti di provvedimento amministrativo che comporta la lesione dei diritti soggettivi, ma, per contro, di atto che rimuove un ostacolo al loro libero esercizio, come le autorizzazioni ed i nulla-osta, non può farsi richiamo al generale potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo previsto, soltanto nel primo caso, dagli artt. 4 e 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E). Laddove il provvedimento abbia invece gli effetti di restringere e limitare i diritti soggettivi – e tale è il caso della sospensione di un'attività imprenditoriale adottata dall'organo di vigilanza sul lavoro per ritenute infrazioni alla relativa normativa – *non v'è ragione di escludere che anche il giudice penale possa disapplicare l'atto amministrativo illegittimo, conseguentemente negando la sussistenza del reato previsto per sua inottemperanza*. Quand'anche, poi, non si volessero richiamare le citate disposizioni della risalente legge abolitrice del contenzioso amministrativo, *l'interpretazione finalistica, e costituzionalmente orientata, delle norme penali porterebbe certamente a questo risultato. [...]* In questi casi, al pari di quanto avviene per la contravvenzione di cui all'art. 650 cod. pen., il sindacato del giudice penale è tuttavia *rigorosamente limitato ai profili di legalità sostanziale e formale del provvedimento che si assume violato, sotto i tre profili tradizionali della violazione di legge, dell'eccesso di potere e della incompetenza [...]*. Deve, pertanto, affermarsi il principio secondo cui il reato di inottemperanza al provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale adottato dall'organo di vigilanza in materia di lavoro, previsto dall'art. 14, comma 10, d.lgs. n. 81 del 2008, non sussiste laddove il giudice ravvisi profili di illegittimità formale o sostanziale del provvedimento contestato come violato»⁸³.

⁸³ Cass. pen., sez. III, 21 giugno 2019, n. 27534, in *Ced*.

§ II.3.2. – *La rilevanza della legittimità accertata dal giudice amministrativo. Dal «totale effetto preclusivo» alla «solo tendenziale vincolatività»*

Un aspetto rilevante del tema che ci occupa è poi certamente rappresentato dalla eventuale vincolatività del giudicato amministrativo in ordine alla legittimità o meno dell'atto amministrativo a rilevanza penalistica.

Si può rilevare che, mentre non si è mai dubitato della libertà di giudizio in caso di provvedimento divenuto inoppugnabile per mancato esperimento degli strumenti di tutela entro i termini decadenziali, viceversa si è discusso, specie in giurisprudenza, in ordine alla vincolatività del giudicato amministrativo, ossia della decisione assunta dal g.a. ormai divenuta inoppugnabile per scadenza dei termini di impugnazione o per esaurimento degli strumenti di impugnazione.

La giurisprudenza ha nel tempo assunto dapprima un orientamento molto rigoroso, sposando la tesi del totale effetto preclusivo, per poi orientarsi per una solo tendenziale vincolatività del *decisum* del giudice amministrativo.

Nel primo filone si inserisce una nota sentenza del 1996 che incarna ad oggi l'esempio di adesione più radicale alla tesi della vincolatività, il cui fondamento viene ancorato alla *ratio* di certezza e stabilità del giudicato. Nella motivazione si legge infatti che «l'autorità giudiziaria ordinaria non ha il potere di valutare la conformità a legge di un "arret" di un'altra giurisdizione (nella specie, una sentenza del Tribunale amministrativo regionale coperta da giudicato): ciò in quanto il cittadino – pena la vanificazione dei suoi diritti civili – non può essere privato della facoltà di fare affidamento sugli strumenti della tutela giurisdizionale posti a sua disposizione dall'ordinamento»⁸⁴.

Una simile presa di posizione è stata profondamente criticata in dottrina in quanto frutto di una interpretazione antiletterale dell'art. 2 c.p.p., che al contrario consacra il principio di autosufficienza della giurisdizione penale⁸⁵: il codice del 1988 ha infatti superato il principio dell'unità della giurisdizione, optando per il modello opposto dell'autonomia dei giudizi civile, penale, amministrativo, con una conseguente prevalenza riconosciuta al giudicato penale. L'autosufficienza della giurisdizione peraltro non svislaccia la *ratio* di certezza e stabilità del giu-

⁸⁴ Cass. pen., sez. III, 11 gennaio 1996, n. 54, in *Ced* (fattispecie in tema di configurabilità del reato di costruzione senza concessione edilizia, e di conseguente provvedimento di sequestro, nonostante l'esistenza di una pronuncia definitiva del TAR che affermava la legittimità della costruzione).

⁸⁵ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012, 981 ss.; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2020, 142; A. GIARDA, sub art. 2, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda, G. Spangher, Milano, Ipsoa, 2017, 242 ss.

dicato in quanto non scalfisce la stabilità del giudicato, il cui contenuto resta "regola del caso concreto" nella vicenda amministrativa, spezzando definitivamente il legame tra fatto e norma.

Tale posizione risulta invero mitigata dalla successiva giurisprudenza. Nel 2003 la Cassazione non si è espressamente discostata dal suo precedente, che anzi dichiara possa essere condiviso, ma ha nondimeno affermato che «il potere del giudice penale di accertare la conformità alla legge ed agli strumenti urbanistici di una costruzione edilizia e quindi di valutare la legittimità di eventuali provvedimenti amministrativi concessori o autorizzatori trova un limite esclusivamente in sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato *che abbiano espressamente affermato la legittimità della concessione o della autorizzazione edilizia e quindi abbiano espressamente affermato la sussistenza del diritto del cittadino a costruire*»⁸⁶.

In tale sentenza si colgono i primi segni di cedimento in favore della solo tendenziale vincolatività del giudicato amministrativo, che troverà più puntuale consacrazione in pronunce successive. Si è infatti successivamente affermato che «al giudice penale è preclusa la valutazione della legittimità dei provvedimenti amministrativi che costituiscono il presupposto dell'illecito penale qualora sul tema sia intervenuta una sentenza irrevocabile del giudice amministrativo, *ma tale preclusione non si estende ai profili di illegittimità, fatti valere in sede penale, che non siano stati dedotti ed effettivamente decisi in quella amministrativa*»⁸⁷.

⁸⁶ Cass. pen., sez. III, 5 giugno 2003, n. 39707, in *Ced* (la Corte ha dichiarato infondato il motivo addotto dalla difesa, secondo cui «in realtà il giudice penale può bensì disapplicare il provvedimento amministrativo illegittimo o illecito, ma non può disapplicare, esprimendo una divergente valutazione, una pronuncia giurisdizionale emanata dal giudice amministrativo, giacché ciò violerebbe il principio di riparto della giurisdizione, con conseguente straripamento di potere»). V. anche Cass. pen., sez. II, 9 dicembre 2015, n. 50189, in *Ced* («In tema di lottizzazione abusiva, il potere del giudice di disporre la confisca dei terreni lottizzati trova un limite esclusivamente nei provvedimenti giurisdizionali del giudice amministrativo passati in giudicato che abbiano espressamente affermato la legittimità della concessione o della autorizzazione edilizia ed il conseguente diritto del cittadino alla realizzazione dell'opera. (Fattispecie in cui la Corte ha escluso che potesse ritenersi tale la sospensione da parte del Consiglio di Stato dell'efficacia dei provvedimenti di sgombero adottati dal Comune)»).

⁸⁷ Cass. pen., sez. I, 11 gennaio 2011, n. 11596, in *Ced* («ed invero, seppure deve riconoscersi – come a ragione sostenuto dal PG ricorrente – che il potere del giudice penale di valutare la legittimità dei provvedimenti amministrativi che costituiscono il presupposto dell'illecito penale, incontra un limite nei provvedimenti giurisdizionali del giudice amministrativo passati in giudicato (in termini, in materia di reato di costruzione senza concessione, si veda Sez. 3, Sentenza n. 54 del 11/1/1996, dep. il 3/04/1996, imp. Ciaburri, Rv. 204622, secondo cui "l'autorità giudiziaria ordinaria non ha il potere di valutare la conformità a legge di un "arret" di un'altra giurisdizione"), ritiene tuttavia questo Collegio, anche in considerazione del carattere autonomo della giurisdizione penale rispetto a quella amministrativa e della assoluta rilevanza ed inderogabilità del potere del giudice ordinario di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo, che tale effetto preclusivo sussista con riferimento ad un provvedimento giurisdizionale del giudice amministrativo passato in giudicato, che abbia espressamente esaminato lo specifico profilo di illegittimità dell'atto

Ciò è affermato considerando che quella penale è giurisdizione oggettiva, mentre quella amministrativa ha carattere soggettivo, fondato cioè sui principi della domanda, della corrispondenza tra chiesto pronunciato nonché sul principio dispositivo (seppur temperato dal metodo acquisitivo⁸⁸). Il giudicato amministrativo non può essere destinato a coprire nel processo penale anche il deducibile.

Si tratta invero di soluzione evidentemente compromissoria che lascia ancora forti dubbi, stante la permanente (seppur ora parziale) inoperatività procurata dell'art. 2 c.p.p.

Da ultimo, vi è chi ha evidenziato come l'esistenza di un giudicato amministrativo favorevole per il privato ricorrente potrebbe incidere – sul versante penale – sul di lui elemento soggettivo, escludendo cioè il dolo di fattispecie. Ove un soggetto risulti destinatario di una sentenza definitiva che accerti la legittimità di un provvedimento ampliativo o l'illegittimità di un provvedimento restrittivo potrebbe sostenere di essere stato sufficientemente rassicurato circa la legittimità della propria condotta. Si è tuttavia osservato che «il ragionamento [...] non coglie nel segno e avrebbe pregio solo se il giudicato amministrativo si collocasse in un momento temporalmente anteriore rispetto alla condotta criminosa, giacché, in questo caso, inciderebbe realmente sull'elemento psicologico del reato. Si dovrebbe, in altri termini, ipotizzare il caso di una costruzione realizzata dopo che il giudice amministrativo avesse dichiarato la legittimità del titolo, ma nella normalità dei casi questo non avviene. Nella casistica dei reati urbanistici, infatti, l'impugnazione del titolo abilitativo avviene ad opera iniziata, quando il reato è già completo nei suoi elementi strutturali»⁸⁹.

Tale critica risulta in effetti assai ragionevole. Tuttavia, va considerato che gli strumenti di tutela in capo al privato non si esauriscono in quello demolitorio rappresentato dall'azione di annullamento. Al contrario, in ossequio al principio di atipicità delle azioni, il privato destinatario del provvedimento ampliativo potrebbe agire con l'azione di mero accertamento⁹⁰, per fugare dubbi in ordine alla illegittimità

fatto valere, incidentalmente, in sede penale, dovendo altrimenti ritenersi, in maniera non dissimile a quanto affermato da questa Corte in tema di processo esecutivo (in termini, Sez. 1, Sentenza n. 30496 del 3/06/2010 dep. 30/07/2010, imp. Nicolini, Rv. 248319), che la preclusione del cosiddetto giudicato amministrativo non si estende a tutte le questioni deducibili ma esclusivamente a quelle che sono state dedotte ed effettivamente decise»).

⁸⁸ Art. 64 co. 3 c.p.a.

⁸⁹ F. PRETE, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 18.

⁹⁰ Il codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) conosce, anzitutto, dei poteri di mero accertamento tipici, ossia quelli conseguenti al promovimento dell'azione di nullità ex art. 31, co. 4 c.p.a., l'accertamento dell'illegittimità a soli fini risarcitori ex art. 34, co. 3 c.p.a., l'accertamento dell'intervenuta soddisfazione con conseguente cessazione della materia del contendere ex art. 34 co. 5 c.p.a., la dichiarazione di nullità degli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato ex art. 114, co. 2, lett. b) c.p.a. Al di fuori di questi casi è stata assai discussa la possibilità per il giudice di pronunciare una senten-

del proprio titolo abilitativo, con la conseguenza che il *dictum* del giudice amministrativo non necessariamente giungerà ad opera ultimata in virtù dell'azione di annullamento proposta da un controinteressato.

§ II.4. - *Differenze e somiglianze con il sindacato del giudice penale su atti legislativi, atti negoziali e provvedimenti giurisdizionali*

Per concludere, occorre considerare che non solo gli atti amministrativi possono assumere un ruolo centrale nell'economia della fattispecie penale, ma tale rilevanza può inerire anche ad atti legislativi, negoziali o a provvedimenti di un giudice diverso rispetto a quello chiamato a definire il giudizio a carico dell'imputato.

Quanto al primo caso, che può profilarsi ad esempio ove un elemento normativo della fattispecie richiami una fonte di rango primario, è evidente che il giudice non ha alcun potere-dovere se non quello di procedere ad una interpretazione costituzionalmente conforme oppure, ove tale strada non sia percorribile, di sollevare questione di legittimità costituzionale, in ossequio al sistema a controllo accentrato definito dalla Corte costituzionale. Viceversa, è noto come in relazione alla legittimità costituzionale di regolamenti o provvedimenti amministrativi viga il modello opposto (di sindacato diffuso), essendo la Corte costituzionale giudice delle leggi e non della legittimità costituzionale (art. 134 Cost., v. *supra* § 1, nt. 1).

Parimenti, una rilevanza penale può essere rivestita da un atto negoziale di autonomia privata; si pensi al caso dell'insolvenza fraudolenta *ex* art. 641 c.p., che richiede quale elemento costitutivo la contrazione di una obbligazione, o alla truffa *ex* art. 640, il cui ingiusto

za dichiarativa. Secondo la tesi negativa i casi espressamente previsti solo i soli ammessi (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*). La tesi positiva, invece, ha valorizzato due argomenti: l'art. 112 co. 5 c.p.a. ossia la richiesta di chiarimenti in ottemperanza: se è ammesso in sede di ottemperanza deve esserlo anche in sede di cognizione; e l'art. 34, co. 2 c.p.a. («in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati») la cui unica ipotesi applicativa è quella in cui il privato chiede l'accertamento.

Questo dibattito si è posto in particolare in relazione alla scia e alle tutele del terzo controinteressato. La pronuncia della Adunanza Plenaria dell'11 dicembre 2015, n. 11 ha sostenuto che il terzo può anche agire con un'azione di mero accertamento dell'insussistenza dei presupposti per lo svolgimento dell'attività. Va tuttavia osservato che, ad oggi, in relazione alla scia il co. 6 *ter* dell'art. 19 l.p.a. impedisce l'esperimento dell'azione di accertamento. Il caso oggi più importante di esperibilità dell'azione di accertamento mero resta allora quello del silenzio assenso: il privato che ha presentato un'istanza, potrebbe non avere la certezza circa l'intervenuta formazione del silenzio assenso. Taluni hanno immaginato anche un altro caso, ossia quello dell'incertezza sull'estensione delle facoltà che il titolo attribuisce al privato (es. autorizzazioni ambientali che concedono di emettere sostanze nocive solo fino a un certo livello).

V., per tutti, M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it; M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2013, 199 ss.

profitto può essere conseguenza di un atto di disposizione della vittima rappresentato dall'assunzione di una obbligazione, o ancora a tutte quelle fattispecie che richiedono l'effettiva titolarità di un diritto in capo a un soggetto (es. il furto richiede l'altruità della cosa mobile e dunque il diritto di proprietà in capo alla vittima, la bancarotta fraudolenta richiede l'appartenenza dei beni distratti alla persona del fallito, *etc.*).

In questi casi la giurisprudenza ha ritenuto non integrato il reato solo in caso di radicale nullità del contratto, sulla scorta dell'assunto *quod nullum est nullum producit effectum*. Non producendo alcun effetto nell'ordinamento giuridico, l'atto negoziale sarebbe da considerarsi inidoneo ad offendere il bene giuridico, individuabile, nei casi di cui sopra, nel patrimonio della vittima. Le Sezioni Unite nel 2008 hanno difatti affermato che «se elemento della fattispecie è un atto negoziale privato (come nella ipotesi dell'art. 641 c.p.), il giudice penale può escludere l'illiceità del fatto solo in presenza di un negozio nullo, ad esempio perché avente causa illecita, dato che in tal caso la relativa obbligazione non è idonea, in assoluto, a produrre effetti giuridici, e quindi nemmeno una condotta incriminabile, non bastando che esso sia solo annullabile, dovendo il negozio ritenersi produttivo di effetti giuridici fino a che esso non sia annullato dal giudice civile»⁹¹.

Assai dibattuta è invece la sindacabilità dell'atto a natura giurisdizionale idoneo ad integrare la fattispecie penale, il che accade, ad esempio, nel reato di evasione *ex art. 385 c.p.* (che trova il proprio fondamento nell'esistenza di un provvedimento limitativo della libertà personale), nel reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice *ex art. 388 c.p.*, nel reato di bancarotta pre-fallimentare e post-fallimentare *ex artt. 216 ss. della legge fallimentare* (che trovano il proprio fondamento nella pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento ad opera del giudice delegato).

Quest'ultimo esempio è quello che maggiormente ha suscitato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Del resto, la cognizione del

⁹¹ Cass. pen., SS.UU. 28 febbraio 2008, n. 19601. In materia di bancarotta fraudolenta v. Cass. pen., sez. V, 13 gennaio 1997, n. 5423, in *Ced* («In materia di bancarotta fraudolenta, nella nozione di beni appartenenti al fallito rientrano le cose oggetto del diritto di proprietà, dei diritti "immateriali", i crediti, ma non quei beni che non siano mai entrati nel di lui patrimonio. Non sono beni dell'imprenditore quelli che sono nella sua limitata disponibilità, per averli egli ricevuti a titolo diverso dalla "traslatio dominii" (locazione, comodato, deposito) e che, quindi, non sono mai usciti dal patrimonio del "dominus". Di conseguenza, non è condotta sanzionabile come bancarotta fraudolenta l'atto di disposizione di beni mai entrati nel patrimonio dell'imprenditore, perché a lui pervenuti attraverso un negozio giuridico affetto da anomalia genetica, non idoneo, quindi, al trasferimento della proprietà. Specifica la Corte che la compravendita di un bene immobile, stipulata con atto notarile sottoscritto dalle parti, ma non trascritto né registrato né inserito a repertorio per la mancata allegazione del certificato di destinazione urbanistica – requisito essenziale prescritto per la validità dell'atto, a norma dell'art. 18 della Legge n. 47 del 1985 – è un negozio originariamente nullo, se non inesistente, e come tale inidoneo a determinare il trasferimento del bene dell'alienante all'acquirente»).

giudice penale è sempre subordinata all'esistenza della declaratoria civile di fallimento: nell'ipotesi pre-fallimentare, la sentenza dichiarativa di fallimento è – secondo la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza più recente – condizione obiettiva di punibilità⁹²; nell'ipotesi post-fallimentare, la sentenza è elemento essenziale del fatto tipico.

In ordine alla sindacabilità da parte del giudice penale del contenuto della sentenza dichiarativa di fallimento (ossia l'accertamento della qualifica di imprenditore commerciale, del superamento delle soglie dell'art. 1 l. fall, della condizione di insolvenza *ex art. 5 l. fall.*) si registrano opinioni differenti.

Nella vigenza dell'abrogato codice di procedura penale del 1930, la dichiarazione di fallimento era reputata vincolante nel processo penale, posto che la sentenza dichiarativa di fallimento definiva un vero e proprio *status* della persona (*id est* quello di fallito). All'epoca, la sentenza era reputata fare stato in ordine alla qualifica di imprenditore commerciale e allo stato di insolvenza.

Con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale del 1989, gli interpreti hanno dovuto fare i conti con il già menzionato art. 2 c.p.p., a mente del quale «il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito. La decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione civile, amministrativa o penale non ha efficacia vincolante in nessun altro processo». Gli interpreti hanno dunque dovuto rimeditare l'antico assunto alla luce del principio dell'autosufficienza della giurisdizione penale, che riserva una autonoma cognizione al giudice penale riguardo alle questioni di natura civile, penale o amministrativa che si pongono in precedenza logica rispetto alla decisione finale. A oggi, è nel potere del giudice penale valutare tutti i presupposti del reato senza essere vincolato da pronunce provenienti da diversi ambiti dell'ordinamento ed emesse in base a regole probatorie meno garantiste rispetto a quelle proprie del processo penale.

Nonostante tale chiarezza del dato letterale, si sono fronteggiate nel tempo due opposte tesi⁹³.

Secondo la prima, il giudice penale ha il potere-dovere di accertare tutti gli elementi del reato, e dunque la qualità di imprenditore commerciale, lo stato di insolvenza, la tipicità delle condotte. Altro orientamento ha tuttavia ritenuto che il giudice penale debba sì valutare i requisiti del reato di bancarotta, ossia la qualifica di imprenditore com-

⁹² Cass. pen., sez. V, 8 febbraio 2017, n. 13910.

⁹³ C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, a cura di C. Pedrazzi, A. Alessandri, L. Foffani, S. Seminara, G. Spagnolo, Milano, Monduzzi, 2003, 114 ss.; A. SCARCELLA, *Reati di bancarotta e (in)sindacabilità in sede penale della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 482 ss.

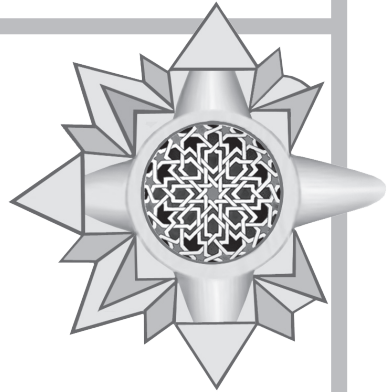
merciale (soggetto attivo del reato), ma non anche lo stato di insolvenza *non essendo esso elemento tipico ma mero presupposto*, ex art. 5 l. fall., della dichiarazione di fallimento.

A comporre questo contrasto interpretativo hanno provveduto le Sezioni Unite nel 2008, le quali hanno adottato una soluzione assai rigorosa, distaccandosi di fatto da entrambi gli orientamenti appena esposti. Le Sezioni Unite hanno affermato che deve considerarsi vincolante l'accertamento dello *status* di imprenditore e dell'insolvenza compiuto dal giudice fallimentare anche agli effetti della legge penale. Infatti, gli artt. 2 e 3 c.p.p. non hanno alcuna incidenza determinante sul potere di sindacato del giudice penale: la qualifica di fallito non è una questione pregiudiziale ma un mero effetto diretto della sentenza dichiarativa di fallimento; l'art. 1 l. fall., poi, non è norma extra-penale che interferisce sulla fattispecie penale ma mera condizione di fatto per la dichiarazione di fallimento⁹⁴.

L'opzione delle Sezioni Unite in favore della totale insindacabilità dell'atto giurisdizionale presupposto desta invero alcune perplessità, nella parte in cui omette di considerare che la qualifica di fallito è caratteristica necessaria del soggetto attivo di un reato proprio; pertanto detta qualifica parrebbe a tutti gli effetti elemento costitutivo del reato fallimentare. Sottrarre l'accertamento della qualifica soggettiva, oltre a non risultare coerente con il dettato dell'art. 2 c.p.p., pare un'incomprensibile limitazione della cognizione del giudice penale in ordine all'integrazione degli elementi della fattispecie, realizzata trincerandosi ancora una volta dietro il concetto di *mero presupposto del reato* (*supra*, cap. I. § 4.1) non integrativo della fattispecie.

⁹⁴ Cass. pen., SS.UU. 28 febbraio 2008, n. 19601. V. anche Cass. pen., sez. V, 8 gennaio 2009, n. 9279, con nota di E.M. AMBROSETTI, *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni Unite*, in Cass. pen., 2008, 3602 ss. (nella sentenza si legge come «il giudice penale investito del giudizio relativo al reato di bancarotta ex art. 216 e seguenti R.D. 16 marzo 1942, n. 267 non può sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento, quanto al presupposto oggettivo dello stato d'insolvenza dell'impresa e ai presupposti soggettivi inerenti alle condizioni previste per la fallibilità dell'imprenditore»). Da ultimo v. Cass. pen., sez. V, 24 febbraio 2021, n. 12074 in cui si afferma che il giudice deve limitarsi a verificare l'esistenza e la validità formale della sentenza dichiarativa di fallimento, dal momento che eventuali errori inerenti alla procedura concorsuale devono essere fatti valere unicamente a messo di reclamo avverso la pronuncia del giudice delegato.

III. Il sindacato sulle scelte discrezionali. Il “nuovo” abuso d’ufficio



*1. Attività vincolata, attività discrezionale e attività politica:
l'eccesso di potere amministrativo e l'eccesso di potere legislativo*

1.1. Evoluzioni: a) la “fuga” dall'eccesso di potere con la legislazione delle regole sostanziali dell'agire amministrativo; b) la “fuga” dalla violazione di legge con l'art. 21 octies, co. 2 l.p.a.

2. Il sindacato sulla discrezionalità amministrativa e sulla discrezionalità tecnica

3. Il sindacato del giudice penale

4. Il caso dell'abuso d'ufficio. L'evoluzione normativa

5. Il decreto semplificazioni 2020: scomparsa della rilevanza penale della violazione regolamentare e del sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa

6. L'immediato contraccolpo della giurisprudenza: la ‘violazione dei limiti esterni’ della discrezionalità amministrativa, il ‘potere vincolato in concreto’ e la ‘specificazione tecnica di precetti comportamentali’

7. Alcune considerazioni finali

§ III.1. – *Attività vincolata, attività discrezionale e attività politica: l'eccesso di potere amministrativo e l'eccesso di potere legislativo*

Per approfondire il tema del sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa, pare opportuno brevemente porre la mente al sindacato, più in generale, dell'autorità giurisdizionale sulle scelte discrezionali della pubblica amministrazione, tema fortemente dibattuto nel passato, che pare aver trovato ad oggi una definitiva composizione attraverso una precisa distinzione tra attività politica, discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica.

È noto come l'agire della p.a. sia informato al principio di legalità, in forza del quale l'autorità pubblica può adottare provvedimenti amministrativi nei soli casi previsti dalla legge, essendo cioè necessario che una previsione di legge attribuisca puntualmente alla p.a. il potere di adottare un determinato atto¹. In ordine al rapporto tra legge e atto amministrativo, si sono però fronteggiate nel passato due diverse ricostruzioni; da un lato, l'affermato principio di legalità in senso *formale* intendeva affidare alla legge il limitato compito di attribuire un potere ad una certa amministrazione e di individuarne il fine. L'opposta lettura di detto principio, definibile quale legalità in senso *sostanziale*, affermava viceversa che la legge non potesse limitarsi a ciò, dovendo al contrario individuare (anche) i presupposti dell'esercizio del

¹ Il fondamento normativo di tale principio è individuato in varie disposizioni del nostro ordinamento. Anzitutto, può citarsi l'art. 1, l. 241/1990, a mente del quale «l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, *secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario*». Tuttavia, secondo il principio di legalità in senso sostanziale, la legge non si può limitare a disciplinare solo i fini, deve disciplinare anche i mezzi attraverso cui raggiungerli. A questo proposito, l'art. 3, co. 1 l. 241/1990 prevede che «ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare *i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione*, in relazione alle risultanze dell'istruttoria». La legge deve dunque aver individuato i presupposti di fatto in presenza dei quali possa essere adottato il provvedimento.

Il principio di legalità ha però anche fondamento costituzionale *ex art. 97, co. 2 Cost.*: «i pubblici uffici sono organizzati *secondo disposizioni di legge*, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione». Essa parrebbe una riserva di legge in materia di organizzazione degli uffici, in realtà, però, secondo l'interpretazione dominante, l'organizzazione deve intendersi anche come attività in senso stretto.

Ai sensi dell'art. 97, co. 3 Cost. poi: «nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari», quindi per legge devono essere stati attribuiti e ripartiti i poteri alle pubbliche amministrazioni. E ciò opera anche con riferimento alle amministrazioni centrali, statali: «la legge provvede all'ordinamento della Presidenza del Consiglio e determina il numero, le attribuzioni e l'organizzazione dei Ministeri».

Infine, gli artt. 23, 32, 52 e 53 Cost. ribadiscono la necessità di una previsione normativa a monte dell'esercizio di un potere amministrativo.

Si tratta pertanto di principio di rango costituzionale inderogabile dal legislatore ordinario.

potere e il suo contenuto (ossia gli effetti che il provvedimento può o deve produrre)².

Nonostante un iniziale dibattito sul punto, secondo l'opinione largamente prevalente in dottrina e in giurisprudenza, nel nostro ordinamento la legge deve disciplinare il potere amministrativo (e non limitarsi ad attribuirlo), vigendo dunque il principio di legalità in senso sostanziale³. Dunque, mentre nel diritto privato tutto ciò che non è espressamente vietato è nella libera disponibilità del singolo, nel diritto pubblico la p.a. può fare solo ciò che le è consentito⁴: mentre l'autonomia privata incontra solo limiti negativi, la p.a. si interfaccia con il modello opposto⁵.

Chiarito ciò, va invero evidenziato che talvolta la legge individua in modo puntuale l'esito dell'azione amministrativa, prevedendo cioè un'attività vincolata; talaltra, invece, la legge si limita alla individuazione di un determinato interesse pubblico generale e alla correlativa attribuzione di funzioni in capo a una p.a.; qui, nonostante la legge determini i presupposti e il contenuto dell'*agere* amministrativo, alla pubblica amministrazione è comunque lasciato il compito di individuare il miglior modo per curare detto interesse pubblico. La discrezionalità amministrativa può pertanto essere definita quale facoltà di scelta fra più alternative (in ordine all'*an*, al *quando*, al *quid* o al *quomodo*) giuridicamente lecite per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e per il raggiungimento dello specifico fine al cui perseguimento l'autorità è preposta⁶.

² Cfr. S. CASSESE, *Istituzione di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 9 ss.

³ Le due concezioni del p. di legalità nascondono due diverse concezioni del rapporto fra p.a. e legislatore: quella sostanziale evoca una maggiore subordinazione della p.a. al legislatore e dunque del provvedimento alla legge; quella sostanziale evoca invece una minore subordinazione. Si assiste allora allo scontro fra due esigenze opposte: un'esigenza di garanzia da un lato (limitazione degli abusi da parte della p.a.) e un'esigenza di efficienza dell'azione amministrativa. V. Corte cost., sent. 7 ottobre 2003, n. 307; Corte cost., sent. 6 febbraio 2009, n. 32; Corte cost., sent. 7 aprile 2011, n. 115 («questa Corte ha affermato, in più occasioni, l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di *legalità sostanziale*, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente «l'assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione [...]. Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa»).

⁴ Tale modello confortante entra in crisi con i provvedimenti *extra ordinem*, ossia le ordinanze contingibili ed urgenti, attraverso le quali le pubbliche amministrazioni possono adottare misure eccezionali per far fronte a situazioni emergenziali (v. R. CAVALLO PERIN, *Poteri di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e d'urgenza*, Milano, Giuffrè, 1990, *passim*).

⁵ V. le riflessioni di G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 19 ss.

⁶ Nella manualistica, per tutti, S. CASSESE, *Istituzione di diritto amministrativo*, cit., 263 ss.

In tale operazione è dunque insita una valutazione comparata fra più interessi contrapposti⁷: quello istituzionale, quelli pubblici secondari e quelli privati (da qui la definizione dell'interesse legittimo quale posizione cedevole, a soddisfazione solo eventuale e non necessaria⁸), che risulta però pur sempre essere un'attività "guidata" dalle regole della l. 241/1990, la quale, in particolare, pone obblighi partecipativi del momento del giudizio e obblighi di motivazione⁹ nel momento dell'opzione.

La discrezionalità amministrativa così descritta può essere pertanto definita quale decisione sul diverso grado in cui gli interessi debbono essere soddisfatti¹⁰, che conduce a quel particolare contenuto del provvedimento amministrativo solitamente etichettato come 'merito amministrativo', dunque come scelta libera – ancorché guidata – di opportunità e convenienza della pubblica amministrazione¹¹. Essa si pone dunque nel penultimo gradino di una ideale scala discendente: se nel primo gradino troviamo l'attività vincolata, in relazione alla quale è pienamente sindacabile, oltre che la legittimità dell'atto, anche la fondatezza della pretesa vantata dal privato, nell'ultimo troviamo invece l'attività politica¹², libera non soltanto nella determinazione degli strumenti ma anche nel fine e proprio per questo mai sindacabile dal giudice comune¹³ (art. 7, co. 1 c.p.a.: «[...] Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del po-

⁷ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939.

⁸ L'interesse legittimo «segna pur sempre la coesistenza di diversi ordini i interessi e ne rappresenta una forma di composizione»; «mentre per il diritto soggettivo si individua una forma di protezione che assume carattere incondizionato, con l'interesse legittimo si ha riguardo a regole di coesistenza fra l'interesse privato e quello pubblico [...]» (A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 1993).

⁹ Sulla motivazione quale presidio indefettibile di legalità sostanziale v. Cons. St., 4 marzo 2014, n. 1018; Cons. St., 23 agosto 2021, n. 6018.

¹⁰ L'espressione è di G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 285.

¹¹ *Ex multis*, A. AMORTH, *Il merito dell'amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1939, 34; G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, Giuffrè, 1976, 130 ss.; A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, UTET, 1994, 402 ss.; B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013.

¹² *Ex multis*, E. SICA, *Del potere e degli atti politici*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, 455 ss.; G.B. GARRONE, *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, UTET, 1987, 548 ss.; V. FANTI, *L'atto politico nel governo degli enti locali*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 433 ss.; F. DODDI, *Il carattere assoluto dell'insindacabilità degli atti politici*, in *Rass. avv. st.*, 2009, 299 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti 'politici' e atti di 'alta amministrazione'*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 101 ss.; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, 329 ss.; G. PIACENTE, *Atti politici e tutela giurisdizionale. L'ultimo diritto*, in *Federalismi*, 2015; G. PEPE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento*, in *Federalismi*, 2017; A. LOLLO, *Atto politico e Costituzione*, Napoli, Jovene, 2020.

¹³ Sulla non impugnabilità degli atti espressivi del potere politico, v. in giurisprudenza, Cons. St., 29 febbraio 1996, n. 217; Cons. St., 12 marzo 2001, n. 1397; Cons. St., 23 gennaio 2007, n. 209; Cons. St., 02 ottobre 2009, n. 6094; Cons. St., 06 maggio 2011, n. 2718; Cons. St., 18 novembre 2011, n. 6083; Cons. St., 10 marzo 2015, n. 1210; Cons. St., 29 febbraio 2016, n. 808; Cons. St., 26 settembre 2019, n. 6444.

tere politico»¹⁴). Si parla a questo proposito di “atti esenti da giurisdizione”.

Per identificare siffatta categoria, si è tradizionalmente fatto riferimento a quegli atti che possono vantare uno specifico presupposto soggettivo, ossia di essere adottati da un organo di vertice dell'amministrazione, e un presupposto oggettivo, rappresentato dall'essere adottati sulla base di valutazioni politiche, non apprezzabili dal punto di vista giuridico¹⁵. Vi è invero altra autorevole ricostruzione che parla di atti «in cui si estrinsecano l'attività di direzione suprema della cosa pubblica e l'attività di coordinamento e di controllo delle singole manifestazioni in cui la direzione stessa si estrinseca»¹⁶. Ancora, il carattere della politicità viene desunto dalla presenza di «scelte di specifico rilievo costituzionale e politico relative al funzionamento in modo organico e coordinato dei pubblici poteri e delle istituzioni dello Stato»¹⁷.

Contro tali atti, non impugnabili dinanzi al giudice comune, è invocabile unicamente il controllo residuale di tipo politico del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato dinnanzi alla Corte costituzionale *ex art. 134 Cost.* La Costituzione pare realizzare così un bilanciamento fra l'interesse all'effettività della tutela giurisdizionale e le esigenze di garanzia della separazione dei poteri, che vede il primo sostanzialmente soccombere dinanzi alle seconde¹⁸.

La prima parte di tale disposizione («la Corte costituzionale giudica sulle controversie relative alla *legittimità costituzionale* delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni») ci restituisce l'idea di un sindacato limitato al vizio (indifferenziato quanto alla causa) di legittimità, prevendo allora implicitamente l'insindacabilità del merito, ossia dell'opportunità politica della legge in senso formale o materiale. Di qui il dibattito in ordine alla sindacabilità di quel vi-

¹⁴ Tale previsione era contenuta già nella l. 31 marzo 1998, n. 5992 (la legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato), all'art. 3, comma 2 («il ricorso non è ammesso se trattasi di atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico»), ed è successivamente confluita nel Testo Unico delle leggi del Consiglio di Stato, il R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, agli artt. 26 e 31.

¹⁵ E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, sottolinea però G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 288 come «la nozione di atto politico sia divenuta del tutto residuale, e opportunamente perché l'investitura politica di un organo non ne cambia la natura [...] Vi sono atti discrezionali [...] [che] possono essere di competenza di “organi politici” (ad esempio i piani regolatori) o amministrativi (ad esempio la determinazione delle tariffe del servizio energetico da parte dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas)».

¹⁶ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1982, 14 ss.

¹⁷ Cons. St., 13 marzo 2008, n. 1053.

¹⁸ Vi è invero chi ha evidenziato che il principio di effettività della tutela giurisdizionale *ex artt. 24, co. 1 e 113, co. 1 Cost.*, dovrebbe reputarsi incompatibile con il mantenimento del regime della insindacabilità degli atti politici (v. F.G. SCOCA, *Giustizia Amministrativa*, cit., 172; G. DE GIORGI CEZZI, *Aboliamo l'art. 7 comma 1 del Codice del processo amministrativo? Limiti e autolimiti del giudice amministrativo e sostenibilità dei procedimenti di generazione delle conoscenze in ordine ai fatti. I casi dell'eccesso di potere, dell'atto politico e dei poteri ancora non esercitati*, in *Federalismi*, 2018).

zio di legittimità, che si spinge però assai vicino al merito, rappresentato dall'eccesso di potere, in questo caso eccesso di potere legislativo¹⁹.

Si vedrà più innanzi come il vizio in parola è definibile quale vizio del fine ed è pur sempre annoverabile fra i vizi di legittimità. Si tratta di categoria nata nel diritto amministrativo, di cui si è talvolta ventilata l'applicabilità anche nel distinto campo del sindacato di legittimità delle leggi, per garantire alla Corte costituzionale il potere di valutare la finalità della legge e saggiarne la relativa costituzionalità²⁰.

Considerato che l'eccesso di potere è vizio della scelta teleologicamente vincolata, occorre domandarsi l'effettiva predicabilità dello stesso rispetto all'atto (*rectius*, all'attività) che si è prima detto essere "libero nel fine", come può desumersi dall'art. 8 l. 11 marzo 1953, n. 87 ("norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale"), il quale afferma che «il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge *esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento*». Se la prima parte del divieto appare in linea con la non sindacabilità del merito ("valutazione di natura politica"), la seconda parte - a non volerla ritenere un inutile doppio della prima - reca con sé alcuni dubbi interpretativi: nel definire discrezionale l'attività del Parlamento la norma pare riconoscere un vincolo teleologico dell'attività stessa e nell'escludere il sindacato sul suo uso pare limitare la portata dell'art. 134 Cost. che invece vorrebbe il controllo della Corte esteso ad ogni forma di vizio di legittimità²¹. Lo sviluppo della questione ci porterebbe probabilmente fuori tema, per cui ci si limiterà qui a ricordare come la giurisprudenza costituzionale abbia dapprima limitato il suo sindacato alla manifesta illogicità della scelta legislativa²² per poi, anni più innanzi, estenderlo alle ipotesi di irragionevolezza

¹⁹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, Cedam, 1976, 993; F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, 193; R. RESTA, *La «legittimità» degli atti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 28 ss.; U. FRAGOLA, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Amm. it.*, 1955, 13 ss.; L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 305; C. ESPOSITO, *La validità delle leggi: studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1964, 162 ss.; IDEM, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, 276; F. MODUGNO, voce *Legge (vizi della)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 1000 ss.; A. CERRI, voce *Sindacato di costituzionalità*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, Treccani, 1991, 21 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1988, 135 ss. e 124; A. CELOTTO, *Corte Costituzionale ed «eccesso di potere legislativo»*, in *Giur. cost.*, 1995, 3724 ss.

²⁰ G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, 1999, 387 s.

²¹ A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte Costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 797 ss.

²² Corte cost., sent. 6 marzo 1974, n. 53 («non occorre ricordare che le scelte politiche operate dal Legislatore sfuggono al controllo di questa Corte, rigorosamente circoscritto all'ipotesi di assoluta carenza di motivi logici e coerenti, o di palese contraddizione sui presupposti, tale da incidere negativamente nel campo di diritti costituzionalmente garantiti. Nella specie, è ovviamente insindacabile la decisione del Legislatore di introdurre nuove nor-

za, eccesso di potere legislativo e dunque mancanza di adeguata causa giustificativa della legge²³.

Come anticipato, a metà strada si pone l'attività amministrativa discrezionale, rispetto alla quale è da escludersi un sindacato sul merito (salve soltanto le ipotesi di giurisdizione estesa al merito *ex art. 134 c.p.a.*) in ossequio al principio della separazione dei poteri²⁴: solo e soltanto la p.a. può modificare o rimuovere una scelta di convenienza, il che può accadere in sede di autotutela (con esito demolitorio o sanante²⁵) o in sede di tutela giustiziale; mentre sempre consentito è il controllo di legittimità, che si risolve nell'accertamento circa il rispetto delle regole stabilite dalla norma attributiva del potere e dei principi che governano l'azione amministrativa, senza mai giungere al sindacato circa la fondatezza della pretesa (art. 31, co. 3 c.p.a.).

Nell'ambito del sindacato di legittimità, l'attività amministrativa discrezionale non è conoscibile nella parte attinente al merito delle scelte d'opportunità compiute dall'autorità, ossia in relazione a quella «parte di fattispecie del potere discrezionale che rimane effettivamente libera, pur dopo l'osservanza di tutti i criteri e principi che vincolano

me regolatrici delle enfiteusi urbane ed edificatorie, nel palese intento di favorirne l'affrancazione»).

²³ Corte cost., sent. 26 gennaio 1994, n. 6 («viziata da irragionevolezza e da eccesso di potere legislativo, non essendo fondata su di una adeguata causa giustificativa e risultando, comunque, priva di natura interpretativa»). V. anche Corte cost., («La norma che deriva dalla legge di interpretazione autentica [...] non può dirsi costituzionalmente illegittima qualora si limiti ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto, riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario [...]». In tal caso, infatti, la legge interpretativa ha lo scopo di chiarire «situazioni di oggettiva incertezza del dato normativo», in ragione di «un dibattito giurisprudenziale irrisolto» [...], o di «ristabilire un'interpretazione più aderente alla originaria volontà del legislatore» [...], a tutela della certezza del diritto e dell'eguaglianza dei cittadini, cioè di principi di preminente interesse costituzionale. [...] Ciò posto, si deve osservare che la norma censurata, con la sua efficacia retroattiva, lede in primo luogo il canone generale della ragionevolezza delle norme (art. 3 Cost.). Invero, essa è intervenuta sull'art. 2935 cod. civ. in assenza di una situazione di oggettiva incertezza del dato normativo, perché, in materia di decorrenza del termine di prescrizione relativo alle operazioni bancarie regolate in conto corrente, a parte un indirizzo del tutto minoritario della giurisprudenza di merito, si era ormai formato un orientamento maggioritario in detta giurisprudenza, che aveva trovato riscontro in sede di legittimità ed aveva condotto ad individuare nella chiusura del rapporto contrattuale o nel pagamento solutorio il *dies a quo* per il decorso del suddetto termine. Inoltre, la soluzione fatta propria dal legislatore con la norma denunciata non può sotto alcun profilo essere considerata una possibile variante di senso del testo originario della norma oggetto d'interpretazione. [...] Pertanto, la norma censurata, lungi dall'esprimere una soluzione ermeneutica rientrante tra i significati ascrivibili al citato art. 2935 cod. civ., ad esso nettamente derogando, innovando rispetto al testo previgente, peraltro senza alcuna ragionevole giustificazione»).

²⁴ F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, UTET, 1966, 472 ss.

²⁵ È invero dominante la tesi che reputa inammissibile la sanatoria di vizi sostanziali, e non meramente formali, attraverso provvedimenti di secondo grado. Infatti, il principale modello di riferimento è la convalida del provvedimento annullabile, che fa venire meno il vizio, lasciando inalterato il contenuto sostanziale; in presenza di un vizio sostanziale, invece, non può aversi mera convalida ma annullamento d'ufficio e riedizione del potere a mezzo di un nuovo provvedimento. Solo il vizio formale e procedurale può essere emendato: se il contenuto è *contra legem* non lo si può convalidare, ma al più annullare d'ufficio (v. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike, 2017, 1538 ss.).

la discrezionalità»²⁶; rispetto a detto potere del resto non sono formulabili giudizi di legittimità, ma unicamente di opportunità e convenienza, posto che «la sfera residuale del merito comincia là dove cessa l'incidenza dei vincoli della discrezionalità». Cessati i vincoli legali, cessa parimenti la percorribilità di un vaglio di «corrispondenza strutturale dell'atto concreto agli elementi formali del prototipo astratto predisposto dalla norma giuridica»²⁷.

In questo senso, un intervento del giudice amministrativo non potrà vincolare in modo particolarmente stringere la riedizione del potere della pubblica amministrazione, salvo poi ottenere i più ampi poteri di sindacato in sede di ottemperanza (che è materia di giurisdizione estesa al merito *ex art. 134 c.p.a.*), tant'è che si parla c.d. giudicato a formazione progressiva²⁸.

Le scelte discrezionali sono pertanto sottratte al sindacato di legittimità, salvo che non siano affette dal vizio tipico della discrezionalità amministrativa, ossia l'eccesso di potere, che ha inizialmente visto la luce nelle sole vesti dello sviamento di potere (vizio che si ha in caso di violazione del "vincolo del fine", ossia di utilizzo del potere discrezionale per fini diversi da quelli indicati dalla legge), ma che oggi è reputato estrinsecarsi anche nei caratteri della arbitrarietà, dell'irragionevolezza, dell'irrazionalità o del travisamento dei fatti in relazione alle esigenze che si intendevano soddisfare con il provvedimento.

L'eccesso di potere consente oggi al g.a. un sindacato che va oltre il mero rispetto dei vincoli posti dalla norma attributiva del potere sino a spingersi alle porte del merito amministrativo, riguardando esso l'aspetto funzionale del potere, cioè la cura effettiva dell'interesse pubblico. Si tratta, in altri termini, di un vizio della funzione, intesa come dimensione dinamica del potere, che attualizza e concretizza la norma astratta attributiva del potere in un provvedimento produttivo di effetti²⁹. Siamo tuttavia in presenza di un vizio assai difficile da provare e proprio per tale motivo si è avuta l'elaborazione pretoria delle cc.dd. figure sintomatiche dell'eccesso di potere, considerate quali manifestazioni caratteristiche dello stesso (*id est*, errore o travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, disparità di trattamento, violazione di circolari, norme interne e prassi amministrative, ingiustizia grave e manifesta). Di fronte a tali elementi sintomatici, è da presu-

²⁶ G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in IDEM (a cura di), *Dizionario amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1983, 206.

²⁷ R. RESTA, *La «legittimità» degli atti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 28 ss.

²⁸ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 392 ss; C. CALABRÒ, voce *Giudicato* (*Dir. proc. amm.*), in *Enc. giur.*, XV, Roma, Treccani, 1989, 9. In giurisprudenza v. Ad. Plen., 5 gennaio 2013, n. 2 e Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11.

²⁹ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 3 ss.

mersi *iuris tantum*³⁰ l'eccesso di potere (è dunque la p.a. a dover provare l'assenza di sviamento di potere). In questo modo la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha formulato delle vere e proprie regole sostanziali dell'agire amministrativo (e quindi non solo delle figure retoriche unanimemente accettate nella pratica argomentativa giudiziaria): nella parte in cui si affermava, per esempio, che in assenza di motivazione si ha eccesso di potere, si imponeva di fatto una regola di azione, ossia di motivare congruamente, evitando contraddizioni, il provvedimento amministrativo.

Secondo una certa ricostruzione le figure sintomatiche – seppure nate quali presunzioni, con valenza dunque processuale, riconducibili allo schema civilistico dell'art. 2727 c.c. – hanno ormai una valenza sostanziale, essendo divenute espressive di principi generali dell'azione amministrativa e, nella specie, di principi logici che governano l'esercizio della discrezionalità. In questo senso l'eccesso di potere si conferma quale grimaldello nelle mani del g.a. per «riesamina[re] l'iter logico di formazione del provvedimento amministrativo»³¹ e, pertanto, per sindacare il c.d. limite esterno della discrezionalità amministrativa. Non pare viceversa totalmente condivisibile la tesi di quanti vogliono leggere nelle figure sintomatiche delle clausole generali che pongono in capo agli attori del rapporto amministrativo degli obblighi comportamentali. Parlare di regole di comportamento³², infatti, non pare cogliere nel segno, avendosi qui in verità a che fare con regole di validità dell'atto (*infra*, § 1.1. in relazione al canone della buona fede), la cui violazione non comporta obblighi risarcitori ma al contrario rende il provvedimento invalido.

§ III.1.1. – *Evoluzioni*: a) la “fuga” dall'eccesso di potere con la legificazione delle regole sostanziali dell'agire amministrativo; b) la “fuga” dalla violazione di legge con l'art. 21 octies, co. 2 l.p.a.

a) Il campo di applicazione della figura dell'eccesso di potere si è nel tempo progressivamente ridotto in forza dell'avvenuta legificazione di quelle regole di azione amministrativa nate come sintomi di eccesso di potere amministrativo: si è assistito a una concretizzazione dei

³⁰ Ritiene invece che la prova contraria non sia compatibile con la struttura attuale del processo amministrativo, che è ancora ispirato al principio del divieto di integrazione postuma della motivazione nel corso del giudizio M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 217.

³¹ F. MERUSI, *Variazioni su tecnica e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 973 ss.

³² C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008, 21.

principi generali relativi all'azione amministrativa, con conseguente rafforzamento della giustiziabilità delle scelte discrezionali.

Prima della adozione della l. 241/1990, ad esempio, la violazione o elusione del giudicato amministrativo integrava una figura sintomatica di eccesso di potere, mentre è ad oggi invece attratta nell'orbita della nullità *ex art. 21 nonies* l.p.a. Ma ciò è accaduto anche in ordine i) al difetto di motivazione, che oggi conduce invece all'annullabilità per violazione di legge *ex artt. 2 e 21 octies* l.p.a.; ii) alla mancata comunicazione di avvio del procedimento, oggi causa di annullabilità per violazione di legge *ex art. 7 e 21 octies* l.p.a.; iii) nonché alla violazione dei criteri di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa, oggi codificati all'art. 1 l.p.a. e la cui inosservanza, ancora una volta, è elevata a causa di annullabilità per violazione di legge.

Lo stesso può presumibilmente dirsi per la violazione del principio di proporzionalità, un tempo figura sintomatica dell'eccesso di potere e oggi probabilmente annoverabile fra le violazioni di legge produttive di annullabilità, posto che l'art. 1 l.p.a. rinvia ai principi comunitari, fra cui figura senza dubbio quello di proporzionalità e del minimo mezzo. Diverso invece appare il discorso in ordine all'avvenuta codificazione del principio di buona fede ad opera dell'art. 12, comma 1, lett. a) del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 che ha inserito il co. 2 *bis* all'art. 1 l.p.a.: «i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede». Anche in questo caso si è avuto il recepimento da parte del legislatore di una elaborazione giurisprudenziale, che reputava operante il canone della buona fede nei rapporti endoprocedimentali; tuttavia, mai si è trattato di regola di validità del provvedimento adottato al termine del procedimento amministrativo ma sempre e solo di regola di condotta, idonea a far sorgere un obbligo risarcitorio in capo alle parti³³. Pertanto, la violazione del canone della buona fede non potrà ad oggi figurare quale violazione di legge *strictu sensu*, cioè quale causa di annullabilità del provvedimento, perché appunto estranea al piano della validità dell'atto (e viceversa attinente alla sfera della legittimità del comportamento).

La transizione dall'eccesso di potere alla violazione di legge non è questione prettamente nominalistica, idonea ad incidere solo sull'esattezza del motivo di ricorso, risolvendosi pur sempre il "pqm" nell'annullamento del provvedimento ritualmente impugnato. Al contrario pare anzitutto cambiare la cogenza della regola di azione amministrativa: se la stessa è eletta dalla giurisprudenza a sintomo di eccesso di potere, può residuare un margine giudiziale di valutazione della reale portata sintomatica, dell'effettiva incidenza della violazione sul perseguimento del fine istituzionale, *etc.*, nonché un margine per for-

³³ V., per tutti, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

nire prova contraria in capo alla p.a. resistente; al contrario, se la regola risulta cristallizzata dal legislatore, il giudice non avrà più modo di metterla in discussione³⁴. Inoltre, a cambiare è anche l'applicabilità dell'art. 21 *octies* co. 2 l.p.a., il quale non si applica in caso di eccesso di potere (che resta dunque un vizio invalidante) ma solo in caso di violazione di legge che attenga alla forma o al procedimento.

b) Proprio tale disposizione ha svolto un ruolo cruciale nell'evoluzione che qui ci occupa. La prima fase di cui si è appena dato conto, infatti, è stata caratterizzata da un "imbrigliamento" dell'azione amministrativa, a mezzo delle più rigide regole legali, con conseguente fuga dall'eccesso di potere. Il legislatore ha dunque diffusamente e dettagliatamente regolato l'azione amministrativa, imponendo regole procedurali e formali, la cui violazione porta ineluttabilmente all'annullabilità del provvedimento. La controreazione a tale rigidità – specie perché conduceva ad un innalzamento della mole delle controversie in casi in cui la vittoria assicurata al privato non era altro che una vittoria di Pirro, potendo la p.a. nuovamente riesercitare il potere in termini negativi per l'amministrato – è stata rappresentata proprio dall'introduzione dell'art. 21 *octies*, co. 2 l.p.a.³⁵, già analizzato *supra* cap. II § 1.5 che libera l'amministrazione prima, e la macchina giudiziaria poi, dal giogo degli oneri meramente formali recepiti dal legislatore nella prima fase.

§ III.2. – *Il sindacato sulla discrezionalità amministrativa e sulla discrezionalità tecnica*

In punto di sindacato sulla discrezionalità amministrativa, si è già dato atto di come debba riconoscersi l'insindacabilità delle scelte di convenienza ed opportunità, dovendo il giudice amministrativo mantenere il proprio accertamento entro il recinto della legittimità, il quale risulta tuttavia ampliato dalla nozione di eccesso di potere quale limite esterno (inviolabile) della discrezionalità. Rimane certamente ferma la non pronunciabilità in ordine alla fondatezza della pretesa del privato, dovendosi naturalmente attendere la riedizione di un potere³⁶, questa volta non illegittimamente sviato.

³⁴ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1481.

³⁵ L. FERRARA, *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità»*. Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile, in *Dir. amm.*, 2008, 103; P. LAZZARA, *Contributo alla discussione sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 2-octies, l. 241 del 1990*, in *Foro amm.*, 2009, 190 ss.

³⁶ V. Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3 e Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15.

Dalla discrezionalità amministrativa va tenuta debitamente distinta la discrezionalità tecnica³⁷, che si risolve non in una comparazione di interessi ma nell'esame di fatti o di situazioni rilevanti per l'esercizio del potere, che necessitano del ricorso a conoscenze tecnico-scientifiche di carattere specialistico. L'amministrazione, in altri termini, se per provvedere su un determinato oggetto deve applicare una norma tecnica cui la norma giuridica conferisce rilevanza, opera una determinazione rimessa alla sua discrezionalità tecnica, fondata sulle (più o meno rigide) discipline di settore (e non dunque su una valutazione soggettiva), che ne rappresentano la copertura tecnico-scientifica.

Il piano della sindacabilità è stato oggetto di visioni fortemente divergenti nel tempo. In passato si reputava insindacabile la discrezionalità tecnica della p.a. perché reputata espressione (anch'essa) di scelte di opportunità e convenienza: l'accertamento tecnico era reputato riservato alla p.a. in ragione delle sue specifiche competenze, nonché non autosufficiente rispetto al merito. L'insindacabilità delle scelte tecniche era dunque sostenuta in ossequio alla necessaria separazione dei poteri. Il definitivo superamento di tale tesi tradizionale si è avuto con la nota sentenza del Consiglio di Stato del 1999³⁸, che ha evidenziato la totale assenza, nella discrezionalità tecnica, di alcun apprezzamento dell'interesse pubblico e, dunque, la differenza fondamentale tra scelte di opportunità e scelte opinabili (che implicano l'applicazione di una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta). Il Consiglio di Stato ha affermato infatti che «è ragionevole l'esistenza di una "riserva di amministrazione" in ordine al merito amministrativo, elemento specializzante della funzione amministrativa; non anche in ordine all'apprezzamento dei presupposti di fatto del provvedimento amministrativo, elemento attinente ai requisiti di legittimità e di cui è ragionevole, invece, la sindacabilità giurisdizionale. Il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi, allora, in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo. Non è, quindi, l'opinabilità degli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione che ne determina la sostituzione con quelli del giudice, ma la loro inattendibilità per l'insufficienza del criterio o per il vizio del procedimento applicativo»³⁹.

³⁷ Per tutti, S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 268.

³⁸ Cons. St., 9 aprile 1999, n. 601.

³⁹ V. anche Tar Lazio, 17 settembre 2010, n. 32352 che parla di sindacato estrinseco e Cons. St., 8 febbraio 2007, n. 515 che viceversa parla di controllo intrinseco, svolto «avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione. Il sindacato del giudice amministrativo».

Superando il dibattito in ordine alla natura estrinseca o intrinseca del sindacato (nel primo caso il sindacato si arresta all'accertamento della ragionevolezza del procedimento logico; nel secondo, invece, è possibile una rivalutazione delle scelte compiute e un vaglio circa la correttezza dell'interpretazione di concetti giuridici indeterminati, per mezzo di regole tecniche appartenenti alla medesima scienza applicata, il che conduce al sindacato della correttezza intrinseca della valutazione⁴⁰), la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato ha affermato come «ciò che rileva non è, quindi, la qualificazione del controllo come “forte” o “debole”, ma l'esercizio di un sindacato tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia antitrust, ma di verificare – senza alcuna limitazione – se il potere a tal fine attribuito all'Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato»⁴¹.

§ III.3. – Il sindacato del giudice penale

Chiarito quanto sopra, si può ora procedere ad esaminare *funditus* la sindacabilità della discrezionalità amministrativa ad opera del giudice penale, tutte le volte in cui un provvedimento espressivo di siffatto potere rilevi nella fattispecie penale; si premette però come la delicata intersezione tra il sindacato del giudice penale e le scelte di opportunità della pubblica amministrazione è di decisa maggiore attualità nei casi in cui il provvedimento amministrativo è oggetto materiale della condotta (e perciò su quello si concentrerà la nostra attenzione *infra* §§ 5, 6 e 7), ossia quando la fattispecie incrimina fatti commessi dal pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni⁴². In questi casi infatti compare quell'esigenza di composizione fra l'interesse alla legalità ed efficienza dell'azione amministrativa (unitamente a quella

vo è, quindi, pieno e particolarmente penetrante e si estende sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame».

⁴⁰ Il sindacato intrinseco può poi essere di tipo forte e cioè sostitutivo (potendo il giudice sostituire il proprio giudizio a quello della p.a.) oppure debole, dunque non sostitutivo. V. Cons. St., 6 giugno 2008, n. 2732; Cons. St. 20 aprile 2009, n. 2384.

⁴¹ Cons. St., 2 marzo 2004, n. 926; v. anche Cons. St., 17 dicembre 2007, n. 6469; Cons. St., 8 febbraio 2007, n. 515. Sulla legittimità del sindacato sulla discrezionalità tecnica alla luce della Cedu v. sentenza Menarini c. Italia del 2001 (M. MIDIRI, *Sanzioni antitrust e giudice amministrativo, prima e dopo Menarini*, in M. DONINI, L. FOFFANI (a cura di), *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2018, 293 ss.

⁴² R. BORSARI, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa*, Padova, PUP, 2012, 78 ss.

di garantire piena tutela all'amministrato) e l'interesse a proteggere il pubblico ufficiale dalla paura della firma e l'intera collettività dalla c.d. burocrazia difensiva (ossia dall'astensione dei pubblici ufficiali dall'intervenire nella cura dell'interesse pubblico per il timore di incorrere in sanzioni penali).

Non può tuttavia negarsi che il sindacato sulla discrezionalità potrebbe ricorrere in tutti i casi di rilevanza penalistica dell'atto amministrativo esaminati *supra* cap. I §§ 4.2 e 4.3, come subito si vedrà.

Occorre anzitutto una breve premessa: già si è visto come il giudice penale possa – secondo taluni in virtù del potere di disapplicazione, secondo altri in forza dell'accertamento della tipicità del fatto concreto – valutare talvolta l'illegittimità dell'atto amministrativo e in ciò va ricompreso anche il sindacato sull'eccesso di potere, che è a tutti gli effetti vizio di legittimità. Più complesso è, probabilmente, se il giudice penale – a differenza di quanto si è visto in relazione al giudice amministrativo – possa sindacare le scelte discrezionali senza arrestarsi al vizio di legittimità della discrezionalità.

Si è in dottrina evidenziato che se si ritenesse la discrezionalità del tutto immune dal sindacato del giudice penale, quest'ultimo risulterebbe mutilato e inspiegabilmente limitato al controllo di corrispondenza della fattispecie concreta con quella astratta, disegnata in termini vincolati dalla legge. Ciò renderebbe dispensata da controlli l'azione della macchina amministrativa, resa così – estremizzando – *legibus soluta*, il che desta le maggiori precauzioni in relazione alle fattispecie penali poste a tutela proprio del buon andamento e dell'imparzialità della p.a. Ma è altrettanto vero che vi è un'esigenza di calcolabilità del rischio penale e che norme di *soft law*, linee guida⁴³, prassi amministrative o principi generali, non tradotti in regole puntuali, possono incidere sulla rilevanza penale di una condotta.

Il dubbio su cui qui ci si interroga (*id est* la sindacabilità della discrezionalità amministrativa ad opera del giudice penale) parebbe di agevole risoluzione se si accetta di sfruttare le conclusioni cui si è giunti *supra* cap. II e cioè se si considera che il giudice penale deve poter accertare «tutto ciò che [...] è necessario per l'offesa all'interesse, previamente individuato»⁴⁴. In questo senso, si può aprire alla piena sindacabilità non solo dell'eccesso di potere, che, come si è detto, è vizio di *legittimità* del provvedimento discrezionale, ma anche del merito amministrativo, dunque dell'opportunità del provvedimento, se tale

⁴³ Cfr. V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in Arch. pen., 2018, 1 ss.; F. ROTONDO, *Linee guida ANAC ed abuso d'ufficio: principio di legalità e modifiche mediate della fattispecie incriminatrice*, in www.penaledp.it, 2020; G. SALCUNI, *La «disciplina altrove». L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli, Esi, 2019, 149 ss.

⁴⁴ M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, cit., 121.

qualità è ricavabile con certezza come elemento essenziale all'interno della norma incriminatrice.

Circa la sindacabilità dell'eccesso di potere, si è evidenziato che la soluzione contraria «non solo è assurda nei casi in cui il reato consiste proprio nel ledere un interesse tramite un atto di *sviamento* del potere (ad es., art. 323 cod. pen. [v. però *infra* § 5]) [...] ma, comunque, difficile da giustificare quando si tratti di disobbedienza ad ordini illegittimi o di attività illegittimamente autorizzata, essendo difficile capire perché debba, in tali casi, avere il valore di un provvedimento legittimo un atto amministrativo con cui l'agente pubblico abbia consapevolmente disatteso (se non addirittura tradito) gli interessi alla cui realizzazione doveva mirare»⁴⁵.

Quanto alla sindacabilità dell'atto inopportuno, occorre distinguere tra responsabilità del suo autore e responsabilità del suo destinatario. Nel primo caso, è pressoché da escludere, in base alla normativa vigente, che possa sorgere una qualche responsabilità penale perché «ciò presupporrebbe, comunque, una previsione colposa, poiché ove sussistesse il dolo, non di mera opportunità di tratterebbe ma, evidentemente, di eccesso di potere»⁴⁶ e, nello specifico, di sviamento di potere, cioè di doloso deragliamento dai binari del fine istituzionale. Nel secondo caso, invece, «come negare [...] la irrilevanza di un provvedimento ordinatorio o autorizzatorio [...] che, pur legittimo, sia tuttavia inopportuno, quando la necessaria rispondenza dell'atto oltre che alle leggi ed ai regolamenti anche alle mere regole di buona amministrazione emerge, con qualsiasi segnale, dalla stessa norma incriminatrice?»⁴⁷.

In questo modo si dà tuttavia la stura a percorsi giudiziali assai ardui oltre che tendenzialmente imprevedibili, senza considerare che l'inopportunità dell'atto non pare di per sé sempre necessariamente lesivo dell'interesse protetto dalla norma penale. È forse più confortante assestarsi su posizioni che reputano sindacabile l'azione amministrativa unicamente quando il legislatore stabilisce regole certe e parametri oggettivi per la cura dell'interesse pubblico generale. Così si è affermato che, «tentando delle esemplificazioni nel contesto dei reati edilizi, appare evidente che non spetta al giudice penale sindacare la discrezionalità della p.a. negli atti programmatori di assetto del territorio quali, ad esempio, l'individuazione delle zone soggette a vincolo pae-

⁴⁵ M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, cit., 102.

⁴⁶ M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, cit., 121.

⁴⁷ M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, cit., 122. L'A. osserva che non figurano tra i reati commessi in assenza di atti ampliativi esempi di irrilevanza degli atti inopportuni. L'unico caso che fa eccezione sarebbe l'art. 652 c.p., il cui effetto è quello di non punire chi abbia trasgredito all'atto, anche se solo inopportuno, per "giusto motivo". In assenza di giusto motivo sarebbe pertanto punibile anche colui che abbia trasgredito a un ordine inopportuno, perché questo è quello che si evince dal dato letterale della norma penale.

saggistico, essendo rimessa esclusivamente all'autorità amministrativa la valutazione di quali beni in concreto debbano essere ritenuti meritevoli di tutela nei provvedimenti di pianificazione ambientale e territoriale». L'inopportunità di sottoporre o di non sottoporre una determinata zona a vincolo paesaggistico e i conseguenti rilasci o dinieghi dei permessi di costruire non paiono offendere l'interesse protetto, anche a volerlo (giustamente) identificare con il corretto assetto del territorio e non con il mero interesse strumentale al corretto esplicarsi dei controlli amministrativi. Ciò perché la nozione stessa di corretto assetto del territorio non è che quella evincibile dai legittimi strumenti urbanistici e non è un concetto a ciò pre-esistente e dunque già in possesso del giudice penale, a prescindere dalla scelta di opportunità amministrativa⁴⁸.

Il discorso ovviamente cambia se ci si riferisce ai presupposti fissati dalla legge per l'esercizio del potere discrezionale. A titolo esemplificativo, «può dirsi che rimane preclusa al giudice la valutazione circa la correttezza dell'esercizio del potere discrezionale di proroga dei termini di validità del permesso di costruire, ma non la facoltà di accertare la mancanza dei presupposti di legge per l'esercizio della proroga stessa. Qualora tale verifica porti ad un giudizio di inesistenza dei presupposti in base ai quali rilasciare la proroga prevista dall'art. 15 D.P.R. 380/2001, il giudice dichiarerà la decadenza del titolo e la conseguente integrazione del reato»⁴⁹.

⁴⁸ V. il caso del "bus del Giaz" (Cass. pen., III sez., 15 febbraio 2006, n. 8192), citato da C. RUGA RIVA, *Regioni e diritto penale. Interferenze, casistica, prospettive*, Milano, Cuem, 2008, 158 ss.: la pronuncia della Corte di Cassazione ha stigmatizzato l'operato della Corte territoriale, che aveva disapplicato l'autorizzazione per il rifacimento di una pista da sci concessa dall'autorità competente, avendola reputata sostanzialmente abusiva in quanto distruttiva della caverna del "bus del Giaz", ritenuta, dai giudici inferiori, una bellezza naturale. La Corte ha infatti osservato che «la Provincia Autonoma di Trento ha piena autonomia normativa in materia di paesaggio, ai sensi dell'art 8 dello Statuto Speciale per il Trentino Alto Adige di cui al D.F.R. 31.8.1972 n. 670; autonomia che è stata esercitata mediante la Legge provinciale 5.9.1991 n. 22, il cui art. 14 prevede l'adozione di un Piano Urbanistico Provinciale nel quale vengono individuate le zone di interesse ambientale naturalistico da sottoporre a tutela del paesaggio; che, ai sensi della disposizione citata, inoltre, devono essere sottoposte a tutela le montagne per la parte eccedente i 1600 metri sul livello del mare, nonché, in base all'ultimo Piano Urbanistico Provinciale approvato con L.F. 7.8.2003 n. 7, alcune grotte esistenti nel territorio interessato dai lavori, tra le quali non è compresa la cavità denominata "bus del giaz", sicché quest'ultima non è stata ritenuta meritevole di tutela dall'autorità competente. [...] Sul punto deve essere, quindi, affermato, quale principio di diritto, che non rientra tra i poteri dell'autorità giudiziaria ordinaria sindacare nel merito le valutazioni della pubblica amministrazione competente per la individuazione delle zone soggette a vincolo paesaggistico al di fuori delle ipotesi normativamente stabilite».

⁴⁹ F. PRETE, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 14.

§ III.4. – *Il caso dell'abuso d'ufficio. L'evoluzione normativa*

La figura dell'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) è un ottimo banco di prova per saggiare l'intersezione del sindacato del giudice penale con l'attività amministrativa discrezionale e per valutare la tenuta del principio della separazione dei poteri. La disamina non può che partire dalla rassegna delle varie versioni che tale figura ha assunto nel corso degli anni, in forza delle riforme del 1990, del 1997 e, da ultimo, del 2020.

La figura originaria del 1930 puniva il pubblico ufficiale, che, *abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette*, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, *qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge*, con la reclusione fino a due anni o con la multa da lire cinquecento a diecimila. Accanto all'abuso d'ufficio vi era anche la contigua figura dell'interesse privato in atti d'ufficio (art. 324 c.p.: «Il pubblico ufficiale, che, direttamente o per interposta persona, o con atti simulati, *prende un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica Amministrazione presso la quale esercita il proprio ufficio*, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da lire duecentomila a quattro milioni»).

Con la riforma del 1990, avutasi con la l. 26 aprile 1990, n. 86, è stato anzitutto abrogato l'art. 324 c.p., ed è stata così costruita un'unica fattispecie sempre imperniata sul dolo specifico (di recare un danno o di procurarsi un vantaggio) e la cui condotta consisteva sempre nell'*abuso da parte del pubblico ufficiale del proprio ufficio*⁵⁰. Si poteva, sotto la vigenza di tale norma, stigmatizzare qualsiasi provvedimento illegittimo adottato per avvantaggiare o danneggiare qualcuno.

Sin da subito sono state avanzate severe critiche nei confronti di siffatta formulazione, essenzialmente fondate, da un lato, sull'assoluta indeterminatezza della norma in vigore, sia quanto all'oggetto sia quanto alle caratteristiche della fattispecie e, dall'altro, sulla circostanza che siffatto tenore della disposizione incriminatrice abilitava il giudice penale a sindacare l'attività discrezionale della pubblica amministrazione. Infatti, potendo l'eccesso di potere (*id est* l'abuso dell'ufficio) rientrare nella tipicità di fattispecie, si permetteva al giudice penale di accertare se il pubblico ufficiale avesse usato il pubblico potere per uno scopo diverso da quello fissato dalla legge, piegando dunque la funzione al perseguimento di scopi privati, e dunque di "entrare a gam-

⁵⁰ «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, *abusa del suo ufficio*, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni. Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri in ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni».

ba tesa"⁵¹ nell'area delle valutazioni di merito, riservate alla pubblica amministrazione e di sostituirsi alla stessa nelle scelte di opportunità e convenienza.

Per tutti questi motivi, il legislatore, con la l. 16 luglio 1997, n. 234, ha rimesso mano alla disposizione incriminatrice e ne ha ridotto sensibilmente la portata. Per far fronte al *deficit* di tassatività (che affliggeva l'espressione «abuso del suo ufficio») si è proceduto a una dettagliata tipizzazione degli elementi costitutivi di una fattispecie ora imperniata su di due condotte alternative: la violazione di norme di legge o di regolamento e l'omessa astensione in presenza di un conflitto di interessi⁵².

Simili condotte devono realizzarsi nello svolgimento delle funzioni o del servizio, e dunque quali modalità di espletazione dell'ufficio e la violazione di norme altro non è che la violazione di regole pertinenti all'esercizio delle funzioni o del servizio. Inoltre, con la riforma in parola viene elevato il requisito dell'ingiusto vantaggio (necessariamente patrimoniale) e del danno ingiusto da mero oggetto del dolo specifico (la cui realizzazione effettiva non andava dunque provata) a evento, che il reo deve aver perseguito con dolo intenzionale. Si è introdotto così il requisito della c.d. doppia ingiustizia, essendo necessarie, anzitutto, l'ingiustizia della condotta (che deve essere adottata in violazione di legge), ma anche l'ingiustizia dell'evento di vantaggio patrimoniale. Detto requisito comporta pertanto l'esigenza di un duplice accertamento, non derivando necessariamente dall'illegittimità della condotta a monte l'ingiustizia del vantaggio patrimoniale a valle, che viceversa richiede che esso non spetti alla luce delle norme che regolano la relativa materia.

Sull'altro fronte, invece, ossia quello della indebita ingerenza del potere giurisdizionale nella sfera delle scelte discrezionali della pubblica amministrazione, la novella ha voluto escludere la rilevanza penale degli atti amministrativi affetti da eccesso di potere, poiché quest'ultimo rappresenta il vizio tipico del potere discrezionale. A ciò si è provveduto utilizzando – come si è già visto – la locuzione 'violazione di norme di legge o di regolamento' in luogo del precedente riferimento al pubblico ufficiale che «abusa del suo ufficio»: nelle intenzioni del

⁵¹ Così M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.*, in *Sist. pen.*, 2021, 79.

⁵² «Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni [prima della l. 190/2012 la pena era da sei mesi a tre anni] La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità».

legislatore storico vi era dunque quella di restringere il fatto tipico al provvedimento viziato per violazione di legge *ex art. 21 octies* l.p.a. (che notoriamente ricomprende anche la violazione di fonti secondarie), con espunzione di quelli viziati per violazione dei limiti esterni della discrezionalità.

È tuttavia assai noto come le intenzioni del legislatore del 1997 siano rimaste pressoché lettera morta e come, di conseguenza, le esigenze di maggiore determinatezza e di freno all'invasione della sfera di giudizio riservata alla pubblica amministrazione siano rimaste fortemente avvertite anche durante la vigenza della fattispecie riformata⁵³, tanto da aver poi condotto all'ultimo intervento novellatore dell'estate del 2020. È stato nondimeno diffusamente rimarcato come i perduranti problemi derivassero, più che dalla formulazione di nuovo conio, dall'interpretazione datane dalla giurisprudenza. Salve alcune prime pronunce più fedeli allo spirito della riforma del 1997⁵⁴, infatti, la giurisprudenza⁵⁵ ha: i) fatto ricorso alla figura della violazione mediata o

⁵³ A. MERLO, *Le modifiche del 1997 e del 2012*, in B. Romano (a cura di) *Il "nuovo" abuso di ufficio*, Pisa, Pacini editore, 33 ss.

⁵⁴ Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 1997, n. 877, in *Foro it.*, 1998, 258 ss.; Cass. pen., sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 45261, in *Ced* («In materia di abuso di ufficio, la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che risulti lesiva del buon funzionamento e della imparzialità dell'azione amministrativa rileva alla duplice condizione che contrasti con norme specificamente mirate ad inibire o prescrivere la condotta stessa (non potendosi annettere rilevanza, a tale proposito, a disposizioni genericamente strumentali alla regolarità del servizio), e che dette norme presentino i caratteri formali ed il regime giuridico della legge o del regolamento (fattispecie nella quale è stata esclusa la sussistenza del reato per il fatto dell'agente postale che aveva accettato e spedito una raccomandata oltre l'orario di lavoro: la Corte ha escluso la pertinenza delle norme generali di cui agli artt. 13 e 14 del d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 sul rispetto dell'orario di lavoro e sull'interesse dell'Amministrazione per il pubblico bene, nel contempo rilevando come il "Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni", formalizzato con D.P.C.M. 28 novembre 2000 e specificamente preclusivo di prestazioni non accordate alla generalità degli utenti, non sia stato emanato nelle forme previste per i regolamenti governativi dall'art. 17 della l. 23 agosto 1988 n. 400)»).

⁵⁵ Cass. pen., sez. un., 29 settembre 2011, n. 155, in *Ced* («Ai fini della configurabilità del reato di abuso d'ufficio, sussiste il requisito della violazione di legge non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poiché lo stesso non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione. (Fattispecie relativa all'omessa riunione di trentacinque procedure esecutive complessivamente identiche quanto ai soggetti ed all'oggetto, in ciascuna delle quali partecipavano in forma di intervento le medesime trentacinque associazioni pignoranti, con conseguente abnorme lievitazione delle spese processuali liquidate dal Giudice dell'esecuzione in favore delle associazioni creditrici facenti capo al coimputato, che agiva in proprio, quale difensore, e a nome delle predette associazioni di cui era rappresentante e titolare)»; Cass. pen., sez. VI, 13 aprile 2018, n. 19519, in *Ced* («In tema di abuso d'ufficio, la violazione di legge cui fa riferimento l'art. 323 cod. pen. riguarda non solo la condotta del pubblico ufficiale in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quelle che siano dirette alla realizzazione di un interesse collidente con quello per quale il potere è conferito, ponendo in essere un vero e proprio sviamento della funzione. (Fattispecie in cui il sindaco di un Comune aveva disposto la revoca dell'incarico dirigenziale ricoperto da un dipendente candidato in una lista contrapposta, apparentemente giustificato tale scelta con esigenze di conteni-

indiretta di legge per dare rilevanza a violazioni di regole contenute in fonti non regolamentari; ii) attribuito rilevanza alla violazione di principi generali contenuti nella legge; iii) ridato vita alla rilevanza dell'eccesso di potere utilizzando lo sviamento di potere quale categoria integrante una violazione di legge, *id est* della legge attributiva del potere, nella parte in cui indica il fine da perseguire.

L'ipotesi *sub i*) si è profilata essenzialmente in relazione ai provvedimenti rilasciati in violazione dei piani regolatori generali, ai quali non può essere riconosciuta (perlomeno non *in toto*) natura regolamentare, avendo essi più propriamente natura di atti amministrativi generali. Il contrasto con detti strumenti urbanistici non dovrebbe, a stretto rigore, determinare la rilevanza penale della condotta del pubblico ufficiale, difettando appunto una violazione di legge o di regolamento. Tuttavia, la giurisprudenza penale ha con il tempo elaborato la nozione di violazione *mediata* di legge: anche ad ammettere che il piano regolatore generale non abbia natura regolamentare, va però considerato che la legge obbliga il pubblico ufficiale a rilasciare il permesso di costruire in conformità ai piani. Pertanto, con l'adozione di un permesso di costruire contrastante con le prescrizioni urbanistiche si ha una violazione indiretta della legge e, in particolare, dell'art. 12 del Testo Unico dell'edilizia (d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380).

Ancor più rilevante è stata forse l'interpretazione assai ampia dell'espressione "violazione di norma di legge", reputata comprensiva anche delle inosservanze dei principi costituzionali e, nella specie, dei principi di buon andamento e imparzialità *ex art. 97 Cost.*, cui veniva pertanto attribuita valenza immediatamente precettiva, riassumibile nel divieto di favoritismi o discriminazioni. A prescindere dalla violazione di una espressa regola di condotta, dunque, secondo l'interpretazione prevalente⁵⁶, la violazione del divieto di favoritismi o discriminazioni e, quindi, le condotte di favoritismo, sfruttamento dell'ufficio e prevaricazione erano in grado di integrare il fatto tipico. Inoltre, si era ritenuto che la nozione "violazione di legge" includesse anche l'ipotesi in cui ad essere violato era il fine istituzionale prefissato dalla legge, riuscendosi così nuovamente ad incriminare anche le condotte connotate da spazi di discrezionalità, sia quando, in ragione di uno scorretto bilanciamento degli interessi contrapposti, il pubblico ufficiale aveva perseguito un fine diverso da quello istituzionale, sia quando ad esse-

mento della spesa senza che, tuttavia, fosse stata previamente deliberata una diversa organizzazione degli uffici)»).

⁵⁶ V. le posizioni dottrinali di S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Studium iuris*, 1997, 1253; A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini fra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 106 ss.

re stati perseguiti risultavano essere interessi confliggenti con quello indicato dalla legge.

Proprio per questi motivi si è parlato, a più riprese, di vera e propria sterilizzazione della portata della riforma del 1997, che ha lasciato perdurare le esigenze, in particolare, di un *judicial restraint* dinanzi alle scelte discrezionali della p.a.⁵⁷. Situazione questa che ha condotto alla novella del luglio 2020, dei cui tentativi di innovazione si darà ora conto.

§ III.5. – *Il decreto semplificazioni 2020: scomparsa della rilevanza penale della violazione regolamentare e del sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa*

Con il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, recante “Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale”, convertito dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, si è provveduto a una profonda modifica dell’art. 323 c.p.⁵⁸.

Sospinto dai problemi di carattere sanitario e di gestione delle risorse pubbliche derivanti dall’emergenza pandemica, il legislatore ha avvertito, con rinnovata urgenza, l’esigenza di alleggerire la posizione dei pubblici funzionari e di metterli al riparo dalla c.d. paura della firma, di cui già si è detto, nonché di proteggere l’intera collettività dall’inerzia e dai ritardi tipici della c.d. burocrazia difensiva, favorendo efficienza e rapidità di azione. Nella specie, il legislatore ha voluto definitivamente “tagliare la testa al toro” e rimuovere in via definitiva dal campo di intervento del diritto penale gli atti espressivi di un potere discrezionale, scongiurando così l’ingerenza del giudice penale sugli atti discrezionali della pubblica amministrazione.

La disposizione ad oggi in vigore così recita: «salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da uno a quattro anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno carattere di rilevante gravità».

⁵⁷ A. MERLO, *Le modifiche del 1997 e del 2012*, cit., 46 ss.

⁵⁸ T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, in *Giur. pen.*, 2020.

Se confrontiamo l'attuale versione dell'art. 323 c.p. con quella del 1997 notiamo dunque tre importanti differenze: *a)* mentre la versione del 1997 richiedeva la violazione di legge o di regolamento, oggi invece è scomparso il riferimento alla violazione di regolamento, che ad oggi è penalmente irrilevante; *b)* il nuovo art. 323 c.p. non si limita a richiamare la «violazione di regole previste dalla legge», ma aggiunge che queste regole devono essere «espressamente previste» e devono essere «regole specifiche di condotta»; *c)* si deve poi trattare di regole di condotta dalle quali «non residuino margini di discrezionalità».

È evidente come l'intenzione sia quella di impedire la ripetizione di interpretazioni estensive come quelle formulate sotto la vigenza della precedente versione e, in particolare, di impedire il riconoscimento di una qualche rilevanza penale agli atti adottati in violazione di principi generali dell'azione amministrativa (come il principio di buon andamento e imparzialità), nonché agli atti espressivi di un potere discrezionale.

§ III.6. - *L'immediato contraccolpo della giurisprudenza: la 'violazione dei limiti esterni' della discrezionalità amministrativa, il 'potere vincolato in concreto' e la 'specificazione tecnica di precetti comportamentali'*

All'indomani della riforma del 2020, la palese volontà del legislatore appare quella di impedire il sindacato dell'eccesso di potere del pubblico ufficiale e di non considerare rilevanti i principi generali contenuti nella Costituzione, non contenendo essa alcuna regola specifica di condotta. Vi sono tuttavia già stati chiari interventi giurisprudenziali volti a disinnescare la protezione accordata dalla riforma al pubblico ufficiale, interventi che si poggiano sui concetti di 'eccesso di potere estrinseco', 'esaurimento della discrezionalità amministrativa' e 'specificazione tecnica di precetti contenuti nella legge'.

Anzitutto, la Corte di cassazione, nella sentenza 8 gennaio 2021, n. 442, ha affermato che con la riforma si è avuto una «limitazione di responsabilità penale del pubblico funzionario, qualora le regole comportamentali gli consentano di agire in un contesto di discrezionalità amministrativa, anche tecnica: intesa, questa, nel suo nucleo essenziale come autonoma scelta di merito – effettuata all'esito di una ponderazione comparativa tra gli interessi pubblici e quelli privati – dell'interesse primario pubblico da perseguire in concreto»; la Corte si affretta però a precisare che quanto detto vale «*sempreché l'esercizio del potere discrezionale non trasmodi tuttavia in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici* – c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – *laddove risultino perseguiti, nel concreto svol-*

gimento delle funzioni o del servizio, *interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito*; oppure si sostanzia nell'alternativa modalità della condotta, rimasta penalmente rilevante, dell'inosservanza dell'obbligo di astensione in situazione di conflitto di interessi». Pertanto, la limitatezza della nuova disposizione normativa si scorge solo in relazione alla sottrazione al giudice penale dell'apprezzamento «dell'inosservanza di principi generali o di fonti normative di tipo regolamentare o subprimario (neppure secondo il classico schema della eterointegrazione, cioè della violazione “mediata” di norme di legge interposte), quanto il sindacato del mero “cattivo uso” – la violazione dei limiti interni nelle modalità di esercizio – della discrezionalità amministrativa».

Una prima spallata alla portata della riforma è dunque assestata con il recupero della rilevanza penale dello sviamento di potere, ancora una volta identificato con una violazione dei limiti esterni della discrezionalità e, dunque, in conclusione, con una violazione di legge⁵⁹. D'altro canto, si è evidenziato che la completa erosione del sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa priverebbe di senso l'esistenza stessa dell'abuso d'ufficio, la cui offesa è strutturalmente rappresentata dalla lesione dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione⁶⁰.

Il contraccollo della giurisprudenza si è registrato poi anche attraverso il riferimento al potere solo in astratto discrezionale ma, in verità, vincolato in concreto. Con la sentenza del 1 marzo 2021, n. 8057, la Cassazione si è pronunciata su un caso di avvenuta violazione di una specifica regola di condotta prevista all'art. 125 del d.lgs. n. 163/2006 (il vecchio codice degli appalti applicabile *ratione temporis*), contenente criteri tecnici vincolanti per la scelta della procedura ad evidenza pubblica da adottare da parte della stazione appaltante, dipendenti dal valore dell'appalto. Nel caso in questione, il pubblico ufficiale aveva proceduto all'affidamento diretto dell'appalto, reputando (erroneamente)

⁵⁹ R. BORSARI, *A volte ritornano. Riforma dell'abuso d'ufficio e sperimentazioni applicative*, in *Sist. pen.*, 2021.

⁶⁰ Così M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 2020, 158 («solo ammettendo un potere di controllo, sindacato, verifica, in capo al giudice penale sugli atti e in genere sull'attività della pubblica amministrazione (e in particolare sugli atti adottati dagli agenti pubblici) possiamo ritenere indispensabile nel nostro sistema (per tutelare efficacemente il bene di cui all'art. 97 Cost.) una incriminazione di tal genere. Il sindacato sulla legalità dell'azione amministrativa rappresenta, infatti, il presupposto logico di una figura di reato costruita come l'abuso d'ufficio»). V. anche IDEM, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 2013, 2860 ss.; T. PADOVANI, *La riforma dell'abuso innominato e dell'interesse privato in atti d'ufficio*, in A.M. STILE (a cura di), *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 1987, 157.

il valore dello stesso inferiore alla soglia al di sopra della quale la legge imponeva l'apertura al mercato.

Ad avviso della Corte, tra le «regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità» rientrano sia le norme che attribuiscono al pubblico agente un potere già a monte del tutto vincolato, sia quelle che, pur lasciando all'amministratore una scelta discrezionale a monte, pongono obblighi consequenziali. Infatti, «in tal senso è possibile fondatamente ritenere che il legislatore della novella, stabilendo che l'abuso di ufficio sia configurabile solo nel caso di "violazione di specifiche regole di condotta [...] dalle quali non residuino margini di discrezionalità", abbia inteso far riferimento non solamente ai casi in cui la violazione ha ad oggetto una specifica regola di condotta connessa all'esercizio di un potere già in origine previsto da una norma come del tutto vincolato (cioè di un potere del quale la legge abbia preordinato l'an, il *quomodo*, il *quid* e il *quando* dell'azione amministrativa); ma anche ai casi riguardanti l'inosservanza di una regola di condotta collegata allo svolgimento di un potere che, astrattamente previsto dalla legge come discrezionale, sia divenuto in concreto vincolato per le scelte fatte dal pubblico agente prima dell'adozione dell'atto (o del comportamento) in cui si sostanzia l'abuso di ufficio. Tale linea interpretativa del "nuovo" art. 323 cod. pen. appare, peraltro, coerente con le conclusioni cui è pervenuta la più attenta giurisprudenza amministrativa che, valorizzando il dettato dell'art. 21-*octies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, ha riconosciuto che il provvedimento amministrativo è annullabile, per violazione delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti, non solo quando sia espressione di un potere vincolato in astratto, cioè disciplinato da disposizioni che non contemplano alcuno spazio di discrezionalità demandato all'amministrazione, ma anche quando esso sia esplicazione di un potere, in astratto discrezionale, che sia divenuto vincolato in concreto: vale a dire di un potere che, per le scelte che il pubblico agente ha compiuto nell'ambito di quello stesso procedimento amministrativo, non poteva che essere quello indicato dalla legge perché oramai caratterizzato da un avvenuto esaurimento di ogni spazio di discrezionalità (in questo senso, tra le altre Cons. Stato, n. 4089 del 17/06/2019)»⁶¹.

Da ultimo, la Corte ha percorso una ulteriore strada per riallargare il campo applicativo dell'abuso d'ufficio, affermando che la violazione di norme contenute in regolamenti può rilevare anche nel caso in cui esse operino quali norme interposte, provvedendo cioè a fornir-

⁶¹ In senso fortemente critico G. SERRA, *La cassazione e il "nuovo" abuso d'ufficio, ovvero del "senso imperfetto" della discrezionalità tecnica dell'amministrazione e dei c.d. "autolimiti"*, in www.penaedp.it, 2021.

re la specificazione tecnica di un precetto comportamentale definito da una norma primaria, purché tutto ciò possa dirsi rispettoso dei principi di tipicità e tassatività.

Con la sentenza dell'8 settembre 2021, n. 33240, la Cassazione si è occupata del caso dell'assunzione di un soggetto privo di laurea magistrale. Ebbene, l'art. 7 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (T.U. pubblico impiego), prevede che «[...] le amministrazioni pubbliche possono conferire esclusivamente incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria [...]; cosa debba intendersi per 'comprovata specializzazione universitaria' viene esplicitato dall'art. 45 del regolamento degli Uffici e Servizi del Comune, il quale richiede il possesso di laurea magistrale o, in subordine, di laurea triennale accompagnata da master universitari coerenti con le professioni richieste.

Dinanzi alla difesa del ricorrente che aveva invocato l'assenza di violazione di legge e la sussistenza, al più, di una mera violazione di regolamento, la Corte ha precisato che «la recente riforma dell'abuso d'ufficio [...] ha inciso sullo spettro applicativo della fattispecie, limitandola, sia sul versante della rilevanza degli atti discrezionali che delle norme di legge che costituiscono il parametro della violazione richiesta; è stata infatti esclusa la rilevanza della violazione di norme contenute all'interno di regolamenti. Al di là del tema, obiettivamente rilevante, della valenza dei rinvii indefiniti derivanti dall'elemento normativo "in violazione di specifiche regole di condotta" contenuto nel nuovo art. 323 c.p. e del se, in ragione dei rinvii in questione, vi siano ancora margini per attrarre all'interno dei parametri di qualificazione della condotta abusiva, anche la violazione di norme sub-primarie emanate in forza della legge, ed usate, quindi, come norme interposte, ciò che tuttavia pare rilevante è che la norma di legge violata, nell'ambito della tipicità della fattispecie di cui all'art. 323 c.p., si conformi, come appunto nel caso di specie, ai canoni della tipicità e della tassatività propri del precetto penale, atteso che solo in tali casi è possibile ammettere un livello minimo di etero-integrazione della fonte secondaria che si risolva, si è fatto acutamente notare in dottrina, solo in una specificazione tecnica di un precetto comportamentale, già compiutamente definito nella norma primaria. Nel caso di specie, la norma di legge violata, il d.lgs. n. 165 del 2001, art. 7, comma 6, aveva una propria autonoma specifica tipicità descrittiva, richiedendo che gli esperti a cui potevano essere conferiti incarichi dal Comune, avessero una "comprovata specializzazione anche universitaria" e l'art. 45 del regolamento comunale assolveva ad una funzione di sola specificazione, spiegando cosa dovesse intendersi per comprovata specializzazione universitaria».

§ III.7. - Alcune considerazioni finali

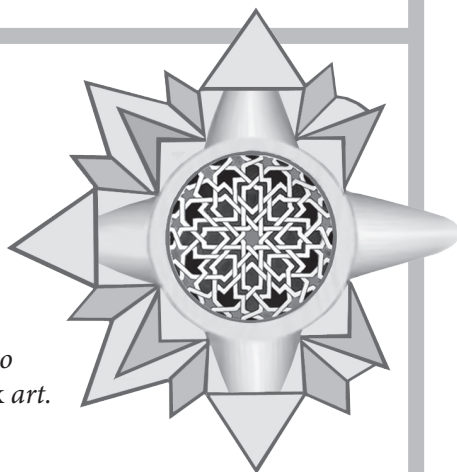
Preme a questo punto dell'indagine chiarire alcuni punti fermi. Trattando della verificabilità della correttezza delle scelte amministrative discrezionali da parte del giudice penale, occorre anzitutto non confondere la sindacabilità dell'eccesso di potere con la sindacabilità delle scelte di opportunità e convenienza. Nel primo caso infatti il sindacato si spinge sino alla soglia del merito amministrativo, senza però mai oltrepassarla; nel secondo, invece, il giudice penale sarebbe chiamato a saggiare in senso proprio le scelte di convenienza.

Volendo aderire a quanti fuggono dalla ritenuta applicabilità dell'art. 5 L.A.C., in favore della tesi dell'accertamento degli elementi del fatto tipico (*supra* cap. II § 2.3), il provvedimento amministrativo discrezionale potrebbe essere sindacato dal giudice penale in relazione a tutti i profili di legittimità, compreso l'eccesso di potere, nonché in relazione ai suoi profili di opportunità, qualora tali aspetti figurino quali elementi essenziali del fatto tipico e, dunque, tutte le volte in cui l'illegittimità o l'inopportunità incidano sull'offesa al bene giuridico protetto. È tuttavia agevole notare come la seconda ipotesi è di assai scarsa frequenza oltre che di assai discutibile legittimità costituzionale. Il dettato costituzionale, difatti, impone, da un lato, che sia garantita la separazione dei poteri e, dall'altro, che sia individuato, nella costruzione del fatto tipico, un bene giuridico pre-dato, l'identificazione delle cui fattezze non deve, cioè, essere rimessa alla valutazione del giudice penale (come accadrebbe nel caso in cui potesse egli decidere cosa si deve intendere per 'corretto assetto del territorio', saggiando l'opportunità dell'apposizione o meno di un vincolo paesaggistico o culturale).

D'altro canto non può nemmeno tacersi come l'esigenza di valutare l'opportunità di una scelta del pubblico ufficiale riemerge con una certa urgenza nei casi in cui ad essere incriminata sia la condotta dell'autore dell'atto e non del suo destinatario. Infatti, se le spinte riformatrici hanno voluto remare nel senso dell'insindacabilità pressoché totale dell'opportunità amministrativa, autorevoli voci dissonanti hanno evidenziato come il vero germe del mercimonio della funzione sia annidato nelle scelte discrezionali, la quali sole lasciano ampi spazi alla svendita della funzione o al suo reindirizzamento dalla cura della cosa pubblica al perseguimento di interessi egoistici.

Quest'ultima è però, a tutti gli effetti, una questione di politica criminale, rimessa interamente alla scelta del legislatore penale, la cui sindacabilità va limitata - come anticipato - alle patenti violazioni della separazione dei poteri e della necessaria tassatività e determinatezza della fattispecie (e dunque anche del bene giuridico protetto).

IV. Il panorama giurisprudenziale



1. *L'atto amministrativo quale presupposto negativo della condotta.* i) *I reati edilizi ex art. 44 T.U. edilizia (d.p.r. 380/2001)*

1.1. *Le differenze con il presupposto positivo: la sindacabilità dell'ordine di sospensione dell'attività ex art. 27 T.U. edilizia*

1.2. *Le differenze con l'intervento ab externo: la rilevanza del rilascio del permesso in sanatoria e della proroga del permesso di costruire*
ii) *L'inquinamento ambientale ex art. 452 bis c.p. e il richiamo all'antigiuridicità speciale*
iii) *L'esercizio abusivo di una professione ex art 348 c.p.*

2. *L'atto amministrativo quale presupposto positivo della condotta.* iv) *L'inottemperanza all'ordine di espulsione ex art. 14, co. 5-ter d.lgs. 286/1998*

v) *L'inottemperanza all'ordinanza di rimozione dei rifiuti ex art. 255, comma 3, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152*

vi) *La validità dei brevetti e dei marchi registrati nel reato di contraffazione ex art. 473 c.p.*

vii) *La falsa dichiarazione in autocertificazione ex art. 483 c.p. durante l'emergenza pandemica*

viii) *Il reato di inottemperanza al provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale ex art. 14, co. 1 e 10, d.lgs. 81/2008*

3. *L'atto amministrativo quale mezzo esecutivo.* ix) *La corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio ex art. 319 c.p.*

4. *L'atto amministrativo quale causa di non punibilità.*

x) *Le ordinanze contingibili ed urgenti ex art. 191 d.lgs. 152/2006 in relazione all'attività di smaltimento di rifiuti non autorizzata*

§ IV.1. – *L'atto amministrativo quale presupposto negativo della condotta. i) I reati edilizi ex art. 44 T.U. edilizia (d.p.r. 380/2001)*

Come si è già visto *supra* cap. I, § 4.2, sono molteplici le forme di intervento del provvedimento amministrativo nell'economia della fattispecie penale, potendo esso intervenire *ab externo* ovvero *ab interno* e, in quest'ultimo caso, assurgere a specificazione del fatto tipico, sotto forma di, anzitutto, presupposto negativo della condotta (se il provvedimento *manca*, la condotta è tipica).

Il caso paradigmatico, oggetto di più frequente trattazione, di integrazione della fattispecie penale a mezzo di provvedimento amministrativo, che funga da presupposto negativo, è rappresentato dai reati edilizi, oggi confluiti all'art. 44 T.U. edilizia. In particolare, si tratta del reato di lottizzazione¹ abusiva di cui agli artt. 30 e 44 lett. c) del T.U. edilizia e del reato di abusivismo edilizio di cui all'art. 44 lett. b), attorno alle cui figure si sono avvicendate sostanzialmente due tesi interpretative, che divergono, a monte, in ordine alla individuazione del bene giuridico protetto e di conseguenza, a valle, sul potere del giudice penale di sindacare la legittimità di un permesso di costruire pur esistente.

Nel ricostruire il panorama giurisprudenziale, ci si propone qui di separare la trattazione delle fattispecie in cui l'atto amministrativo interviene *ab externo* da quelle in cui interviene *ab interno* e, in questi casi, quelle in cui il provvedimento è rispettivamente presupposto positivo o negativo della condotta, mezzo esecutivo, *etc.* Nondimeno, le fattispecie penali in materia edilizia presentano esempi assai discussi di più di uno dei casi appena citati, per cui pare utile proporre eccezionalmente una trattazione unitaria – essendo sostanzialmente unitario il bene giuridico protetto – e qui anticipare alcune evoluzioni giurispru-

¹ Per lottizzazione si intende il frazionamento di un terreno agricolo o improduttivo in lotti edificabili, ossia in superfici minori idonee per una edificazione sistematica. Pertanto, si intende qualsiasi utilizzazione di aree (assolutamente inedificate o già parzialmente urbanizzate) per la realizzazione di uno o più fabbricati a scopo residenziale, turistico o industriale, volta alla realizzazione ed al potenziamento delle opere di urbanizzazione primaria o secondaria. È, in questo senso, uno strumento di attuazione del piano generale. La normativa consente peraltro ai privati di presentare piani di lottizzazione che conducono alla stipula delle convenzioni di lottizzazione (contratti ad oggetto pubblico, caratterizzati dal fatto di disciplinare attività che costituiscono funzioni pubbliche), che comportano: a) cessione gratuita di aree per la realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria; b) gli oneri finanziari a carico dei proprietari per la realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria e di una quota delle opere di urbanizzazione secondaria e delle opere necessarie per allacciare la zona ai pubblici servizi; c) termine non superiore a dieci anni per eseguire le opere; d) congrue garanzie. V., per tutti, G. DURANO, *La disciplina degli accordi amministrativi e il loro utilizzo quale strumento di gestione e pianificazione del territorio*, in P. URBANI (a cura di), *Politiche urbanistiche e gestione del territorio. Tra esigenze del mercato e coesione sociale*, Torino, Giappichelli, 2015, 299 ss.

denziali relative anche al provvedimento amministrativo quale presupposto positivo o quale fattore che interviene *ab externo*.

Partendo dai reati edilizi di cui all'art. 44 T.U. edilizia, va osservato come la giurisprudenza non dubiti della tipicità della condotta posta in essere in assenza di titolo abilitativo²; più complesso appare invece il panorama interpretativo in relazione alla condotta di chi costruisce in presenza di un titolo illegittimo o in presenza di un ordine di sospensione dei lavori illegittimo, non essendo chiaro – guardando alla giurisprudenza degli ultimi anni – se quest'ultima condotta sia tipica e se il giudizio di tipicità sia preceduto o meno da un potere di disapplicazione in senso proprio.

In relazione alla condotta posta in essere *in presenza* di un titolo illegittimo, ossia rilasciato in violazione degli strumenti urbanistici, vigenti e/o adottati³, o comunque stabiliti dalle leggi statali o regionali (c.d. abusività materiale), si fronteggiano due opposte tesi.

La prima ritiene l'abusività un elemento essenziale di fattispecie, dovendo cioè necessariamente ricorrere un difetto di autorizzazione amministrativa: in altre parole, i reati in esame ricorrono soltanto ove l'amministrazione non abbia rimosso il limite all'esercizio dello *ius aedificandi*⁴, già insito per natura nel diritto dominicale. Di conseguen-

² Sulla "sostanziale spettanza" del permesso a colui che non ne abbia fatto domanda nessuno si è mai interrogato.

³ Assai discusso è il tema della lesività del piano semplicemente adottato e non approvato e dunque della sua autonomia impugnabilità. A rigore ciò non dovrebbe essere possibile poiché non si tratta di provvedimento perfetto. Tuttavia, siccome la legge riconnette al piano solo adottato e non ancora approvato taluni effetti interinali, la giurisprudenza ammette l'esistenza di un interesse al ricorso in capo al privato. Non si tratta però di un onere di impugnare ma di una mera facoltà di impugnare. Non solo, se nelle more del processo interviene l'approvazione, ritiene la giurisprudenza che non vi sia neppure l'onere di impugnare l'approvazione coi motivi aggiunti: quello fra i due atti è un rapporto di invalidità derivata ad effetto caducante. Tuttavia la regola dovrebbe essere l'invalidità derivata ad effetto viziante (l'eccezione è solo per l'atto successivo che non implica esercizio di poteri discrezionali e la formazione, dunque, di una nuova volontà dell'amministrazione a seguito di una nuova rivalutazione degli interessi). La giurisprudenza vuole probabilmente sottolineare che si tratta di un atto complesso e non di due atti disgiunti. V. Cons. St., sez. IV, 6 maggio 2003, n. 2386; Cons. St., sez. IV, 13 gennaio 2010, n. 50; Cons. St., sez. IV, 11 settembre 2012, n. 4828; Cons. St., sez. IV, 09 settembre 2009, n. 5402; Cons. St., sez. IV, 8 marzo 2010, n. 1361; Cons. St., sez. IV, 23 luglio 2009, n. 4662.

«Poiché la mera adozione del piano, non ancora approvato, determina la facoltà, ma non anche l'onere di impugnazione, si deve ritenere che la delibera, avente ad oggetto prescrizioni urbanistiche, soltanto adottata, non determini, in pendenza del procedimento di approvazione, la "novazione" della fonte procedimentale del rapporto, non rendendo, pertanto, improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso contro la variante al pendente piano regolatore» (Cons. St., sez. IV, 09 settembre 2009, n. 5402). In dottrina v. M. AMATO, *Brevi note sulle osservazioni ed impugnative al piano regolatore generale*, in *Vita not.*, 1996, 1536.

⁴ Questo istituto ha subito svariate modifiche normative. Inizialmente, prendeva il nome di licenza edilizia; nel 1977 il legislatore ha provato a configurarlo in termini di 'concessione edilizia': tale ricostruzione risulta tuttavia insostenibile considerato che lo *ius aedificandi* non viene conferito dalla p.a. ma fa capo, necessariamente *ab origine*, al proprietario. La Corte costituzionale ha confermato che non può trattarsi di vero e propria concessione: la scelta legislativa non opera alcun distacco della facoltà di edificare dalla proprietà

za, in presenza di una violazione materiale degli strumenti urbanistici – che determina una illegittimità del titolo abilitativo comunque rilasciato – il giudice penale non può disapplicare l'atto amministrativo, perché la legittimità dello stesso fuoriesce dai confini del fatto tipico, il quale rappresenta l'esclusivo campo d'indagine del giudicante⁵. Il rilascio del permesso, ancorché illegittimo, impedisce l'integrazione del reato edilizio, poiché il giudice deve unicamente controllare l'esistenza formale del provvedimento, nonché la sua provenienza dall'organo legittimato ad adottarlo.

Questo riferimento induce già peraltro a ritenere che la condotta deve ritenersi allora tipica ove il provvedimento risulti esistente ma affetto da invalidità per un vizio di incompetenza. Del resto, con espressioni poco chiare ricorre in questa giurisprudenza il riferimento alla eccezionale disapplicabilità solo in caso di provvedimento inesistente (ad esempio perché rilasciato oralmente dal pubblico ufficiale) o di provvedimento invalido, ma, a ben vedere, si fa necessariamente riferimento a profili di invalidità differenti dalla violazione di legge o di regolamento in materia di governo del territorio. All'assenza formale dell'atto va cioè, secondo questo orientamento, equiparato, ad esempio, il provvedimento frutto di un sodalizio criminoso tra pubblico ufficiale e privato richiedente. Il vizio è in questi casi talmente radicale da aversi c.d. assenza sostanziale⁶.

L'opposta tesi (sposata dalle note Sezioni Unite del 2002⁷) reputa, viceversa, che il reato in esame sia a consumazione alternativa, poten-

del suolo, continuando tale facoltà, sia pure subordinatamente a un provvedimento amministrativo impropriamente denominato concessione, a far parte integrante della sfera giuridica del proprietario (Corte cost., sent. 30 gennaio 1980, n. 5, v. anche Cons. St., sez. V, 19 febbraio 1982, n. 122).

Anche alla luce di tale critiche, il legislatore nel 2001 (con l'adozione del t.u.) ha modificato la concessione in 'permesso di costruire'.

⁵ Così Cass. pen., sez. III, 4 giugno 1991, n. 6094, in *Ced* e in *Riv. giur. ed.*, 1992, 1004 ss. («il reato di lottizzazione abusiva di terreni si realizza solo se la attività lottizzatoria sia abusiva e la abusività è esclusa ogni qual volta la lottizzazione sia autorizzata dalla autorità competente, senza che sia consentito al giudice penale disapplicare l'atto autorizzativo, a meno che esso non sia inesistente o invalido»).

⁶ Viceversa, quando «vi siano state solo delle irregolarità nel procedimento amministrativo, che ne inficiano la legittimità, ma non lo rendono illecito, tale situazione non può essere equiparata alla mancanza di concessione e cioè alla condizione che rende perseguibile sul piano penale il fatto della costruzione edilizia» (Cass. pen., sez. VI, 7 dicembre 1984, n. 220, in *Ced*).

⁷ Cass. pen., SS.UU. 2002, n. 5115, in *Ced* e in *Foro it.*, 2002, 631 ss. («La contravvenzione di lottizzazione abusiva si configura come reato a consumazione alternativa, potendo realizzarsi sia quando manchi un provvedimento di autorizzazione, sia quando quest'ultimo sussista ma contrasti con le prescrizioni degli strumenti urbanistici, in quanto grava sui soggetti che predispongono un piano di lottizzazione, sui titolari di concessione, sui committenti e costruttori l'obbligo di controllare la conformità dell'intera lottizzazione e delle singole opere alla normativa urbanistica e alle previsioni di pianificazione. (Fattispecie relativa a sequestro preventivo di struttura destinata a ipermercato e a parcheggio, per la quale esisteva autorizzazione alla lottizzazione in contrasto con alcune prescrizioni delle norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale del Comune di Modugno)»).

dosi profilare sia in termini formali, cioè senza domandare l'autorizzazione (o costruendo in totale difformità dal permesso rilasciato), sia in termini materiali, ove la costruzione risulti *materialmente abusiva*, ossia materialmente contrastante con le prescrizioni urbanistiche; ciò può accadere sia ove l'attività sia conforme al provvedimento autorizzatorio ma contrastante con i piani urbanistici (ossia con il piano regolatore generale o con i piani speciali, quali quello dell'ente parco, dell'autorità di bacino o il piano paesaggistico⁸), oppure conforme ai piani urbanistici ma contrastante con la legge (in questo caso all'illegittimità del permesso si aggiunge l'illegittimità del piano, che è in parte atto regolamentare, in parte atto amministrativo generale connotato sì da spazi di discrezionalità amministrativa e tecnica ma comunque mai strutturalmente capace di derogare alle disposizioni di legge in materia).

Il tema dell'abusivismo formale e materiale ha peraltro occupato in tempi recenti anche la giurisprudenza civile, in relazione alla nullità dei negozi traslativi di immobili non recanti l'indicazione del permesso di costruire ovvero sostanzialmente abusivi (nonostante cioè la puntuale menzione degli estremi del titolo abilitativo)⁹.

⁸ Vi sono infatti da un lato i piani generali, che hanno lo scopo di ponderare tutti gli interessi generali, dall'altro i piani settoriali che sono finalizzati a tutelare uno specifico interesse pubblico (es. piano paesaggistico, piano del bacino, piano del parco). Altra distinzione è quella fra piani generali, che fissano anche regole di carattere generale, e piani attuativi, che spesso vengono sostituiti da piani di lottizzazione (accordi fra p.a. e privato).

⁹ È interessante ripercorrere brevemente i termini del dibattito per evidenziare le necessarie differenze strutturali tra l'accertamento del giudice civile e quello del giudice penale.

L'art. 46 T.U. edilizia prevede una nullità testuale: in tutti i contratti traslativi devono essere indicati dall'alienante gli estremi del titolo edilizio. A quali contratti si applica? Ai contratti che trasferiscono la proprietà o altro diritto reale su di un immobile (contratto ad effetti reali anche differiti, dunque anche la vendita di cosa altrui). Sicuramente non vi rientrano i negozi *mortis causa*, né i contratti reali di garanzia. Non si applica ai contratti ad effetti obbligatori: es. preliminare, locazione, affitto, *etc.* L'art. 46 sicuramente prevede una nullità di carattere formale (il contratto è nullo non perché l'immobile è abusivo, ma perché il venditore non ha dichiarato gli estremi del permesso di costruire); ma esiste anche una nullità sostanziale per abusività dell'immobile (o perché il titolo non esiste o perché il manufatto è difforme rispetto al titolo abilitativo)? Nullità per divieto di commercializzazione di immobili abusivi? Vi erano due teorie.

Secondo una prima teoria, oltre alla nullità formale ex art. 46 T.U. edilizia esiste una nullità sostanziale che colpisce tutti gli immobili abusivi. Ciò perché deve darsi rilievo allo scopo della norma, ossia quello di reprimere l'abusivismo edilizio. Se dicessimo il contrario si genererebbe un'incoerenza nel sistema: è valida la vendita di un immobile abusivo, mentre è nulla la vendita di un immobile regolare in caso di mera dimenticanza di inserimento degli estremi del titolo da parte dell'alienante. Inoltre, considerato che il co. 4 dell'art. 46 T.U. prevede un'ipotesi eccezionale di sanatoria dell'atto nullo, si opera una differenza fra permesso originariamente esistente e non. Nel primo caso si ha nullità convalidabile, nel secondo caso nullità definitiva.

Le SS.UU. hanno accolto l'opposto orientamento: la nullità è esclusivamente formale, ossia ricorre solo quando non sono indicati gli estremi (non ha alcuna rilevanza la conformità alle prescrizioni urbanistiche). Hanno invocato l'argomento letterale e il divieto di interpretazione analogica. Il legislatore era consapevole di questo problema, eppure nulla ha detto. L'art. 46 T.U. non si applica del resto a tutti i contratti aventi ad oggetto un immobile abusivo: tutte queste eccezioni rendono evidente che non c'è un divieto di commercializzare immobili abusivi. La nullità non può neppure aversi per illiceità dell'oggetto: la nor-

La conclusione cui giunge questo secondo orientamento passa inevitabilmente per una diversa concezione dell'oggettività giuridica, che smette di essere individuata nella 'potestà pubblica di programmazione territoriale'¹⁰ (o forse, più esattamente, nel 'potere di controllo e autorizzatorio della pubblica amministrazione'¹¹, considerato che in fase di rilascio del permesso la p.a. non opera alcuna programmazione territoriale ma esercita un potere vincolato dalle prescrizioni del piano regolatore generale e dalla legge¹²) per essere identificata nella 'corretta conformazione del territorio'¹³. Dalla protezione del bene strumentale si passa alla protezione del bene finale.

Tale interpretazione maggiormente estensiva dell'area del punibile riconosce nondimeno come in siffatti casi ben possa dirsi mancante il dolo di fattispecie. Mentre una più risalente tesi vedeva nell'errore del privato un errore di diritto sulla legge penale (ossia un errore sul precetto), e pertanto non scusabile *ex art. 5 c.p.*, più convincente appare l'opinione di quanti hanno fatto ricadere l'errore circa la legittimità del proprio operato nell'art. 47, co. 3 c.p.; errore che viceversa non può dirsi però esistente – a mente di questo secondo orientamento – in caso di palese illegittimità del provvedimento¹⁴ o di collusione tra privato e pubblico ufficiale.

Più di recente la Cassazione, con la sentenza 18 dicembre 2014, n. 7423, è tornata sul punto con espressioni non chiarissime, che avevano, nelle immediatezze, fatto pensare a un deciso cambio di rotta. È stato infatti affermato che i reati di cui all'art. 44, lett. b) e c) del T.U. edilizia *non* possono ritenersi *integrati* in presenza di un permesso *illegittimo*, a meno che questo non sia illecito o viziato da macroscopica illegittimità, ossia tale da non potersi ritenere sostanzialmente esistente.

ma penale non vieta la commercializzazione ma la costruzione. Questa è l'unica soluzione che garantisce la certezza del diritto e la stabilità dei traffici giuridici.

¹⁰ L'intera urbanistica si fonda sul potere di pianificazione territoriale (il p.r.g. è lo strumento per eccellenza). La pianificazione urbanistica è lo strumento principale di governo del territorio, attraverso il quale gli enti esponenziali intervengono sul proprio territorio al fine di garantirne uno sviluppo complessivo e armonico con le finalità economico-sociali delle comunità. Essa rappresenta uno strumento per regolare lo *ius aedificandi* riconosciuto al diritto di proprietà.

¹¹ Le Sezioni Unite Giordano parlano di interesse pubblico alla sottoposizione dell'attività edilizia al preventivo controllo della pubblica amministrazione (Cass. pen., SS.UU. 31 gennaio 1987, n. 3, in *Foro amm.*, 1988, 14 ss.).

¹² Per effetto del sistema di pianificazione, il permesso di costruire è di regola un provvedimento vincolato. La pianificazione consuma a monte la discrezionalità dell'ente locale, che non può a valle rilasciare discrezionalmente i singoli permessi di costruire. La valutazione dell'interesse pubblico è a monte. L'unica ipotesi discrezionale è il permesso di costruire in deroga. V., da ultimo, Tar Puglia, 13 febbraio 2020, n. 192.

¹³ Cass. pen., sez. III, 29 gennaio 2001, n. 11716; Cass. pen., sez. III, 22 maggio 2007, n. 19732; Cass. pen., sez. III, 1 marzo 2012, nn. 8032, 8033, 8034, 8035, 8040; Cass. pen., sez. III, 16 giugno 2015, n. 36366; Cass. pen., sez. III, 20 settembre 2011, n. 618; Cass. pen., sez. 3, 10 maggio 2017, n. 33051.

¹⁴ Peraltro la macroscopicità potrebbe peraltro risultare sintomatico anche di un mero atteggiamento (gravemente) colposo.

Invero, come ha chiarito la giurisprudenza successiva, «nell'individuare quelle situazioni di illegittimità che rendono l'atto abilitativo improduttivo di validi effetti, non può che farsi riferimento alle finalità della disciplina urbanistica ed ai presupposti per il rilascio del permesso di costruire, che l'art. 12 del d.P.R. 380/01 individua, tra l'altro, nella conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente. Ne consegue che, in disparte l'ipotesi dell'illiceità del provvedimento, *la illegittimità rilevante per il giudice penale non può che essere quella derivante dalla non conformità del titolo abilitativo alla normativa che ne regola l'emanazione o alle disposizioni normative di settore*, dovendosi, al contrario, radicalmente escludere la possibilità che il mero dato formale dell'esistenza del permesso di costruire possa precludere al giudice penale ogni valutazione in ordine alla sussistenza del reato»¹⁵.

Il riferimento alla macroscopicità del vizio di legittimità rimane però ambiguo. Tale carattere dovrebbe riguardare solo le illegittimità palesi, grossolane, riconoscibili *ictu oculi*, e non dunque tutte quelle derivanti dalla violazione delle prescrizioni urbanistiche. Volendo accogliere la tesi sostanziale, la macroscopicità dovrebbe rilevare solo quale indizio dell'elemento soggettivo. In questo senso si è del resto espressa la Corte di Cassazione nel 2019, affermando che «ai fini della configurabilità delle ipotesi di reato previste dalla lettera b) dell'art. 44 t.u.e., possono ritenersi realizzate in "assenza" di permesso di costruire anche le opere eseguite sulla base di un provvedimento abilitativo meramente illegittimo, ma non viziato da illegittimità macroscopica tale da farlo ritenere sostanzialmente mancante. Sicché, la contravvenzione di esecuzione di lavori *sine titulo* sussiste anche nel caso in cui il permesso di costruire, pur apparentemente formato, sia illegittimo per contrasto con la disciplina urbanistico-edilizia di fonte normativa o risultante dalla pianificazione»¹⁶.

Questa pare la tesi ad oggi dominante in giurisprudenza, recentissimamente ribadita in materia di abuso paesaggistico¹⁷.

¹⁵ Cass. pen., sez. III, 21 febbraio 2017, n. 12389, in *Ced*, p. 9.

¹⁶ Cass. pen., sez. III, 13 giugno 2019, n. 37475. V. tuttavia Cass. pen., sez. III, 23 aprile 2021, n. 22832: «le contravvenzioni di cui all'art. 44, comma 1, lett. b) e c), d.P.R. n. 380 del 2001 sussistono anche nel caso in cui il permesso di costruire, pur apparentemente formato, sia illegittimo per contrasto con la disciplina urbanistico-edilizia o paesaggistica di fonte normativa o risultante dalla pianificazione. Sussiste la "macroscopica illegittimità" dello stesso titolo, quando rappresenta, da un lato, un significativo indice sintomatico della sussistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito, e, dall'altro, è radicata una condizione essenziale per l'oggettiva configurabilità del reato».

¹⁷ Cass. pen., sez. III, 23 aprile 2021, n. 22832: «il reato di cui all'art. 181, comma 1, d.lgs. n. 42 del 2004, analogamente a quello di cui all'art. 44, co. 1, lett. b) e c), d.P.R. n. 380 del 2001, è configurabile non solo quando i lavori sono eseguiti senza autorizzazione paesaggistica, ma pure quando sono realizzati sulla base di un'autorizzazione paesaggistica illegittima».

Giunti a questo punto occorre tuttavia chiarire se l'equiparazione tra abuso formale e abuso materiale e dunque la penale rilevanza dell'attività posta in essere in ossequio ad un provvedimento autorizzatorio contrastante con gli strumenti urbanistici passi o meno attraverso il potere di disapplicazione del giudice penale.

La tesi della disapplicazione *ex art. 5 L.A.C.* viene qui ben presto accantonata. Già con le Sezioni Unite *Giordano* del 1987, si esclude che si tratti di potere disapplicativo *incidenter tantum*, seppur con una argomentazione che non troverà seguito nella giurisprudenza successiva. La Corte ritiene infatti in tale arresto che il rischio agli artt. 4 e 5 L.A.C. sia un fuor d'opera, attenendo il potere disapplicativo ai soli atti incidenti *negativamente* sui diritti soggettivi e alla specifica condizione che si tratti di accertamento incidentale. Pertanto, detto potere mai potrebbe trovare applicazione in relazione ai poteri ampliativi, che viceversa rimuovono un ostacolo all'esercizio di un diritto¹⁸ (autorizzazioni) o trasferiscono o attribuiscono *ex novo* la titolarità di un diritto soggettivo (concessioni)¹⁹. Nell'affermare ciò le Sezioni Unite dunque sostengono che il sindacato del giudice penale su di un provvedimento amministrativo può operare unicamente ove sia la stessa legge penale a prevederlo (richiedendo ad esempio la violazione di un provvedimento *legittimo*) oppure ove detta indagine sia comunque necessaria ai fini del giudizio di tipicità, tenuto conto dello specifico bene protetto.

È noto come le Sezioni Unite *Giordano*, sulla scorta di tale considerazione, siano giunte a negare la sindacabilità dei profili di illegittimità del provvedimento amministrativo rilevante per la materia edilizia, individuando il bene giuridico protetto nell'interesse strumentale al regolare controllo amministrativo.

Le successive ed altrettanto celebri Sezioni Unite *Borgia*²⁰ hanno ribadito l'impredicabilità di un potere disapplicativo *ex art. 5 L.A.C.*²¹, ma hanno nondimeno sconfessato la ragione giustificativa avanzata dalla precedente pronuncia. Trattandosi di norma penale in bianco, «l'accertamento attribuito al giudice penale, nella materia in esame [...], consiste nel procedere ad esatta e concreta verifica tra opera

¹⁸ Ancora valida è la definizione classica di O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, 7 ss.

¹⁹ C. VITTA, *Concessioni (Diritto Amministrativo)*, in *Nov. dig. it.*, III, Torino, UTET, 1959 920 ss.

²⁰ Cass. pen., 21 dicembre 1993, n. 11635.

²¹ Cass. pen., sez. III, 21 settembre 2018, n. 56678: «nell'ipotesi in cui si edifichi con permesso di costruire illegittimo, non si discute più di disapplicazione di un atto amministrativo illegittimo e dei relativi poteri del giudice penale, ma di potere accertativo di detto magistrato dinanzi ad un atto amministrativo che costituisce presupposto o elemento costitutivo di un reato. In tale ipotesi l'esame deve riguardare non l'esistenza ontologica del permesso edilizio, ma l'integrazione o meno della fattispecie penale in vista dell'interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela (nella specie l'interesse sostanziale alla tutela del territorio), nella quale gli elementi di natura extrapenale convergono organicamente, assumendo un significato descrittivo».

in corso di esecuzione o realizzata (con riguardo anche alla sua funzione, oltre che alle caratteristiche fisiche, strutturali, planovolumetriche e tipologiche) e fattispecie legale, quale descrittivamente risulta dagli indicati elementi extrapenalici, cioè di natura amministrativa. Sicché gli strumenti normativi urbanistici (ed in particolar modo le norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale) nonché il regolamento edilizio, la concessione edilizia costituiscono l'organico parametro per l'accertamento della liceità o meno dell'opera edilizia. 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 in esame, e di questa specifica i connotati, in vista della salvaguardia dell'interesse tutelato: il tutto con riguardo ad attività comportanti trasformazione urbanistica del territorio».

In definitiva, al giudice penale non è affidato «alcun c.d. sindacato sull'atto amministrativo (concessione edilizia), ma – nell'esercizio della potestà penale – è tenuto ad accertare la conformità tra ipotesi di fatto (opera eseguenda o eseguita) e fattispecie legale, in vista dell'interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela, nella quale gli elementi di natura extrapenale suddetti convergono organicamente, assumendo un significato descrittivo».

Tale assunto è stato poi seguito dalla giurisprudenza successiva, la quale ha dunque più volte ribadito che «in materia edilizia, ove il giudice rilevi che un'autorizzazione amministrativa risulta contrastante con previsioni di legge o di piano, al fine di ritenere configurabile il reato di lottizzazione abusiva non deve procedere alla disapplicazione del provvedimento amministrativo ma accertare l'abusività della lottizzazione prescindendo da qualsiasi giudizio sulla legittimità del provvedimento»²². Il sindacato del provvedimento amministrativo non comporta la sua eventuale disapplicazione, «in quanto tale provvedimento non è sufficiente a definire di per sé – ovvero prescindendo dal quadro delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, e dalle rappresentazioni di progetto alla base della sua emissione – lo statuto di legalità dell'opera realizzata»²³.

§ IV.1.1. – *Le differenze con il presupposto positivo: la sindacabilità dell'ordine di sospensione dell'attività ex art. 27 T.U. edilizia*

Le conclusioni a cui si è sin qui giunti paiono potersi replicare, *mutatis mutandis*, anche per l'esecuzione di un'attività nonostante l'or-

²² Cass. pen., sez. III, 11 giugno 2008, n. 37274, in *Ced*.

²³ Cass. pen., sez. III, 16 giugno 2015, n. 36366, in *Ced*.

dine di sospensione dei lavori, oggi previsto all'art. 27, co. 3 T.U. edilizia.

In questo caso, come abbiamo anticipato, muta il ruolo del provvedimento amministrativo. La differenza rispetto ai casi appena trattati è evidente perché si tratta di un provvedimento amministrativo che è presupposto positivo e non negativo della condotta: il provvedimento deve sussistere affinché la condotta (di prosecuzione dell'attività edilizia) sia tipica. È esattamente l'ipotesi inversa rispetto a quella finora trattata, ma che pare opportuno prendere in considerazione immediatamente, in ragione dell'identità dei beni giuridici protetti.

L'ordine di sospensione dell'attività pone anzitutto alcuni problemi di diritto amministrativo, destinati inevitabilmente a riflettersi sulla rilevanza penale della condotta *ex art. 44 lett. b) T.U. edilizia* («esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso o di *prosecuzione degli stessi nonostante l'ordine di sospensione*»).

Brevemente. In caso di inosservanza delle norme, prescrizioni o modalità per l'esecuzione dell'attività edilizia, la p.a. (attraverso la figura del dirigente o responsabile) ordina, con provvedimento *ex art. 27, co. 3*, l'immediata sospensione dei lavori, «che ha effetto fino all'adozione dei provvedimenti definitivi, i quali devono comunque essere adottati entro 45 giorni dall'emissione dell'ordine di sospensione». Il vero interrogativo è dunque cosa succeda qualora i provvedimenti definitivi non siano adottati entro i successivi 45 giorni indicati dalla legge. Ci si chiede cioè se si tratti di un termine di durata della sospensione o piuttosto di un termine per l'adozione dei provvedimenti definitivi.

Secondo la tesi prevalente nella giurisprudenza in seno al Consiglio di Stato, il provvedimento di sospensione cessa di produrre effetti al quarantacinquesimo giorno; si tratta, in sostanza, di un termine finale di efficacia del provvedimento di sospensione²⁴. In materia penale la giurisprudenza sostiene che, decorsi i 45 giorni, non viene meno la rilevanza penale della condotta, con la conseguenza che può reputarsi comunque integrato il reato di cui all'art. 44 lett. b)²⁵: l'illiceità del-

²⁴ V., per tutti, Cons. St., sez. II, 21 ottobre 2019, n. 7099.

²⁵ V. Cass. pen., sez. III, 12 febbraio 2013, n. 28132: «la prosecuzione delle opere edilizie, attuata durante il periodo di vigenza della ordinanza comunale di sospensione dei lavori, integra la fattispecie di reato di cui all'art. 44, comma primo, lettera b), del d.P.R. n. 380 del 2001, indipendentemente dalla successiva decorrenza del termine di efficacia dell'ordinanza medesima»; cass. pen., sez. III, 9 ottobre 2008, n. 41884: «in tema di reati edilizi, l'illiceità della condotta consistente nella prosecuzione dei lavori nonostante l'ordinanza comunale di sospensione non viene meno per il fatto che non siano adottati, nei termini, i conseguenti provvedimenti repressivi di legge». V. tuttavia la tesi di L. BERTOLINI, *Reati urbanistici*, in *Enc. giur.*, XXXVI, Roma, Treccani, 1991, 2 ss. secondo il quale il reato deve intendersi perfezionato al momento della ripresa dell'attività e permanente fino alla scadenza del termine di efficacia del provvedimento; per cui l'attività eventualmente ripresa dopo tale scadenza non può risultare penalmente rilevante.

la condotta non viene meno con la decorrenza del termine di efficacia dell'ordinanza stessa, fissato dall'art. 27, comma 3, in 45 giorni. «Deve, infatti, affermarsi che, ai fini della sussistenza del reato di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, comma 1, lett. b), è sufficiente che sia stata posta in essere la violazione di un'ordinanza di sospensione dei lavori che si sia consumata, come nel caso di specie, nel periodo in cui l'ordinanza stessa era efficace».

Chiarito ciò, l'aspetto ora rilevante è la sindacabilità dell'ordine di sospensione. Coerentemente con quanto sopra detto a proposito dei reati di abusivismo edilizio realizzati in presenza di un'autorizzazione illegittima, dovrebbe qui concludersi per la piena sindacabilità del provvedimento amministrativo al fine di valutare l'effettiva o meno lesione del bene finale rappresentato dal corretto assetto del territorio²⁶. Al riguardo la giurisprudenza adotta però un approccio formale, abbandonato in relazione alla lottizzazione e alla costruzione in assenza o in difformità dal permesso di costruire. Si afferma, infatti, che «anche nell'ipotesi in cui il giudice abbia ritenuto che per l'esecuzione di quei lavori in ordine ai quali è stato emesso l'ordine di sospensione non era necessaria la previa concessione edilizia (nella specie, per essersi trattato di lavori solo interni) non consegue necessariamente il proscioglimento dal reato di prosecuzione dei lavori nonostante l'ordine di sospensione, *perché il giudice penale non può giudicare il merito di tale provvedimento amministrativo*²⁷». Può, però, aggiunge la giurisprudenza, sindacare la legittimità formale dell'ordine di sospensione: solo da questa tipologia di violazione può discendere l'eventuale disapplicazione.

Qualora sia stato contestato all'autore di avere realizzato lavori edilizi in assenza di permesso e di avere proseguito i lavori nonostante l'intervenuta ordinanza di sospensione, se il giudice ha ritenuto che l'esecuzione di quei lavori, non essendo assoggettata al regime autorizzativo, non è prevista dalla legge come reato, non può dirsi lo stesso della prosecuzione dei lavori nonostante l'ordine di sospensione.

Con una giravolta ermeneutica, qui la giurisprudenza reputa che si tratti di norma sanzionatoria che mira a punire il comportamento di chiunque contrasti *l'intervento cautelare della pubblica amministrazione*²⁸,

²⁶ «Se l'urbanistica disciplina l'attività pubblica di governo del territorio, lo stesso territorio costituisce il bene oggetto della relativa tutela, 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» (Cass. pen., SS.UU., 12 novembre 1993, n. 11635).

²⁷ Cass. pen., sez. III, 13 marzo 1996, n. 3594, in *Ced*.

²⁸ Cass. pen., sez. III, 3 luglio 2007, n. 37320, in *Ced*: «il reato ha carattere plurioffensivo, in quanto l'interesse protetto dalla norma incriminatrice, in uno con quello del regolare assetto del territorio, insito nel provvedimento preso ed in tutta la disciplina urbanisti-

e dunque di reato quantomeno plurioffensivo²⁹. Ciò è stato confermato anche più di recente: «la *ratio* è quella del rispetto dei provvedimenti cautelari adottati dalla P.A. nell'esercizio del potere di autotutela, non può essere fatta alcuna distinzione a seconda che le opere vengano realizzate in assenza di permesso di costruire o di DIA o SCIA, ovvero in difformità dalle stesse»³⁰.

§ IV.1.2. - *Le differenze con l'intervento ab externo: la rilevanza del rilascio del permesso in sanatoria e della proroga del permesso di costruire*

Il permesso di costruire in sanatoria è disciplinato all'art. 36 T.U. edilizia e richiede l'accertamento di c.d. doppia conformità³¹.

Com'è noto, l'immobile costruito può dirsi abusivo per il solo fatto di non aver richiesto il permesso (l'abusivismo è dunque un concetto formale); tuttavia, se il permesso sarebbe comunque spettato ove debitamente richiesto, è possibile sanare l'abuso, attraverso un istituto "a regime" (operante cioè a prescindere dalla finestra temporale in cui si è verificato l'abuso), a condizione che il fabbricato risulti conforme *sia* agli strumenti urbanistici vigenti al tempo della costruzione, *sia* a quelli vigenti al tempo della richiesta di sanatoria (in questo consiste la duplicità della conformità). Il provvedimento in questione è, in presenza di tali presupposti, un provvedimento vincolato (se la p.a. nega il permesso in sanatoria, può essere esperita l'azione di annullamento e di adempimento *ex* art. 34 lett. c) c.p.a.).

Dal canto suo l'art. 45 T.U. edilizia prevede che il rilascio in sanatoria del permesso di costruire estingue i reati contravvenzionali previsti dalle norme urbanistiche vigenti.

È evidente allora come il permesso in sanatoria assume una chiara rilevanza penalistica, senza però entrare nella fattispecie penale (da cui non è richiamato), ma condizionando un aspetto diverso dalla regola di condotta, ossia la punibilità (v. *supra* cap. I, § 4.3). Di qui l'esigenza di capire se l'illegittimità del permesso di costruire in sanatoria possa impedire la vicenda estintiva.

In questo caso la giurisprudenza ha recuperato il potere-dovere di sindacato del giudice penale, dapprima fondandolo sul potere di disapplicazione dell'art. 5 L.A.C.: se il permesso in sanatoria si fonda sulla doppia conformità, allora il giudice penale dovrà accertare la confor-

ca, è quello specifico del rispetto delle prescrizioni adottate dalla pubblica amministrazione nell'esercizio del potere di autotutela».

²⁹ Cass. pen., sez. III, 17 maggio 2005, n. 18199.

³⁰ Cass. pen., sez. III, 10 marzo 2017, n. 11568.

³¹ R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice dell'edilizia*, Roma, Nel diritto editore, 2015, 783.

mità del provvedimento alle norme in materia urbanistico-edilizia³² e disapplicare la sanatoria medesima in caso di esito negativo di siffatto vaglio. Si è sostenuto in proposito in dottrina che il provvedimento in esame non avrebbe i contenuti tipici del provvedimento autorizzatorio (ossia la rimozione di un limite all'esercizio di un diritto del cittadino), svolgendo piuttosto la funzione di estinguere un reato già perfetto: come tutti i fatti estintivi, il suo perfezionamento dovrà dunque essere vagliato dal giudice³³. Del resto qui si ha a che fare con un provvedimento che interviene *ab externo* nell'economia della fattispecie penale.

Altro orientamento reputa invece che il dovere-potere del giudice penale si fondi sul potere di individuare i presupposti legali della non punibilità, che nulla ha a che spartire con il potere disapplicativo³⁴. In mancanza della doppia conformità, il permesso comunque rilasciato non è idoneo a sortire alcun effetto estintivo della punibilità e non va perciò disapplicato incidentalmente, formando esso al contrario oggetto di cognizione diretta.

ii) *L'inquinamento ambientale ex art. 452 bis c.p. e il richiamo all'antigiuridicità speciale*

Nell'ambito della categoria dei provvedimenti che fungono da presupposto negativo della condotta rientrano anche quelli autorizzatori in materia ambientale, la cui sussistenza può condurre ad escludere la rilevanza penale della condotta di inquinamento ambientale *ex art. 452 bis c.p.*, attualmente riferito a «chiunque *abusivamente* cagiona una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili [...]». Risulta infatti abbandonata la formulazione approvata originariamente dalla Camera dei Deputati, basata sulla «violazione di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, specificamente poste a tutela dell'ambiente»³⁵.

Il riferimento all'antigiuridicità speciale permette di ricomprendere nel campo della tipicità le condotte realizzate senza autorizzazione, in violazione di un'autorizzazione, con autorizzazione scaduta, non-

³² Cass. pen., sez. III, 28 giugno 2000, n. 10960, in *Ced*.

³³ M. GAMBARDELLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, cit., 780. L'A. evidenzia peraltro come non si tratti di un'invasione dello spazio di valutazione riservato al potere amministrativo; infatti, compete al giudice «il potere-dovere di eseguire ogni accertamento per stabilire l'applicabilità delle cause di estinzione del reato; e in tal caso svolge così il compito primario riservato alla giurisdizione, che non può essere delegato alla pubblica amministrazione» (*ivi*, 779).

³⁴ Cass. pen., sez. III, 12 dicembre 2003, 3992, in *Ced*.

³⁵ V. Atto Senato n. 1345, recante Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente' reperibile su https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DOSSIER/0/751837/index.html?part=dossier_dossier1-sezione_sezione12-h1_h11.

ché quelle poste in essere nel rispetto dell'autorizzazione ma in violazione di altre regole o prescrizioni (es. leggi statali o regionali – anche se non strettamente pertinenti al settore ambientale, ma ad esempio alla sicurezza sul lavoro, al decoro urbano³⁶ – o prescrizioni amministrative, quali le prescrizioni progettuali dell'attività di bonifica)³⁷.

Il nostro interesse si concentra però sulla rilevanza penale della condotta posta in essere in presenza di un'autorizzazione illegittima. Gli interrogativi sono sempre i medesimi: può dirsi integrata la fattispecie? Se sì, quale potere esercita il giudice penale in ordine a tale autorizzazione?

Possiamo ormai agevolmente rispondere che la soluzione dipende dal bene giuridico protetto: l'autorizzazione illegittima non rende la condotta abusiva, se si intende il reato in esame come fattispecie posta a tutela del corretto espletamento delle funzioni; viceversa, si ha inquinamento ambientale anche in questo caso se si ritiene che il legislatore abbia voluto accordare tutela al bene giuridico ambiente, con la conseguenza che potrà al più difettare il solo elemento soggettivo (salva l'esistenza di un accordo criminale tra privato e funzionario).

In giurisprudenza si rinviene una massima tralatizia, nonostante la "giovane età" della fattispecie criminosa. Si ritiene, cioè, che la condotta abusiva di inquinamento ambientale, «comprende [...] quella svolta in assenza delle prescritte autorizzazioni o sulla base di autorizzazioni scadute o palesemente illegittime o comunque non commisurate alla tipologia di attività richiesta [...]». Sul piano oggettivo parrebbero dunque rilevare le condotte poste in essere in presenza sì di un'autorizzazione illegittima, ma purché si tratti di illegittimità "palese" (termine atecnico di difficile intelligibilità).

In una pronuncia recentissima si è affermato che «la valutazione della configurabilità di reati in materia ambientale non esclude il giudizio sulla legittimità di atti amministrativi autorizzatori eventualmente rilasciati ma, anzi, comporta necessariamente tale giudizio (ovviamente non esteso ai profili di discrezionalità) allorché quegli atti costituiscano presupposto o elemento costitutivo o integrativo del reato; che il giudice penale, allorquando accerta profili di illegittimità sostanziale di un titolo autorizzatorio amministrativo, procede ad un'identificazione in concreto della fattispecie sanzionata e non pone in essere alcuna "disapplicazione" del provvedimento medesimo, né incide, con indebita ingerenza sulla sfera riservata alla pubblica ammini-

³⁶ V. C. RUGA RIVA, *Commento al testo base sui delitti ambientali adottato dalla Commissione Giustizia della Camera*, in *Dir. pen. cont.*, 2014.

³⁷ Ciò potrebbe peraltro condurre alla rilevanza anche di violazione di principi non tradotti in precetti assistiti da autonome sanzioni (come ad esempio il principio di precauzione di cui all'art. 3 *ter*). Sul punto A. CAPRIO, A. TRINCI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Roma, Dike, 2018, 507.

strazione, poiché esercita un potere che trova fondamento e giustificazione nella stessa previsione normativa incriminatrice e che l'accertata esistenza di profili assolutamente eclatanti di illegalità (anche a prescindere da eventuali collusioni dolose con organi dell'amministrazione) costituisce inoltre un significativo indice di riscontro dell'elemento soggettivo del reato contestato pure riguardo all'apprezzamento della colpa»³⁸.

Pare chiaro, dunque, che la giurisprudenza rifiuta qui di inquadrare il sindacato del giudice nel potere di disapplicazione di provvedimenti amministrativi, essendo compito giurisdizionale, alla luce della formulazione della norma incriminatrice, valutare la compromissione del bene ambiente, anche ove essa derivi da un'attività che gode di autorizzazione³⁹. Ciò che non è chiaro è il riferimento all'illegittimità palese. Il carattere macroscopico, se si condividono le premesse di cui sopra, non dovrebbe avere alcuna rilevanza in punto di accertamento dell'elemento oggettivo del fatto. Si potrebbe dunque ritenere che, nonostante l'espressione non chiarissima cristallizzata nella massima di cui sopra, la macroscopicità rilevi unicamente (come pare trapelare dall'ultimo pronunciamento riportato) in punto di elemento soggettivo, concorrendo cioè a ritenere sussistente anche il dolo, oltre alla condotta e all'evento tipici.

iii) *L'esercizio abusivo di una professione ex art 348 c.p.*

Anche il reato di esercizio abusivo di una professione rappresenta un caso in cui un provvedimento amministrativo si pone come presupposto negativo della condotta: occorre un provvedimento abilitativo affinché la condotta risulti lecita. L'art. 348 c.p. punisce infatti chi esercita abusivamente una professione per la quale è richiesta un'abilitazione dello Stato senza averla ottenuta, o in forza di un'abilitazione sospesa o revocata, oppure eccedendo i limiti che la stessa stabilisce per ciascuna attività professionale, riservando a essa competenze che non spettano ai soggetti non abilitati.

Si riscontra in proposito in giurisprudenza un atteggiamento assai formalistico, che rifiuta cioè di sindacare la illegittimità del provvedimento o meglio – trattandosi dei casi più frequenti – rifiuta di considerare sostanzialmente lecita la condotta perché posta in essere in presenza dei requisiti per l'ottenimento dell'abilitazione all'esercizio della professione. Da qui implicitamente si desume che oggetto di tu-

³⁸ Cass. pen., sez. III, 19 gennaio 2021, n. 9954, in *Ced.*

³⁹ Cass. pen., sez. III, 08 ottobre 2019, n. 560.

tela non è il bene finale protetto dalla presenza di requisiti per l'accesso alla professione (ad esempio la salute per le professioni sanitarie), ma il bene strumentale del "controllo amministrativo".

I punti più spinosi affrontati dalla giurisprudenza riguardano il rapporto con la libertà di prestazione di servizi riconosciuta dai Trattati europei e la rilevanza dell'errore sulla normativa extrapenale in cui sia incorso il privato.

Due interessanti pronunce si sono occupate dell'esercizio abusivo dell'attività di odontoiatra ed hanno evidenziato come il d.lgs. 9 novembre 2007, n. 206 abbia dato attuazione alla normativa comunitaria in materia di mutuo riconoscimento delle qualifiche professionali, dettando i presupposti necessari per il conseguimento dell'iscrizione per l'accesso alle professioni regolamentate.

Anche l'art. 7 della l. 24 luglio 1985, n. 409 (legge istitutiva della professione sanitaria odontoiatrica) risulta diretta attuazione dell'allora art. 52 del Trattato CEE, prevedendo essa che ai cittadini degli Stati membri delle comunità europee che esercitano l'attività di odontoiatra e che sono in possesso dei diplomi prescritti è riconosciuto il titolo di odontoiatra; tuttavia, anche in questo caso, per poter esercitare legalmente, l'art. 8 di detta legge prevede che sia necessario che l'interessato presenti domanda al Ministero delle Sanità, il quale è chiamato ad accertare la regolarità e la completezza della domanda, per poi provvedere alla comunicazione all'ordine professionale di riferimento che procede all'iscrizione del richiedente. Senza l'assolvimento di tale onere, non può essere esercitata l'attività professionale.

Tale normativa non si pone affatto in contrasto con la normativa dell'Unione europea, nella parte in cui prevede l'assolvimento di particolari oneri burocratici in capo a coloro che abbiano conseguito l'abilitazione in altri Paesi dell'Unione europea. Infatti, la Direttiva 2005/36/CE riconosce la libera prestazione di servizi, ma solo per le attività temporanee ed occasionali⁴⁰, e prevede altresì che debba essere in ogni caso garantita la protezione della salute. Pertanto, al di fuori dei servizi occasionali e temporanei, la normativa comunitaria non prevede alcuna esenzione dalle iscrizioni a organizzazioni o organismi professionali, imposte dalla normativa nazionale.

Evidenzia la Cassazione che «anche ad ammettere l'esistenza del titolo di studio straniero [...] risulta provato che all'atto del controllo

⁴⁰ Ciò peraltro ha portato a ritenere che il reato in esame richieda strutturalmente un'attività continuativa; v. Trib. Ferrara, 12 maggio 2021, n. 639, secondo cui «l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 bis c.p. non può essere dichiarata con riferimento al reato di abusivo esercizio di una professione, in quanto tale delitto presuppone una condotta che, in quanto connotata da ripetitività, continuità o, comunque, dalla pluralità degli atti tipici, è di per sé ostativa al riconoscimento della causa di non punibilità».

del NAS l'imputato non disponeva del riconoscimento del titolo in Italia, risultando in corso la relativa procedura, peraltro dimostrando di ben conoscere gli effetti dell'iter da lui stesso avviato»⁴¹. Dunque anche in pendenza del riconoscimento ed anche in presenza dei requisiti che abbiano poi portato successivamente all'attestazione dell'equipollenza e alla regolare iscrizione, l'esercizio dell'attività "riservata" è condotta punibile ai sensi dell'art. 348 c.p. Si nota allora come il controllo amministrativo emerga come bene-strumentale oggetto di protezione penale. Del resto, il bene finale è qui rappresentato dal diritto fondamentale alla salute, la cui primaria rilevanza si ritiene in dottrina possa giustificare un'anticipazione della tutela, anche a mezzo della protezione di beni giuridici intermedi⁴².

Come anticipato, altra questione dibattuta, anche se di minore rilevanza ai nostri fini, è quella della qualificazione dell'errore commesso dall'esercente un'attività "riservata" sulle fonti extrapenali che regolano l'accesso a tale attività.

In caso di norme penali in bianco, tradizionalmente la giurisprudenza suole qualificare tale errore alla stregua dell'ignoranza della legge penale: proprio dalla natura di norma penale in bianco si desume che tutto ciò che riempie il precetto è legge penale ai fini dell'art. 5 c.p.⁴³. La giuri-

⁴¹ Cass. pen., sez. VI, 13 novembre 2013, n. 47532. V. anche Cass. pen., sez. VI, 26 gennaio 2016, n. 9873: «lo svolgimento di attività odontoiatrica da parte di cittadini dell'Unione Europea, in possesso di diploma rilasciato in uno Stato estero, non è riconducibile alla fattispecie di reato di esercizio della professione abusiva solo nel caso in cui l'interessato abbia presentato domanda al Ministero della Sanità e questo abbia accertato la regolarità dell'istanza e della relativa documentazione, trasmettendola all'Ordine professionale competente per l'iscrizione: conseguentemente incorre nel suindicato reato il soggetto che abbia attivato la suindicata procedura solo successivamente all'avvio dell'indagine penale a suo carico, tenuto conto che ai fini della relativa sussistenza è necessario e sufficiente il dolo generico e che eventi successivi alla commissione del fatto, quali conseguimento della laurea all'estero e il deposito della relativa documentazione presso il Ministero della Salute, non sono idonei ad escludere la consapevolezza e volontarietà dell'esercizio dell'attività professionale, in carenza dei presupposti ai quali la normativa di settore condiziona lo svolgimento della professione».

⁴² A. FIORELLA, *Reato in generale* (voce), in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, 797 ss.; IDEM, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, Giappichelli, 2018, 218 ss.

⁴³ Cass. pen., sez. VI, 10 novembre 2009, n. 47028: «ai fini della configurabilità del delitto di abusivo esercizio di una professione, data la natura di norma penale in bianco riconosciuta all'art. 348 cod. pen., costituisce ignoranza inescusabile della legge penale la mancata conoscenza dei limiti di attività autorizzati dalla disciplina normativa del titolo professionale conseguito. (Fattispecie in cui un massoterapeuta è stato ritenuto responsabile di esercizio abusivo della professione medica e di quella di fisioterapista, per aver improvvisato diagnosi ed esaminato radiografie e referti, eseguendo massaggi per lenire e curare diverse patologie, secondo un proprio programma di sedute)». Cass. pen., sez. II, 7 marzo 2017, n. 16566: «in tema di abusivo esercizio di una professione, l'art. 348 cod. pen. è norma penale in bianco, in quanto presuppone l'esistenza di altre norme volte a determinare le professioni per le quali è richiesta la speciale abilitazione dello Stato e l'iscrizione in un apposito albo, con la conseguenza che, saldandosi dette norme con la previsione penale, resta esclusa alcuna violazione dei principi di determinatezza e tassatività della fattispecie. (In applicazione del principio, la Corte ha ritenuto che la prestazione, da parte di un soggetto privo di titoli abilitativi, di consulenze per problemi caratteriali e relazionali, sostenu-

sprudenza è pressoché granitica nell'affermare che «l'art. 348 c.p. [...] ha infatti natura di norma penale in bianco, in quanto presuppone l'esistenza di altre disposizioni, integrative del precetto penale, che definiscono l'area oltre la quale non è consentito l'esercizio di determinate professioni: l'errore su tali norme, costituendo errore parificabile a quello ricadente sulla norma penale, non ha valore scriminante (*sic!*) in base all'art. 47 c.p.»⁴⁴.

§ IV.2. - *L'atto amministrativo quale presupposto positivo della condotta.*
iv) *L'inottemperanza all'ordine di espulsione ex art. 14, co. 5-ter d.lgs. 286/1998*

In relazione al reato di cui all'art. 14, co. 5-ter del T.U. immigrazione la giurisprudenza mostra di ondeggiare fra il riconoscimento del potere disapplicativo dell'ordine illegittimo *ex art. 5 L.A.C.* e la tesi autonomistica della sindacabilità ai fini penali (ossia ai fini del giudizio di tipicità), ma mostra comunque di reputare la fattispecie penale "sensibile" alla legittimità del provvedimento, ritenendo pertanto tipica la condotta solo ove sia preceduta da un ordine di espulsione *legalmente dato*. In questo caso la disapplicazione (intesa in senso tecnico o meno) opera *in bonam partem*.

Gli artt. 13 e 14 del T.U. immigrazione prevedono che a seguito dell'adozione da parte del prefetto del provvedimento di espulsione dello straniero irregolare, il questore ne dispone l'esecuzione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica; tuttavia, quando ciò non è possibile a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di permanenza per i rimpatri più vicino; qualora poi non sia stato possibile trattenere il destinatario del provvedimento in un centro di permanenza per i rimpatri ovvero la permanenza presso tale struttura non ne abbia consentito l'allontanamento dal territorio nazionale, ovvero dalle circostanze concrete non emerga più alcuna prospettiva ragionevole che l'allontanamento possa essere eseguito e che lo straniero possa essere riaccolto dallo Stato di origine o di provenienza, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di sette giorni.

te da percorsi terapeutici, sedute, colloqui e pratiche ipnotiche, costituisse esercizio abusivo della professione di psicologo psicoterapeuta, cui gli artt. 1 e 3 l. n. 56 del 1989 espressamente riservano le attività di abilitazione e sostegno in ambito psicologico rivolte alla persona)».

⁴⁴ *Ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 13 novembre 2018, n. 6129; Cass. pen., sez. VI, 3 giugno 2014, n. 36410.

Tale ultimo ordine è assistito da una sanzione penale in caso di sua inosservanza (salvo che non sussista un giustificato motivo). Esso potrebbe nondimeno presentare profili di illegittimità e la giurisprudenza prevalente reputa che il giudice penale possa sindacare i vizi classici della violazione di legge, dell'incompetenza e dell'eccesso di potere e reputare nel caso non integrato il reato⁴⁵.

In particolare, di recente si è affermato che il sindacato del giudice si estende anche alla illegittimità del decreto prefettizio antecedente (mentre in altre pronunce si legge come la cognizione spetti unicamente al giudice di pace in sede civile⁴⁶). In tale sede si è fatto riferimento a un potere di "disapplicazione" del provvedimento amministrativo costituente il presupposto del reato, a fronte dell'illegittimità del decreto prefettizio a monte, e dunque dell'illegittimità derivata ad effetto caducante⁴⁷ da cui dovrebbe dirsi affetto l'ordine a valle.

Si è trattato di un caso nel quale il provvedimento di espulsione del prefetto, e dunque anche il successivo ordine di allontanamento del questore, erano stati emessi in pendenza della proposizione dell'appello avverso il provvedimento di rigetto dell'istanza di protezione internazionale che, secondo la normativa vigente *ratione temporis*, aveva effetto sospensivo del diniego di *status* di rifugiato e determinava l'inespellibilità del richiedente fino alla decisione sul ricorso. I provvedimenti erano stati pertanto emessi in carenza del necessario presupposto della natura definitiva del rigetto della domanda di protezione internazionale proposta dal cittadino extracomunitario; di conseguenza – argomenta la Corte – non potevano dirsi sussistenti le condizioni di applicabilità della corrispondente norma incriminatrice⁴⁸.

⁴⁵ Cass. pen., sez. I, 23 novembre 2007, n. 2907, in *Ced* («in tema di immigrazione di cittadini extracomunitari, ai fini del giudizio di responsabilità in ordine al reato di cui all'art. 14, comma quinto *ter*, D.Lgs. 25 luglio 1998 n. 286 e successive modifiche, al giudice penale spetta il potere di valutare pienamente la legittimità del decreto di allontanamento dal territorio dello Stato emesso dal Questore (che costituisce l'atto presupposto della violazione penale), ma non del decreto di espulsione emesso dal Prefetto, la cui cognizione compete esclusivamente al giudice di pace in sede civile»); Cass. pen., sez. III, 10 aprile 2019, n. 27534, in *Ced* («il reato di inottemperanza al provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale adottato dall'organo di vigilanza in materia di lavoro, previsto dall'art. 14, comma 10, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, non è configurabile nel caso in cui il giudice ravvisi profili di illegittimità formale o sostanziale del provvedimento che si assume violato»).

⁴⁶ Cass. pen., sez. I, 11 dicembre 2007, n. 1468, in *Ced*: «in tema di ingiustificata inosservanza dell'ordine del questore allo straniero espulso di lasciare il territorio dello Stato, gli eventuali vizi del decreto prefettizio di espulsione, costituente presupposto dell'ordine del questore, e le eventuali invalidità del procedimento non possono essere dedotti né rilevati in sede penale, attesa la natura civilistica della relativa impugnazione».

⁴⁷ L'effetto caducante si verifica infatti soltanto in presenza di un rapporto di consequenzialità diretta e necessaria tra l'atto a monte e quello a valle, il quale ultimo costituisce una mera esecuzione del primo o comunque non richiede una nuova rivalutazione degli interessi in gioco (v. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 199 e, nella giurisprudenza, Cons. St., sez. IV, 13 giugno 2013, n. 3272; Cons. St., sez. VI, 27 novembre 2012, n. 1418).

⁴⁸ Cass. pen., sez. I, 1 marzo 2019, n. 29465, in *Ced*.

Tale ordine potrebbe altresì risultare illegittimo perché non adeguatamente motivato in ordine alla non percorribilità delle alternative prima descritte: a tal proposito si è evidenziato come non rilevi l'esclusione dell'obbligo di motivazione di cui all'art. 3, co. 3 l. 241/1990⁴⁹, derivante dall'assolvimento di tale obbligo *per relationem*, ossia mediante rinvio al contenuto del provvedimento prefettizio, perché la motivazione dell'ordine di espulsione è necessariamente autonoma, in quanto diverso è l'oggetto giuridico ed in quanto le tre alternative dell'accompagnamento alla frontiera, del trattenimento o dell'ordine di lasciare il territorio si pongono solo al questore (e non sono dunque valutabili e motivabili da parte del prefetto con l'atto a monte)⁵⁰.

Si tratta di orientamento sostanzialistico del tutto simile a quello adottato dalla giurisprudenza in relazione al reato di inottemperanza al foglio di via obbligatorio. Il foglio di via rappresenta una misura di prevenzione, rispetto alla quale le prescrizioni di fare rientro nel luogo di residenza e di non ritornare nel Comune oggetto dell'ordine di allontanamento costituiscono condizioni imprescindibili e inscindibili per la sua legittima emissione. Pertanto, secondo la giurisprudenza prevalente, la mancanza di una delle due prescrizioni determina l'illegittimità del provvedimento, sindacabile dal giudice penale, e la conseguente insussistenza del reato di cui all'art. 76, comma 3, d.lg. 6 settembre 2011, n. 159⁵¹.

⁴⁹ M. CALDERANI, *Problemi applicativi e prassi giurisprudenziali sulla motivazione dell'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato ad un cittadino extracomunitario non in regola con il permesso di soggiorno*, in Riv. pen., 2007, 587 ss.; L. CORDI, *L'espulsione dello straniero. Diritto penale sostanziale e processuale*, Milano, Giuffrè, 2011, 197 ss.

⁵⁰ Così Cass. pen., sez. I, 15 marzo 2007, n. 12365, in Ced («l'intimazione di allontanamento del questore allo straniero destinatario di un decreto prefettizio di espulsione con intimazione a lasciare entro cinque giorni il territorio dello Stato, dato il suo carattere attuativo del decreto stesso, non deve essere assistita da specifica ed analitica motivazione, ma deve essere comunque adottata nella rigorosa sussistenza delle condizioni previste dalla legge, da accertarsi da parte del giudice penale in sede di sindacato sulla legittimità del provvedimento; pertanto, le ragioni afferenti il mancato trattenimento dell'espellendo nel centro di permanenza temporanea e assistenza o il decorso del relativo termine devono essere enunciate e verificate. (Nel caso di specie, la Corte di cassazione ha ritenuto corretta l'argomentazione della sentenza impugnata che aveva disapplicato il provvedimento questorile motivato esclusivamente dalla affermazione della impossibilità – per carenza di personale di Polizia – di conduzione dello straniero presso il centro di permanenza temporanea o assistenza, affermazione ritenuta, oltre che apodittica e poco sostenibile, inidonea a giustificare l'adozione dell'intimazione di allontanamento)»).

⁵¹ Così Cass. pen., sez. I, 10 gennaio 2020, n. 11645. V. anche, tra la giurisprudenza di merito, Trib. Napoli, sez. 1, 26 gennaio 2016, n. 1157: «il giudice penale che debba decidere della sussistenza di un reato il cui presupposto è integrato da un provvedimento amministrativo deve preventivamente verificare se sia legittimo, pronunciando altrimenti l'assoluzione perché il fatto non sussiste, previa disapplicazione dell'atto amministrativo. (Nel caso di specie si trattava del foglio di via obbligatorio, legittimo perché emesso dal questore nei confronti di un soggetto pericoloso per la sicurezza e l'ordine pubblico in quanto dal casellario giudiziale risultava avere precedenti per furto, ricettazione e frode informatica e oltre a non avere attività lavorativa frequentava luoghi ove avveniva lo spaccio di sostanze stupefacenti)»).

Così, ad esempio, qualora il provvedimento amministrativo (ossia il foglio di via obbligatorio) sia motivato con riferimento esclusivo all'attività di prostituzione, la giurisprudenza parla di «doverosa disapplicazione» da parte del giudice penale chiamato a pronunciarsi sull'integrazione del reato di cui all'art. 76, comma 3, del Codice antimafia. Ciò perché, si argomenta, l'esercizio della prostituzione non rileva per definire le categorie delle persone pericolose ai sensi della normativa vigente e non è un'attività costituente reato; in ragione di ciò tale esercizio, isolatamente considerato, non può fondare l'emissione di un provvedimento di allontanamento basato sulle ipotesi di traffici delittuosi⁵².

v) *L'inottemperanza all'ordinanza di rimozione dei rifiuti ex art. 255, comma 3, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152*

Un'ulteriore ipotesi interessante di provvedimento amministrativo che si atteggia a presupposto positivo della condotta è poi rappresentato dal reato di inottemperanza all'ordinanza di rimozione dei rifiuti di cui all'art. 255, co. 3 del Codice dell'ambiente, su cui la giurisprudenza si è più volte concentrata, esaminando il profilo della rilevanza o meno della legittimità dell'ordinanza medesima.

In questo caso, la giurisprudenza unanimemente mostra di ritenere necessario il sindacato sulla legittimità dell'ordinanza rimasta inottemperata, come a dirsi che la norma implicitamente richiede che l'ordinanza sia "legalmente data". A tal proposito si parla di vera e propria disapplicazione, anche se non sempre ricorre un esplicito riferimento all'art. 5 L.A.C. In particolare, si osserva che il reato di inottemperanza all'ordinanza sindacale di rimozione dei rifiuti, smaltimento e ripristino, configura un reato proprio, potendo essere commesso solo dai destinatari, in essa individuati come responsabili dell'abbandono o dell'immissione nelle acque dei rifiuti ovvero come titolari del terreno o di diritti di godimento sull'area inquinata. Da ciò deriva che l'assenza di tali presupposti soggettivi deve condurre alla disapplicazione da parte del giudice penale dell'atto amministrativo illegittimo (per scorretta individuazione del destinatario e, dunque, per violazione di legge)⁵³.

⁵² Cass. pen., sez. 1, 20 febbraio 2019, n. 17616.

⁵³ Cass. pen., sez. 3, 7 maggio 2019, n. 31291, in Ced. Nella motivazione la Corte peraltro precisa che compete al destinatario dell'ordinanza l'onere di provare l'assenza dei presupposti soggettivi al fine di ottenere la disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo.

La giurisprudenza in materia di inottemperanza all'ordinanza di rimozione dei rifiuti è inoltre interessante in quanto in alcune pronunce la Corte ha operato un puntuale "regolamento di confini" in ordine alla tipologia di vizio rilevante ai fini penali (*rectius* ai fini della disapplicazione). Nella specie, si è evidenziato come non possano dar luogo a disapplicazione i vizi inerenti alla competenza, alla forma e ai vizi meramente procedurali come la mancata comunicazione di avvio del procedimento. Si afferma infatti che il giudice penale può disapplicare soltanto gli atti amministrativi resi in assenza dei presupposti e dei limiti che ineriscono all'esistenza stessa del potere esercitato; viceversa non può sindacare quelli viziati per esercizio scorretto del potere, sotto il profilo della competenza, della forma, del contenuto, con particolare riguardo all'eccesso di potere nelle sue diverse manifestazioni⁵⁴. Del pari, si osserva come – ai fini della disapplicazione – non sia sufficiente la mera deduzione dell'omessa comunicazione dell'avvio del relativo procedimento *ex art. 7 l. 241/1990*, «essendo, piuttosto, necessario prospettare l'incidenza di tale omissione sulla tutela dei diritti soggettivi interessati dall'atto che si assume illegittimo (nella specie, ordinanza sindacale di rimozione dei rifiuti non ottemperata), nel senso che essa abbia impedito di rappresentare nella sede amministrativa competente circostanze in grado di rilevare sul corretto esercizio, oggettivo o soggettivo, del potere».

La Corte ritiene dunque che il motivo di doglianza del ricorrente in ordine a tale profilo di illegittimità sia viziato da un difetto di "autosufficienza", avendo il ricorrente solo dedotto una «mera quanto indimostrata mancanza di comunicazione di avvio del procedimento, senza alcuna allegazione, pur possibile nel caso di specie, mediante la produzione del fascicolo amministrativo di riferimento da cui poter dedurre la carenza censurata. Peraltro, e per completezza, deve anche tenersi conto di come non solo l'art. 7 della legge n. 241, accanto all'obbligo di comunicazione sancisce le sue deroghe ed eccezioni»⁵⁵.

Tale ultima posizione pare in effetti ragionevole, anche considerando che il vizio procedimentale è ad oggi scaduto a c.d. vizio non invalidante *ex art. 21 octies*, co. 2 l. 241/1990 per i provvedimenti vincolati e, in ogni caso, qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Quanto al vizio dell'incompetenza, la Corte di Cassazione mostra, di fatto, di degradarlo a vizio sulla forma, in controtendenza rispetto alle previsioni della legge sul procedimento amministrativo ed anche all'interpretazione assolutamente dominante

⁵⁴ Cass. pen., sez. IV, 15 aprile 2008, n. 36873.

⁵⁵ Cass. pen., sez. III, 11 febbraio 2021, n. 16350, in *Ced.*

della giurisprudenza amministrativa, che viceversa ne evidenzia l'attinenza alla sostanza e la specialità del suo statuto rispetto alle ordinarie violazioni di legge⁵⁶.

vi) *La validità dei brevetti e dei marchi registrati nel reato di contraffazione ex art. 473 c.p.*

Anche il reato di cui all'art. 473 c.p. presenta un'evidente integrazione con un provvedimento amministrativo necessariamente preesistente: si punisce difatti chi, potendo conoscere dell'esistenza del titolo di proprietà industriale, contraffà, altera o fa uso di marchi o segni distintivi, nazionali o esteri, di prodotti industriali o contraffà, altera o fa uso di brevetti, disegni o modelli industriali, nazionali o esteri.

È evidente allora come sia necessaria la preesistente registrazione di un marchio o brevetto altrui, il che deve peraltro avvenire – ha cura di precisare il legislatore – nel rispetto delle «norme delle leggi interne, dei regolamenti comunitari e delle convenzioni internazionali sulla tutela della proprietà intellettuale o industriale». Pare dunque potersi sostenere che, ai fini della tipicità del fatto, il marchio o brevetto deve risultare da un provvedimento legittimo, quantomeno in quanto adottato in conformità a legge (e dunque non viziato da violazione di legge *ex art. 21 octies* l.p.a.).

Nonostante l'apparente chiarezza del dato testuale, la giurisprudenza si è divisa in due distinti orientamenti sui poteri del giudice di sindacare la legittimità del provvedimento amministrativo presupposto.

Secondo un primo orientamento sposato dalla Cassazione in tempi ormai risalenti, infatti, al giudice non sarebbe consentito sindacare la legittimità ma al più soltanto l'esistenza e l'efficacia. Fintanto che il giudice naturale (in questo caso quello civile) non ne dichiara l'illegittimità, il fatto resta tipico, perché essenzialmente plurioffensivo. Se non vi è la lesione dell'altrui proprietà industriale, il fatto risulta ad ogni modo lesivo della fede pubblica, ossia dell'affidamento della collettività sulla validità del brevetto, fondato sulla pubblicità (obbligatoria) dello stesso. Il giudice penale non avrebbe pertanto neppure un potere incidentale (di disapplicazione o di valutazione ai fini della sussunzione del fatto nella fattispecie astratta). A conferma di ciò, tale tesi ritiene che il co. 3 dell'art. 473 c.p., che fa riferimento – come si è visto – al ri-

⁵⁶ V. Cons. St., Ad. Plen., sent. 27 aprile 2015, n. 5. Sulla non assimilabilità del vizio dell'incompetenza ai vizi non invalidanti v. Tar Lazio, sez. III, 29 agosto 2007, n. 8224; Tar Basilicata, 22 agosto 2006, n. 527; Tar Liguria, sez. I, 13 luglio 2006, n. 828.

spetto della normativa in materia di proprietà industriale, si riferirebbe alle sole regole formali che il privato deve rispettare per ottenere il provvedimento amministrativo richiesto⁵⁷.

Tale atteggiamento assai limitante del potere di accertamento del giudice risulta tuttavia abbandonato dalle più recenti pronunce della Corte, che al contrario ora propende per la piena sindacabilità, ancorché meramente *incidenter tantum*, della validità dei marchi e dei brevetti, ritenendo che spetti «al giudice penale decidere in via incidentale sulla validità o meno della registrazione del modello, quando la questione assuma rilevanza ai fini della qualificazione giuridica del fatto oggetto dell'imputazione»⁵⁸.

Senza mai parlare di potere disapplicativo *ex art. 5 L.A.C.*, la giurisprudenza più recente dà rilevanza al co. 3 dell'art. 473 c.p., dalla cui formulazione deve desumersi che il fatto tipico necessariamente poggia su di una concessione di brevetto legalmente data. Peraltro la soluzione adottata pare conforme al dettato dell'art. 2 c.p.p., ossia al principio di autosufficienza della giurisdizione penale. Il giudice potrà incidentalmente accertare l'invalidità, ai fini del vaglio di tipicità, senza che l'accertamento dell'invalidità possa acquisire alcuna efficacia al di fuori del processo penale in cui è operato.

Addirittura, l'autosufficienza della giurisdizione penale ha portato la più recente giurisprudenza a ritenere che il reato in esame sia configurabile anche ove risulti pendente un ricorso avverso l'annullamen-

⁵⁷ Così Cass. pen., sez. III, 16 novembre 1959, imp. Torcolacci: «l'esistenza di alcune cause di nullità o di decadenza del marchio non escludono la tutela penale, che viene a cessare solo quando sia stata dichiarata l'inefficacia del marchio stesso secondo le norme dettate dal r.d. 21 giugno 1942, n. 929»; Cass. pen., sez. VI, 11 ottobre 1975, n. 9073 «[una volta] ottenuto un brevetto, dopo aver adempiuto a tutte le formalità e alla pubblicità richieste dalla legge speciale, il titolare ha diritto di valersene in modo esclusivo per le cose per le quali il brevetto è stato registrato ed ogni azione del terzo che pregiudichi l'esclusiva involge una responsabilità civile o penale. Tanto ha inteso significare l'art. 473, co. 3, in cui si dispone che la norma con la quale si punisce la contraffazione o l'alterazione di un marchio si applica sempre che siano state osservate le norme sulla tutela della proprietà intellettuale o industriale. Dette norme non sono quelle che disciplinano i presupposti per la concessione dei brevetti, ma sono quelle di carattere formale, che l'interessato deve rispettare per ottenere l'atto amministrativo di concessione del brevetto [...] Il giudice penale non ha la facoltà di decidere incidentalmente la questione o l'obbligo di rimettere al giudice civile [...], il giudice penale deve applicare la tutela apprestata dalla norma incriminatrice sino a quando intervenga una pronuncia definitiva di nullità del brevetto» (stralci riportati in M. DE PALMA, *Reati comuni. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, Giuffrè, 2007, 133). Più di recente questo atteggiamento si riscontra limitatamente alla materia cautelare, in relazione alla sussistenza del *fumus*, considerata la natura sommaria dell'accertamento qui demandato al giudice: v. Cass. pen., sez. V, 5 marzo 2015, n. 24331, in *Ced* («il presupposto del *fumus commissi delicti* nei procedimenti per i reati di contraffazione e alterazione di marchi o segni distintivi è configurabile, in fase cautelare, ove questi ultimi risultino depositati, registrati o brevettati nelle forme di legge, non richiedendosi alcuna indagine in ordine alla loro validità sostanziale»).

⁵⁸ Cass. pen., sez. III, 17 marzo 2016, n. 31868, in *Ced* («fattispecie nella quale, in relazione alla contestazione di contraffazione di modelli ornamentali di fibbie, la Corte, rilevata la corretta valutazione sulla validità dei brevetti dei modelli, ha ritenuto configurabile il reato di cui all'art. 473 cod. pen.»).

to della registrazione del modello o disegno comunitario: spetta difatti al giudice del merito l'accertamento dell'esito del procedimento giurisdizionale pendente in sede comunitaria in ordine alla validità del modello di cui è stata ravvisata la contraffazione, eventualmente disponendo la sospensione del processo *ex art. 479 c.p.p.* La pronuncia qui si arresta però pare ben possibile dedurre che la sospensione non è che una eventualità e che ben potrebbe il giudice valutare autonomamente l'invalidità del brevetto (e dunque la validità dell'annullamento). La pronuncia citata del resto è emessa in veste di giudice del riesame ed evidenzia come in sede cautelare, considerata la natura sommaria dell'accertamento, non ci si possa che limitare ad un riscontro formale di esistenza del brevetto e, nel caso di specie, di avvenuta sospensione dell'annullamento ad opera di un rituale ricorso dell'interessato⁵⁹. Le conclusioni devono viceversa mutare ove si fuoriesca dalla mera valutazione del *fumus commissi delicti*.

Sono state tuttavia avanzate alcune critiche in dottrina, da parte di quanti vedono in siffatta soluzione una deroga alla competenza delle sezioni specializzate dei Tribunali⁶⁰. A ben vedere tuttavia si tratta della critica già riscontrata in ordine alla insindacabilità della sentenza dichiarativa di fallimento ad opera del giudice penale, pena la configurazione di uno strumento di impugnazione avverso la stessa non previsto dalla legge. Anche qui può al contrario ribadirsi come il sindacato incidentale del giudice penale non pare poter essere assimilato ad uno strumento (che risulterebbe *extra ordinem*) di ricorso, considerata la rilevanza soltanto incidentale dell'accertamento.

vii) *La falsa dichiarazione in autocertificazione ex art. 483 c.p. durante l'emergenza pandemica*

Di recente ha avuto grande risonanza mediatica la disapplicazione operata da un Giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Reggio Emilia⁶¹ in relazione al noto DPCM dell'8 marzo 2020, con cui venivano estese a tutto il territorio le misure di contenimento della diffusione del virus Covid-19 e, in particolare, il divieto generale di spostamento al di fuori della propria abitazione, con limitate e specifiche eccezioni.

Senza voler qui approfondire la correttezza o meno di siffatto intervento, motivato dall'asserita configurazione, a mezzo di tale Decre-

⁵⁹ Cass. pen., sez. III, 18 dicembre 2008, n. 3457.

⁶⁰ E. SVARIATI, *In tema di disapplicazione dell'atto amministrativo e di contraffazione di brevetti per invenzione*, in Cass. pen., 2006, 621 ss.

⁶¹ GIP Reggio Emilia, 27 gennaio 2021, n. 54. V. anche GIP Milano, 16 novembre 2020.

to presidenziale, di un obbligo di permanenza domiciliare assimilabile ad una vera e propria sanzione penale restrittiva della libertà personale in assenza del rispetto della riserva di legge e di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost.⁶², preme in questa sede evidenziare come il giudice reggiano abbia fatto espressamente uso del potere di disapplicazione di cui all'art. 5 L.A.C. per giungere alla dichiarazione di non luogo a procedere in relazione al reato contestato di falso ideologico commesso dal privato in atto pubblico ex art. 483 c.p. Le due imputate infatti, ad avviso del giudice, erano state "costrette" a sottoscrivere un'autocertificazione «incompatibile con lo stato di diritto del nostro Paese e dunque illegittima». Dalla disapplicazione del DPCM derivava l'insussistenza dell'obbligo di autocertificazione e, di conseguenza, l' inutilità del falso stesso, perché realizzato «su un documento irrilevante o ininfluyente ai fini della decisione da emettere in relazione alla situazione giuridica che viene in questione».

Ebbene in questo caso non poteva di certo venire in considerazione quel concetto autonomistico di sindacato della legittimità del provvedimento amministrativo, posto che esso non compare quale elemento della fattispecie. Nondimeno, secondo la tesi del giudice per le indagini preliminari, vi sarebbe un legame di presupposizione tra condotta di falso e obbligo di permanenza presso la propria abitazione. Senza tale obbligo, non vi sarebbe stato l'obbligo di autocertificazione, e senza tale obbligo la dichiarazione falsa sottoscritta (dice il giudice) sarebbe stata inutile o (correggiamo noi) non avrebbe potuto assurgere ad atto pubblico perché non si sarebbe inserita in alcun rapporto qualificato tra pubblica amministrazione e cittadino⁶³. Pertanto il provvedimento si pone come antecedente logico e giuridico della risoluzione della controversia e garantisce l'operatività ex art. 2 c.p.p. del potere disapplicativo incidentale della l. n. 2248/1865 All. E.

viii) *Il reato di inottemperanza al provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale ex art. 14, co. 1 e 10, d.lgs. 81/2008*

Una interessante recente pronuncia della Corte di cassazione si è occupata del reato di inottemperanza al provvedimento di sospensio-

⁶² Sulla non correttezza del riferimento all'art. 13 Cost., trattandosi piuttosto di limitazione alla libertà di circolazione di cui all'art. 16 Cost., v. A. GIGLIOTTI, *Sulla illegittimità dei DPCM in una recente sentenza del Tribunale di Reggio Emilia*, in lacostituzione.info.

⁶³ E. PENCO, *Ancora un proscioglimento per falso in autodichiarazione covid-19: il g.i.p. di reggio emilia rileva la "indiscutibile illegittimità" dei dpcm in quanto fonti di misure limitative della libertà personale*, in *Sist. pen.*, 2021.

ne dell'attività imprenditoriale irrogato dal competente Ispettorato del lavoro⁶⁴.

Nel caso specifico, l'Ispettorato, durante un ordinario controllo, aveva riscontrato presso i locali di un'azienda alberghiera la presenza di un lavoratore privo di permesso di soggiorno e non regolarmente assunto. Al che era stato adottato il provvedimento di sospensione, la cui violazione è sanzionata penalmente all'art. 14, co. 10 d.lgs. 81/2008 ma l'imputato aveva in effetti proseguito l'attività imprenditoriale e evidenziava, per difendersi dall'accusa penale, di essere stato assolto dall'accusa di impiego irregolare di cui all'art. 22, co. 12 d.lgs. 286/1998.

Invero, la Corte evidenzia come l'art. 14 d.lgs. 81/2008 si sia incaricato di realizzare un congruo temperamento fra interessi contrapposti, prefigurando, da un lato, un reato formale «che si consuma, con condotta permanente, nel momento e per tutto il tempo in cui l'imprenditore non ottempera al provvedimento impartito dall'autorità di vigilanza» per contrastare il lavoro irregolare e proteggere la sicurezza dei lavoratori, e, dall'altro, l'immediata efficacia del provvedimento di sospensione che può nondimeno essere celermente e agevolmente contestato a mezzo di ricorso amministrativo, la cui decisione deve necessariamente intervenire entro 15 giorni, pena la perdita di efficacia del provvedimento stesso (art. 14, co. 9).

Detto ciò, la Corte parimenti evidenzia come il giudice penale sia ad ogni modo chiamato a sindacare la legittimità del provvedimento presupposto, imponendo ciò «la necessità di interpretare le norme penali in funzione dei beni protetti e nell'ottica del principio di necessaria offensività – la cui attuazione va particolarmente considerata laddove, come nel caso di specie, si tratti di reati formali»⁶⁵. E ciò è necessario non solo quando la legittimità del provvedimento appaia testualmente quale elemento costitutivo del reato, ma anche quando «l'interpretazione finalistica della norma penale conduca a ritenere che la legittimità dell'atto amministrativo si presenti essa stessa come elemento essenziale della fattispecie criminosa».

Dopodiché, si afferma che se il potere di sindacato non può essere invocato in relazione ai provvedimenti ampliativi, viceversa con riferimento ai provvedimenti restrittivi, che incidono negativamente su diritti soggettivi, il giudice è chiamato ad esercitare il potere di disapplicazione di cui all'art. 5 L.A.C., oppure – si aggiunge – se si ritiene di non volere richiamare «le citate disposizioni della risalente legge abo-

⁶⁴ Cass. pen., sez. III, 10 aprile 2019, n. 27534, in *Ced*.

⁶⁵ V. p. 3 della sentenza.

litrice del contenzioso amministrativo», invocando l'interpretazione finalistica, costituzionalmente orientata.

In sostanza la Cassazione pone sullo stesso piano i due strumenti, sottolineandone la natura succedanea e la reciproca interscambiabilità, essendo entrambi destinati a produrre il medesimo risultato. In ogni caso infatti il sindacato dovrà essere rigorosamente limitato ai profili di legalità sostanziale e formale del provvedimento, sotto i tre tradizionali profili della violazione di legge, dell'incompetenza e dell'eccesso di potere.

In conclusione, il reato di inottemperanza non può dirsi sussistente se il giudice penale individua un vizio di legittimità nel provvedimento di sospensione adottato dall'organo di vigilanza competente in materia di lavoro. Caduto l'obbligo, cade anche l'inottemperanza allo stesso. È interessante tuttavia notare come il ricorso sia stato comunque rigettato. Infatti, in questo caso il ricorrente non avrebbe «specificamente affrontato» il tema della illegittimità del provvedimento di sospensione dell'Ispettorato e non avrebbe «allegato di averlo sottoposto al giudice di merito senza ottenere risposta dal medesimo». In effetti ci si sarebbe potuti aspettare che l'assoluzione dal reato di cui all'art. 22, co. 12 d.lgs. 286/1998 potesse bastare a ritenere il provvedimento di sospensione illegittimo, in quanto adottato in carenza del presupposto legale di un'assunzione irregolare. Nondimeno, la Corte ritiene che tale elemento non sia a ciò sufficiente, potendo l'assoluzione essere stata pronunciata sulla base di elementi di prova non posti all'attenzione dell'organo di vigilanza, né da questo conoscibili ovvero per insufficienza di prove (*ex art. 530, co. 2 c.p.p.*), che viceversa non rilevarebbe nel procedimento amministrativo volto all'adozione della sospensione.

Sembra tuttavia opportuno soffermarsi su un aspetto. Se appare coerente con i limiti legali dei motivi di ricorso domandare una specifica allegazione dei profili di illegittimità non considerati dal giudice di prime cure, si può viceversa contestare che gli «elementi di prova che non erano stati nell'immediatezza sottoposti all'attenzione dell'organo di vigilanza, né da questo conoscibili» se esposti in sede di ricorso amministrativo avrebbero comportato l'annullamento del provvedimento (non per ragioni di opportunità ma per ragioni di legittimità), per cui dovrebbero essere considerati (autonomamente) dal giudice (in virtù del principio *iura novit curia*) quali elementi di illegittimità del provvedimento presupposto.

§ IV.3. – *L'atto amministrativo quale mezzo esecutivo. ix) La corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio ex art. 319 c.p.*

Nei casi in cui l'atto amministrativo figura quale mezzo esecutivo della condotta criminosa si è già visto (*supra*, cap. I, § 4.2) come del tutto insensato sia il richiamo al potere disapplicativo, perché esso porterebbe alle assurde conseguenze di prescindere dal provvedimento illegittimo e dunque di assolvere l'imputato che l'abbia nondimeno adottato, integrando il fatto tipico.

In tali ipotesi, il giudice penale ha il potere di sindacare l'illegittimità di un atto amministrativo la quale si atteggi essa stessa nell'ambito della condotta, quale elemento della fattispecie criminosa. Tuttavia, qui il sindacato di legittimità devoluto al giudice non rientra nello schema della disapplicazione dell'atto amministrativo di cui all'art. 5 L.A.C., «in quanto non vengono in rilievo gli effetti tipici, ma la valenza criminosa di tale atto». Pertanto il giudice penale, ove abbia ritenuto illegittimo il provvedimento adottato, non può certo prescindere, ma al contrario, proprio in ragione di tale illegittimità, «deve adottare le misure cautelari consentite ed, in sede di giudizio nel merito, applicare la pena comminata dalla legge»⁶⁶.

L'atto amministrativo si pone certamente quale mezzo esecutivo nel reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio *ex art. 319 c.p.*, il quale deve pertanto presentare siffatti profili di illegittimità (la contrarietà ai doveri d'ufficio appunto). Al contrario, l'odierna fattispecie di corruzione per l'esercizio della funzione di cui all'art. 318 c.p. da un lato non ruota intorno all'adozione di uno specifico atto (essendo viceversa sufficiente il mero mercimonio della funzione, sotto forma di "messa a disposizione"), dall'altro non richiede la contrarietà ai doveri d'ufficio del singolo atto eventualmente adottato.

I rapporti fra queste due fattispecie sono invero oggetto di interpretazioni assai oscillanti anche in giurisprudenza. Si tratta di un dibattito rilevante ai nostri fini in quanto è cruciale individuare i confini del sindacato del giudice penale sulla illegittimità del provvedimento adottato dal corrotto, sindacato che necessariamente opera solo in relazione all'art. 319 c.p. e che non prelude alla disapplicazione ma al contrario al giudizio di tipicità della condotta lesiva dei doveri d'ufficio.

Sul punto si fronteggiano due opposte tesi.

⁶⁶ Cass. pen., sez. VI, 9 maggio 1994, n. 2112, in *Ced* e in *Giust. pen.*, 1995, 441 («affermando tali principi, la Corte di cassazione ha ritenuto che legittimamente il giudice del riesame avesse confermato un provvedimento di sequestro preventivo di un'area comunale attribuita in concessione essendo stata accertata l'astratta corrispondenza del comportamento del pubblico ufficiale, nell'ambito della relativa procedura, alle fattispecie legali contestate di abuso di ufficio e di truffa»). V. anche Cass. pen., sez. VI, 16 febbraio 1994, n. 622, in *Ced* e in *Giust. pen.*, 1995, 440 ss.

Secondo un primo orientamento, il reato di corruzione “propria” di cui all’art. 319 si applica solo all’ipotesi dell’atto illegittimo, contrario cioè ai doveri d’ufficio, mentre in tutti gli altri casi, compreso quello in cui il pubblico ufficiale “venda” un atto specifico ma non contrario ai doveri del suo ufficio, si applica la corruzione per l’esercizio della funzione *ex art.* 318 c.p. Ciò parrebbe del resto coerente anche con il dato testuale e con il rapporto da genere a specie intercorrente tra l’art. 318 c.p. e il 319 c.p.

Vi è tuttavia chi ha ritenuto, al contrario che qualora il pubblico ufficiale si metta a disposizione del privato, dovrebbe ritenersi integrato il più grave reato di cui all’art. 319 c.p. poiché tale messa a disposizione integra certamente una condotta più grave rispetto alla vendita di un singolo atto (sarebbe pertanto irragionevole punire più severamente la vendita del singolo provvedimento, ancorché contrario ai doveri d’ufficio). Va segnalato peraltro come l’attrazione di condotte di mercimonio della funzione all’interno della fattispecie di cui all’art. 319 c.p., sia stata tentata anche sostenendo come si possa, in tali casi, comunque individuare *per relationem* l’atto o la categoria di atti che il pubblico ufficiale si è impegnato ad adottare, atti che magari possono dirsi contrari all’esercizio del suo ufficio.

La giurisprudenza più recente ha affermato che integra il delitto di corruzione *ex art.* 319 c.p. la condotta del pubblico ufficiale che, dietro elargizione di un indebito compenso, esercita i poteri discrezionali rinunciando ad una imparziale comparazione degli interessi in gioco, al fine di raggiungere un esito predeterminato, *anche quando questo risulta coincidere con l’interesse pubblico*, in quanto, ai fini della sussistenza del reato in questione e non di quello di corruzione impropria, l’elemento decisivo è costituito dalla vendita della discrezionalità accordata dalla legge. In applicazione di tale principio, ad esempio, la Corte di Cassazione ha ritenuto integrata la fattispecie di cui all’art. 319 c.p. a fronte della condotta di un medico penitenziario «che, dietro il versamento di corrispettivo in denaro, predisponendo, a prescindere dalle reali condizioni di salute degli interessati, un quadro sanitario favorevole per taluni detenuti, antepone la visita e l’effettuazione degli accertamenti specialistici rispetto agli altri, in modo tale da favorire il conseguimento dei benefici penitenziari»⁶⁷. Di conseguenza, si configura il delitto di corruzione impropria e non quello di corruzione propria in relazione ad un atto adottato dal pubblico ufficiale nell’ambito di attività amministrativa discrezionale unicamente laddove sia dimostrato che lo stesso atto sia stato posto in essere nell’esclusivo interesse della pubblica amministrazione e che pertanto tale atto sarebbe stato

⁶⁷ Cass. pen., sez. VI, 24 novembre 2016, n. 4459, in *Ced.*

comunque adottato con il medesimo contenuto e le stesse modalità anche indipendentemente dalla indebita retribuzione⁶⁸.

Si ha illegittimità ai fini penali, e dunque contrarietà ai doveri d'ufficio, anche ove risulti l'omissione della valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati: in questi casi deve registrarsi un comportamento abdicativo del pubblico ufficiale al dovere di corretta comparazione degli interessi in asservimento a quelli del privato⁶⁹.

§ IV.4. – *L'atto amministrativo quale causa di non punibilità. x) Le ordinanze contingibili ed urgenti ex art. 191 d.lgs. 152/2006 in relazione all'attività di smaltimento di rifiuti non autorizzata*

L'originario art. 13 d.lgs. 22/1997 risulta oggi abrogato ma è confluito, senza differenze rilevanti, nell'odierno art. 191 Codice dell'ambiente, il quale prevede che, qualora si verificino situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente, e non si possa altrimenti provvedere, il Presidente della Giunta regionale o il Presidente della provincia ovvero il Sindaco possono emettere ordinanze contingibili ed urgenti per consentire il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti, anche in deroga alle disposizioni vigenti, nel rispetto, comunque, delle disposizioni contenute nelle direttive dell'Unione europea, garantendo un elevato livello di tutela della salute e dell'ambiente. In sostanza tale norma prevede (anzi continua a prevedere) la possibilità che un soggetto venga chiamato a svolgere l'attività di raccolta pur in assenza dell'autorizzazione all'esercizio delle operazioni di smaltimento e recupero prevista un tempo all'art. 27 d.lgs. 22/1997 e oggi all'art. 208 Codice dell'ambiente⁷⁰, con la conseguenza che non potrà dirsi integrata la fattispecie penale

⁶⁸ Cass. pen., sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083, in *Ced*: «in tema di corruzione, lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi realizzato attraverso l'impegno permanente a compiere od omettere una serie indeterminata di atti ricollegabili alla funzione esercitata, integra il reato di cui all'art. 318 cod. pen. e non il più grave reato di corruzione propria di cui all'art. 319 cod. pen., salvo che la messa a disposizione della funzione abbia prodotto il compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio. (In motivazione, la Corte ha precisato che nel caso della corruzione per l'esercizio della funzione la dazione indebita pone in pericolo il corretto svolgimento dei pubblici poteri, mentre ove la dazione è sinallagmaticamente connessa al compimento di uno specifico atto contrario ai doveri d'ufficio si realizza la concreta lesione del bene giuridico protetto)».

⁶⁹ Cass. pen., sez. VI, 31 ottobre 2018, n. 17972, in *Ced*.

⁷⁰ Più precisamente, la forma dell'autorizzazione muta a seconda della capacità produttiva, taluni impianti sono sottoposti al regime dell'AIA (art. 29 *bis* ss.), talaltri all'autorizzazione unica ex art. 208 e talaltri ancora, quelli di piccole dimensione, al regime dell'AUA prevista dal d.p.r. 59/2013 (v. A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE, F. BRUNO, M. BENOZZO, *Commento al Codice dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2013, 100 ss.).

dell'attività di gestione di rifiuti non autorizzati di cui all'art. 51 d.lgs. 22/1997, oggi sostituito dall'art. 256 Codice dell'ambiente.

Sulla natura giuridica, ai fini penali, dell'ordinanza contingibile ed urgente vi è chi parla di causa di giustificazione⁷¹ (reputando che il legislatore abbia qui operato una ponderazione fra interessi contrapposti⁷²), chi viceversa ritiene si tratti di una causa di non punibilità in senso stretto e chi invece la reputa una causa di esclusione della tipicità⁷³. Vi è concordanza di vedute su di un punto: l'ordinanza non costituisce titolo di legittimazione sostitutivo rispetto all'autorizzazione prevista dalla legge.

È evidente, in ogni caso, come l'insussistenza di detto provvedimento renda il fatto punibile *ex art. 256* («chiunque effettua una attività di raccolta, trasporto, recupero, smaltimento, commercio ed intermediazione di rifiuti in mancanza della prescritta autorizzazione, iscrizione o comunicazione di cui agli articoli 208, 209, 210, 211, 212, 214, 215 e 216 è punito»). A tal proposito la giurisprudenza afferma il pieno potere-dovere del giudice di sindacare la legittimità dell'ordinanza contingibile ed urgente, la quale ha precisi presupposti e un preciso requisito di legittimità formale⁷⁴. Si tratta della necessità eccezionale ed urgente, della limitazione nel tempo, dell'inevitabilità del ricorso a forme di gestione straordinaria e della motivazione adeguata⁷⁵ in forma scritta⁷⁶, che dia conto dei presupposti concreti per l'adozione dell'ordinanza stessa. In particolare, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire come non sia in ogni caso possibile fare ricorso ai poteri di urgenza per meri motivi finanziari, avendo al contrario l'ente il dovere di dare importanza prioritaria alle spese necessarie per il corretto smaltimento

⁷¹ Cass. pen., sez. III, 20 gennaio 2005, n. 17414.

⁷² In particolare, Cass. pen., sez. III, 20 gennaio 2005, n. 17414, mostra di ritenerla un'ipotesi speciale di esercizio del diritto, nella parte in cui sostiene che «l'esercizio di un diritto, *ex art. 51 c.p.*, scrimina soltanto nei limiti in cui esso è riconosciuto mentre, nella specie, l'attività posta in essere non ha costituito una corretta estrinsecazione della facoltà riconosciute dall'[allora] art. 13 del d.lgs. 22/1997».

⁷³ Cass. pen., sez. III, 11 febbraio 2016, n. 14510.

⁷⁴ Di conseguenza, il sindacato non dovrà mai investire il merito amministrativo. Così Cass. pen., sez. III, 1 luglio 2002 n. 34298, in *Ced*, secondo cui «in tema di rifiuti, posto che anche le discariche comunali devono, di regola, essere autorizzate dalla Regione e che l'adozione di ordinanze contingibili ed urgenti per lo smaltimento temporaneo dei rifiuti, in assenza di detta autorizzazione, è subordinato ad una serie di precisi presupposti che ne condizionano la legittimità e dei quali l'autorità giudiziaria può verificare la sussistenza, senza per questo operare alcun sindacato di merito sull'esercizio dei poteri spettanti alla pubblica amministrazione, si rende configurabile il reato di cui all'art. 51, comma 3, del decreto legislativo 5 febbraio 1997 n. 22 (gestione di discarica abusiva) a carico del sindaco il quale, con il ripetuto uso del suddetto potere di ordinanza ed in mancanza dei relativi presupposti, abbia consentito che venisse istituita e tenuta in esercizio una discarica comunale non autorizzata».

⁷⁵ Cass. pen., sez. III, 27 marzo 2000, n. 3878.

⁷⁶ Cass. pen., sez. III, 13 dicembre 1995, n. 714.

dei rifiuti, anche ove il sito autorizzato sia distante e le risorse finanziarie del Comune siano scarse⁷⁷.

L'irrelevanza penale va pertanto ascritta alle sole attività di smaltimento realizzate in presenza di un'ordinanza emanata per far fronte a situazioni temporanee di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente congruamente motivate⁷⁸. Più nello specifico, la Corte ha talvolta reputato inoperante la causa di esclusione della punibilità/tipicità/antigiuridicità sulla scorta della mancata acquisizione dei pareri degli organi tecnico-sanitari (ossia dell'ASL e dell'ARPAC)⁷⁹. In altre circostanze, invece, ha rilevato l'illegittimità ove la durata complessiva non sia temporanea e razionalmente correlata all'eccezionalità della situazione da fronteggiare, stigmatizzando così il ricorso al provvedimento in esame per realizzare di fatto delle discariche permanenti, reiterando le ordinanze senza soluzione di continuità⁸⁰.

In simili casi, afferma la Cassazione, ne consegue la «disapplicazione (*recte*: l'inefficacia del provvedimento ad integrare la causa di esclusione della tipicità)», il che a sua volta comporta «l'integrazione dei reati in materia di smaltimento illecito di rifiuti». Non si tratta tuttavia di posizione granitica. Alcune pronunce del passato fanno viceversa riferimento agli artt. 4 e 5 L.A.C., dal cui tenore testuale dovrebbe viceversa dedursi che il potere-dovere del giudice penale di disapplicare gli atti amministrativi non conformi a legge deve essere esercitato non solo in relazione a quelli che danno luogo all'estinzione o comunque alla compressione dei diritti soggettivi, ma anche a quelli che attribuiscono diritti soggettivi o rimuovono ostacoli al loro esercizio, «e ciò anche quando tali atti non siano frutto di collusione criminosa fra l'organo amministrativo ed il destinatario, ma siano semplicemente viziati da illegittimità, atteso che quando la legge prescrive, sotto commina-

⁷⁷ Cass. pen., sez. III, 8 luglio 2002, n. 25926; Cass. pen., sez. III, 13 ottobre 1995, n. 11336.

⁷⁸ Lo stesso ragionamento è operato da Cass. pen., sez. VI, 12 febbraio 2019, n. 15849, ai fini dell'integrabilità del differente reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente *ex art. 353 bis c.p.* La Corte afferma che «non integra il reato di cui all'art. 353 *bis* cod. pen. la designazione del gestore del servizio di smaltimento rifiuti disposta dal sindaco con ordinanza contingibile ed urgente, a condizione che ricorrano situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica ed il provvedimento sia sorretto da congrua motivazione con riferimento a tali presupposti e alle ragioni della mancata attivazione delle procedure di evidenza pubblica, eventualmente nella forma non negoziata prevista in caso di urgenza dall'art. 63, comma 2, lett. c) del codice dei Contratti pubblici. (Fattispecie relativa a sostituzione del concessionario del servizio, attinto da informativa prefettizia antimafia, con una ditta privata, individuata senza previo interpello di altri operatori economici e sulla base di un'offerta migliorativa suggerita dagli stessi amministratori comunali, in regime di affidamento diretto illegittimamente prorogato)».

⁷⁹ Cass. pen., sez. III, 11 febbraio 2016, n. 14510.

⁸⁰ Cass. pen., sez. III, 20 gennaio 2005, n. 17414; Cass. pen., sez. III, 14 ottobre 2002, n. 34298.

toria di sanzione penale, il rilascio di una concessione amministrativa per l'esercizio di una determinata attività, intende evidentemente riferirsi ad una concessione legittima, escludendo, quindi, per conseguenza, che quella illegittima possa avere lo stesso valore»⁸¹.

⁸¹ «Nella specie, in applicazione di tali principi, la Corte ha ritenuto che correttamente fosse stata configurata, ai fini dell'adozione di un provvedimento di sequestro preventivo di un impianto di smaltimento di rifiuti, costituiti da autoveicoli da demolire, la sussistenza del reato di cui agli artt. 46 e 51 del d.lgs. 5 febbraio 1997 n. 22, attesa la riscontrata illegittimità dell'ordinanza contingibile ed urgente emanata dal presidente della giunta regionale ai sensi dell'art. 13, con la quale era stata autorizzata la prosecuzione dell'attività in questione» (Cass. pen., sez. III, 18 giugno 1999, n. 2304).

Conclusioni

Come dichiarato già nell'*Introduzione*, nel corso della ricerca si è cercato di porre in evidenza gli aspetti più critici dell'ingresso dell'atto del potere dell'esecutivo all'interno della "vicenda della punibilità". L'espressione è volutamente ampia per ricomprendere tutte le varie forme con cui l'atto provvedimentale o regolamentare può assumere una valenza penalistica, agendo nella o sulla fattispecie penale, come ampiamente visto *supra* cap. I §§ 4.2 e 4.3.

Si è tentato di rimarcare, insieme con le modalità con cui l'atto dell'esecutivo viene richiamato o incorporato, le condizioni di legittimità costituzionale di una tecnica legislativa di tal fatta, esaminando le tesi avanzate in dottrina e giurisprudenza per saggiare il rispetto della riserva di legge in materia penale *ex art. 25, co. 2 Cost.* Si è così dedotto che le giustificazioni variano a seconda che si tratti di una mera specificazione tecnica, di un mero presupposto di fatto (in questi casi il provvedimento tratteggia aspetti reputati secondari, estranei al precetto) o di provvedimento che genera l'intero contenuto del precetto (fungendo la norma penale da norma meramente sanzionatoria).

Dopodiché si sono valutati i confini del potere di sindacato del giudice penale, utilizzando come banco di prova la giurisprudenza relativa alle principali fattispecie penali in relazione alle quali il provvedimento amministrativo gioca ruoli diversi ma sempre cruciali. Il dibattito, come si è visto, si concentra sull'esistenza del potere di sindacare la legittimità del provvedimento e, nel caso di risposta positiva a tale primo quesito, sulla base legale di tale potere.

Dal variegato panorama giurisprudenziale analizzato si può notare come le soluzioni divergano sia nel tempo (è nelle sentenze più risalenti che ricorre il richiamo all'art. 5 L.A.C.) sia a seconda della materia trattata. Come anticipato, infatti, il primo elemento che incide sul riconoscimento di un potere-dovere di sindacato del giudice penale sulla legittimità del provvedimento amministrativo è rappresentato dal bene giuridico protetto, il quale dispiega qui la sua funzione interpretativa. Tutte le volte in cui il giudice individua l'oggetto giuridico nel bene finale (alla cui protezione è volto il potere amministrativo esercitato con l'adozione del provvedimento finale) egli sarà inevitabilmente portato a ritenere sindacabile la legittimità dell'atto; al contrario, individuando il potere di controllo amministrativo come oggetto di tutela, il giudicante tenderà inevitabilmente a ritenere atipica la condotta posta in essere senza aggirare tale controllo (ancorché illegittimamente esercitato).

Nei casi in cui il controllo è reputato necessario, come si è già più volte rimarcato, si oscilla fra la tesi "strettamente penalistica" che in-

voca il giudizio di tipicità e la via dell'art. 5 L.A.C., valida per qualsiasi giudice ordinario.

Dall'analisi condotta pare tuttavia possibile tracciare alcuni punti fermi in ordine alla scelta fra tali due alternative. Infatti, il giudizio di tipicità pare correttamente evocato tutte le volte in cui il provvedimento compare come elemento costitutivo del fatto tipico (o del fatto circostanziato o attiene ad ogni modo alla vicenda della punibilità) ossia tutte le volte in cui lo stesso è oggetto di cognizione diretta e non solo incidentale. Al contrario, pare correttamente invocato il potere di applicativo del giudice ordinario in tutti quei casi in cui il provvedimento è oggetto di accertamento incidentale, ponendosi il problema in termini di questione pregiudiziale. Senza voler qui indagare la correttezza del parametro invocato, si può ad ogni modo rilevare come sia stato pertinente il riferimento all'art. 5 L.A.C. nella vicenda relativa alla supposta illegittimità del D.P.C.M. legati all'emergenza pandemica. In quel caso, l'atto amministrativo non rappresenta un elemento del fatto tipico, non entra nell'oggetto di cognizione diretta del giudice penale, ove sia contestato – come nel caso descritto *supra* cap. IV, § 7 – il reato di falso ideologico *ex* art. 483 c.p.

Dal complesso sistema qui delineato emerge allora come quello trattato rappresenti un tema sì antico ma che nondimeno pare porsi ancor oggi all'attenzione dell'interprete, con rinnovata urgenza, senza cioè che il panorama giurisprudenziale offra chiari e prevedibili punti fermi, alla cui ricerca si è qui tentato di contribuire.

Bibliografia

- ALIBRANDI I., *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Napoli, Jovene, 1969.
- AMATO G., *Brevi note sulle osservazioni ed impugnative al piano regolatore generale*, in *Vita not.*, 1996.
- AMATO G., *Rapporti tra norme primarie e secondarie*, Milano, Giuffrè, 1962.
- AMBROSETTI E.M., *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2008.
- AMORTH A., *Il merito dell'amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1939.
- ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003.
- ANTONIOLI M., *La legittimazione a ricorrere degli enti pubblici tra situazioni sostanzive, soggettività della tutela e funzionalizzazione dell'interesse pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2015.
- BALDUZZI R., SORRENTINO F., voce *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, Giuffrè, 1989.
- BARTOLI M.A., PREDIERI A., voce *Piano regolatore*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, Giuffrè, 1990.
- BARUCCHI A., *La creazione della IV sezione del Consiglio di Stato nel quadro giuridico-istituzionale del tempo*, in *Cons. Stato*, 1989.
- BATTINI S., *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013.
- BENVENUTI F., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950.
- BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 2012.
- BERTOLINI L., *Reati urbanistici*, in *Enc. giur.*, XXXVI, Roma, Treccani, 1991.
- BERTONAZZI L., *Il trattamento processuale dell'incompetenza e dei vizi ad essa assimilati*, in *Dir. proc. amm.*, 2016.
- BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2020.
- BIN R., PITRUZZELLA G., *Le fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2019.
- BONINI S., *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, Esi, 2016.
- BORSARI R., *A volte ritornano. Riforma dell'abuso d'ufficio e sperimentazioni applicative*, in *Sist. pen.*, 2021.
- BORSARI R., *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa*, Padova, PUP, 2012.
- BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1965.
- BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, UTET, 1974.

- CALABRÒ C., voce *Giudicato* (Dir. proc. amm.), in *Enc. giur.*, XV, Roma, Treccani, 1989.
- CALDERANI M., *Problemi applicativi e prassi giurisprudenziali sulla motivazione dell'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato ad un cittadino extracomunitario non in regola con il permesso di soggiorno*, in *Riv. pen.*, 2007.
- CANNADA BARTOLI E., *Disapplicazione di atti amministrativi illegittimi e giurisdizione del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 1953.
- CANNADA BARTOLI E., *Disapplicazione di regolamenti da parte del Consiglio di Stato*, in *Giur. cost.*, 1959.
- CANNADA BARTOLI E., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1950.
- CAPRIO A., TRINCI A., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Roma, Dike, 2018.
- CARBONI G., *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità. Lineamenti dogmatici e storico-costituzionali dell'articolo 650 del codice penale*, Milano, Giuffrè, 1970.
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike, 2017..
- CARLASSARE L., voce *Regolamento* (dir. cost.), in *Enc. dir.*, V, Milano, Giuffrè, 2001.
- CARNELUTTI F., *Eccesso di potere legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1947.
- CASETTA E., voce *Attività amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, UTET, 1987.
- CASSESE S., *Istituzione di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012.
- CAVALIERE A., *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un'alternativa alla cultura penale*, in *Arch. pen.*, 2018.
- CAVALLO PERIN R., *Poteri di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e d'urgenza*, Milano, Giuffrè, 1990.
- CELOTTO A., *Corte Costituzionale ed «eccesso di potere legislativo»*, in *Giur. cost.*, 1995.
- CERRI A., voce *Delega legislativa*, in *Enc. giur.*, X, Roma, Treccani, 1993.
- CERRI A., voce *Sindacato di costituzionalità*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, Treccani, 1991.
- CERULLI IRELLI V., *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in *Astrid online*, 2009.
- CERULLI IRELLI V., *Politica e amministrazione tra atti 'politici' e atti di 'alta amministrazione'*, in *Dir. pubbl.*, 2009.
- CINTIOLI F., *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragnovolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, Torino, Giappichelli, 2005.
- CIRILLO G.P., *I contratti e gli accordi delle amministrazioni pubbliche*, in *Giur. amm.*, 2007.
- CLARICH M., *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2013.
- CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2019.
- CLARICH M., *Un corpus normativo che contribuisce alla certezza del diritto*, in *Guida al Diritto*, 2010.
- COCCO G., *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari, Cuec, 1996.
- CORAGGIO G., *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, Giuffrè, 1976.

- CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012.
- CORDÌ L., *L'espulsione dello straniero. Diritto penale sostanziale e processuale*, Milano, Giuffrè, 2011.
- CUDIA C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008.
- CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, Esi, 2012.
- DE GIORGI CEZZI G., *Aboliamo l'art. 7 comma 1 del Codice del processo amministrativo? Limiti e autolimiti del giudice amministrativo e sostenibilità dei procedimenti di generazione delle conoscenze in ordine ai fatti. I casi dell'eccesso di potere, dell'atto politico e dei poteri ancora non esercitati*, in *Federalismi*, 2018.
- DE NICTOLIS R., *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, Wolters Kluwer, 2017.
- DE PALMA M., *Reati comuni. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, Giuffrè, 2007.
- DE ROBERTO A., «Non applicazione» e «disapplicazione» dei regolamenti nella recente giurisprudenza amministrativa, in *"Impugnazione" e "disapplicazione" dei regolamenti. Atti del Convegno organizzato dall'Ufficio studi e documentazione del Consiglio di Stato e dall'Associazione studiosi del processo amministrativo*, Roma, Palazzo Spada, 16 maggio 1997, Torino, Giappichelli, 1998.
- DELITALA G., *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1930.
- DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000.
- DI COSIMO G., *I regolamenti nel sistema delle fonti. Vecchi nodi teorici e nuovo assetto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2005.
- DI GIOVANNI A., *L'iter parlamentare della legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in AA.VV., *Le riforme crispine. Giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1990.
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 1993.
- DODDI F., *Il carattere assoluto dell'insindacabilità degli atti politici*, in *Rass. avv. st.*, 2009.
- DONINI M., (voce) *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, UTET, 1996.
- DURANO G., *La disciplina degli accordi amministrativi e il loro utilizzo quale strumento di gestione e pianificazione del territorio*, in P. URBANI (a cura di), *Politiche urbanistiche e gestione del territorio. Tra esigenze del mercato e coesione sociale*, Torino, Giappichelli, 2015.
- EPIDENDIO T., *Diritto comunitario e diritto penale interno*, Milano, Giuffrè, 2007.
- ESPOSITO C., *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 1962.
- ESPOSITO C., *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, 276.
- ESPOSITO C., *Irretroattività e «legalità» delle pene nella nuova Costituzione*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, Cedam, 1950.
- ESPOSITO C., *La validità delle leggi: studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1964.

- FANTI V., *L'atto politico' nel governo degli enti locali*, in *Dir. proc. amm.*, 2008.
- FERRARA L., *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008.
- IORE C., IORE S., *Diritto penale. Parte generale*, Torino, UTET, 2008.
- IORELLA A., *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, Giappichelli, 2018.
- IORELLA A., *Reato in generale (voce)*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987.
- FOIS S., *La "riserva di legge". Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, Giuffrè, 1963.
- FOIS S., *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, 2011.
- FOIS S., voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973.
- FRACCHIA F., OCCHIANA M., *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/90: quando il legislatore non può e non deve*, in *Giust. amm.*, 2005.
- FRAGOLA U., *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Amm. it.*, 1955.
- FRANCHINI F., *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957.
- GALLO D., *Appunti di diritto penale. La legge penale*, 1999.
- GALLO D., *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, Giuffrè, 2018.
- GAMBARDELLA M., *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 2013.
- GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2002.
- GAMBARDELLA M., *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013.
- GAMBARDELLA M., *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 2020.
- GAROFOLI R., FERRARI G., *Codice dell'edilizia*, Roma, Nel diritto editore, 2015.
- GARRONE G.B., *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, UTET, 1987.
- GERMANÒ A., ROOK BASILE E., BRUNO F., BENOZZO M., *Commento al Codice dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2013.
- GHERA F., *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, in *Foro it.*, 2008.
- GIANNINI M.S., PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970.
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939.
- GIANNINI M.S., voce *Regolamento (in generale)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959.

- GIARDA A., sub art. 2, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda A., Spangher S., Milano, Ipsoa, 2017.
- GILIBERTI B., *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013.
- GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, in IDEM (a cura di), *Dizionario amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1983, 206.
- GUASTINI R., voce *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, UTET, 1994.
- GUICCIARDI E., *L'atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937.
- LAZZARA P., *Contributo alla discussione sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-octies, l. 241 del 1990*, in *Foro amm.*, 2009.
- LOLLO A., *Atto politico e Costituzione*, Napoli, Jovene, 2020.
- LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2020.
- LUCIANI M., *Diritto penale e costituzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018.
- LUPO N., *L'omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile, ma ineludibile per limitare le patologie della produzione normativa*, in *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, a cura di G. D'Elia, G. Tiberi, M.P. Viviani Schlein, Milano, Giuffrè, 2012.
- MANACORDA S., *Unione europea e sistema penale: stato della questione e prospettive di sviluppo*, in *Studium iuris*, 1996.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 2020.
- MANTOVANI F., *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, Giappichelli, 2003.
- MARINUCCI G., voce *Cause di giustificazioni*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, UTET, 1988.
- MASSA M., *Regolamenti amministrativi e processo. I due volti dei regolamenti e i loro riflessi nei giudizi costituzionali e amministrativi*, Napoli, Jovene, 2012.
- MASUCCI A. (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, Formez, 1988.
- MAZZAROLLI L., voce *Piano regolatore generale*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, UTET, 1997.
- MERLO A., *Le modifiche del 1997 e del 2012*, in B. Romano (a cura di) *Il "nuovo" abuso di ufficio*, Pisa, Pacini editore, 2021.
- MERUSI F., *Variazioni su tecnica e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004.
- MIDIRI M., *Sanzioni antitrust e giudice amministrativo, prima e dopo Menarini*, in M. DONINI, L. FOFFANI (a cura di), *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2018.
- MODUGNO F., *"Fonti" del diritto e sistema normativo* (Relazione tenuta al Seminario metodologico sulle fonti del diritto presso l'Università di Ferrara, il 25 giugno 2009), reperibile su www.robertobin.it.
- MODUGNO F., *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, aggiungi: XIII, Torino, UTET, 1966.
- MODUGNO F., voce *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, agg. I, Milano, Giuffrè, 1997.
- MODUGNO F., voce *Legge (vizi della)*, in *Enc. dir.*, 1973. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973.

- MORBIDELLI G., *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1997.
- MORTATI C., *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1964.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, Cedam, 1976.
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 1983.
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 1994.
- NISCO A., *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale: considerazioni teoriche e spunti comparatistici*, in *Arch. pen.*, 2017.
- NUVOLONE P., *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1953.
- ORLANDO V.E., *Francesco Crispi (1923)*, in IDEM, *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Milano, Giuffrè, 1940.
- PADOVANI T., *La riforma dell'abuso innominato e dell'interesse privato in atti d'ufficio*, in A.M. STILE (a cura di), *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 1987.
- PADOVANI T., *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen.*, 2020.
- PAGLIARO A., *L'antico problema dei confini fra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999.
- PALADIN L., *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964.
- PALAZZO F., *Il principio di determinatezza in diritto penale. La fattispecie*, Padova, Cedam, 1979.
- PALAZZO F., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e credibilità della regola iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, Esi, 2009.
- PAOLANTONIO N., *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*
- PAOLANTONIO N., *L'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, Milano, Giuffrè, 1991.
- PARODI GIUSINO M., *In memoria dell'abuso d'ufficio? Osservazioni critiche sulla riforma dell'art. 323 c.p.*, in *Sist. pen.*, 2021.
- PECORARO ALBANI A., *Riserva di legge. Regolamento. Norma penale in bianco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959.
- PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, a cura di C. Pedrazzi, A. Alessandri, L. Foffani, S. Seminara, G. Spagnolo, Milano, Monduzzi, 2003.
- PELLIZZONE I., *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, Franco Angeli, 2015.
- PENCO E., *Ancora un proscioglimento per falso in autodichiarazione covid-19: il g.i.p. di Reggio Emilia rileva la "indiscutibile illegittimità" dei dpcm in quanto fonti di misure limitative della libertà personale*, in *Sist. pen.*, 2021.
- PENE VIDARRI G.S., voce *Giustizia amministrativa (storia)*, *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, UTET, 1991.

- PEPE G., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento*, in *Federalismi*, 2017.
- PETROCELLI B., *Norma penale e regolamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959.
- PETRONE M., *Attività amministrativa e controllo penale*, Milano, Giuffrè, 2000.
- PETRONE M., *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1980.
- PIACENTE G., *Atti politici e tutela giurisdizionale. L'ultimo diritto*, in *Federalismi*, 2015.
- PICA N., *La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell'AGCM*, in *Dir. proc. amm.*, 2019.
- PITRUZZELLA G., *La legge di conversione del decreto-legge*, Padova, Cedam, 1989.
- PIZZORUSSO A., *Il controllo della Corte Costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986.
- PIZZORUSSO A., voce *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, UTET, 1991.
- POLICE A., *La mitologia della «specialità» e i problemi reali della giustizia amministrativa*, in P.L. PORTALURI (a cura di), *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme. Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015*, Napoli, Esi, 2016.
- PRETE F., *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, in *Dir. pen. cont.*, 2013.
- PUBUSA A., *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, UTET, 1994.
- PUGIOTTO G., *La rivincita di Esposito (legge, regolamento, sindacato di costituzionalità)*, in *Giur. cost.*, 1995.
- PULITANÒ D., *L'anticipazione dell'intervento penale in materia economica*, in *Atti del IV congresso nazionale di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1996.
- QUARTULLI A., *L'istituzione della IV sezione tra ragioni pratiche e ideologie*, in *Studi per il centenario della IV sezione del Consiglio di Stato*, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1989.
- RANELLETTI O., *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894.
- RASI A., *Gli effetti diretti e il primato del diritto dell'Unione: una correlazione a geometria variabile*, in *DUE*, 2018.
- RESTA R., *La «legittimità» degli atti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955.
- ROMANO M., *Corte costituzionale e riserva di legge*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, Esi, 2006.
- ROMANO M., *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. proc. amm.*, 1983.
- ROMANO M., *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, Milano, Giuffrè, 1974.
- ROMANO M., voce *Autonomia*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, UTET, 1987.
- RONCO M., *Il principio di legalità*, in *La legge penale*, op. dir. da M. Ronco, con la collaborazione di E.M. Ambrosetti, E. Mezzetti, Bologna, Zanichelli, 2010.

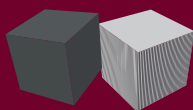
- RONCO M., *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, Giappichelli, 1979.
- ROSSI G., *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017.
- ROTONDO F., *Linee guida ANAC ed abuso d'ufficio: principio di legalità e modifiche mediate della fattispecie incriminatrice*, in *www.penedp.it*, 2020.
- RUGA RIVA C., *Commento al testo base sui delitti ambientali adottato dalla Commissione Giustizia della Camera*, in *Dir. pen. cont.*, 2014.
- RUGA RIVA C., *Regioni e diritto penale. Interferenze, casistica, prospettive*, Milano, Cuem, 2008.
- RUGGERI A., *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, Giuffrè, 1977.
- SAITTA F., *L'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. amm.*, 2000.
- SALCUNI G., *La «disciplina altrove». L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli, Esi, 2019.
- SALVEMME I., *Il ruolo del principio di precauzione nel "nuovo" diritto penale dell'ambiente*, in *Dir. pen. cont.*, 2018.
- SANDULLI M.A. (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2013.
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1982.
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, II, Napoli, Jovene, 1989.
- SANDULLI A.M., *Questioni recenti in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1952.
- SANDULLI A.M., *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, 1954.
- SANDULLI A.M., voce *Fonti del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, UTET, 1961.
- SATTA F., voce *Giurisdizione esclusiva*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 2002.
- SCACCIA G., *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, 1999.
- SCARCELLA A., *Reati di bancarotta e (in)sindacabilità in sede penale della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Dir. pen. proc.* 2008.
- SCOCA F.G., *Il principio della domanda nel processo amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2015.
- SEMINARA S., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Studium iuris*, 1997.
- SERRA G., *La cassazione e il "nuovo" abuso d'ufficio, ovvero del "senso imperfetto" della discrezionalità tecnica dell'amministrazione e dei c.d. "autolimiti"*, in *www.penedp.it*, 2021.
- SICA E., *Del potere e degli atti politici*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948.
- SILVESTRI G., *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988.
- SILVESTRI G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997.
- SILVESTRI G., *Il principio della domanda nel processo amministrativo. L'Adunanza Plenaria n. 4 del 2015*, in *Foro amm.*, 2015.
- SORDI B., *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, Milano, Giuffrè, 1985.
- SORRENTINO F., *Le fonti del diritto italiano*, Padova, Cedam, 2018.

- SVARIATI E., *In tema di disapplicazione dell'atto amministrativo e di contraffazione di brevetti per invenzione*, in *Cass. pen.*, 2006.
- TRIMARCHI F., *Rilevanza condizionata dei vizi di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 2010.
- TROPEA G., *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012.
- TUBERTINI C., *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 1999.
- VALENTINI V., *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in *Arch. pen.*, 2018.
- VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, UTET, 1994.
- VENDITTI R., *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965.
- VENDITTI R., *Questioni sulla sindacabilità degli atti amministrativi da parte del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964.
- VERRIENTI L., voce *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*
- VIGNOCCHI G., BERTOLANI G., voce *Urbanistica*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, UTET, 1974.
- VIGNUDELLI A., *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2018.
- VIGNUDELLI A., *Interpretazione e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2011.
- VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006.
- VILLATA R., *"Disapplicazione" dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, Giuffrè, Milano, 1980.
- VIRGA P., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2001.
- VIRGA P., *Illiceità e illegittimità; rapporti fra giurisdizione penale e giurisdizione amministrativa*, in *AA.VV., Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, Mucchi, 1996.
- VIRGA P., *Interpretazione evolutiva della legge istitutiva della IV sezione*, in *Nuova Rass.*, 1989.
- VITTA C., *Concessioni (Diritto Amministrativo)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, UTET, 1959.
- ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1988.
- ZAGREBELSKY G., *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, I, Torino, UTET, 1984.
- ZANOBINI G., voce *Regolamento*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, UTET, 1968.
- ZANOTTI R., *Principio di determinatezza e tassatività*, in *AA.VV., Introduzione al sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2006.

I quaderni de Lo Stato

Collana di scienza costituzionale, diritto dell'economia
e teoria del diritto diretta da Aljs Vignudelli

1. GÜNTHER WINKLER, *Il diritto e la scienza del diritto. Riflessioni per un pensiero giuridico empirico-razionale a partire da spazio e tempo*, a cura di Federico Lijoi, gennaio 2015.
2. GINO SCACCIA, *Il re della repubblica. Cronaca costituzionale della Presidenza di Giorgio Napolitano*, gennaio 2015.
3. ENZO CHELLI, *Taccuino di un costituzionalista*, a cura di Michela Manetti, settembre 2015.
4. ANTONINO SCALONE, *Stato, scienza e società in Hans Kelsen. Su alcune antinomie della dottrina pura del diritto*, aprile 2016.
5. AGOSTINO CARRINO, *Il suicidio dell'Europa. Sovranità, Stati nazionali e "grandi spazi"*, giugno 2016.
6. OTTO KIRCHHEIMER, *Potere e conflitto. Saggi sulla Costituzione di Weimar*, a cura di Antonino Scalone, marzo 2017.
7. BERND RÜTHERS, *La rivoluzione clandestina. Dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici. Costituzione e metodi. Un saggio*, a cura di Giuliana Stella, aprile 2018.
8. ALJS VIGNUDELLI, *Il vaso di Pandora. Scritti sull'interpretazione*, a cura di Federico Pedrini e Luca Vespignani, ottobre 2018.
9. *Il diritto dell'informazione. Temi e problemi*, a cura di Michela Manetti e Roberto Borrello, settembre 2019.
10. ANTONIO RIVIEZZO, *L'autorità dell'anticorruzione*, gennaio 2020.
11. DANIELE PICCIONE, *Effettività della Costituzione e coscienza collettiva*, aprile 2021.
12. LUCA MANDRIOLI, *La cessione dei crediti salvo buon fine nello sconto bancario: prime riflessioni*, maggio 2021.
13. TOMMASO BARBIERI, *L'atto amministrativo e i confini della giurisdizione penale*, novembre 2022.



La monografia si propone di analizzare i differenti ruoli che l'atto amministrativo può assumere all'interno della fattispecie penale e, nella specie, di esaminare quali siano i confini del sindacato del giudice penale sulla legittimità dello stesso.

Il sindacato del giudice penale, dunque di un giudice ordinario, sul provvedimento amministrativo è uno dei problematici profili inerenti al delicato tema della giustiziabilità dell'azione amministrativa, nonché della separazione fra i poteri dello Stato.

Il volume analizza le differenti interpretazioni che si sono sviluppate e susseguite nel tentativo di fare chiarezza su questo tema, e registra la significativa evoluzione giurisprudenziale che ha determinato nel tempo esiti applicativi fra loro fortemente divergenti.

L'elaborato prosegue poi con un'indagine destinata agli esiti applicativi pratici: dopo aver destinato un *focus* specifico al delicato tema della sindacabilità del "vizio della discrezionalità amministrativa", attraverso una disamina della figura del "nuovo" abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) a seguito del profondo *restyling* attuato dal Decreto semplificazioni del 2020, si riallarga il campo dell'analisi attraverso una ricognizione e sistematizzazione della giurisprudenza. L'indagine mette in luce la tendenza della giurisprudenza ad assumere atteggiamenti di maggiore o minore rigore a seconda della materia interessata, degli interessi in gioco e delle difficoltà di accertamento probatorio, dando dunque atto di soluzioni perlopiù settoriali e non unitarie, nel tentativo di contribuire a sistematizzare le tendenze ed i criteri adottati in un ambito nel quale, nonostante l'assoluta rilevanza della materia, non sempre pare possibile orientarsi tramite chiari e prevedibili punti fermi.



Tommaso Barbieri ha ottenuto il titolo di Dottore di Ricerca presso la Scuola di dottorato in Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Parma, sotto la guida del Prof. Federico Pedrini. All'attività di ricerca ha sempre affiancato l'impegno professionale come avvocato, dedicandosi in particolare all'ambito penalistico. Nel corso della sua attività scientifica si è soprattutto occupato di tematiche inerenti ai profili problematici "a cavaliere" tra il diritto amministrativo e quello penale.

ISBN 978-88-7000-950-7

Versione pdf *open access* al sito
www.mucchieditore.it