

Dipartimento di / Department of

Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in / PhD program **Scienze giuridiche** Ciclo / Cycle **XXXI**

Curriculum in **Diritto Pubblico**

***IL RUOLO DELL'ATTO AMMINISTRATIVO
NELL'AMBITO DELL'ACCERTAMENTO
PENALE.***

***Valenza sistemica della nozione e delle relative categorie
per l'epistemologia giudiziaria.***

Cognome / Surname **Lavatelli**

Nome / Name **Marco**

Matricola / Registration number **737129**

Tutore / Tutor: **Chiar.ma Prof.ssa Margherita Ramajoli**

Coordinatore / Coordinator: **Chiar.mo Prof. Maurizio Arcari**

ANNO ACCADEMICO / ACADEMIC YEAR 2017-2018

A mia nonna Dora, che vive i suoi novant'anni con semplice straordinarietà,
a mia mamma Giovanna che, pur meritando il meglio di me, sopporta sempre il peggio,
a mia sorella Federica, che non capisce quanto sia per me un punto di riferimento,
a Debora, nei cui occhi indovino il mio futuro.

Indice

INTRODUZIONE

p. 11

PARTE PRIMA

PREMESSE, PRINCIPI, METODOLOGIA.

CAPITOLO I

“UBI CONSISTAM” DELLA RICERCA

- | | | |
|-----|---|-------|
| 1. | Opportuni chiarimenti in ragione dell' <i>ordo procedendi</i> . | p. 19 |
| 2. | Metafisica della cognizione e del sindacato sull'atto amministrativo da parte del giudice penale. | p. 33 |
| 2.1 | La traslazione dell'istituto della disapplicazione dell'atto amministrativo nell'ambito penale. | p. 36 |
| 2.2 | L'aporetica della “applicazione” degli atti amministrativi nel giudizio penale e la tesi dell'autonomia del giudizio d'ambito penale. | p. 46 |
| 2.3 | La distinzione della disapplicazione <i>incidenter tantum</i> dal controllo di legittimità “diffuso” sugli atti amministrativi che costituiscono elemento normativo della fattispecie di reato. | p. 50 |
| 3. | Profili ricostruttivi della fenomenologia più recente. La “sostanzializzazione” del controllo di legittimità dell'azione amministrativa nel giudizio penale. | p. 54 |
| 3.1 | <i>Maquillage</i> di principi, motivazioni di “salvaguardia”, utilitarismo giudiziario e rischio eterogenesi dei fini. | p. 61 |

3.2	Prassi discutibili nella gestione della fase delle indagini preliminari e delle misure cautelari.	p. 65
-----	---	-------

CAPITOLO II

INQUADRAMENTO DEI PRINCIPI DI RIFERIMENTO

1.	Il problema del cominciameto.	p. 71
2.	Indipendenza e autonomia della magistratura: il profilo della soggezione alla sola legge.	p. 80
3.	Il caleidoscopio del principio di legalità: precisazioni <i>ratione materiae</i> .	p. 87
3.1	Il principio di stretta legalità penale e i suoi corollari.	p. 93
3.2	Legalità dell'azione amministrativa e merito amministrativo.	p. 98
4.	Certezza del diritto, legittimo affidamento, ignoranza del precetto penale (o extra-penale), frammentazione e pluralismo degli interessi rilevanti.	p. 103
5.	Giustiziabilità dell'azione amministrativa, principio del contraddittorio, onere della prova e presunzione d'innocenza.	p. 106
6.	Separazione dei poteri e garanzia delle prerogative dell'amministrazione. Opportune puntualizzazioni.	p. 111
6.1	Ermeneutica dell'agire amministrativo ed ermeneutica giudiziale.	p. 116
6.2	Cura in concreto dell'interesse pubblico e tutela del bene giuridico da parte della norma incriminatrice.	p. 120
6.3	Il processo penale fra pretesa punitiva e attuazione delle scelte politiche, controllo sulla condotta e intrinseca capacità di conformazione del comportamento.	p. 122

- | | | |
|----|--|--------|
| 7. | Conflitti e riserve di giurisdizione: la specialità del diritto amministrativo e la “naturalità” del giudice amministrativo al confronto con l’art. 2 c.p.p. | p. 125 |
| 8. | Un’equazione bilanciabile <i>carptim ac singuli</i> ? | p. 131 |

**CAPITOLO III PER UN’OPPORTUNA DELIMITAZIONE
DELL’AMBITO DI STUDIO**

- | | | |
|-----|---|--------|
| 1. | Il rasoio di Ockham. | p. 135 |
| 2. | L’atto politico, fra limiti assiologici ed eccezioni. | p. 138 |
| 2.1 | (segue) Rilevanza della nozione di atto d’alta amministrazione. | p. 143 |
| 3. | Comportamenti non provvedimenti produttivi di effetti giuridici. In particolare, S.C.I.A. e silenzi dell’amministrazione. | p. 146 |
| 4. | Gli atti amministrativi non provvedimenti: meri atti e atti endoprocedimentali. | p. 158 |
| 4.1 | (segue) L’attività <i>iure privatorum</i> dell’amministrazione nell’adozione di atti non autoritativi. | p. 159 |
| 5. | L’attività di polizia, gli atti d’indagine e gli atti a finalità mista. | p. 162 |
| 6. | Specificità del ruolo degli atti autoritativi nel diritto penale militare. | p. 167 |

PARTE SECONDA

IL RUOLO DELL'ATTO AMMINISTRATIVO NELL'AMBITO DELL'ACCERTAMENTO PENALE

CAPITOLO IV GLI ATTI AMMINISTRATIVI GENERALI NELL'ACCERTAMENTO PENALE

- | | | |
|-----|--|--------|
| 1. | Gli atti amministrativi generali. | p. 177 |
| 1.1 | (Segue) e relativo regime giuridico dell'invalidità. | p. 184 |
| 2. | Atti amministrativi normativi. | p. 190 |
| 2.1 | Difformità dal modello legale: "disapplicazione" dell'atto invalido, o risoluzione di un'antinomia normativa? | p. 193 |
| 2.2 | Illegittimità dei regolamenti amministrativi: rapporto di simpatia e antipatia con i provvedimenti d'attuazione. | p. 197 |
| 2.3 | Gerarchia delle fonti, principio di legalità, <i>quaestio facti</i> e <i>quaestio iuris</i> . | p. 200 |
| 2.4 | Implicazioni del principio <i>iura novit curia</i> . | p. 203 |

CAPITOLO V ATTIVITÀ PROVVEDIMENTALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E COGNIZIONE DEL GIUDICE PENALE

- | | | |
|-----|--|--------|
| 1. | Validità della dogmatica del provvedimento amministrativo, fra esigenze di garanzia e regime speciale di supremazia. | p. 209 |
| 1.1 | (segue) fruibilità delle relative categorie nell'ambito penale. | p. 215 |

1.2	Provvedimenti ampliativi e restrittivi, disapplicazione <i>in malam</i> e <i>in bonam partem</i> (critica).	p. 220
2.	Dinamicità della nozione di discrezionalità amministrativa. Relativismo concettuale e relativismo epistemico.	p. 222
3.	Valenza della gradazione dell'invalidità del provvedimento. Illegittimità tra forma e sostanza.	p. 227
3.1	Inettitudine definitoria della formula della "macroscopica illegittimità".	p. 233
3.2	L'indefinibile ampiezza della figura dell'eccesso di potere.	p. 236
4.	Possibile rilevanza differenziata dei provvedimenti amministrativi di secondo grado.	p. 242
4.1	Provvedimenti conservativi.	p. 245
4.2	Provvedimenti con esito demolitorio.	p. 248
5.	Lineamenti dell'amministrazione consensuale e disciplina degli accordi amministrativi.	p. 250
5.1	Rilevanza degli accordi sostitutivi di provvedimento.	p. 254
5.2	Patologia dell'accordo fra regime amministrativo e disciplina compatibile del codice civile.	p. 259
5.3	Ampiezza del sindacato del giudice amministrativo e possibili (quanto deprecabili) riflessi nella giurisdizione penale.	p. 265

CONCLUSIONI, OVVERO FUTURIBILI p. 271

BIBLIOGRAFIA p. 279

INTRODUZIONE

Secondo una nota rappresentazione che si fa risalire ad Aristotele, la filosofia nascerebbe dallo stupore, dalla meraviglia del repentino non comprendere qualcosa che è, da cui seguirebbe lo stimolo a porsi delle domande che sfociano nella ricerca di risposte tese a cogliere l'essenza di quel qualcosa che nemmeno si pensava fosse.

Al contrario, le scienze teoretiche e pratiche discenderebbero dalla semplice osservazione, che porta perciò ad “accontentarsi” di scomporre una realtà complessa nei suoi elementi, per isolare e trattare separatamente le singole e molteplici dimensioni che la compongono, per capirla e utilizzarla.

Quello stato afasico dell'animo, proprio di chi non ha ancora intellettualizzato la sorpresa improvvisa, l'ho sperimentato a Solstrand, in Norvegia, leggendolo negli occhi dei colleghi Dottorandi e di quei Giuristi, Ricercatori e Professori, formati in un ordinamento così distante dal nostro, cui cercavo di spiegare per sommi capi il senso della mia ricerca.

Sono profondamente convinto – perché è quanto già accaduto – che se chiedessi a un accademico norvegese di fornirmi il nome di uno studioso che potrebbe essere interessato a indagare l'argomento che mi appresto a introdurre, egli risponderebbe con il contatto di un filosofo del diritto.

Come si può spiegare a un norvegese la differenza fra diritto soggettivo e interesse legittimo, o fra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria, fra atto e provvedimento amministrativo, o ancora fra discrezionalità e merito, fra illegittimità, illiceità e macroscopica illegittimità, fra eccesso, sviamento e abuso di potere? Lo stupore rappresenta quella condizione coscienziale in cui la sorpresa lascia disarmati, perché si è privi di strumenti concettuali classificatori ed ermeneutici che ci consentano di capire.

Non stupisce che la Norvegia si collochi geograficamente agli estremi di quella magnifica penisola ove è nato il realismo giuridico *scandinavo*, appunto, quella corrente gius-filosofica che ritiene che la problematica

giuridica della validità delle norme e degli ordinamenti sia banalmente ridicibile alla rilevazione della loro efficacia ed effettività, cioè della loro accettazione concreta da parte dei consociati.

Altrettanto poco stupefacente, col senno di poi, è scoprire che la Norvegia sia la nazione ove i componenti della magistratura unificata sono scelti su proposta del Governo e nominati dal Re, per svolgere una funzione che nessuno ha timore di definire politica, quella cioè di far convergere la volontà del legislatore storico e il comune sentire in un'unica verità.

La sintesi perfetta fra *civil law* e *common law*, lassù a nord, e più a oriente delle nazioni del diritto codificato.

Come si può spiegare a un norvegese che esiste la possibilità che due giudici diversi, di fronte al medesimo caso concreto da decidere, addiventano a due decisioni diametralmente opposte, e che è possibile che ciò avvenga perché ci sono così tante norme che si riferiscono a così tante realtà che possono essere interpretate in modo differente? Se qualcosa sorprende, è perché questo qualcosa è inatteso, nuovo, diverso dall'aspettativa.

L'amata Italia è però la patria delle tante verità, ove tutti hanno una propria fantasiosa soluzione da proporre, ove la linea più breve tra due punti è l'arabesco, come ci ha insegnato Ennio Flaiano.

Il paese ove il pluralismo vale perfino per le giurisdizioni, che sono tra loro prive di momenti significativi di coordinamento, quasi come se lo stesso legislatore avesse voluto ammettere che non sia impensabile addivenire a giudicati diversi fra loro, anche logicamente e giuridicamente incompatibili.

Mancando lo stupore, ci si accontenterà qui di scomporre una realtà che sappiamo esistente e per cui disponiamo degli strumenti concettuali, classificatori ed ermeneutici che dovrebbero consentire un'analisi utile.

Procedendo con ordine, è forse opportuno partire introducendo il titolo scelto: *Il ruolo dell'atto amministrativo nell'ambito dell'accertamento penale*.

Astrattamente, sopravvalutando forse i contenuti che si cercherà di esprimere nel proseguo, si può dire che il titolo avrebbe potuto collocarsi in uno spettro compreso fra due estremi: “*Il ruolo del diritto amministrativo*” e “*Il ruolo dell'atto amministrativo invalido*”.

Nel primo caso si sarebbe trattato di una scelta temeraria, quanto meno dal punto di vista della mole del materiale che si sarebbe dovuto analizzare ed elaborare, avendo già la scelta operata imposto una *actio finium regondorum* piuttosto drastica, alla cui descrizione si è peraltro dedicato un capitolo della prima parte della tesi.

Il secondo estremo, invece, oltre al rischio di determinare una poco elegante riproposizione del titolo di un'opera già esistente ⁽¹⁾, avrebbe significato scegliere di partire da un preconcetto, ossia l'invalidità dell'atto amministrativo. Una nozione, quella di invalidità, che merita un'approfondita e cauta analisi, che non può prescindere dalla dogmatica amministrativista, trattandosi forse del primo e principale motivo che dovrebbe spingere l'interprete che si muove nell'ambito dell'accertamento penale a confrontarsi con le categorie del diritto amministrativo.

Questo riferimento all' "ambito dell'accertamento penale", anziché al processo o al procedimento penale, o alle fattispecie penali, rappresenta un'ulteriore scelta, questa volta consapevolmente ampliativa.

Presuppone cioè l'idea che la maggior parte delle conclusioni che si trarranno potranno ritenersi valide per tutto il corso dell'*iter* che porta dall'apertura delle indagini – ma forse anche prima, già al momento della apprehensione della *notitia criminis* – fino alla sentenza definitiva. Nelle evenienze contrarie, si spiegherà e si cercherà di specificare quali debbano invece essere le cautele e gli opportuni distinguo da adottare.

Si è detto che l'elaborato nasce dall'osservazione, ma il primo capitolo sarà dedicato alla metafisica, alla ricostruzione cioè dei lineamenti dogmatici del tema scelto, che saranno trattati su un piano volutamente astratto, sganciato dalla realtà delle pronunce dei tribunali e della casistica concreta.

Alla fenomenologia sarà ovviamente dedicato il dovuto spazio, che seguirà immediatamente dopo.

Il secondo capitolo sarà dedicato a una ricognizione e all'inquadramento dei principi che si ritengono premessa indispensabile per la trattazione che si avvierà nella seconda parte, ove si avanzerà solo dopo la già annunciata opera

⁽¹⁾ Il riferimento, in particolare, va all'opera di G. COCCO, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari, 1996.

di ridimensionamento dei temi trattati, che suonerà un po' come una *excusatio non petita*, da cui il lettore potrà liberamente far discendere le conseguenze che la chiosa del noto brocardo invoca.

Il fulcro della ricerca, o, si spera, ciò che potrà definirsi tale, troverà svolgimento in due ulteriori capitoli, ove si distinguerà la trattazione fra quella riservata agli atti amministrativi generali da quella dedicata all'attività provvedimentale, le cui interazioni con l'accertamento penale saranno necessariamente differenziate.

Lo scopo, in definitiva, è quello di dimostrare che esiste più di un ruolo per l'atto amministrativo, con le sue diverse nozioni e le sue categorie, nell'ambito penale.

Un ruolo alto, che riflette quello tipico della dogmatica giuridica ossia, il compito di ordinare e restituire una chiarezza sistematica alle varie sfaccettature di una realtà giuridica che va complicandosi. Una pretesa che dovrà essere giustificata, giacché, come noto, il diritto penale moderno rifugge di per sé l'idea della sistematica, prevalendo anzi l'idea della sua frammentarietà, mentre il diritto amministrativo non può che essere studiato in una prospettiva "olistica", come connubio fra diritto sostanziale e processuale.

Si cercherà di prospettare anche un ruolo "pacificatore" per l'atto amministrativo, che tenti cioè di ricucire lo strappo che sembra essersi creato fra due poteri dello Stato.

L'orizzonte più ampio su cui si misurerà però il valore che le categorie e gli studi sull'atto amministrativo potrebbero assumere nell'ambito penale sarà quello della giustizia, della decisione del giudice che si ponga cioè in armonia con l'ordinamento giuridico nel suo complesso considerato, con le determinazioni dell'amministrazione, ma soprattutto, con le percezioni che della giustizia di tale decisione hanno i fruitori (non sempre volontari) dei servizi della pubblica amministrazione e dei tribunali.

D'altro canto il diritto, almeno sul piano della credenza popolare, dovrebbe essere fonte di certezze, giacché preordinato a consentire l'ordinato svolgimento dei rapporti sociali ed economici.

Benché oggi sia piuttosto facile sostenere che la certezza non appartenga ad alcuna scienza, essendo propria – o presunta tale – solo dei dogmi e degli

assiomi, possiamo affermare che anche la scienza viva ormai della pubblica controllabilità, non della certezza dell'impossibilità che la stessa sia smentita un domani, ma la certezza che nel suo essere relativa essa progredisca, sottoposta al vaglio critico della comunità.

Anche del relativismo, seppur tralatiziamente, si avrà occasione di disquisire.

PARTE 1[^]

**PREMESSE, PRINCIPI,
METODOLOGIA.**

CAPITOLO I

“UBI CONSISTAM” DELLA RICERCA

SOMMARIO:

1. Opportuni chiarimenti in ragione dell'*ordo procedendi*. – 2. Metafisica della cognizione e del sindacato sull'atto amministrativo da parte del giudice penale. – 2.1 La traslazione dell'istituto della disapplicazione dell'atto amministrativo nell'ambito penale. – 2.2 L'aporetica della “applicazione” degli atti amministrativi nel giudizio penale e la tesi dell'autonomia del giudizio d'ambito penale. – 2.3 La distinzione della disapplicazione *incidenter tantum* dal controllo di legittimità “diffuso” sugli atti amministrativi che costituiscono elemento normativo della fattispecie di reato. – 3. Profili ricostruttivi della fenomenologia più recente. La “sostanzializzazione” del controllo di legittimità dell'azione amministrativa nel giudizio penale. – 3.1 *Maquillage* di principi, motivazioni di “salvaguardia”, utilitarismo giudiziario e rischio eterogenesi dei fini. – 3.1.2 Prassi discutibili nella gestione della fase delle indagini preliminari e delle misure cautelari.

1. Opportuni chiarimenti in ragione dell'*ordo procedendi*.

Il diritto penale, a differenza di altre branche dell'ordinamento, non può essere definito in ragione del fatto di “contenere” un insieme di norme riferibili alla disciplina di una particolare materia o di un determinato campo dell'attività umana, ma piuttosto si distingue per l'intima correlazione con un

peculiare tipo di sanzione – la pena – che impone quale conseguenza normativa al verificarsi di condizioni predeterminate.

Benché formalmente esso goda di una propria (conclamata) autonomia, badando a tale peculiarità pare difficoltoso affermare che fra il diritto penale e gli altri rami dell'ordinamento vi possa essere una separazione netta, essendo invece frequente rinvenire numerose sovrapposizioni con le discipline predisposte in altri settori del diritto: precetti penalmente sanzionati possono coincidere con precetti posti in altri contesti normativi (come no) e allo stesso modo le sanzioni penali possono (o meno) correlarsi a sanzioni di altra natura.

Guardando, allora, sotto un'altra luce la “autonomia” del diritto penale, può altresì affermarsi, con una certa sicurezza, che le qualificazioni di liceità e illiceità che l'ordinamento giuridico esprime attraverso la normazione devono (o dovrebbero) essere coerenti fra loro, ma, in ragione della peculiare funzione sussidiaria del diritto penale, tale necessaria coerenza deve declinarsi secondo una corrispondenza non biunivoca, tale per cui, cioè, mentre la qualificazione di non rilevanza penale di un determinato fatto può coesistere con la qualificazione di illiceità del medesimo fatto a norma di altri settori del diritto ⁽²⁾. Non può invece ritenersi accettabile la soluzione opposta, ossia la qualificazione di un fatto come penalmente rilevante che si sovrappone con una valutazione di conformità a diritto (o addirittura a dovere) del medesimo fatto.

⁽²⁾ Sulla “frammentarietà” del diritto penale si vedano *ex multis*: F. BRICOLA, *Teoria generale del reato* in *Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973, p. 69; C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Iperetrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari*, Padova, 1985, pp. 143-149; A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, p. 443; L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene, Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale*, 1985, 3, p. 493; C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 430-544; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 97 e ss.; M. ROMANO, “*Meritevolezza di pena*”, “*bisogno di pena*” e *teoria del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 50 e ss. E. DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1999, p. 16; più di recente, in chiave storico-evoluzionista: T. VORMBAUM, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, p. 51 e ss. .

La compatibilità dei precetti sanzionatori del diritto penale con discipline extra-penali che qualifichino un identico comportamento come lecito, o perfino obbligatorio, si pone essenzialmente su due piani: anzitutto è una questione di politica criminale, che riguarda cioè la potestà normativa del legislatore, il primo responsabile della selezione degli interessi ritenuti meritevoli dell'*enforcement* penalista, e ad assumere rilievo è appunto il principio di sussidiarietà del diritto penale, cioè l'idea che la criminalizzazione debba intervenire soltanto allorquando gli altri rami dell'ordinamento non possano offrire adeguata tutela a quei beni ⁽³⁾.

In un momento successivo, il problema può riguardare anche il giudice penale direttamente che, non potendo sindacare le scelte del legislatore, trovandosi di fronte a un'antinomia normativa ⁽⁴⁾, prima di rivolgere il

⁽³⁾ Sul distinto principio di "sussidiarietà" si vedano: F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative*, in M. DE ACUTIS-G. PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984, p. 3; Id., *Carattere 'sussidiario' del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, I, Milano, 1984, p. 99; P. DUSI, *Discorso giuridico penale e cultura della società*, in M. DE ACUTIS-G. PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale*, cit., p. 161; E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 395; G. LATTANZI, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali in una circolare della presidenza del consiglio*, in *Foro it.*, 1985, 5, p. 251; S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *L'indice penale*, 2003, p. 491; M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 141; Id., *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004; G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà nel diritto pubblico e nel diritto penale, principio di legalità, riserva di legge*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, p. 107; S. RIONDATO, *Un diritto penale detto "ragionevole"*, Padova, 2005; F. BACCO, *Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1165; G. P. DEMURO, *Ultima ratio: legislativa di nuove fattispecie". alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1665-1669.

⁽⁴⁾ La letteratura in materia è amplissima, si vedano fra tutti: G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino, 1959, H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, 1960, trad. it. 1966, Torino, in particolare pp. 36-37; 87-92; 135; 231-235; 298-313; 360-362; A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963; A.G. CONTE, *In margine all'ultimo Kelsen*, 1967, ora in R. GUASTINI (a cura di), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1980, p. 197 e ss.; E. BULYGIN-C. E. ALCHOURRON, *Incompletezza*,

proprio sguardo ai criteri ordinari di risoluzione delle disposizioni premesse al codice civile (artt. 12, 13, 14 e 15), ha a disposizione la regola di giudizio contenuta nell'art. 51 codice penale, ove è stabilito che l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica – purché si riferiscano a un interesse prevalente – possono escludere la punibilità ⁽⁵⁾.

L'articolo 51 c.p. offre lo spunto per ampliare la portata del discorso sulla coerenza fra diritto penale e regole deontiche riconducibili ad altri settori del diritto, dal momento in cui lo stesso richiama fra i doveri che possono eventualmente escludere la punibilità quelli imposti da “un ordine legittimo della pubblica autorità”. La norma di parte generale pone cioè una regola che sintetizza i principi di razionalità e coerenza del sistema penale, pronosticando la possibilità che nel corso del giudizio possa effettivamente sorgere per il giudice la necessità di valutare la rilevanza di un atto (legittimo) dell'autorità amministrativa che ha concorso a determinare la condotta.

La “complicazione” che qui più interessa riguarda proprio questa possibilità, cioè che, in determinati casi, anziché essere direttamente la legge extra-penale a definire, più o meno coerentemente, la liceità, legittimità o doverosità della condotta suscettibile (anche) sotto fattispecie penale, sia piuttosto l'intervento mediante di un'autorità amministrativa che, nei limiti delle proprie prerogative e della propria discrezionalità, è chiamata a definire lo statuto giuridico extra-penale del medesimo fatto concreto.

L'interposizione dell'attività della pubblica amministrazione sposta il problema dal piano dell'esegesi normativa a quello (ben più accidentato) dell'interazione fra il sindacato del giudice penale e la sfera delle attribuzioni

contraddittorietà e indeterminatezza degli ordinamenti normativi, in G. DI BERNARDO (a cura di), *Logica deontica e semantica*, Bologna, 1977, p. 291 e ss.

⁽⁵⁾ Per un commento alla norma, si vedano *ex multis*: F. MANTOVANI, *Esercizio del diritto*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966 (b), p. 627 e ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1987, p. 463; D. PULITANO, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1990, IV, p. 322; F. CARACCIOLI, *Esercizio del diritto (dir. Pen.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 2292; F. VIGANO, *Commento all'art. 51 c.p. (Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere)*, in E. DOLCINI-G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, (*ad vocem*).

della pubblica amministrazione, cioè quella che un tempo gli studiosi avrebbero definito, con certa sicurezza, “riserva di amministrazione” ⁽⁶⁾.

Il discorso, in punto, viene spesso impostato richiamando anzitutto il principio della separazione dei poteri ⁽⁷⁾ che, tuttavia, piuttosto che fornire risposte in ordine alla necessità di individuare un criterio obiettivo di appianamento delle dissonanze che possono emergere nell’esercizio delle due funzioni, fonda il *quid* del problema, aprendo il campo a una vasta gamma di possibili soluzioni, tutte astrattamente valide ⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ Sul punto, si vedano su tutti: G. BALLADORE PALLIERI, *Appunti sulla divisione dei poteri nella vigente Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1952, p. 811; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano 1966; C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, p. 43 ss., il cui *focus* dell’analisi è in realtà orientata sulla ammissibilità delle leggi a contenuto concreto, negata dall’autore in quanto (fra le altre) lesiva delle prerogative del potere esecutivo; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996; M. DOGLIANI, *Riserva di Amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, p. 675 ss. .

⁽⁷⁾ Per un’analisi della teoria della separazione dei poteri nella (risalente) dottrina italiana, si vedano, *ex multis*: L. ROSSI, (voce) *Poteri (divisione dei)*, in *Nss. Dig. it.*, X, Torino, 1939, p. 100; N. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 17 e ss.; Id., *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, pp.17 ss.; S. LESSONA, *La divisione dei poteri (appunti terminologici)*, in *Scritti minori*, II, Milano, 1958, p. 1147; F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1976, 472 e ss.; G. SILVESTRI, *Poteri dello stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 670 e ss.; A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur. treccani*, XXIII, Roma, 1990; G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, 1990. Con particolare attenzione poi al tema in riferimento all’argomento qui di interesse, ossia del sindacato del giudice penale, si vedano: G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 59 e ss.; R. MENEGHELLI, *La funzione del giudice e il principio della divisione dei poteri*, in *Giur. cost.*, 1994, 3223; A. FANELLI, *Il sindacato del giudice penale sull’attività amministrativa*, in *Riv. amm.*, 1995, II, 833. A. VIGNUDELLI, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in *Dir. E soc.*, 2006, 4., p. 657 e ss. .

⁽⁸⁾ A proposito della elasticità ed evanescenza del principio di separazione dei poteri si vedano su tutti: N. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit. 1955, 21 e ss.; F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, cit., p. 486 e ss.; M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione*, in *Analisi e diritto 2004*, Torino, 2005, p. 1 ss.; si veda inoltre l’opera collettanea curata da A. VIGNUDELLI, *Istituzioni e dinamiche del diritto: i confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009.

L'amministrazione perpetua la propria ragione d'essere dal momento in cui il legislatore ha preso atto dei propri limiti e della propria incapacità di conseguire con il proprio intervento una sintesi efficace degli interessi coinvolti in una realtà sempre più complessa e dinamica ⁽⁹⁾. L'apparato amministrativo non è più solo strumento di esecuzione delle politiche pubbliche, ma concorre in modo determinante alla loro formazione, muovendosi nella cornice di una legislazione che non costituisce più solo un limite alla discrezionalità della sua azione – qual era invece in epoca liberale – ma piuttosto un mandato ad agire (discrezionalmente) in una direzione, che è quella del raggiungimento dei fini in essa individuati ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Già CARNELUTTI, (*La crisi della legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, p. 424 ss.) ben prima della Costituzione repubblicana aveva iniziato a parlare di crisi della legge, fenomeno di cui l'Autore riconduceva le cause alla moltiplicazione dei rapporti, dei conflitti e dei bisogni, nonché alla loro stessa svalutazione qualitativa, da cui derivano incertezza e disaffezione, cristallizzate nella inidoneità degli uomini chiamati a legiferare. Già subito dopo il secondo dopoguerra DE VISSCHER osservava che “è per il fatto che la concezione del ruolo naturale dello Stato specialmente in materia economica e sociale ha subito una evoluzione che il principio del monopolio legislativo del Parlamento ha dovuto essere abbandonato. Questo monopolio era, in effetti, di facile attuazione nel XIX secolo, quando lo Stato liberale si rifiutava di intervenire a regolamentare l'economia nazionale la cui sorte era abbandonata al libero giuoco delle forze in campo. Sotto il dominio di tale concezione dello Stato le leggi sono necessariamente rare e generali e le assemblee parlamentari possono facilmente, al fine di limitare l'influenza dell'esecutivo, pretendere di esercitare da sole questa funzione essenziale. Al contrario, il giorno in cui lo Stato, riconosciuto che il liberalismo economico comporta fatalmente l'ingiustizia sociale e la crisi, ha assunto come proprio il compito di realizzare il bene economico della Nazione come elemento del bene pubblico temporale di cui ha la custodia, da quel giorno le leggi diventano al tempo stesso più numerose e più tecniche al punto che la capacità di lavoro delle assemblee non tarda ad essere superato e che queste devono far appello al concorso dell'esecutivo e del suo apparato amministrativo”. P. DE VISSCHER, *Les nouvelles tendances de la Démocratie anglaise. L'expérience des pouvoirs spéciaux et des pleins pouvoirs*, Parigi, 1947, p. 191 ss. (il passo è riportato in lingua italiana da E. CHELI, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, in *Riv. trim. dr. pubbl.*, 1959, p. 512 s.).

⁽¹⁰⁾ Si vedano in proposito A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977, p. 60; F. MODUGNO-A. CELOTTO-M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla crisi della legge*, in *S. parl. pol. cost.*, 1999, pp. 7 ss. e in partic. pp. 125-126; molto più di recente B. SPAMPINATO, *Sull'evoluzione del principio di legalità amministrativa*, in AA.VV., *Scritti in onore di*

Questo ampliamento e mutamento delle funzioni della pubblica amministrazione ha, in un modo o nell'altro, influenzato le diverse (e spesso discusse) riforme di settore succedutesi nel tempo, così come ha condizionato l'evoluzione giurisprudenziale non solo sul piano della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione – compito che, in linea diretta, spetta al giudice amministrativo – ma anche sul fronte del diritto penale.

Le forme di controllo penale sulla *legalità* amministrativa (in senso lato), si sono conseguentemente affermate secondo due direttrici principali: la valutazione della rilevanza penale delle condotte degli agenti delle pubbliche amministrazioni ⁽¹⁾, e la verifica dell'attività dei privati in relazione a provvedimenti amministrativi restrittivi o ampliativi della sua sfera giuridica ⁽²⁾.

Ciò che va immediatamente rilevato è però come l'intervento dell'arma penale – per come si è concretizzato nel diritto vivente – non sia sempre stato armonico rispetto all'andamento dell'attività dell'apparato amministrativo, non si sia cioè limitato a rafforzarla, ma anzi si sia spesso posto in aperto contrasto con valutazioni già compiute nell'ambito dello stesso. Evenienza, quest'ultima, che si è palesata in modo particolarmente vistoso in tutte le ipotesi in cui l'attività dei privati è stata prima esplicitamente autorizzata dalla

Franco Bassi, Napoli, 2015, I, p. 251 e ss.; Id., *Sulla «crisi» di legalità e di certezza del diritto in campo amministrativo*, in *Federalismi*, 2017, 11, p. 2 e ss. .

⁽¹⁾ Si fa riferimento in particolare al catalogo dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, cfr. su tutti: C. FIORE, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004; F. S. FORTUNA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2010; M. PELLISSIERO-C.F. GROSSO, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015; C. BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Padova, 2016.

⁽²⁾ Cfr. sul punto, in prospettiva generale, M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale. Scritti*, Milano, 2000; M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, *passim*; Id., *Disapplicazione degli atti amministrativi (dir. Pen.)*, voce in *Enciclopedia giur. Treccani*, XI, Roma, 2004; G. DE SANTIS, *Diritto penale dell'ambiente, Un'ipotesi sistematica*, Milano, 2012, p. 394 e ss.; C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014, in partic. p. 25 e ss.; C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015, in partic. p. 5 e ss. .

pubblica amministrazione, poi valutata come penalmente rimproverabile da parte della magistratura penale ⁽¹³⁾.

Ciò è stato possibile anzitutto nel silenzio dell'ordinamento positivo, che non fornisce una regola univoca che definisca la "posizione" dei risultati dell'attività giuridica riferibile all'autorità amministrativa al cospetto del giudice penale, valutazione che è stata invece rimessa (con risultati non sempre apprezzabili) al *self restraint* degli interpreti del caso concreto ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ Il problema è molto risalente, si confrontino perciò anzitutto: F. FRANCHINI, *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1957, p. 337; A. DELL'ORCO, *Potestà di disapplicazione e provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, p. 743; T. ALIBRANDI, *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Napoli, 1969, p. 6 e ss.; Id., *L'incidenza del rilascio della licenza nelle contravvenzioni edilizie*, in *Foro Amm.*, 1977, p. 1664 e ss.; M. IACUANIELLO, *Abusivismo edilizio e provvedimenti illegittimi*, in *Riv. Giur. Edil.* 1978, II, p. 160; G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979, p. 12 e ss.; R. BAJNO, *La tutela penale del governo del territorio*, Milano, 1980, p. 88 e ss.; AA. VV., *Il giudice ordinario e il controllo di legittimità sugli atti della pubblica amministrazione*, in *Quaderni del CSM*, 1987, 1, in partic. p. 69 e ss.; G. GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e Giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa italiana*, Milano, 1990. L'Autore, in particolare, ha notato come denominatore comune di molte pronunce fosse il ricorso all'istituto della disapplicazione dell'atto amministrativo a norma dell'art. 5 all. E L.A.C., pur potendosi addivenire all'individuazione di "una miriade di soluzioni diverse, l'adozione di criteri particolarissimi, assai raramente generalizzati, non utilizzabili in alcun modo al di fuori del caso concretamente esaminato" tanto che "nelle soluzioni adottate si ha la sensazione che di tutto si sia tenuto conto fuorché della materia presupposta all'intervento del giudice penale e dei principi che la governano" all'esito di un'analisi più puntuale.

⁽¹⁴⁾ Il riferimento – al netto di ogni *vis polemica* – va all'evidenza per cui sotto il profilo della riconduzione degli atti amministrativi illegittimi (perché ottenuti tramite condotte illecite, per esempio) nel quadro di rilevanza penale degli atti "assenti" *ab origine*, i problemi interpretativi potrebbero essere facilmente risolti prevedendo tale equiparazione *ex lege*, sulla falsariga di quanto avviene nel codice penale tedesco, a norma del § 330 d, *StGB*. La stessa, dopo la riforma del diritto penale dell'ambiente del 1994, al comma 5 prevede che «si considera atto senza autorizzazione, piano di approvazione o altro permesso anche un atto basato su di un'autorizzazione, un piano di approvazione o un altro permesso ottenuto tramite minaccia, corruzione o collusione o carpito attraverso dichiarazioni inesatte o incomplete». Sul punto si confrontino M. CATENACCI-G. HEINE, *La tensione tra diritto penale e diritto amministrativo nel sistema tedesco di tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 940; M. MANTOVANI, *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, 2003, in particolare 167 e ss.; più di recente A. R. DI LANDRO, *La*

A bene vedere, sul piano del diritto processuale, una regola di soluzione delle eventuali “sovrapposizioni” fra ambito penale e ambito amministrativo è stata esplicitata dal legislatore, che ha tuttavia individuato come unico nodo da sciogliere quello dell’esistenza parallela delle giurisdizioni, civile, penale e amministrativa.

Nel codice di procedura penale del 1930, si prevedeva infatti, all’art. 20, che il giudice penale potesse, anche d’ufficio, rimettere la risoluzione di una questione pregiudiziale civile o amministrativa al giudice competente, a condizione che la decisione dipendesse dallo scioglimento di tale questione e la stessa non fosse di facile risoluzione, sempre che la legge non avesse posto limiti di prova sulla questione controversa. La decisione della questione pregiudiziale civile o amministrativa, però, vincolava il giudice penale qualora avesse acquistato “autorità di cosa giudicata” (così l’art. 21 c.p. 1930), precludendo al giudice penale la possibilità di sindacare ulteriormente l’atto amministrativo illegittimo che fosse già stato riconosciuto conforme a legge dal giudicato amministrativo, limitazione che era peraltro considerata vincolante anche in riferimento al potere di disapplicazione che si riteneva sussistere anche in capo al giudice penale ⁽¹⁵⁾.

La situazione è mutata con l’entrata in vigore del codice del 1988, che, icasticamente, all’articolo 2 prevede che spetti al giudice penale, nell’ambito della propria giurisdizione, il potere di risolvere, seppur con efficacia incidentale, “ogni questione” da cui dipenda la sua decisione, “salvo che sia diversamente stabilito”.

A questa enunciazione di principio fanno eco gli articoli 28 e seguenti c.p.p., che disciplinano, unitamente all’articolo 478 c.p.p., gli svolgimenti procedurali dei possibili conflitti di giurisdizione (e competenza), seguiti infine dall’art. 479. Quest’ultimo, in particolare, chiosa prevedendo la facoltà per il giudice penale di sospendere il dibattimento qualora la propria decisione “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”, sempre che la legge non ponga limitazioni alla prova

responsabilità per attività autorizzata nei settori ambiente e territorio, Torino, 2018, in partic. pp. 40 e ss. .

⁽¹⁵⁾ Sul punto si veda G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2004, p. 139.

della “posizione soggettiva controversa” (il riferimento è ai limiti concernenti gli stati familiari e di cittadinanza), finché la stessa non sia decisa con forza di giudicato, fatta comunque salva l’ulteriore facoltà del giudice di revocare anche d’ufficio la sospensione trascorso vanamente un anno.

Trattandosi di una regola processuale che si risolve nel riconoscimento di una facoltà ampiamente discrezionale in capo al giudice penale, l’interpretazione che si è data della novella del 1988 è che l’eventuale pronuncia del giudice amministrativo (o civile) attualmente non costituisca più un vincolo per il giudice penale, libero di apprezzarne le determinazioni, fatte salve le eventuali deroghe esplicite disposte *ex lege*.

Tale previsione, da una parte, pone seri dubbi in merito al pericolo di divergenze fra giudicati, rischio che il legislatore sembra essere stato disposto ad accettare, dall’altra, manca di chiarire se tale regola di “pregiudizialità” possa dirsi esaustiva anche in rapporto al problema (sostanziale) della necessità di garantire quella sfera di prerogative proprie che fanno capo alla pubblica amministrazione.

Ciò nella misura in cui, astrattamente, anche ammettere la possibilità di un sindacato onnipervasivo da parte del giudice penale sugli atti amministrativi potrebbe costituire un’opzione che esaurisce il problema, pur trattandosi evidentemente di una scelta che finirebbe per svuotare di senso l’essenza stessa del potere amministrativo, il suo essere espressione di discrezionalità, cioè potere di scelta.

Il problema è arcinoto alla dottrina quanto alla giurisprudenza, sebbene, a fronte del perdurante mutismo del legislatore, lo stesso sia stato declinato in svariati modi, ma mai del tutto risolto, motivo per il quale (si ritiene) costituisce ambito di ricerca ancora sfidante, soprattutto se si considerano le attuali rotte su cui la pubblica amministrazione si sta direzionando.

Volendo imbastire il discorso prendendolo (momentaneamente) “alla larga”, si può rievocare quella celebre teoria dell’interpretazione⁽¹⁶⁾, secondo la quale due sarebbero le impostazioni fondamentali che si possono scegliere per condurre l’esegesi in ambito giuridico: il metodo sistematico, che

⁽¹⁶⁾ F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell’interpretazione*, Padova, 1998, p. 43 e ss.

privilegia la ricerca di un ordine coerente nel quadro normativo, che possa assicurare la prevedibilità e la sicurezza del diritto seguendo procedimenti logico-deduttivi, e il metodo “problematico” o “topico”, secondo il quale invece il punto di vista che costituisce premessa dell’interpretazione non può essere prestabilito, ma deve essere occasionalmente scelto in riferimento al contesto della decisione da assumere in concreto. Mentre il pensiero problematico, muovendo dalle aporie del caso concreto, conchiude con un giudizio di preferenza o rifiuto dell’una e dell’altra soluzione possibile cercando la migliore “giustizia” nel caso concreto, specifico e irripetibile, il pensiero sistematico auspica la migliore comprensione dell’ordinamento, e valuta la conformità del giudizio di preferenza alla luce della compatibilità con norme e principi prestabiliti del diritto positivo ⁽¹⁷⁾.

In via di prima approssimazione, tornando al tema di specifico interesse, pare potersi affermare che la giurisprudenza penalista abbia tendenzialmente privilegiato l’impostazione topica, agganciata alla teoria del bene giuridico ⁽¹⁸⁾, impostazione che ha innervato la tanto chiacchierata stagione della “supplenza” svolta a discapito della funzione esecutiva dell’amministrazione.

Tale risultato, a ben vedere, non si può addossare esclusivamente alla temperie culturale “attivista” e zelante delle toghe, ma – analogamente a quanto avvenuto per lo “scadimento” della funzione legislativa ⁽¹⁹⁾ – deve

⁽¹⁷⁾ F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell’interpretazione* cit., p. 45. Per completezza, si lascia al lettore il riferimento alla voce enciclopedica F. MODUGNO, *Sistema giuridico*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIX, Roma, 1993, (*ad vocem*), oggi edita anche in L. MENGONI-F. MODUGNO-F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2017, p. 1 e ss. .

⁽¹⁸⁾ Per una ricostruzione della teoria dei beni giuridici costituzionali, nelle sue varie formulazioni, si vedano *ex multis*: F. BRICOLA, (voce) *Teoria generale del reato*, cit., pp. 70 e ss.; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983; G. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 139; F. PALAZZO, *Principi costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, I, Milano, 1991, p. 369; O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?*, Torino, 2009, in partic. p. 77 e ss. .

⁽¹⁹⁾ La letteratura in tema di “crisi” della funzione legislativa e ruolo della magistratura è amplissima e risalente. Per un approfondimento si vedano fra tutti: S. RODOTÀ, *Magistratura e politica in Italia*, in E. BRUTI LIBERATI-A. CERETTI-A.

imputarsi (quantomeno a titolo di concorso) a una tendenza rinunciataria della pubblica amministrazione all'esercizio responsabile delle proprie prerogative, nonché al sostanziale fallimento dei meccanismi di controllo interni alla stessa ⁽²⁰⁾.

Dal canto proprio, la dottrina ha cercato di difendere la funzione propria del pensiero dogmatico, che è quella che risponde alla particolare aspirazione

GIANSANTI (a cura di), *Governo dei Giudici*, Milano, 1996, p. 27 e ss.; e *ivi* L. FERRAJOLI, *La giustizia penale nella crisi del sistema politico*, p. 70 e ss.; A. GARAPON, *I custodi dei diritti*, Milano, 1997; G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico*, in *Foro It.*, 2000, V, c.138; Id., *Il diritto penale tra Legge e Giudice*, Padova, 2002, p. 7; Id., *Il diritto penale giurisprudenziale e il ruolo della Cassazione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI-C.E. PALIERO, I, Milano, 2006, p. 239 ss.; D. MARAFIOTI, *Metamorfosi del giudice*, Bari, 2004; P. GROSSI, *Crisi delle fonti e nuovi orizzonti del diritto*, Napoli, 2009; V. CAFERRA, *La Giustizia e i suoi nemici*, Bari, 2010, in partic. p. 41 e ss.; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, in partic. p. 79 ss.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014, p. 24 ss. .

⁽²⁰⁾ Sul tema della cosiddetta "supplenza" della magistratura in riferimento all'ambito dell'amministrazione pubblica si vedano, in particolare: D. MARAFIOTI, *La supplenza*, Milano, 1985, in partic. pp. 14 e 34; T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. It. Di. Proc. Pen.*, 1989, p. 93; M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, cit., p. 15 e ss., ove l'autore giunge a enucleare casi di "supplenza corretta", "indebita ingerenza", ovvero propriamente "supplenza scorretta"; più di recente M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Artt. 314-335 bis c.p., Commentario sistematico*, Milano, 2013, p. 13 e ss. . Per un approfondimento più generale sul tema dell'evoluzione dei rapporti fra pubblica amministrazione e magistratura penale si rinvia alla lettura e al confronto fra: F. FRANCHINI, *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, cit., p. 337; T. ALIBRANDI, *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, cit, p. 6 e ss.; G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979, p. 12 e ss.; AA. VV., *Il giudice ordinario e il controllo di legittimità sugli atti della pubblica amministrazione*, in *Quaderni del CSM*, 1987, 1, in particolare p. 69 e ss.; G. GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione* cit.; G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione dopo la riforma*, in *Quaderni del CSM*, 1992, n. 59, p. 174 e ss.; M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., p. 7 e ss.; Id., (voce) *Disapplicazione degli atti amministrativi (dir. Pen.)*, in *Enciclopedia giur. Treccani*, XI, Roma, 2004; C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del Giudice penale*, cit., p. 9 e ss. .

di donare scientificità ai problemi che le vengono sottoposti, al fine di contenere l'interpretazione problematica all'interno dei vincoli della sistematicità, vincoli che rendono possibile un controllo di razionalità e coerenza sull'applicazione del diritto, ma nel fare ciò – come si cercherà di evidenziare nel proseguo – ha forse sottovalutato la forza autolegittimante delle istanze di difesa di valori individuati seguendo la bussola (o forse in alcuni casi il “bastone da raddomante”) del bene giuridico costituzionale.

Il punto, in definitiva, è che il ragionamento giuridico che si vuole elevato al rango di diritto vivente non può essere solo topico o esclusivamente sistematico ⁽²¹⁾, in quanto i due aspetti dovrebbero interagire e integrarsi.

⁽²¹⁾ In definitiva, può dirsi che la tensione sia tra la “certezza del diritto” e le cosiddette “interpretazioni evolutive”, ossia la necessità che il diritto si adatti ai problemi concreti di tutela che gli si pongono innanzi. Non vi è qui spazio per approfondire oltremodo il tema, si rimanda per il momento alla lettura, fra i tanti, di alcuni maestri del diritto che sul tema svolto le proprie preziose riflessioni: F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, pp. 81 ss.; G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 14; N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, pp. 146 ss., M. CORSALE, *La certezza del diritto*, Milano, 1970; una certa fortuna ha riscosso l'opera di F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, (1942), nella ristampa del 1968 ha suscitato una vasta eco, alla luce anche dello scambio di vedute con P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Opere giuridiche, Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, pp. 599, che afferma testualmente: «Il diritto non declina: il diritto si adegua. Nella storia della civiltà umana si avvicendano periodi di lenta evoluzione, che possono sembrare di stasi, a periodi di precipitose trasformazioni sociali; e solo nei primi può sembrare che imperi il diritto, perché in quel ristagno sociale le concezioni giuridiche sono limpide e taglienti: mentre nei periodi di rapido trapasso la certezza del diritto si appanna e i dogmi appaiono come sfocati da una vibrazione che ne annebbia i contorni. Ma questa incertezza può essere preludio di rinascita (...)». Il dibattito è richiamato da P. GROSSI, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, in P. GROSSI-E. CHELI-G. ALPA, *Piero Calamandrei. Garanzie e limiti del potere giudiziario. Relazioni e interventi all'Assemblea costituente*, Genova, 2016, p. 14. Id., *Della interpretazione come invenzione, La riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione*, Lezione tenuta il 23 ottobre 2017 presso la Scuola Superiore della Magistratura, nell'ambito del corso “L'interpretazione nel diritto del lavoro”. Sempre recenti, anche gli interventi di N. IRTI, *Nichilismo e concetti giuridici. Intorno all'aforisma 459 di “Umano, troppo umano”*, Napoli, 2005, pp. 10 ss.; A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, 2006, p. 129; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006;

L'eccesso di rigore della sistematica potrebbe causare la "fuga" dell'interprete che teme di negare la "giustizia" del caso concreto, e ciò è quanto accaduto ai principi individuati per il nostro tema dalle Sezioni Unite⁽²²⁾, il cui intervento nomofilattico non è valso a scongiurare il protrarsi di un'impostazione della giurisprudenza di merito (ma non solo) votata a privilegiare la prospettiva topica⁽²³⁾.

Il diritto giurisprudenziale *innovativo* (per la novità stessa della situazione), del resto, assolve al compito di accrescere la *determinatezza* della disposizione legale, attraverso una funzione selettiva, che consiste nel discernere tra i comportamenti riconducibili allo spettro della disposizione e quelli ricadenti al di fuori del perimetro di quella, ma l'esuberanza della prospettiva topica può sfociare nell'arbitrio, o quantomeno nell'incertezza e disuguaglianza. In proposito meglio si dirà nei passaggi riservati all'analisi critica della "fenomenologia" giudiziaria.

Per tali e tante ragioni, punto di partenza della trattazione sarà il tentativo di una ricostruzione astratta – e che si potrebbe ritenere (non a torto) anche un po' anacronistica – dei modelli concettuali confezionati *mutatis mutandis* dalla scienza giuridica, prescindendo, *prima facie*, dai riscontri offerti dalle

⁽²²⁾ Il riferimento va a Cass., SS.UU., sent. 12 novembre 1993 n. 11635, Borgia, in Cass. Pen., 1994, p. 901 e ss. Con nota di R. MENDOZA. Per un commento sulla più recente evoluzione (o involuzione) della giurisprudenza in tema, si veda su tutti: R. VILLATA, *Un problema non ancora (o, forse meglio, erroneamente) risolto dalla giurisprudenza della Cassazione penale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 3, p. 1152 e ss., che sottolinea il "tradimento" dei principi espressi dalle S.U. Borgia da parte dell'orientamento "di moda" fra i giudici penali.

⁽²³⁾ Si rimandano ad altro momento le riflessioni personali sul tema, lasciando invece la parola a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 213, che così commenta: «C'è oggi certamente una grande responsabilità dei giudici nella vita del diritto, sconosciuta negli ordinamenti dello Stato di diritto legislativo. Ma i giudici non sono i padroni del diritto nello stesso senso in cui il legislatore lo era nel secolo scorso. Essi sono più propriamente i garanti della complessità strutturale del diritto nello Stato costituzionale, cioè della necessaria mite coesistenza di legge, diritti e giustizia. Potremmo anzi dire tra Stato costituzionale e qualunque "padrone del diritto" c'è una radicale incompatibilità. Il diritto non è oggetto in proprietà di uno ma deve essere oggetto delle cure di tanti».

decisioni giurisprudenziali che pure (indubbiamente) hanno inciso profondamente sull'andamento del dibattito attorno al tema.

Il dovuto spazio sarà altresì dedicato a una ridefinizione del quadro e delle regole d'uso di alcuni principi e concetti rilevanti per il proseguo, passaggio che servirà anche da raccordo al contesto giuridico più che mai accelerato che si cercherà di andare a definire.

2. Metafisica della cognizione e del sindacato sull'atto amministrativo da parte del giudice penale.

La scelta di intitolare un paragrafo scomodando il termine "metafisica" può significare prestare il fianco ad almeno due rischi: il primo riguarda la possibilità di esser fraintesi, l'altro quella di indisporre il lettore, riconducendone la mente all'uso dispregiativo che del termine si può fare nel riferirsi all'opera di chi presuma di raggiungere o formulare teorie risolutive mediante percorsi argomentativi estremamente concettuosi, avulsi dalla realtà.

Se la viva speranza è quella di scongiurare la peggiore delle ipotesi donando consistenza al lavoro nel proseguo della trattazione, il primo dubbio merita invece di essere sciolto in via preliminare, attraverso la definizione di cosa si vuole qui intendere per "metafisica" della cognizione e del sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo.

Secondo una definizione mutuata dagli studi istituzionali della filosofia classica, trattando di "metafisica" ci si riferisce, in via generale, a quei filoni della scienza filosofica che, prescindendo dall'esperienza sensibile, si sono occupati di tentare di definire ontologicamente principi universali ed essenziali del reale, studiando i caratteri fondamentali dell'essere in quanto essere. L'uso del termine che si vuole fare in questa sede, con ambizioni ben più modeste, è tuttavia ispirato alla ricerca di Kant, che nella prima parte del

sistema della *Ragion pratica* ⁽²⁴⁾, sceglie di partire proprio da lì per definire la portata della sua opera di ricostruzione dei *fondamenti metafisici* (appunto) *della dottrina del diritto*. La dottrina giuridica kantiana, in quanto *iuris scientia*, pretende di trattare il diritto come concetto puro, costruito dalla ragione nella sua autonomia, indipendentemente dall'esperienza e dalla *iuris prudentia*, ossia la conoscenza dell'ordinamento positivo e delle relative leggi “nelle loro applicazioni ai casi che possono presentarsi nell'esperienza”, mentre Kant aspira a individuare i “primi principi”, ossia quelli più generali e *aprioristici*. Nella consapevolezza che il diritto rimanga pur sempre materia non completamente scindibile dalla *praxis*, egli non rinuncia a qualche divagazione nell'empirico, procedendo a esemplificazioni che presenta però distintamente nelle note apposte al corpo principale dell'opera ⁽²⁵⁾.

Poco rileva che ciò di cui Kant voleva avere “*scienza*”, ossia “conoscenza sistematica”, non fosse il diritto positivo, bensì il diritto naturale, la scelta di partire qui dalla “metafisica” del resto non muove (ovviamente) dall'intenzione di determinare le condizioni di possibilità o d'esistenza di quei principi regolatori la cui validità si imponga in modo universale – ancorché la nostra cultura ed esperienza giuridica è stata nel frattempo filtrata attraverso il positivismo giuridico ⁽²⁶⁾ a propria volta scavalcato dall'avvento

⁽²⁴⁾ I. KANT, *Metaphysik der Sitten, Metafisica dei costumi (1797)*, Testo tedesco a fronte, a cura di G. LANDOLFI PETRONE, Milano, 2006, p. 216 e ss. .

⁽²⁵⁾ Per una lettura prospettica nella letteratura non giuridica, si vedano I. KANT, *La metafisica dei costumi*, note e commenti a cura di G. VIDARI, Roma-Bari, 2016; C. A. MELI, *Kant e la possibilità dell'etica: lettura critico-sistematica dei primi principi metafisici della dottrina della virtù*, Milano, 2016.

⁽²⁶⁾ Sulla posizione di una scienza giuridica attenta unicamente alla validità del diritto (non, dunque, anche all'effettività), si vedano: P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Bari 1964. U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano 1965; G. ZACCARIA (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, 1989; N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino 1979. Per un'analisi della critica al giusnaturalismo si vedano: N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965; G. FASSÒ, voce *Giusnaturalismo*, in *Dizionario di politica*, N. BOBBIO-N. MATTEUCCI-G. PASQUINO (diretto da), 1983, *ad vocem*); V. MATHIEU, *Luci ed ombre del giusnaturalismo*, Torino, 1989.

della Costituzione pluralista ⁽²⁷⁾ – piuttosto attiene alla volontà di individuare in via preliminare i contorni dogmatico-astratti del tema, prescindendo – in un primo momento – dalle teoretiche ⁽²⁸⁾ “elastiche” ricamate dalla *iuris prudentia*, che spesso si è basata su “formule” e principi impalpabili e autoreferenziali.

⁽²⁷⁾ A proposito dell'impronta pluralista della Costituzione italiana si vedano *ex multis*: AA.VV., *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali* (a cura di T. Bonazzi e M. Dunne), Bologna 1994; F. RIMOLI, (voce) *Pluralismo*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1997; P. BILANCIA-F. G. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004; O. CHESSA, *Interpretazioni del pluralismo. Il diritto costituzionale tra stabilità e mutamento*, Milano, 2005; G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio*, Roma-Bari, 2007, in particolare p. 101 e ss.; C. CARDIA, *Carta dei valori, dialogo tra culture*, in www.federalismi.it, n.2/2008; S. PAJNO, *Giudizi morali e pluralismo nell'interpretazione costituzionale, un percorso tra Hart e Dworkin*, Torino, 2013; per uno sguardo nella prospettiva del costituzionalismo europeo si veda invece F. PASTORE, *Principio pluralista e diritto costituzionale comune europeo*, in M. SCUDIERO a cura di, *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli, 2002.

⁽²⁸⁾ È nota a chi scrive l'accurata distinzione operata da G. ZAGREBELSKY, (*La legge e la sua giustizia*, Bari, 2008, p.178-179), fra teoria del diritto e dottrina. Secondo l'autore, con il termine “dottrine” dovrebbero infatti più propriamente individuarsi quelle “proposte ideali o ideologiche che prescindono dai dati reali, anzi: mirano a modificarli”, mentre le teorie assumerebbero “come loro orizzonte precisamente i dati reali, tentando di rilevarli, elaborarli, ordinarli e, alla fine, comprenderli tramite proposizioni esplicative e coerenti, senza nascondere le difficoltà e anche le contraddizioni che segnano qualunque realtà radicata nella società e non esclusivamente pensata dalla tesa di qualcuno”. Così, “le dottrine del diritto come quelle che derivano dal positivismo legalista, per esempio quelle della filosofia analitica applicata al diritto, presentano sé stesse come teorie, ma erroneamente, in quanto sono orientate a sottovalutare le trasformazioni qualitative che lo Stato costituzionale ha portato nella realtà giuridica e nel modo di operare del diritto. Il positivismo legalista o ignora il nuovo oppure opera, piuttosto disperatamente, al fine di ricondurlo nelle antiche formule, tentando di mostrare che nulla di nuovo sotto il sole c'è da considerare e che le categorie di cui esso fa uso sono idonee a comprendere ciò che solo apparentemente rappresenta novità. Così rende incondizionato e astorico il proprio punto di vista, quasi trasformandolo in fondamento assoluto di una “scienza naturale” del diritto. Sotto questo aspetto, proprio queste posizioni sembrano incappare in quell'accusa di ideologismo che esse non risparmiano alle posizioni che avversano”. Per quanto pregevole sia la distinzione offerta dall'Autore, l'uso che sarà qui fatto dei termini “dottrina” e “teoria” sarà neutro, non riconducibile cioè a valutazioni in ordine alla natura ideologica o meno degli studi richiamati.

La casistica concreta non potrà essere ovviamente ignorata, tenendo in debito conto la conclusione a cui è pervenuto Kant stesso, ossia che *i concetti son vuoti e le sensazioni son cieche*, poiché le une necessitano sempre delle altre, sarà semplicemente trattata successivamente, in una breve ricostruzione critica che abbraccerà alcuni tratti caratterizzanti della fenomenologia più recente.

2.1 La traslazione dell'istituto della disapplicazione dell'atto amministrativo nell'ambito penale.

Un primo approccio dottrinale, che ha inteso affermare la possibile rilevanza nell'ambito del giudizio penale (*latu sensu* inteso) della valutazione critica sulla legittimità dell'atto amministrativo, si è costruito attorno al meccanismo della disapplicazione. Ha cioè evocato un istituto che, in forza della sua intrinseca “porosità” ⁽²⁹⁾ e adiacenza al tema del riparto di giurisdizione ha interessato la dottrina non solo amministrativista a cavallo di tre secoli, al punto da conquistarsi perfino il titolo di “miracolo giuridico” ⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ L'aggettivazione è da attribuirsi a F. CINTIOLI, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2003, p. 43 e ss., che ha sottolineato la capacità espansiva e di adattamento dell'istituto, che investe i poteri del giudice ordinario, ma è ormai utilizzato, per esempio, anche dal giudice amministrativo in relazione al problema dell'impugnazione dei regolamenti e, soprattutto, nell'ambito della giurisdizione esclusiva. La “porosità” in particolare secondo l'Autore riguarda la capacità della disapplicazione di essere richiamata con una valenza “sostanzializzante” forte in fattispecie molto dissimili fra loro, e consiste “nell'attitudine a riempire di significati e giustificazioni diverse, attingendo a temi di diritto sostanziale” fattispecie altrettanto differenti, che si riversano sul piano processuale. Per un approfondimento sul tema della tendenza “generalizzante” dell'istituto della disapplicazione si confrontino anche: DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e disapplicazione dell'atto amministrativo invalido*, in *Jus*, 1983, p. 172; *contra* R. ALESSI, *Spunti in tema di pregiudizialità nel processo amministrativo*, in *Il processo amministrativo*, Milano, 1979, p. 7.

⁽³⁰⁾ In questi termini si è espresso testualmente A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. Proc. amm.*, 1994, p. 453. Per una esaustiva analisi

Procedendo a una prima definizione, con il termine “disapplicazione” ci si riferisce correntemente a quella situazione che può verificarsi “nel caso in cui l’ordinamento giuridico limiti le potestà dell’organo chiamato all’esame della validità di un atto, nel senso che gli inibisca l’annullamento del medesimo e gli renda possibile solo l’accertamento della non validità con la conseguente non applicazione alla fattispecie sottoposta al suo esame” ⁽³¹⁾.

In altre parole, si tratta di un espediente processuale predisposto dall’ordinamento che consente al giudice chiamato a conoscere di un atto amministrativo di valutarne “*incidenter*” la illegittimità, decidendo quindi la causa oggetto della sua cognizione prescindendo dagli effetti dello stesso, che non di meno continueranno a prodursi nell’ordinamento.

In particolare, il fondamento giuridico cui agganciare il potere del giudice penale di disapplicare l’atto amministrativo è stato individuato nell’art. 5 dell’allegato E alla della legge 20 marzo 1865 n. 2248, operazione che è cioè consistita in una trasfusione di un istituto preposto dalla legge abolitrice del contenzioso – in un’epoca in cui la giurisdizione era informata a un modello monista – per coordinare la negazione del potere del giudice ordinario (si è ritenuto non solo civile, ma anche penale) di modificare o annullare l’atto con la necessità di garantire le posizioni giuridiche soggettive dei privati.

sulla articolata bibliografia in tema di disapplicazione si vedano, *ex multis*: E. CANNADA BARTOLI, *Recenti interpretazioni dell’art. 5 della legge sul contenzioso amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 335 e ss.; A. AMORTH, *Impugnabilità e disapplicazione dei regolamenti e degli atti generali*, in *Atti IX Conv. Varenna*, Milano, 1964, p. 55 e ss.; M. ANNUNZIATA, *Azioni esperibili nei confronti della pubblica amministrazione e poteri del giudice ordinario*, Napoli, 1970; R. ALESSI, *Rilievi in tema d’applicazione d’atti amministrativi non conformi alle leggi da parte del giudice ordinario*, in *Studi Guicciardi*, Padova, 1975, p. 121 e ss.; A. ROMANO, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 22 ss. .

⁽³¹⁾ Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, IX ed., Padova, 1976, p. 294. L’autore, invero, si riferisce, in prospettiva più generale, alla disapplicazione degli atti normativi, ciò non di meno la definizione è pregnante. Sul punto della disapplicazione normativa, per un breve approfondimento, si veda anche G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *In Jus*, 1951, p. 356 e ss.; più di recente C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano, 2008, p. 8 e ss. .

Primo presupposto della traslazione nell'ambito penale è stata quindi un'interpretazione "allargata" della legge del 1865, che la svincolasse dall'esistenza di un atto in violazione di un diritto soggettivo (cui fa invece espressamente richiamo l'art. 4).

Nel solco di tale interpretazione, che interpretava la *ratio* della L.A.C. come la "codificazione" del principio di separazione dei poteri e della *rule of law*, dovrebbe potersi garantire – tanto in sede civile, quanto in sede penale – la funzione di controllo giudiziale sulla legalità dell'azione amministrativa che si esplica solo con effetti incidentali, nel rispetto perciò delle competenze degli organi amministrativi e della parallela giurisdizione amministrativa.

A tale argomento, che inquadrava il potere di disapplicazione come espressione di un principio generale di diritto che, in quanto tale, non può essere conferito unicamente al giudice civile, si è accostata la presunta perfetta "simmetria" che il meccanismo presenterebbe con la struttura della contravvenzione di cui all'art. 650 c.p., in cui l'esplicito riferimento alla legittimità dell'atto amministrativo ("legalmente dato") è stato inteso quale elemento costitutivo della fattispecie che punisce l'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità amministrativa.

Secondo tale impostazione, ai fini cioè della decisione in merito all'integrazione del reato di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità, il giudicante dovrebbe preliminarmente (e doverosamente) esaminare incidentalmente la legittimità del provvedimento impositivo, dell'ordine e o della prestazione richiesta ⁽³²⁾.

L'espedito, che permetterebbe al giudice penale di decidere considerando l'atto amministrativo illegittimo incidentalmente "*tamquam non esset*", ha inizialmente consentito di ritenere esclusa la configurazione di reati in una vasta serie di ipotesi in cui la legittimità del provvedimento

⁽³²⁾ Cfr. sul punto fra i tanti: N. MAZZACUVA, *Le autorizzazioni amministrative e la loro rilevanza penale*, in *Riv. it.dir. proc. pen.* 1976, p. 774 e ss.; M. CAIANELLO, *Relazione al convegno Giudice ordinario (civile e penale) e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1983, I, p. 2072; M. PETRONE, *L'efficacia scusante dell'ignoranza dei doveri militari*, nota a sentenza a C. cost. 24 febbraio 1995, n. 61, in *Giur. Cost.*, 1995, I, p. 2054 e ss.; G. CONTENUTO, *Il sindacato del giudice penale sui "nulla osta" amministrativi*, in *Amm. e pol.*, 1982, p. 7 e ss.; R. BAJNO, *In tema di sindacato sull'ordine delle autorità nell'adempimento di un dovere ex art. 51 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1981, p. 546.

amministrativo non era testualmente inclusa nella descrizione della fattispecie.

L'interpretazione dello stesso si è poi progressivamente estesa fino a far ritenere l'accertamento della legittimità del provvedimento necessario ai fini dell'affermazione della responsabilità penale in tutti i casi di inosservanza di provvedimenti amministrativi a vario titolo restrittivi della sfera soggettiva degli imputati, indipendentemente dall'esistenza di un richiamo testuale della condizione di legittimità da parte della fattispecie penale ⁽³³⁾.

Quest'ultima tesi, che si reggeva sulla valorizzazione del principio di legalità nell'ambito della giurisdizione e della soggezione dei giudici alla sola legge, ha trovato appiglio teorico nella dottrina amministrativista, che configurava la disapplicazione come un istituto di diritto sostanziale che si correla all'individuazione di una *species* peculiare di invalidità degli atti amministrativi che è quella della cosiddetta "inapplicabilità" ⁽³⁴⁾.

L'idea era che il potere di disapplicazione potesse considerarsi manifestazione processuale di tale "nuova" ipotesi patologica del provvedimento amministrativo, in virtù del quale l'atto, pur non annullato, non potesse sortire i propri effetti. La dottrina amministrativista ⁽³⁵⁾ ha invero dimostrato come la teoria sulla natura "sostanziale" della disapplicazione, per quanto finemente elaborata, non potesse trovare accoglimento di fronte

⁽³³⁾ Cfr. sul punto M. PETRONE, *Attività amministrativa, op. ult. Cit.*; N. MAZZACUVA, *Le autorizzazioni amministrative e la loro rilevanza in sede penale*, cit.; M. IACUANIELLO, *Abusivismo edilizio* cit. p. 162; T. ALIBRANDI, *L'incidenza del rilascio della licenza nelle contravvenzioni edilizie* cit. p. 1664 e ss.; G. CONTENUTO, *op. cit.*, 1979 p. 34 e ss., R. BAJNO, *op. cit.*, 1980, p. 99 e ss., e in generale molta della dottrina penalista già citata.

⁽³⁴⁾ Punto di riferimento di tale dottrina è l'opera di E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, per il quale presupposto della disapplicazione è la considerazione di un atto o provvedimento amministrativo efficace ma illegittimo, da cui risulta "un impedimento alla produzione dell'effetto, non l'estinzione dell'efficacia dell'atto". Si confronti sul punto anche E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1957, p. 328 e ss. .

⁽³⁵⁾ Cfr. sul punto M. S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1960, p. 104; Id., *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, p. 333; A. ROMANO, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, cit., p. 22 e ss.

all'evidenza per cui, alla base della disapplicazione, non vi sarebbe una situazione patologica dell'atto differente da quelle riconducibili all'antro dell'annullabilità.

L'opera di allargamento della portata applicativa dell'art. 5 L.A.C. è non di meno proseguita, estremizzata da una parte della giurisprudenza, che l'ha stirata fino all'affermazione dell'esistenza di un presunto generalizzato potere del giudice penale di disapplicare l'atto anche in *malam partem*. L'impianto teorico della disapplicazione è stato cioè esteso anche ai casi in cui il reato si riferisca a comportamenti tenuti non già in violazione, bensì in assenza del provvedimento, con la conseguenza che la disapplicazione dell'atto, anziché escludere l'integrazione della fattispecie di reato, ne amplia l'ambito operativo fino a ricomprendere ipotesi affatto contemplate dalla norma (cioè i casi in cui gli atti ampliativi fossero esistenti, ma valutati come illegittimi) ⁽³⁶⁾.

⁽³⁶⁾ Sul punto si confrontino, *ex multis*: N. MAZZACUVA, *Le autorizzazioni amministrative cit.*, p. 794 e ss.; M. IACUANIELLO, *Abusivismo edilizio e provvedimenti illegittimi*, cit., p. 160 e ss.; T. ALIBRANDI, *L'incidenza del rilascio della licenza nelle contravvenzioni edilizie*, in *Foro Amm.*, 1977, p. 1664 e ss.; G. CONTENUTO, *op. cit.*, Bari, 1979 p. 34 e ss., che ha definito "oltranziste" le tesi dei sostenitori dell'assimilazione delle ipotesi di disapplicazione/inapplicabilità a quelle di inesistenza del provvedimento concessorio; si confronti altresì lo stesso BAJNO, *op. cit.*, 1980, p. 88, p. 99 e ss.; R. VILLATA, *"Disapplicazione" dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980; *Contra* cfr. E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, cit. p. 206; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 1976, p. 219, che parlando di disapplicazione sancisce: "il caso più frequente è quello di un giudizio penale, nel quale l'applicazione della sanzione penale richieda la valutazione della legittimità di un atto amministrativo (regolamento, ordine dell'amministrazione o altro atto). Fattispecie tipica è quella dell'art. 650 c.p. [...], ma si pensi anche al reato di violazione [...] di strumenti edilizi"; V. ALIBRANDI, *L'incidenza del rilascio della licenza nella contravvenzione edilizia*, in *Foro Ammin.*, 1977, p. 1667 e ss., che evidenzia l'esistenza di una grave "confusione concettuale tra invalidità del provvedimento e disapplicazione del provvedimento [...]" ritenendo incontestabile "che il giudice ordinario, nell'esercizio delle sue funzioni, ben [possa] disapplicare il provvedimento ritenuto illegittimo per una qualsiasi delle tre ipotesi previste dall'art. 26 T.U. L. Cons. di Stato." VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 2003, p. 52 e ss.; L. VERRIENTI, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione*, (voce), in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1991, p. 478; M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 79;

Così procedendo, l'interpretazione dell'istituto si è spinta fino a raggiungere una gittata perfino più ampia rispetto al corrispettivo potere attribuito al giudice civile, situazione che in qualche modo è coincisa con la progressiva presa di distanza dall'istituto da parte della dottrina, più attenta al richiamo dei principi costituzionali di tipicità, tassatività e irretroattività della fattispecie criminale ⁽³⁷⁾.

La presa di coscienza dell'inadeguatezza dell'incontrollato "stiramento" dell'istituto disapplicativo ha portato alla proliferazione delle ricostruzioni dogmatiche che iniziavano a distinguere le singole ipotesi di rilevanza dei provvedimenti amministrativi nell'ambito dell'accertamento penale, categorizzazione in base alla quale era possibile addivenire a soluzioni differenziate a seconda dei casi.

Per tale fine si è ritenuto necessario anzitutto distinguere due macro-ipotesi, ossia quelle in cui l'atto amministrativo opererebbe sulla fattispecie criminosa dall'esterno, per esempio condizionandone la procedibilità – è il caso dell'autorizzazione a procedere *ex* art. 313 co. 1 c.p. o di ipotesi come quelle del decreto di estradizione *ex* art. 342 c.p. – e quelle in cui lo stesso operi invece dall'interno della fattispecie, quale suo presupposto o elemento costitutivo, atteggiandosi cioè come componente nell'integrazione della fattispecie "attraverso il suo richiamo, esplicito o implicito, da parte della norma incriminatrice" ⁽³⁸⁾.

P. TANDA, *Attività amministrativa e sindacato del giudice penale*, Torino, 1999, p. 206 e ss. .

⁽³⁷⁾ Particolarmente critico in punto G. VERDE, *Rimozione degli atti amministrativi ed effettività di tutela*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1984, p. 56, che considera una tendenza "illiberale" e "autoritaria" la deriva seguita dalla giurisprudenza in tema di disapplicazione in *malam partem*.

⁽³⁸⁾ Cfr. M. PETRONE, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Atti del ciclo di conferenze della Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione*, Roma, 1994, p. 91 e ss. .

All'interno del secondo e ben più rilevante complesso di ipotesi, quello cioè di rilevanza "interna" alla fattispecie dell'atto amministrativo, sono state a propria volta individuati cinque possibili modelli di interazione ⁽³⁹⁾ e in particolare:

- a) atti amministrativi che si atteggiavano a presupposto della condotta, potendo cioè avvenire sia in forma positiva (ipotesi parametriche sulla inosservanza di provvedimenti restrittivi, su tutti la contravvenzione di cui all'art. 650 c.p., e le analoghe figure di reato di cui agli artt. 679 co. 3 e 698 c.p.), sia in forma negativa, qualora la norma incriminatrice assegni rilievo penale alla condotta solo se tenuta in assenza dell'atto ampliativo ⁽⁴⁰⁾;
- b) atti-reato, ossia tutte le ipotesi in cui il provvedimento costituisca il mezzo esecutivo della condotta penalmente rilevante (categoria in cui, *mutatis mutandis*, sono state fatte rientrare tutte le ipotesi di abuso d'ufficio, il delitto di concussione art. 317 c.p. e i delitti di corruzione, artt. 318-319 c.p.);
- c) atti oggetto del reato, ipotesi che ricorrono allorché l'atto costituisca oggetto materiale della condotta, e assuma cioè rilevanza proprio come documento incorporante l'esternazione di volontà

⁽³⁹⁾ Il contributo "tassonomico" è da attribuirsi in particolare all'opera ragionata di M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, cit., *passim* e *Id.*, *La disapplicazione dell'atto amministrativo: aspetti penali*, in *Quaderni del CSM*, 1987, 1, p. 69, sebbene diversi autori si siano spinti in tentativi analoghi con esiti pure apprezzabili. Il primo autore a evidenziare la necessità di condurre l'analisi operando le dovute distinzioni tematiche è stato T. ALIBRANDI, *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, cit., p. 20 e ss.; altro contributo sistematico rilevante è giunto da G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione dopo la riforma*, in *Quaderni C.S.M.*, 1992, p. 16 e ss. .

⁽⁴⁰⁾ Tali sono, per esempio, le fattispecie che sanzionano le attività poste in essere in assenza del necessario atto ampliativo dell'autorità, così come quei reati in cui si desume la necessità della presenza dell'atto autorizzativo per il fatto che l'attività viene descritta come compiuta "abusivamente" o "arbitrariamente". Si pensi, ad esempio, al delitto di abusivo esercizio di una professione di cui all'art. 348 c.p., alle contravvenzioni di formazione di corpi armati non diretti a commettere reati, di cui all'art. 653 c.p., vendita, distribuzione o affissione abusiva di scritti o disegni di cui all'art. 663 e 666 c.p., fabbricazione o commercio abusive di materie esplodenti di cui all'art. 678 c.p., fabbricazione o commercio non autorizzati di armi di cui all'art. 695 c.p., porto abusivo di armi di cui all'art. 699 c.p. .

formalmente riferibile all'amministrazione (ipotesi a cui sono riconducibili i reati di falso);

- d) atti-scriminanti, quando il provvedimento amministrativo opera all'interno della fattispecie potendo scriminare un comportamento e si potrebbe ritenere che in tali casi solo la rilevata illegittimità dell'atto porti a ritenere integrata la fattispecie (ipotesi emblematica è quella del compimento di un dovere del già ricordato art. 51 c.p.) ⁽⁴¹⁾;
- e) atti-aggravanti, casi in cui, per converso, l'esistenza di un atto amministrativo rileva ai fini dell'integrazione di una circostanza aggravante riferibile all'inosservanza, ipotesi che si realizza per esempio nel caso dell'art. 528 c.p. ultimo comma, spettacolo osceno realizzato nonostante il divieto dell'autorità.

Con riferimento alle ipotesi di rilevanza esterna degli atti amministrativi, operando il provvedimento *ab externo*, si è ritenuto con meno difficoltà che il giudice potesse anche disapplicarlo, ove ne avesse ravvisato l'illegittimità, dovendo egli avere effettivamente cognizione dell'atto e dei suoi effetti, considerando quindi non realizzate le condizioni di procedibilità ⁽⁴²⁾.

Diverse sono state invece le conclusioni raggiunte in merito ai casi di rilevanza interna.

⁽⁴¹⁾ Cfr. sul punto: F. MANTOVANI, *Esercizio di un diritto*, cit., pp. 627 e ss.; G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979, p. 23. In particolare, Contento sostiene che nelle ipotesi di esercizio del diritto e di adempimento del dovere il giudice si trovi nella situazione di dover disapplicare l'atto illegittimo, privandolo dell'efficacia esimente, poiché non conforme al modello legale che fonderebbe la ragione scriminante. Fa invece eccezione il caso dell'ordine illegittimo "vincolante" che, per poter spiegare l'indicata efficacia giustificante, deve essere non solo valido, ma anche esente da vizi (sempre non sia manifestamente criminoso). Così, Id., *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi, con particolare riferimento agli atti discrezionali*, in *Quaderni del CSM*, 1991, p. 87 e ss. .

⁽⁴²⁾ Cfr. sul punto: V. GROSSO, *I reati previsti nell'art. 17 della l. 10 del 1977 e successive modificazioni e integrazioni (difficoltà interpretative e prospettive di riforma)*, in *Cass. Pen.*, 1984, p. 743-744; M. PETRONE, *La disapplicazione dell'atto amministrativo: aspetti penali*, cit., p. 69; Id. *Attività amministrativa e controllo penale*, cit., p. 176 e ss. .

In relazione alla progressiva individuazione di tali ipotesi, la dottrina si è sostanzialmente spaccata in due tronconi, divisi fra coloro che continuavano a ritenere concettualmente valida la tesi della disapplicazione in ambito penale e chi invece iniziava a osservare come l'applicazione della teoria della disapplicazione conducesse a risultati inconsistenti, come per esempio per gli atti oggetto del reato, o addirittura aberranti (come nel caso degli atti-reato, per cui il giudice si sarebbe trovato a decidere considerando “*tamquam non esse*” un atto presupposto della fattispecie).

Per parte della dottrina “conservatrice”, il potere del giudice di decidere prescindendo dagli effetti dell'atto avrebbe costituito valida risposta nel caso di lesione di un diritto soggettivo da parte di un atto restrittivo della sfera giuridica del privato.

Secondo un'impostazione più “garantista”, fondata su una lettura ampia del principio di gerarchia delle fonti ⁽⁴³⁾, il potere di disapplicazione si sarebbe potuto perfino riconoscere – prescindendo dalla tipologia del provvedimento amministrativo venuto in rilievo – in ogni ipotesi in cui possa consentire una restrizione dell'ambito del penalmente rilevante, agendo cioè per così dire “*in bonam partem*” ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴³⁾ Il sostrato teorico consta del tentativo di considerare anche i provvedimenti quali fonti del diritto secondarie, ossia fonti di norme individuali e concrete. Così per esempio M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice*, cit., in partic. p. 90. L'Autore ha rinvenuto uno spunto utile ai fini della propria impostazione nelle parole di Tarello, il quale annovera tra gli oggetti di interpretazione nel campo giuridico cd. “documenti che esprimono norme”, tra i quali elenca, insieme alla Costituzione, alle leggi costituzionali, leggi ordinarie, leggi regionali e ai trattati internazionali, anche gli atti amministrativi. Così G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 101.

⁽⁴⁴⁾ Si confronti in punto nuovamente l'opinione di M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, op. ult. cit., pp. 79, 149 e passim., che continua a ritenere valida la distinzione fra disapplicazione in *bonam partem*, ritenendola sempre ammissibile, e disapplicazione in *malam partem*, da escludersi invece in ragione dei principi costituzionali che informano il diritto penale; N. MAZZACUVA, *Le autorizzazioni amministrative e la loro rilevanza penale*, cit., p. 774 e ss.; M. CAIANELLO, *Relazione al convegno Giudice ordinario (civile e penale) e pubblica amministrazione*, cit., p. 2072; M. PETRONE, *L'efficacia scusante dell'ignoranza dei doveri militari*, cit., p. 2054 e ss.; G. CONTENUTO, *Il sindacato del giudice penale sui “nulla osta” amministrativi*, cit., spec. p. 12 e ss.; R. BAJNO, *In tema di sindacato sull'ordine delle autorità nell'adempimento di un dovere ex art. 51 c.p.*, cit., p. 546.

La perdurante validità teorica della disapplicazione in ambito penale è attualmente sostenuta sulla base della considerazione per cui la stessa non si risolverebbe in una forma di “sindacato” sull’attività della pubblica amministrazione, cioè un giudizio critico sulla legittimità dell’atto, ma piuttosto si compendierebbe in un “comportamento pratico del giudice”, che si sostanzia nel decidere come se l’atto non esistesse ⁽⁴⁵⁾.

È di tutta evidenza che tale distinzione dissimuli il fatto che la disapplicazione presupponga comunque il sindacato, dal momento in cui essa consegue all’enunciazione di un particolare risultato di cui lo stesso consiste, ossia la rilevazione dell’illegittimità dell’atto.

Non di meno, la logica della “diversificazione” dei casi in cui la disapplicazione potrebbe assumere rilievo o meno ha (avvedutamente) focalizzato l’attenzione della dottrina sulla questione dei vizi cui si potrebbe validamente fondare il sindacato di legittimità del giudice penale, posto che l’interpretazione corrente degli artt. 4 e 5 è consolidata nel ricondurvi la contestabilità di tutti i tipi di vizi (violazione di legge, eccesso di potere e incompetenza) che possono essere oggetto di sindacato anche innanzi al giudice amministrativo ⁽⁴⁶⁾.

Ciò, d’altro canto, ha significato riconoscere come anche nei confronti del giudice penale operino – *in primis* – i limiti al sindacato che caratterizzano la giurisdizione del giudice amministrativo, non potendo l’organo giudicante

⁽⁴⁵⁾ Cfr. in punto M. GAMBARDELLA, *Disapplicazione in bonam partem e divieto per il giudice penale di sostituirsi all’amministrazione nell’emanazione di atti amministrativi negoziali*, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 3552.

⁽⁴⁶⁾ Si confrontino in punto, ex multis, E. CANNADA-BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964, 155 ss.. Più recentemente, F. CARINGELLA, *Limiti interni e poteri del g.o.*, in F. CARINGELLA – S. MAZZAMUTO – G. MORBIDELLI (a cura di), *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, 2011, 1499 ss. (spec. 1501 e 1506 ss.); S. TASSONE, *I poteri del giudice ordinario nei confronti della p.a.*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2011, p. 73 e ss. (spec. p. 77); Quanto alle superate posizioni che escludevano la contestabilità di tutti i tipi di vizi, si rimanda a E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1994, 267 ss.; F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, p. 79 e ss.; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, p. 26 e ss. .

sostituirsi alle scelte di merito discrezionali dell'amministrazione, se non ove esplicitamente previsto.

Lo stesso non può invece dirsi per l'impostazione "sostanzialista", quella che evoca cioè la riconduzione del problema del sindacato sull'atto amministrativo entro i margini della cognizione del giudice penale in ordine alla sussumibilità del fatto concreto sotto fattispecie astratta.

Tale lettura, ripudiando radicalmente l'idea che vi sia la necessità per il giudice penale di indagare la conformità al modello legale extra-penale dell'atto amministrativo, ha completamente obliterato il tema dell'individuazione delle condizioni entro cui possa svolgersi il sindacato del giudice penale, sottovalutando il rischio che la "*questio iuris*" si trasformi in una "*quaestio facti*"⁽⁴⁷⁾.

2.2 L'aporetica della "applicazione" degli atti amministrativi nel giudizio penale e la tesi dell'autonomia del giudizio d'ambito penale.

Prendendo le mosse dalla lezione *chiovendana*, che aveva postulato la necessità di ricostruire l'azione penale in completa autonomia rispetto alle situazioni sostanziali generate dalla violazione della norma penale⁽⁴⁸⁾ – ma soprattutto, di fronte alle anomalie che la giurisprudenza in tema di disapplicazione stava creando – parallelamente alla dogmatica tradizionale si è affermata una corrente dottrinale che proponeva una più ragionata

⁽⁴⁷⁾ Sul punto dei possibili intrecci tra *quaestio facti* e *quaestio juris*, nonché sul carattere "fluttuante" della linea della loro demarcazione si vedano, in generale, R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992, pp. 52-54; B. PASTORE, *Controllo in Cassazione e giustificazione della decisione giudiziaria*, in *Ragion pratica*, 1, 1993, p. 223; P. RICOEUR, *Diritto, interpretazione, applicazione*, in *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 1, 1996, pp. 197-198; D. RUGGIU, *Prova, processo e interpretazione. Un'ipotesi di ricostruzione del giudizio*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, XVII, 2003, pp. 241-243.

⁽⁴⁸⁾ G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, Bologna, 1903, poi in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, p. 3 e ss.

applicazione del potere di sindacato di legittimità sugli atti amministrativi, auspicando che il dibattito riuscisse a superare quelle dinamiche collegate al piano dei rapporti fra cognizione principale e cognizione incidentale, radicate nel tradizionale problema del riparto fra giurisdizioni ⁽⁴⁹⁾.

L'argomento propugnato era quello della necessità di una cognizione della questione di legittimità dell'atto amministrativo che fosse non solo conforme al metodo di accertamento proprio del procedimento penale, ma soprattutto fedele alle finalità proprie dell'accertamento medesimo, con un superamento della *fictio* della decisione "come se l'atto non esistesse", a favore dell'applicazione delle categorie proprie della teoria generale del reato ⁽⁵⁰⁾.

La critica più significativa alla teoria "disapplicativa" si appuntava sul fatto di aver consentito una progressiva confusione delle sfere di illegittimità amministrativa e di illiceità penale sotto l'egida del giudizio penale, nonché una crescente sovrapposizione fra i vizi amministrativi e l'area del penalmente rilevante, circostanza che, secondo alcuni autori, avrebbe perfino trasformato il giudizio penale in una sorta di percorso alternativo di impugnazione giudiziale degli atti illegittimi ⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁹⁾ Indiscusso punto di riferimento di tale nuova impostazione sono state (sorprendentemente) le opere di un amministrativista, R. VILLATA, *"Disapplicazione" dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, cit., 1980, (nella prima versione edita nel 1979 mancava il virgolettato) il quale, all'esito di una ragionata ricostruzione dell'istituto della disapplicazione nell'ambito del giudizio civile, affrontava l'argomento della sua trasposizione sul piano penale, confutandone la validità teorica prima che pratica. Si vedano in particolare, dunque, le pp. 94 e ss. .

⁽⁵⁰⁾ Cfr. sul punto R. VILLATA *"Disapplicazione"* cit., p. 98; S. RUGGERI, *I rapporti fra processo penale e altri procedimenti nell'unità dell'ordinamento giuridico*, in A. RUGGERI (a cura di), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, p. 2110 e ss.

⁽⁵¹⁾ In questo senso si sono espressi A. SEGRETO – G. DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, p. 131, ove si legge un'apra critica riferita alla riforma dei reati contro la pubblica amministrazione varata con la L. 86/1990, il cui obiettivo era segnatamente quello di ridefinire i contorni del sindacato del giudice penale e il cui fallimento sarebbe invece da attribuirsi "quasi esclusivamente, alla carenza di confine tra illegittimità amministrativa e illiceità penale, che hanno fatto coincidere, il più delle volte l'atto illegittimo con la condotta criminosa del pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio, tanto che la norma spesso ha rappresentato una mezzo di impugnazione dei provvedimenti amministrativi, alternativo agli ordinari ricorsi". In senso analogo si veda A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in A. DI MARTINO-A. BONDI- G.

La sconfessione della tesi della trasferibilità dell'istituto disapplicativo nell'ambito della cognizione del giudice penale è tuttavia partita dal sovvertimento delle basi teoriche sulle quali la stessa era stata costruita.

Se la contravvenzione che puniva l'inosservanza del provvedimento dell'autorità amministrativa era stata assunta come paradigma della affermazione del potere di disapplicazione in capo al giudice penale, in virtù dell'espresso richiamo alla legalità dell'atto, parte della dottrina ha iniziato a svolgere le proprie considerazioni partendo dalla medesima premessa (cioè l'espresso richiamo della locuzione "legalmente dato") per affermare l'insussistenza della necessità di ricorrere all'istituto previsto dalla L.A.C. . In particolare, notando come, in realtà, a venire in rilievo non fosse un problema di applicazione dell'atto amministrativo, ma piuttosto una pura e semplice questione in ordine alla ricorrenza di un requisito della fattispecie penale.

Taluni autori hanno cioè ritenuto che proprio le norme aventi un tenore assimilabile a quello dell'art. 650 c.p. fossero espressione della volontà del legislatore di attribuire rilevanza alla legittimità del provvedimento amministrativo solo in quelle fattispecie (tassativamente) prestabilite.

D'altro canto, l'aggancio all'art. 5 della L.A.C. è stato sconfessato osservando come le specifiche problematiche che erano presupposto della disapplicazione stessa – ossia la distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi, le relazioni tra cognizione principale e cognizione incidentale, tutte riconducibili, secondo un'interpretazione piana degli articoli 4 e 5 della L.A.C., al problema del riparto di giurisdizione fra giudice ordinario (civile) e giudice amministrativo – non potessero in alcun modo rilevare nell'ambito dell'accertamento dei reati, essendo oggetto proprio del processo penale l'accertare la sussistenza o meno di un reato, cioè la sussumibilità sotto fattispecie astratta di un fatto concreto.

La circostanza, secondo l'interpretazione "sostanzialista", allontanerebbe la necessità di ricorrere a un istituto processuale quale è la disapplicazione, non escludendo per ciò automaticamente la concepibilità di un eventuale

FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, II ed., Milano, 2008, 246, ove egualmente si sottolinea l'assenza di un parametro che consenta al giudice penale una selezione ragionata tra mera illegittimità amministrativa e illiceità penale.

potere del giudice penale di sindacare la legittimità dell'atto amministrativo. La questione, in quel caso, si riverserebbe in un problema sostanziale di identificazione della fattispecie di reato e di applicazione della norma incriminatrice, che deve predeterminare la necessità o meno di una indagine sulla legittimità dell'atto emesso dalla amministrazione pubblica.

Sviluppando tali indirizzi si è sostenuto che il problema della applicazione dell'atto amministrativo nel processo penale (presupposto logico della disapplicazione) fosse in realtà di per sé un'aporia, nella misura in cui le sole ipotesi in cui la valutazione in ordine alla legittimità amministrativa assume valenza diretta sono quelle in cui la legittimità del provvedimento è espressamente richiamata dalla norma incriminatrice, casi in cui, comunque, la disapplicazione sarebbe strumento inadeguato di soluzione del problema, trattandosi di un espediente processuale che riguarda non l'atto in quanto tale, ma piuttosto gli effetti che lo stesso dovrebbe produrre⁽⁵²⁾. Generalmente, invece, l'attività amministrativa viene valutata in via strumentale in relazione alle ipotesi di reato, giacché l'indagine del giudice è diretta alla conoscenza dei fatti e delle condotte, e l'atto assumerebbe quindi importanza solo incidentale nel giudizio di coincidenza fra fattispecie concreta e fattispecie astratta⁽⁵³⁾.

⁽⁵²⁾ Tale posizione è sostenuta da R. VILLATA, *Un problema non ancora (o, forse meglio, erroneamente) risolto dalla giurisprudenza della Cassazione penale*, cit., spec. p. 1157 e ss. .

⁽⁵³⁾ Sul punto si confronti V. FRANCHINI, *Giudice penale e sindacato dell'attività amministrativa (teoria e prassi nell'esperienza di un recente caso in materia di opere ferroviarie)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, p. 686 e ss. .

2.3 La distinzione del problema della disapplicazione *incidenter tantum* dal controllo di legittimità “diffuso” sugli atti amministrativi che costituiscono elemento normativo della fattispecie di reato.

Nella dichiarazione d'intenti in premessa al presente capitolo, si era manifestata l'ambiziosa idea di ricostruire la sistematica offerta dalla *iuris scientia* in tema, proponendo cioè una razionalizzazione dei modelli teorici di calibrazione delle possibili interferenze fra i risultati dell'attività della pubblica amministrazione e l'ambito dell'accertamento penale.

Ebbene, dopo aver delineato i contorni essenziali dei due “tronconi” principali – che si potrebbero dire, osando con l'aggettivazione, antitetici – su cui si sono sviluppati via via i contributi dei vari Autori, non si poteva non fare cenno all'impostazione in qualche modo “soprelevata” assunta da un Autore in particolare, il Prof. Gaetano Contento⁽⁵⁴⁾, il quale ha posto in evidenza il rischio che, nello sviluppo della lenta permeazione della tesi sostanzialistica nella giurisprudenza penale, vi fosse altresì una progressiva confusione fra due ambiti che invero, secondo la sua opinione, sarebbero dovuti rimanere concettualmente ben distinti:

- stabilire (o valutare) se e quando il giudice penale potesse essere chiamato a disapplicare un atto dell'amministrazione;
- stabilire entro quali limiti la opportunità, legittimità o illiceità dell'attività posta in essere da un soggetto in nome di una pubblica amministrazione possa costituire oggetto di sindacato da parte del giudice penale al fine di accertare se il soggetto che ha compiuto (o non ha compiuto) tali atti abbia o meno integrato il fatto tipico descritto dalla fattispecie penale.

⁽⁵⁴⁾ G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, cit., p. 3 e ss.; Id. *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi, con particolare riferimento agli atti discrezionali*, cit., p. 13; Id. *Il sindacato del giudice penale sugli atti e sulle attività della pubblica amministrazione*, in A.M. STILE (a cura di), *Riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1987, p. 81 e ss.; in linea con il pensiero dell'autore anche T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio, L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., p. 85 e ss.

Il timore dell'autore era che, perdendosi progressivamente di vista l'orizzonte processuale a favore di quello sostanzialistico, a fronte dell'avanzamento di dottrine secondo cui il giudice penale non avrebbe dovuto nemmeno porsi il problema della legittimità dell'atto amministrativo (Villata ⁽⁵⁵⁾), o per lo meno avrebbe potuto solo nelle ipotesi ove è lo stesso legislatore a precisare tale necessità (Caravita ⁽⁵⁶⁾, riferendosi all'art. 650 c.p.), si potesse perdere di vista una distinzione che egli considerava invece opportuna.

La commistione dei due piani – come prospettata da Contento, sebbene si ritenga di poter affermare che si sia già assistito all'inveramento di tale previsione – avrebbe potuto invece facilitare il travaso delle conclusioni raggiunte con riferimento all'uno o all'altro profilo, in modo reciproco e vicendevole, evenienza il cui primo effetto sarebbe stato il ridimensionamento del tema dell'individuazione dei possibili vizi che possono caratterizzare un atto compiuto da un amministratore pubblico e, conseguentemente, quello dell'individuazione del parametro teorico che consenta di scegliere quali fra questi siano rilevanti per le finalità proprie dell'accertamento penale.

Tale necessità, primaria secondo l'Autore, discende proprio dalla lettura della L.A.C., che nel complesso della disciplina dettata dagli artt. 2, 4 e 5 vieta, in linea di principio, ogni ingerenza del giudice ordinario – civile o penale che sia – nel “merito degli affari devoluti all'autorità amministrativa”. Un limite che egli continuava a considerare insuperabile alla luce del principio di “indipendenza dei poteri”, giacché – come ampiamente evidenziato da copiosa dottrina amministrativista ⁽⁵⁷⁾ – il controllo di merito

⁽⁵⁵⁾ Cfr. R. VILLATA, “Disapplicazione” dei provvedimenti amministrativi e processo penale, cit., pp. 167 e ss. .

⁽⁵⁶⁾ B. CARAVITA DI TORRITTO, La “disapplicazione” dell'atto amministrativo da parte del Giudice Penale, in *Quaderni del CSM*, gennaio 1991 p. 45 e ss. .

⁽⁵⁷⁾ Sul tema del “merito” come sfera riservata alle prerogative della P.A. si vedano: G. CORAGGIO, (voce) *Merito amministrativo*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 131 e ss.; E. CAPACCIOLI, *Il merito amministrativo: prospettive recenti*, in *Impresa, amb. e pubblica amm.*, 1980, p. 71 e ss.; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, p. 206 e ss.; più propriamente nella prospettiva del sindacato sul merito: O.

non si compendia nella logica dell'atto di controllo, ma piuttosto trova svolgimento in un'operazione di sostituzione del criterio di giudizio espresso dall'autorità amministrativa con uno deciso dal giudice (⁵⁸).

L'autore ha quindi proposto una propria "classificazione" concernente la posizione dell'atto amministrativo nella struttura della fattispecie penale, in quelle ipotesi che abbiamo cioè definito di rilevanza "interna" alla fattispecie penale, individuando in particolare:

- a) casi in cui la mancanza di un atto ampliativo rende illecita (e penalmente rilevante) la condotta descritta dalla norma (si rifà ai già citati artt. 348, 665, 666, 678 c.p.);
- b) ipotesi in cui l'atto amministrativo è espressamente indicato come fonte del dovere giuridico la cui inosservanza costituisce la condotta penalmente rilevante (è l'ipotesi dei reati strutturati sul modello dell'art. 650 c.p.);
- c) fattispecie in cui il compimento (o l'omissione) di un determinato atto è considerato dalla legge penale come il comportamento che integra la condotta incriminata, nel senso che tale attività (o inattività) rappresenta fatto costitutivo del reato (l'esempio classico è quello dell'abuso d'ufficio, di cui all'art. 323 c.p.);
- d) ipotesi in cui l'esistenza di un determinato atto amministrativo, ancorché non prevista espressamente, né presupposta implicitamente dalla fattispecie penale, deve comunque verificarsi perché si possano considerare realizzati tutti gli elementi della fattispecie o, in altre ipotesi, se si debba considerare realizzata una fattispecie diversa (così, per esempio, stabilire l'appartenenza di beni ai privati o al patrimonio pubblico per decidere l'integrazione dell'appropriazione indebita o del

RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, p. 436; F. G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, p. 121 e ss.; per una ricostruzione storico-evolutiva recente su tutti: B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013, in partic. p. 26 e ss.; per una impostazione recente diversa P. COTZA, *Il merito amministrativo*, Napoli, 2012.

(⁵⁸) Si confronti sul punto G. CONTENTO, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, cit., p. 25 e ss. .

peculato, ovvero per decidere se il soggetto agente o offeso sia un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio);

- e) casi in cui l'atto amministrativo è contemplato come elemento costitutivo di "fattispecie esimenti", (il riferimento va ai casi assimilabili alla scriminante dell'art. 51 c.p. prima parte).

All'esito della propria elaborazione, l'autore è arrivato a concludere che tutte le volte in cui le norme penali si riferiscono agli atti amministrativi più o meno esplicitamente, con questi ultimi che si atteggiavano a elemento normativo della fattispecie – cioè in tutte le ipotesi in cui la fattispecie è descritta attraverso l'uso di concetti giuridici propri del diritto amministrativo, riferendosi alle prime tre ipotesi enunciate – si deve escludere che il giudice sia chiamato a interpretare tali elementi negli stessi termini in cui hanno una loro valenza tecnica nel diritto amministrativo, ciò in quanto l'interpretazione penale è un'interpretazione teleologicamente orientata, e la finalità cui è correlata è individuata dal bene giuridico tutelato dalla fattispecie penale.

Ciò premesso, l'Autore si è arreso di fronte all'evidenza dell'impossibilità di individuare un parametro "costante" che fornisca una risposta unitaria alla problematica dell'individuazione del limite entro cui l'opportunità, la legittimità o l'illiceità dell'attività amministrativa possano costituire oggetto di sindacato del giudice penale, rimandando tale compito a un'analisi caso per caso, che si risolve in una gradazione dell'ampiezza del sindacato del giudice penale e dei presupposti del suo esercizio – spettro che va dal "minimo" della verifica ontologica dell'esistenza dell'atto, a un "massimo" dell'indagine che può spingersi fino a sindacare il merito – fattispecie per fattispecie ⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, cit., pp. 27-49. Con riferimento all'esclusione del meccanismo disapplicativo nelle ipotesi in cui l'atto amministrativo costituisca elemento normativo della fattispecie, tesi pur maggioritaria nella dottrina "sostanzialistica", non è così netta invece la posizione di Petrone, che ritiene che "la premessa del ragionamento, costituita dall'enunciazione che il provvedimento amministrativo si pone quale elemento normativo della fattispecie, non implica la conclusione secondo cui, in relazione ad esso, non opera il potere-dovere di disapplicazione del giudice penale" (op. cit., 176). L'Autore ritiene anzi, *a contrario*, che i provvedimenti

Con riferimento invece ai profili residui, egli riteneva di dover riaffermare, in conformità con l'art. 5 dell'all. E alla L.A.C., la necessaria "dipendenza" del giudice penale rispetto all'obbligo di applicare gli atti amministrativi legittimi, unico meccanismo che consentirebbe di garantire l'unità del sistema⁽⁶⁰⁾.

Lo studio dell'Autore si è concluso nella presa d'atto che l'unico intervento ordinatore possibile sia essenzialmente quello del legislatore, con l'introduzione di una norma espressa che regoli in modo sistematico lo svolgimento di questi rapporti fra accertamento penale e svolgimento dell'attività amministrativa, in relazione a tutti i reati in cui tale profilo potrebbe acquistare rilievo⁽⁶¹⁾.

3. Profili ricostruttivi della fenomenologia più recente. La "sostanzializzazione" del controllo di legittimità dell'azione amministrativa nel giudizio penale.

Nei passaggi precedenti, seppur *en passant*, si è già avuto modo di evidenziare la particolare ampiezza della casistica in cui può venire in rilievo il problema di un eventuale sindacato del giudice penale sugli atti della pubblica amministrazione.

Tale incidenza numerica, prima ancora che "qualitativa", ha evidentemente chiamato la giurisprudenza ad assumere una posizione, responsabilità dalla quale la stessa non si è potuta, ma mai nemmeno voluta, sottrarre.

amministrativi interni alla fattispecie che siano "elementi normativi della fattispecie", vadano valutati alla luce delle norme amministrative che li regolano, residuando spazi per l'applicazione della procedura di cui agli artt. 4 e 5 dell'allegato E alla L.A.C. .

⁽⁶⁰⁾ G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, op. ult. Cit., pp. 159-192.

⁽⁶¹⁾ cfr. in particolare G. CONTENUTO, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, cit., p. 33 e ss. . In linea con l'autore, in questo appello all'impegno (finora mai assunto) del legislatore a intervenire sul tema M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice*, cit., 303 e ss.

Ebbene, lungi dal voler riproporre in questa sede una complessa ricostruzione degli avvicendamenti dell'annoso dibattito giurisprudenziale che ha riguardato il tema del controllo esercitato dalla magistratura penale sull'azione amministrativa, è quantomeno necessario ripercorrere brevemente almeno due tappe fondamentali segnate dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite, che hanno portato in particolare al superamento dell'impostazione originaria, che sostanzialmente si reggeva sulla trasposizione dell'istituto della disapplicazione agganciato alla disciplina che reca la legge abolitrice del contenzioso amministrativo, del 1865.

In particolare, la prima scalfittura alla generalizzata affermazione del potere di disapplicazione nell'ambito del giudizio penale è giunta con la sentenza 31 gennaio 1987, n. 3, meglio nota con il nome del ricorrente *Giordano* ⁽⁶²⁾, con la quale le Sezioni Unite ebbero effettivamente la prima occasione di dettagliare una sistematica generale dei limiti e dei presupposti legittimanti il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi ampliativi ⁽⁶³⁾.

Con tale pronuncia la formazione plenaria della Cassazione ha inteso sgombrare definitivamente il campo da dubbi, valutando immediatamente come non percorribile la strada della disapplicazione regolata dagli artt. 4 e 5 dell'allegato E alla L.A.C., negandone la portata "generalizzata" prospettata dalla primissima giurisprudenza pretorile. La Corte, riprendendo l'orientamento espresso dalla dottrina più garantista, ha specificato come lo spettro applicativo di tale meccanismo processuale dovesse ritenersi limitato ai soli atti amministrativi incidenti negativamente su diritti soggettivi precisando, per converso, come il potere di disapplicazione non fosse invocabile con riferimento ai provvedimenti amministrativi ampliativi, quali le autorizzazioni e i nulla osta, in quanto atti volti alla rimozione degli ostacoli

⁽⁶²⁾ Cass., Sez. Un., sent. 31.1.1987, n. 3, imp. Giordano, in *Dir. Proc. Amm.* con nota di R. VILLATA, *Le sezioni Unite della Cassazione penale mettono fine alla c.d. "disapplicazione" della concessione edilizia (asserita) illegittima nel processo penale*, 1987, p. 407 e ss.; fra i tanti, commentata altresì da F. PALMISANO, *Responsabilità penale per le trasformazioni urbanistiche eseguite con concessione illegittima*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 1989, 1-2, p. 27 e ss. .

⁽⁶³⁾ La fattispecie concreta in particolare riguardava l'applicazione dell'art. 17 lett. b) della legge 10/1977, ossia una contravvenzione in materia edilizia.

posti al libero esercizio di un diritto soggettivo, ovvero a costituirlo, come nel caso della concessione.

Tale limite, tuttavia, è stato inteso dalle stesse Sezioni Unite come non invocabile in senso assoluto, in quanto suscettivo di deroghe per esempio nei casi in cui la stessa fattispecie legale richiami fra i propri presupposti (*expressis verbis*) la legittimità o legalità dell'atto amministrativo dato, ovvero, appunto, nei casi in cui la legittimità dell'atto amministrativo costituisca "elemento essenziale" del reato, implicando la procedura di disapplicazione una esclusione della tipicità, e dunque una pronuncia favorevole all'imputato.

Le Sezioni Unite hanno insomma ribadito più volte l'impossibilità di ricorrere alla procedura di disapplicazione degli artt. 4 e 5 dell'allegato E alla L.A.C. in caso di concessioni edilizie ritenute illegittime, in quanto tale operazione avrebbe comportato interpretazione analogica *in malam partem* della norma penale, in violazione del principio di tassatività.

Partendo da tale rigorosa impostazione, forse con *ratio compensandi*, la Cassazione ha però fatta salva la facoltà del giudice penale di indagare il provvedimento ampliativo, e di poterlo ritenere *tamquam non esset* nei casi di "macroscopica illegittimità", in caso di ricorrenza cioè di quei vizi abnormi, che dovessero rendere l'atto amministrativo equiparabile al caso di difetto radicale della concessione, in mancanza di un'oggettiva riferibilità "alla sfera del lecito giuridico, oltre la quale non è dato operare ai pubblici poteri".

Tali vizi, a conclusione del ragionamento, furono "tipizzati" dalla stessa pronuncia in due ipotesi evidenti: assoluta carenza di potere a provvedere in capo all'organo emittente, ovvero in ipotesi di accordi collusivi fra soggetto pubblico e privato illecitamente tesi all'ottenimento del provvedimento illegittimo.

La teorizzazione delle Sezioni Unite ha trovato immediato appoggio da parte della Corte Costituzionale⁽⁶⁴⁾ che, in un *obiter dictum*, giudicando della legittimità costituzionale della normativa relativa alle concessioni-autorizzazioni in sanatoria, disciplinate agli articoli 13 e 22 della legge 28

⁽⁶⁴⁾ C. Cost., Ord. 11 giugno 1990, n. 288.

febbraio 1985 n. 47, ha dichiarato manifestamente infondata una questione di costituzionalità sollevata in riferimento proprio agli artt. 4 e 5 dell'allegato E alla L.A.C. .

Ribadendo la decisione di abbandonare l'alveo della procedura prevista dalla legge abolitrice del contenzioso, la Consulta ha avuto a propria volta modo di affermare che l'illiceità del titolo abilitativo potesse derivare, oltre che da accordi collusivi tra istante e autorità concedente, anche da "qualsiasi altra 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 c.p., che incrimina la volontaria indebita omissione da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, di atti dell'ufficio o del servizio", omissione che nella specie avrebbe potuto essere dichiaratamente rappresentata anche dal mancato accertamento di conformità, che la legge poneva alla base dell'istituto sanatorio *sub iudice*.

Così facendo, la Corte Costituzionale, in qualche modo, ha ampliato il catalogo delle ipotesi di "illegittimità macroscopica" esemplificate dalle Sezioni Unite.

L'orientamento, apparentemente lapidario, non ha però trovato un seguito incondizionato nella giurisprudenza della terza Sezione della Suprema Corte che, anzi, in talune pronunce si è posta in evidente polemica con la nomofilattica delle Sezioni Unite ⁽⁶⁵⁾, riaffermando la presunta portata "generale" del potere-dovere di disapplicazione, riesumando la tesi della

⁶⁵ Cass., sez. III, 9 gennaio 1989, imp. Bisceglia, in *Il Foro It.*, 1989, 112, II, p. 297. Il Collegio giudicante, chiamato nuovamente a decidere un caso concernente reati in materia edilizia, partendo da un assunto banale, quale l'affermazione della non coincidenza fra il provvedimento amministrativo e il documento "materiale" che lo incorpora, prospettò una specifica lettura del rapporto fra il principio di legalità della norma incriminatrice e il sindacato di legittimità del giudice ordinario sugli atti amministrativi rilevanti all'interno del processo penale, sostenendo che, in tutti i casi in cui venissero in rilievo vizi tali da poter considerare il provvedimento sindacato radicalmente nullo, perciò *tamquam non esset*, il potere *generale* di disapplicazione del giudice penale non potesse ritenersi esercitato in violazione del principio di tassatività, corollario del principio presupposto di legalità, nel quale pure trovava fondamento proprio la procedura sancita nell'allegato E della legge abolitrice del contenzioso amministrativo.

disapplicazione a norma degli articoli 4 e 5 dell'allegato E alla L.A.C., pur abbandonata nemmeno due anni prima.

Tale tendenza ha costretto le Sezioni Unite a pronunciarsi nuovamente sulla questione in un breve lasso di tempo, giudicando un ricorso relativo a un'articolata ipotesi di concessione divenuta inefficace per decorrenza dei termini, ma comunque ritenuta illegittima in quanto non conforme a vincoli paesaggistici inderogabili, prima occasione in cui hanno confutato le conclusioni della sentenza Giordano, anticipando così il *revirement* della ormai celebre sentenza "Borgia" ⁽⁶⁶⁾.

Premessi tali indirizzi, con la sentenza del 12 novembre 1993, la formazione plenaria della Suprema Corte – trattando ancora una volta di materia edilizia – è pervenuta a un'enunciazione di principio che superava i principi più rigorosamente formalistici precedentemente affermati, giungendo invece alla validazione dell'indirizzo sostanzialista, già affermatosi in dottrina e avallato da parte della giurisprudenza di legittimità più recente ⁽⁶⁷⁾.

Secondo tali indirizzi il giudice penale non avrebbe cioè mai la necessità di ricorrere né alla procedura di cui agli artt. 4 e 5 dell'All. E L.A.C., né a alcun tipo di sindacato di legittimità sull'atto amministrativo, essendo piuttosto lo stesso chiamato a valutare la sussistenza di un elemento normativo della fattispecie penale.

A partire da tale pronuncia, che teoricamente avrebbe dovuto significare il superamento definitivo dei limiti connessi non solo alla procedura della L.A.C., ma anche a quelli legati alla tesi della macroscopica illegittimità, la giurisprudenza si è consolidata per un certo periodo attorno a un'impostazione che vedeva il giudice penale non più legato alla mera verifica dell'esistenza "ontologica" per esempio del provvedimento autorizzatorio, bensì piuttosto chiamato a valutare l'integrazione della fattispecie normativa penale.

⁽⁶⁶⁾ Cass., Sez. Un., sent. 25 marzo 1993, imp. Gifuni.

⁽⁶⁷⁾ Cass. sez. III, 22 dicembre 1992, n. 12091 imp. De Nuccio; n. 12071 del 22 dicembre 1992; n. 1129 del 19 ottobre 1992 imp. Palmieri; sent. 11 dicembre 1992, imp. Cavaliere.

Un'impostazione, quest'ultima, che ha fatto scuola al punto da portare le Cassazioni conformi ad affermare che, dopo la sua pubblicazione, nel caso di edificazione con concessione illegittima, non si sia più discusso di disapplicazione o dei poteri del giudice penale di indagare l'atto amministrativo illegittimo, bensì solo e soltanto del potere accertativo di detto magistrato innanzi a un atto amministrativo che costituisce presupposto o elemento costitutivo di un reato ⁽⁶⁸⁾.

Alla stregua di tali approdi interpretativi, le Sezioni Unite della Cassazione non sono effettivamente più state chiamate a pronunciarsi sul punto, solo la Sezione Terza, nel 2006 ⁽⁶⁹⁾, si è spinta in realtà oltre, e ripercorrendo le tappe essenziali dell'evoluzione giurisprudenziale, richiamando a larghe mani la sentenza Borgia, è giunta ad affermare che i principi in essa sanciti vadano intesi come principi di valore e portata generale.

Il giudicante ha ritenuto altresì necessario ribadire i seguenti fondamenti: il giudice penale, allorquando accerta profili di illegittimità sostanziale del titolo abilitativo procede a una ricognizione in concreto della ricorrenza degli elementi normativi penali, pertanto né procede a disapplicazione, né incide con indebite ingerenze sulla sfera di riserva P.A.; la “macroscopica illegittimità” del provvedimento amministrativo non è una condizione essenziale per la configurazione delle ipotesi di reato di cui all'art. 44 d.P.R. 380/2001; l'accertata ricorrenza di profili eclatanti di illegalità costituisce solo un significativo indice di sussistenza dell'elemento soggettivo della contravvenzione contestata.

Giunti a questo punto, a fronte di un quadro apparentemente coerente e ordinato – un matrimonio che sembrava riuscito alla perfezione fra la dottrina “sostanzialista” e la giurisprudenza della Cassazione – è necessario sottolineare come in realtà, nella fase di progressiva negazione della validità ermeneutico-concettuale del meccanismo di disapplicazione, l'andamento delle pronunce non sia sempre stato armonico.

Proprio a causa di questo *trend* incostante della giurisprudenza tanto di merito, quanto di legittimità, si è invece piuttosto realizzata una progressiva

⁽⁶⁸⁾ Cass. sez. III, 4 maggio 1998, imp. Losito.

⁽⁶⁹⁾ Cass. sez. III, 21 giugno 2006, n. 21487.

confusione fra principi e terminologie che costituivano in realtà portato o patrimonio delle diverse tesi prospettate.

Molto spesso, anzi, le motivazioni che sostengono argomentazioni favorevoli a un riaggancio alle categorie proprie della valutazione della sussistenza del reato sono votate allo scavalco del problema del sindacato sulla legittimità dell'atto amministrativo nel senso di propugnare un'indagine a "tutto campo".

Ciò è assolutamente paradossale, se si considera che l'ampio ricorso alla procedura disapplicativa di cui all'art. 5 dell'allegato E della L.A.C. era fenomeno stigmatizzato dalla dottrina penalista in nome di una giustizia penale che fosse meno macchiavellica e che non ricorresse a scorciatoie utili a perseguire fatti criminosi di cui si riteneva insufficiente la sanzione "propria" o impossibile il raggiungimento di un quadro probatorio idoneo, il superamento della stessa.

La "sostanzializzazione" del sindacato del giudice penale operata dalla giurisprudenza, invece, più che in nome di un riaggancio del giudizio del giudice penale alla valutazione della ricorrenza degli elementi descritti dalla fattispecie astratta, è stato legato all'affermazione dell'idea che i poteri del Giudice penale non possano incontrare dei limiti aprioristici di carattere tecnico-processuale, per di più interdipendenti dalla spendita di potere di una pubblica amministrazione, dovendosi piuttosto tenere in conto esclusivamente quelli derivanti dalle peculiarità proprie delle singole fattispecie penali.

La sostanzializzazione sembra essere stata cioè il frutto di una scelta teleologicamente orientata degli interpreti togati: valorizzando l'esigenza di concretizzazione delle fattispecie, la magistratura penale ha essenzialmente escluso la possibilità che le pubbliche amministrazioni potessero restringere l'area dell'illecito penale in qualunque modo, connivente o anche inconscio, mediante la mera adozione di provvedimenti amministrativi.

È stato giustamente osservato che la novità forte della pronuncia Borgia era insita nel superamento dell'idea di un sindacato strumentale e formale – afferente cioè il regolare svolgimento dell'attività sottoposto ad atto concessorio o autorizzazione, che a rigore è già sottoposta a controllo da parte della pubblica amministrazione – e nel passaggio alla configurazione di una

tutela ad ampio spettro, ritagliata sulla tutela del bene giuridico costituzionalmente protetto di volta in volta individuato ⁽⁷⁰⁾.

L'indagine sugli atti amministrativi ricondotta ai margini della sussumibilità sotto fattispecie astratta ha consentito una funzionalizzazione delle norme incriminatrici al perseguimento di fenomeni endemici di *mala gestio* amministrativa, grazie all'applicazione della teoria del bene giuridico, circostanza che ha portato a una affannosa ricerca di adattamento delle norme alle esigenze del caso concreto.

Tali istanze, che si possono definire special-preventive, hanno spesso ingenerato quella commistione fra principi espressione di giurisprudenza pregressa di cui si diceva, e ciò in quanto singoli “frammenti” di strutture argomentative – spesso molto articolare e complesse – sono stati utilizzati (o abusati) per giustificare il perseguimento e la repressione di condotte teoricamente avulse dal perimetro del penalmente rilevante, o difficilmente sussumibili sotto fattispecie astratta.

3.1 *Maquillage* di principi, motivazioni di “salvaguardia”, utilitarismo giudiziario e rischio eterogenesi dei fini.

Si è già brevemente anticipato come la prevalenza di una certa visione utilitaristica della funzione del processo penale – che nei primi passaggi si era ricondotta alla prevalenza della cosiddetta “impostazione topica” del ragionamento giuridico – abbia trascinato con sé una deriva della giurisprudenza non solo di merito, ma anche di legittimità, nella prospettazione di soluzioni giuridiche confezionate con teorie preconcrete, frutto di una riproposizione non sempre attendibile di principi massimati più o meno fedelmente ⁽⁷¹⁾.

⁽⁷⁰⁾ C.f.r. F. PRETE, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, in *Dir. Pen. Cont.*, 20 settembre 2013, p. 11 e ss. .

⁽⁷¹⁾ Il fenomeno è stato ampiamente evidenziato anche da Villata nel suo più recente contributo in tema di “disapplicazione”, che sottolinea il “tradimento” dei principi espressi dalle S.U. Borgia da parte dell'orientamento “di moda” fra i giudici penali. Cfr. R.

Analizzando testualmente le varie pronunce succedutesi negli anni, si può infatti notare come molte delle riflessioni e delle conclusioni raggiunte con riferimento all'una o all'altra argomentazione abbiano finito per essere considerate biunivocamente riversabili nei rispettivi ambiti ⁽⁷²⁾.

La commistione è il frutto del percorso intrapreso dalla giurisprudenza nell'arco del tempo, nel senso che buona parte della giurisprudenza persiste nel fare uso e consumo dei principi espressi dalle Sezioni Unite Borgia, pur rievocando nelle proprie motivazioni stralci di quella stessa sentenza che, si badi bene, ha chiarito quale sia la portata delle valutazioni del Giudice penale, riferendo però la propria enunciazione del principio di diritto alla peculiare disciplina dei reati in materia di abusi urbanistici (in particolare alla lett. a) dell'art. 44 d.P.R. 380/2001).

Il fenomeno è particolarmente vistoso se si osservano quelle pronunce in cui con la Cassazione ribadisce con forza l'ormai completa uscita dal campo della disapplicazione ⁽⁷³⁾, recependo correttamente i principi espressi dalle Sezioni Unite del 1993, che hanno sancito il superamento del sindacato di legittimità sull'atto-provvedimento, a favore di un giudizio che si incardina sulla verifica della sussistenza della fattispecie legale nei suoi elementi costitutivi, ma nel fare ciò rievoca il lessico della Sentenza Giordano, evidenziando per esempio "la macroscopicità della violazione dell'interesse sostanziale protetto" ⁽⁷⁴⁾.

VILLATA, *Un problema non ancora (o, forse meglio, erroneamente) risolto dalla giurisprudenza della Cassazione penale*, cit., p. 1157 e ss. .

⁽⁷²⁾ Quanto accaduto ha confermato i timori di una possibile deriva già vaticinata da G. CONTENTO, *Reati contro la pubblica amministrazione cit.*, p. 13 e ss. .

⁽⁷³⁾ Si veda, a titolo puramente esemplificativo, Cass., sez. III, 18 dicembre 2014, n. 7423.

⁽⁷⁴⁾ Tenuto sullo sfondo l'interesse giuridico sostanziale tutelato dalla norma penale, il collegio ha inteso rilevare la centralità dell'esistenza di vizi tali da suggerire una *violazione macroscopica* dello stesso, e non invece l'esistenza di *vizi macroscopici* della concessione edilizia, prescindendo anzi dalla questione precipua della esistenza della stessa, giungendo a un obiettivo allargamento lo spettro della valutazione a tutta la fase che precede il provvedimento, che attiene alle modalità di esercizio del potere della P.A. . Cfr. in tal senso anche Cass. sez. III, 12 maggio 1995, n. 1756, imp. Di Pasquale; sez. III, 13 novembre 2002, n. 1708, imp. Pezzella, ivi cit. Cass., sez. VI, 27 giugno 1995, n. 2378, ric. Barillaro, Rv. 202581.

Tale lento rigurgito di concetti e di terminologia equivocabile hanno portato al riaffioramento di un numero significativo di pronunce che vanno riaffermando la validità teorica e pratica del sindacato disapplicativo in ipotesi di “macroscopica illegittimità”⁽⁷⁵⁾, il che costituisce un sostanziale ritorno alle conclusioni delle Sezioni Unite del 1987 (ricorrente Giordano).

Ma vi è di più.

Esiste ed è attualmente ancora riscontrabile un consistente (e si può dire consolidato) orientamento che continua ad affermare la rilevanza della disapplicazione *in bonam partem* rispetto alle fattispecie di reato di inosservanza dell’ordine di allontanamento del Questore da parte del cittadino extracomunitario (art. 14 co. 5-ter D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286)⁽⁷⁶⁾.

Si tratta cioè di ipotesi – tutt’altro che infrequenti – che fanno riferimento ai casi in cui, a seguito dell’espulsione decretata dal Prefetto, intervenga l’ordine del Questore di lasciare il territorio dello Stato. In molti di questi casi, venendo in rilievo un provvedimento amministrativo, che è appunto l’ordine, si registra una riviviscenza dell’approccio favorevole al ricorso dell’istituto della disapplicazione a norma della L.A.C. .

In molte occasioni, cioè, la Cassazione ha ritenuto che, ai fini del giudizio di responsabilità in ordine al reato *de quo*, il giudice penale sia tenuto a verificare *ex officio* – prescrizione che riecheggia i più risalenti orientamenti della giurisprudenza pretorile – la legalità formale e sostanziale (si badi bene) del provvedimento presupposto che si assume violato, con la conseguenza che, qualora venga rilevato un difetto di legittimità, l’inosservanza del provvedimento non possa integrare il reato contestato⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁵⁾ Da ultime Cass. sez. III, 18 dicembre 2014, n. 7423; Cass., sez. III, 18 dicembre 2014, n. 7423; Cass., sez. III, 16 giugno 2015, n. 36366, Rv. 26503401; Cass. sez. III, 14 luglio 2016, n. 52861; Cass., sez. III, 15 marzo 2017, n. 12389. Invece più in linea con le conclusioni delle Sezioni Unite Borgia invece Cass., sez. III, 8 luglio 2016, n. 28344; Cass., sez. III, 18 luglio 2016, n. 30410.

⁽⁷⁶⁾ Sul punto cfr. 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, p. 587 e ss. .

⁽⁷⁷⁾ Su tutte, si segnala Cass., sez. I, 28 marzo 2006, n. 13314, in cui il giudicante ha considerato vincolante e tassativo l’ordine delle modalità esecutive dell’espulsione

In recenti occasioni la Corte ha rinverdito (esplicitamente) il potere – *rectius*, il dovere – dei giudici di merito di disapplicare gli ordini di allontanamento motivati sulla base esclusiva dell’esercizio del meretricio da parte del soggetto già attinto da provvedimento di espulsione, escludendo che da tale circostanza possa desumersi di per sé la pericolosità dello stesso ⁽⁷⁸⁾, giacché l’esercizio della prostituzione non rientra più di per sé tra le categorie di attività da cui si possa desumere la pericolosità ⁽⁷⁹⁾.

Si noti come questi filoni giurisprudenziali, che pure si vorrebbe imporre con decisioni obiettivamente orientate nel senso di privilegiare un’impronta garantista, riportino sostanzialmente il dibattito a un punto che pareva ormai superato, ossia, l’individuazione di quelli che possono/dovrebbero essere i limiti del sindacato del giudice penale sull’atto amministrativo, problema che, uscito dalla finestra, rischia di rientrare direttamente dalla porta principale.

Tale tendenza, che pare ormai incontrollata, rischia di riverberarsi in una riabilitazione di un parametro di valutazione – ossia quello della macroscopica illegittimità – il cui *vulnus* principale è costituito proprio dall’indeterminatezza della “misura” (nel senso di “limite”) che pretenderebbe invece di rappresentare.

individuate dal legislatore (1- accompagnamento coatto alla frontiera, 2- soggiorno in un CPT, 3- ordine di allontanamento), circostanza da cui ha fatto anzitutto discendere la conseguenza per cui spetterebbe al giudice sindacare il giustificato passaggio all’ultima delle opzioni previste dal legislatore (cioè l’ordine del questore), nel senso che ha ritenuto debba verificarsi l’impossibilità di realizzare i due passaggi precedenti. La stessa pronuncia ha ritenuto inoltre che la motivazione del provvedimento del Questore non possa ricavarci per *relationem* dalla motivazione prefettizia di espulsione, trattandosi di provvedimento ontologicamente diverso, seppur collegato. Analogamente, Cass. Sez. I, 21 aprile 2006, n. 14255; Sez. I, 13 dicembre 2007, n. 248; più di recente, Cass. Sez. I, 16 settembre 2014, n. 41738, imp. Ripa, Rv. 260515.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. Cass., Sez. I, 17 settembre 2014, n. 44221, imp. Chirila, Rv. 260897; Sez. I, 2 febbraio 2018, n. 8811, imp. Lazar.

⁽⁷⁹⁾ Tale conclusione è pacificamente ancorata al dato normativo, in quanto, a partire dalla legge n. 327 del 1988 che ebbe ad eliminare il riferimento a coloro che svolgono abitualmente attività contrarie alla morale pubblica ed al buon costume, stante altresì la depenalizzazione operata con la L. n. 689 del 1981 della fattispecie dell’adescamento (prevista in origine dall’art. 5 della legge Merlin), non si può più ravvisare alcuna sfera di illiceità penale nella condotta del soggetto esercente il meretricio.

Individuando un parametro che implica valutazioni che a propria volta si riversano nel discernimento fra ciò che è sindacabile e ciò che non lo è, scegliendo di ricorrere a un concetto giuridico assolutamente indeterminato che in sostanza rappresenta un contenitore vuoto ⁽⁸⁰⁾, la Cassazione sta rimettendo a disposizione degli interpreti – più o meno consapevolmente – uno strumento che si può manovrare con una certa disinvoltura, prestandosi a possibili abusi.

3.2 Prassi discutibili nella gestione della fase delle indagini preliminari e delle misure cautelari.

In chiusura al precedente paragrafo si è fatto riferimento al rischio che si ritiene stia correndo la giurisprudenza di legittimità rimettendo in corsa l'annosa questione della configurabilità in capo al giudice penale di un potere di disapplicazione dell'atto amministrativo riconducibile allo schema configurato dall'art. 5 all. E della L.A.C., ovvero alla teoria della disapplicazione per cosiddetta "macroscopica illegittimità".

Ebbene, si è trattato tale argomento paventando la possibilità che rispolverando tale "armamentario" i giudici penali possano ricorrervi riportando indietro l'orologio a quell'epoca in cui la giurisprudenza pretorile ricorreva alla disapplicazione degli atti amministrativi in modo da estendere l'area del penalmente rilevante.

Ahinoi, il pericolo può dirsi (forse) già tramutato in realtà, dal momento in cui il catalogo delle soluzioni giuridiche "tralatizie" sta diventando sempre più ampio, e la creatività di certe pronunce non denota superficialità o trascuratezza da parte dell'estensore, che quindi non sembra finire per ricorrere a determinate soluzioni allo stremo della confusione.

⁽⁸⁰⁾ Alla questione della inettitudine definitiva del concetto di "macroscopica illegittimità", sarà dedicato un apposito paragrafo nel proseguo della trattazione, cui si rinvia *in toto*.

Un'occasione per riflettere sulla sistematicità del ricorso a categorie concettuali che sembravano ormai superate la offre ancora una volta l'intricata materia edilizio-urbanistica, e in particolare la giurisprudenza della Cassazione in materia di sequestri preventivi delle opere frutto dei reati di lottizzazione abusiva ⁽⁸¹⁾.

Una spiegazione che fornisce una risposta convincente, almeno a parere di chi scrive, sul perché Pubblici Ministeri e Giudici per le Indagini Preliminari si sforzino di resuscitare il meccanismo della decisione *tamquam non esset* (come, cioè, se l'atto amministrativo illegittimo non esistesse) è infatti insita nella formulazione dell'art. 44 del Testo Unico in materia di edilizia e urbanistica (d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380), che predispone la reazione penale dell'ordinamento alle attività di urbanizzazione svolte in modo non conforme alla previsioni dello stesso testo normativo.

In particolare, quell'articolo 44 regola le sanzioni che conseguono alla integrazione di tre fattispecie diverse, modulate in ordine di gravità, e segnatamente:

- a) inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dal presente titolo, in quanto applicabili, nonché dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal permesso di costruire;
- b) esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso o di prosecuzione degli stessi nonostante l'ordine di sospensione;
- c) lottizzazione abusiva di terreni a scopo edilizio, per i casi previsti dall'art. 30 co. 1 dello stesso d.P.R. 380/2001, che si riferisce a propria volta alle ipotesi in cui opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni siano iniziate in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione, ovvero alle ipotesi in cui tali trasformazioni siano

⁽⁸¹⁾ Il tema è molto vasto e si presta a trattazioni altrettanto ampie. Non potendosi qui ripercorrere puntualmente gli snodi "critici" di certe pronunce giurisprudenziali, si consenta di rinviare a M. LAVATELLI, *La cassazione si pronuncia sul potere del giudice penale di sindacare la legittimità degli «atti amministrativi dal contenuto normativo» che regolano il rilascio dei permessi di costruire*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 3, pp. 1096-1157, in partic. p. 1135 e ss. .

realizzate attraverso il frazionamento, la vendita, o atti equivalenti, o comunque attraverso modalità che denuncino in modo inequivoco la destinazione a scopo edificatorio.

Osservando la giurisprudenza più recente della Cassazione, ci si può rendere conto di come i provvedimenti di sequestro impugnati siano frequentemente costruiti “forzando” i principi espressi dalle Sezioni Unite Borgia, nel tentativo di asserire l’esistenza del *fumus commissi delicti* in relazione alle contravvenzioni di cui alle lettere b) e c), che sono punite congiuntamente con le pene dell’arresto e dell’ammenda, mentre le ipotesi di cui alla lettera a) hanno una incidenza numerica nettamente inferiore.

Da una più attenta analisi dei risvolti processuali, si potrà però notare che le figure di reato facenti capo alle ipotesi più gravi, cioè quelle punite congiuntamente con le pene dell’arresto e dell’ammenda, escludono *ope legis* la possibilità di estinguere il reato accedendo all’istituto dell’oblazione, mentre l’ipotesi di cui alla lettera a) apre a tale modalità di estinzione del reato, che può avvenire prima dell’apertura del dibattimento, dietro pagamento di una somma inferiore a tremilacinquecento euro.

Si tratta di un fattore discriminante occulto – che per evidenti ragioni non può trovare spazio nei motivi esplicitati nei provvedimenti giurisdizionali – ma che può considerarsi fonte di apprensione qualora si voglia scongiurare la possibilità che gli indagati ottengano una pronuncia di non luogo a procedere prima del dibattimento, in quanto l’immediata conseguenza sarebbe la chiusura del procedimento e la caducazione dei presupposti del sequestro preventivo, cui seguirebbe la restituzione agli aventi diritto dei beni a norma dell’art. 323 c.p.p. .

Si comprenderà dunque anche perché alcuni Tribunali del Riesame, particolarmente sensibili alla tematica della prevenzione e neutralizzazione delle conseguenze dannose di condotte (ritenute) lesive di interessi collettivi, siano più orientati a “far salvi” gli effetti delle misure cautelari che poggiano sulla contestazione degli illeciti contravvenzionali più gravi, ossia quelli

riconducibili alle lettere b) e c), secondo un indirizzo che spesso è anche avallato dalla Cassazione ⁽⁸²⁾.

Tale tendenza, tutt'altro che trasparente, tesa alla “salvaguardia” dei provvedimenti cautelari che si sorreggono sulla contestazione di lottizzazioni abusive, ossia su un impianto normativo già di per sé discutibile quanto a determinatezza, è indice dell'interpretazione che la giurisprudenza continua a dare della propria missione.

È proprio fra le anse di questo tipo di motivazioni che i canoni indeterminati – la macroscopica illegittimità su tutti – rischiano di spingere l'esercizio dell'azione penale nella direzione del giudizio di valore, diventando criteri-guida fuorvianti soprattutto per gli inquirenti.

Lo spostamento del *focus* delle indagini dal piano della riconduzione della fattispecie concreta sotto fattispecie astratta (seppur nei limiti di ciò che rileva quanto al *fumus commissi delicti*) a quello dell'indagine sulla “legalità” dell'attività privata preventivamente autorizzata dall'amministrazione, ponendosi in senso evidentemente ampliato, introietta elementi di valutazione che rischiano di sfociare nel sindacato su valori ultronei rispetto al piano normativo delle regole dettate dallo statuto urbanistico-edilizio, quali per esempio l'effettiva utilità pubblica, o l'opportunità “sociale” delle opere realizzate.

L'assunto da cui partire deve essere invece quello per cui, nel momento in cui la pubblica amministrazione assume delle decisioni in merito alla pianificazione e alla cura di interessi che le sono demandati – auto-determinandosi o comunque assumendo una decisione in collaborazione con gli operatori privati, in un quadro di opportune garanzie di pubblicità e trasparenza – deve presumersi che in quel modo si sia realizzata una sintesi che rappresenti la migliore garanzia della correttezza dell'azione amministrativa.

⁽⁸²⁾ Su tutte, si veda sent. Cass., sez. III, 14 maggio 2015, n. 38795; e a titolo ulteriormente esemplificativo, Cass. Sez. III, 21 giugno 2006, n. 21487, ric. Di Mauro; Cass., sez. III, n. 41629/2007, rv. 237995; n. 25144/2008, rv. 240728; si consenta di rimandare nuovamente alla giurisprudenza citata in M. LAVATELLI, *La cassazione si pronuncia sul potere del giudice penale di sindacare la legittimità degli «atti amministrativi dal contenuto normativo» che regolano il rilascio dei permessi di costruire*, cit. in partic. p. 1138 e ss. .

Alla magistratura penale spetta il ruolo di rafforzare l'attività delle pubbliche amministrazioni, reprimendo i comportamenti dei privati che a essa non si conformano, o che cercano di eluderne i percorsi ordinari di determinazione, così come di contrastare attivamente i fenomeni distorsivi del buon andamento, compito per il quale il legislatore ha però predisposto uno strumentario apposito (della cui adeguatezza o efficacia si potrà anche disquisire) che trova la propria naturale collocazione nel titolo del codice riservato ai delitti contro la pubblica amministrazione.

Si tratta, altrimenti, di avallare tendenze che possono spostare (ulteriormente) l'asticella del controllo esercitato dalla magistratura penale da un vaglio critico già estesosi verso il merito amministrativo.

Ciò è ormai avvenuto con lo sdoganamento della possibilità di attrarre le figure sintomatiche dell'eccesso di potere nell'ambito dell'accertamento delle fattispecie penali, controversa solo negli svolgimenti della dottrina penalista⁽⁸³⁾, ma pacificamente ammessa dalla giurisprudenza⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸³⁾ Non è qui concesso lo spazio per una digressione in argomento. Per un confronto fra le diverse prospettive, fra i tanti, si rimanda alla lettura di: A. FANELLI, *Sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa alla luce del disegno di legge sulla modifica dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. Amm.*, 1996, p. 827; A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, p. 107 e ss.; M. PARODI GIUSINO, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio e la controversa rilevanza penale dell'eccesso di potere in atti amministrativi*, in C. PARANO (a cura di), *Pubblica amministrazione, diritto penale, criminalità organizzata*, Milano, 2008, p. 25 e ss.; D. F. G. TREBASTONI, *Il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa nell'abuso d'ufficio*, in C. PARANO (a cura di), *Pubblica amministrazione, diritto penale op. cit.*, p. 72 e ss. .

⁽⁸⁴⁾ Il tema dell'inclusione della categoria dell'eccesso di potere nello spettro del giudizio penale costituisce un nodo interpretativo tutt'altro che estraneo alla giurisprudenza della Cassazione, giacché ampiamente vagliato con riferimento al delitto di abuso d'ufficio. Sintetizzando al massimo la questione, si noti che l'intento riformatore del legislatore del 1997, che è intervenuto con la Legge n. 234 sull'articolo 323 c.p. prevedendo che la condotta penalmente rilevante dovesse essere legata all'accertamento della violazione di norme di legge o di regolamento, era esplicitamente quello di escludere radicalmente tale possibilità. La giurisprudenza (Cfr. *ex multis* Cass., sez. VI, 1 dicembre 2003, n. 2844, in *Foro it.*, 2005, p. 421; Cass. pen. sez. VI, 24 novembre 2006, n. 38965.), invece, sostanzialmente ignorando la volontà del legislatore storico, non ha recepito tale stretta sulla tipicità della figura di reato, talvolta reinterpretando quella contrarietà a legge ammettendo l'equipollenza del raffronto al parametro costituzionale dell'art. 97, fino a una pronuncia delle Sezioni Unite del 2011 (sent.

Il rischio, in definitiva, è che tale sconfinamento prosegua giungendo fino a coprire valutazioni di natura squisitamente *politica* ⁽⁸⁵⁾.

29 settembre 2011, n. 155, C.E.D. Cass. n. 251496.), che ha inteso circoscrivere l'ambito della violazione di legge rilevante ai fini della configurabilità dell'art. 323 c.p. . Confermando l'orientamento prevalente della Suprema Corte, l'assemblea plenaria ha stabilito definitivamente che l'elemento oggettivo della violazione di legge o regolamento si possa identificare non solo nel caso della condotta del pubblico ufficiale che violi le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche nelle ipotesi di condotte orientate alla realizzazione di interessi contrastanti con i fini individuati dalla norma attributiva del potere, in quanto l'esercizio legittimo di ogni funzione pubblica non potrebbe prescindere dal presupposto che lo stesso sia diretto a realizzare lo scopo pubblico, "condizione intrinseca di legalità". Secondo la descritta interpretazione, la Cassazione ha dunque ritenuto di affermare, conformemente all'orientamento prevalente manifestato fino ad allora in giurisprudenza, la rilevanza penale delle ipotesi di cosiddetto "sviamento di potere" nell'ambito della figura di reato dell'abuso d'ufficio.

⁽⁸⁵⁾ La tematica ha riguardato anche casi giudiziari che hanno avuto una certa eco mediatica, da ultimo il caso ILVA, in riferimento al quale ci si è domandati se in qualche modo possa ormai ritenersi mutata la missione della magistratura penale (inquirente e giudicante), che pare essersi spostata dal piano della scoperta, accertamento e sanzione dei fatti illeciti già commessi, a quello ben più delicato della difesa pro-attiva e preventiva di beni giuridici costituzionali dalla stessa individuati come preminenti. Non essendovi qui lo spazio di approfondire ulteriormente che hanno riguardato precipuamente il polo siderurgico tarantino, si rimanda alla lettura di: P. CARLUCCIO, *Caso ILVA: tutela dell'ambiente, bilanciamento fra diritti fondamentali e riserva di giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 7, p. 750 e ss.; U. SALANITRO, *Il decreto ILVA tra tutela della salute e salvaguardia dell'occupazione: riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 8-9/2013, p. 1041 ss.; V. CAVANNA, *Caso ILVA e conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato* (nota a C. cost., ord. 13.2.2013, nn. 16 e 17), in *Ambiente e sviluppo*, 2013, 4, p. 326 e ss.; Id., *ILVA, criterio di ragionevolezza e bilanciamento dei diritti* (nota a Corte cost., n. 85/2013), in *Ambiente e sviluppo*, 2013, 7, 631 ss.; C. FABIO, *Il decreto 'salva-ILVA'*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 4, p. 369; N. SELVAGGI, *Il decreto 'salva-ILVA'*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 4, 369; D. PULITANÒ, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa: riflessioni a margine del caso ILVA*, in *Dir. pen. Cont.*, 2013, p. 47 e ss.; M. CUNIBERTI, *La Consulta rigetta le questioni di costituzionalità sul c.d. 'decreto ILVA'*, in *Ambiente e sviluppo*, 2013, 6, 505 ss. .

CAPITOLO II

INQUADRAMENTO DEI PRINCIPI DI RIFERIMENTO

SOMMARIO:

1. Il problema del cominciamento. – 2. Indipendenza e autonomia della magistratura: il profilo della soggezione alla sola legge. – 3. Il caleidoscopio del principio di legalità: precisazioni *ratione materiae*. – 3.1 Il principio di stretta legalità penale e i suoi corollari. – 3.2 Legalità dell'azione amministrativa e merito amministrativo. – 4. Certezza del diritto, legittimo affidamento, ignoranza del precetto penale (o extra-penale), frammentazione e pluralismo degli interessi rilevanti. – 5. Giustiziabilità dell'azione amministrativa, principio del contraddittorio, onere della prova e presunzione d'innocenza. – 6. Separazione dei poteri e garanzia delle prerogative dell'amministrazione. Opportune puntualizzazioni. – 6.1 Ermeneutica dell'agire amministrativo ed ermeneutica giudiziale. – 6.2 Cura in concreto dell'interesse pubblico e tutela del bene giuridico da parte della norma incriminatrice. – 6.3 Il processo penale fra pretesa punitiva e attuazione delle scelte politiche, controllo sulla condotta e intrinseca capacità di conformazione del comportamento. – 7. Conflitti e riserve di giurisdizione: la specialità del diritto amministrativo e la “naturalità” del giudice amministrativo al confronto con l'art. 2 c.p.p. – 8. Un'equazione bilanciabile *carptim ac singuli*?

1. Il problema del cominciamento.

Le argomentazioni sin qui svolte permettono di ribadire ciò che si è inteso anticipare fin dal primo paragrafo del capitolo precedente, ossia l'esistenza (e permanenza) di una linea di demarcazione piuttosto netta che segna il distacco fra l'approccio al tema del controllo esercitato dal giudice penale sulla

legittimità dell'attività amministrativa scelto dalla dottrina, rispetto all'impostazione invece prevalentemente seguita nelle aule di giustizia.

Se la prima si è infatti assestata su un tipo di analisi che ha tentato di fornire sistematicità al discorso – ciò soprattutto nell'ottica di superare la logica della valutazione caso per caso, che stava portando a risultati aberranti – la seconda ha invece mantenuto salda l'impostazione topico-problematica, imperniata essenzialmente sulla (presunta) necessità di colmare vuoti di tutela presenti nelle fattispecie penali.

Sulla base delle risultanze empiriche che si è tentato di ricostruire, si è constatato come la giurisprudenza, che teoricamente avrebbe dovuto trovare un appoggio sicuro negli approdi delle Sezioni Unite del 1999, abbia invece di recente recuperato concetti e principi dedotti in precedenza, amalgamandoli senza effettivamente curarsi di essere pervenuta a conclusioni finanche diametralmente opposte rispetto alle linee interpretative da cui pretende di prendere spunto.

Il fatto che diversi giudicanti, pur facendo (in linea astratta) richiamo al medesimo strumentario teorico, giungano a soluzioni vistosamente divergenti testimonia come nemmeno la ricostruzione dei lineamenti del tema sia effettivamente unitaria: anzi, proprio l'uso che viene fatto dei principi lascia intendere il perpetuarsi di letture teleologicamente orientate, che celano la volontà di evadere dai confini piuttosto stringenti tracciati dalla composizione plenaria della Cassazione.

Queste considerazioni offrono un ulteriore spunto di riflessione: la separazione dei poteri, la soggezione dei giudici alla sola legge, il principio di legalità, la certezza del diritto, il legittimo affidamento, il principio del *neminem laedere*, sono argomenti che, indipendentemente dal loro aggancio più o meno diretto a norme costituzionali, possono ricondursi alla categoria dei principi generali dell'ordinamento, tradizionalmente invocata dagli interpreti che si trovano nella condizione di applicare il dato normativo che ritengono poco chiaro o lacunoso.

Prima di procedere con l'analisi di questi (e quei) principi che si ritengono rilevanti per una ri-costruzione ragionata del tema, pare opportuno svolgere qualche considerazione in ordine alla dimensione assunta dai principi

nell'argomentazione giuridica degli ultimi decenni, soprattutto alla luce dei mutamenti che hanno coinvolto e stanno coinvolgendo il sistema delle fonti.

La possibilità per i giudicanti di condurre l'attività interpretativa ricorrendo ai principi generali trova riscontri già nei codici ottocenteschi⁽⁸⁶⁾, nell'epoca in cui cioè l'ottimismo riposto nelle virtù della codificazione faceva ritenere che la creazione di un sistema ritenuto per definizione chiaro, coerente e completo avrebbe portato al superamento del diritto comune e delle categorie giusnaturaliste, che pure ne avevano inevitabilmente impregnato il patrimonio concettuale⁽⁸⁷⁾.

L'uso dei principi del diritto è rimasto comunque marginalizzato in epoca liberale, a beneficio di altre tecniche ritenute più idonee a garantire il primato della legge, espressione della volontà politica dello Stato monoclasse, ma non ha mancato di interessare un alto rappresentante del positivismo giuridico come Kelsen.

Perfino il giuspositivista-formalista per eccellenza, nel corso della propria teorizzazione, ha dovuto riconoscere ai principi della morale, della politica e del costume l'attitudine a influenzare la produzione di norme generali e individuali, ritenendo tuttavia di poter definire gli stessi come principi del

⁽⁸⁶⁾ Il *Code Napoléon* escludeva ogni possibilità di etero-integrazione del diritto positivo, rinnegando in particolare il ricorso ai principi del diritto comune, l'*ABGB*, invece, concedeva esplicitamente (artt. 6-7) agli interpreti di fare ricorso, a fronte di eventuali lacune, ai "principi tratti dal diritto naturale", mentre è stato il Codice Albertino del 1837 il primo a far menzione esplicita dei "principi generali del diritto" (artt. 14-15), criterio ermeneutico residuale poi trasfuso nel Codice Pisanelli del 1865 (art. 3), e a propria volta mutuato dall'art. 12 delle disposizioni preliminari del Codice Grandi del 1942. Sul punto cfr. *ex multis*: F. LAURENT, *Principi di diritto civile*, Trad. it., Milano, 1904, I, spec. p. 247 e ss.; E. DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile: il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, Torino, 2000, p. 145 e ss.; M.R. DE SIMONE, *Il codice civile austriaco nel dibattito per l'unificazione legislativa italiana*, ora in *Percorsi del diritto tra Austria e Italia (secoli XVII-XX)*, Milano, 2006, p. 223 e ss.; Id., *L'ABGB e il dibattito per la riforma del codice civile italiano nei primi anni del Novecento*, ora in *Percorsi*, op. cit., p. 315 e ss. .

⁽⁸⁷⁾ Sul punto, si veda, su tutti P. CARONI, *Lezione quinta, Le codificazioni giusnaturalistiche*, in Id., *Saggi sulla storia delle codificazioni*, Milano, 1998, spec. pp. 63-64.

diritto “solo nella misura in cui essi influiscono sulla produzione di norme giuridiche da parte delle competenti autorità giuridiche”.

Kelsen ha cioè inteso ribadire la necessità di tenerli nettamente distinti dalle norme giuridiche, continuando ad affermarne il carattere metagiuridico ⁽⁸⁸⁾. Nonostante questa apparente chiusura rispetto alla “normatività” dei principi, nel risalire a ritroso la “piramide” dell’ordinamento giuridico, egli ha individuato nell’esistenza della *Grundnorm* la chiusura del cerchio della propria teoria normativistica, identificandone cioè il *cominciamento* in una norma fondamentale non positivamente accertabile, ma che costituisce presupposto di validità di tutte le norme appartenenti all’ordinamento, requisito irrinunciabile di cogenza ed entità organizzatrice dello stesso.

In una direzione (per certi aspetti) contrapposta alla dottrina kelseniana sono andati gli studi di Santi Romano, la cui teoria istituzionalistica ha negato l’adeguatezza e sufficienza dell’identificazione del diritto con il sistema delle norme.

Secondo l’Autore ciascun ordinamento è, per definizione, “qualcosa di vivo, che, appunto perché vivo, continuamente si modifica, si rinnova, si evolve, pur rimanendo fermo nella sua identità continuativa e durevole” ⁽⁸⁹⁾. Intendendo egli l’ordinamento come un’organizzazione, un sistema non solo di norme ed elementi “inerti”, ma anche di persone che lo reggono e lo governano, individuando le regole giuridiche in qualcosa che riguarda un rapporto o una serie di rapporti sociali, prima ancora che nelle norme, egli ha

⁽⁸⁸⁾ Così H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Trad. it., Torino, 2000, p. 180 e ss., spec. p. 184, “Il fatto che vengano definiti principi ‘giuridici’ non significa, come sembra indicare il termine, che essi siano diritto, che abbiano carattere di diritto. Il fatto che essi influenzino la produzione delle norme non vuol dire (...) che essi si ‘positivizzino’, diventino cioè elementi del diritto positivo”.

⁽⁸⁹⁾ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 124. Per un approfondimento sul contributo dato dall’Autore all’avanzamento della scienza giuridica italiana ed europea si vedano, *ex multis*, S. LARICCIA, *Santi Romano: l’ordinamento giuridico*, in *Ritorno al diritto*, 2008, 7, pp. 82-109; P. GROSSI-A. ROMANO, *Nota bibliografica su Santi Romano*, in E. RIPEPE (a cura di), *Ricordando Santi Romano in occasione dell’inaugurazione dei corsi dell’a.a. 2010-2011 nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Pisa*, Pisa, 2012, pp. 80-85; C. PINELLI, *La costituzione di Santi Romano e i primi maestri dell’età repubblicana*, in *AIC, Rivista telematica giuridica dell’Associazione dei Costituzionalisti*, 2012, 2, pp. 1-26.

identificato il *cominciamento* dell'ordinamento non in una norma giuridica – posta o presupposta che fosse – ma piuttosto nel processo stesso dell'ordinare, ossia nel processo di unificazione degli individui che accompagna l'emersione di un “io sociale” che sovrasta l'individualismo conflittuale ⁽⁹⁰⁾.

L'impostazione di Romano, che ha influenzato più di altre la cultura giuridica nazionale ed europea contemporanea ⁽⁹¹⁾, ha scardinato l'idea della ricostruibilità a ritroso dell'ordinamento giuridico come sistema normativo, costruito partendo da un inizio, da un presupposto identificabile nella natura o nei principi comuni, partendo dall'idea per cui “ogni forza che sia effettivamente sociale e venga quindi organizzata, si trasforma per ciò stesso in diritto” e aprendo così le soglie teoriche dell'idea stessa di pluralismo giuridico.

L'avvento nella seconda metà del Novecento delle costituzioni rigide, dotate di una portata normativa e di un valore assiologico per definizione superiore a quella della fonte legale ⁽⁹²⁾, ha contribuito alla definitiva dissoluzione della credenza del “sistema normativo bello e fatto, ontologicamente dato e quindi preesistente rispetto al momento interpretativo”, cui è invece subentrata la realistica visione di un sistema “in movimento”, soggetto a continue evoluzioni dipendenti non solo dal sopravvenire di riforme e nuove discipline legislative, ma piuttosto “dall'intrinseco mutare degli indirizzi interpretativi e applicativi” ⁽⁹³⁾.

⁽⁹⁰⁾ Di qualsiasi ordinamento/istituzione, infatti, e non solo di quello statale, si può dire che “esiste perché esiste e dal momento in cui ha vita”. La sua origine non può essere “un procedimento regolato da norme giuridiche: è [...] un fatto” in quanto per il giurista “un ordinamento c'è perché c'è e quando c'è”. Così S. ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 69 e ss. .

⁽⁹¹⁾ Cfr. sul punto S. CASSESE, *Ipotesi sulla fortuna all'estero de “L'ordinamento giuridico” di Santi Romano*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2015, 177 e ss. .

⁽⁹²⁾ L'eccedenza di valore assiologico, la “efficacia potenziata” e la “superlegalità costituzionale” dei principi fondamentali, rispetto al contenuto normale delle norme giuridiche, sono caratteri teorizzati da tempo. Cfr., tra tanti, E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, spec. pp. 152 ss.; C. MORTATI, *Costituzione dello Stato, II, La costituzione italiana*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 214 e ss.; P. COMANDUCCI, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto*, in Id., *Assaggi di metaetica due*, Torino, 1997, pp. 81 ss.; P. RESCIGNO, *Appunti sulle «clausole generali»*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, pp. 1 ss. .

⁽⁹³⁾ Così L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 110.

L'affermazione della superiorità gerarchica della fonte Costituzionale, apponendo limiti invalicabili anche alla discrezionalità del legislatore, ha comportato il definitivo spostamento del *focus* dal momento della formazione del diritto – preponderante nel periodo pre-repubblicano – a una nuova centralità dell'attività interpretativa dei giudici. Questi ultimi, su sollecitazione della Corte costituzionale, hanno progressivamente preso consapevolezza della missione adeguatrice affidata dalla Costituzione e hanno iniziato a (ri)scoprire il potenziale dirompente del diritto “per principi”⁽⁹⁴⁾.

Più in generale è la cultura giuridica, nel suo complesso, che ha preso coscienza delle risorse argomentative offerte dalla nuova Costituzione, fonte del diritto immediatamente applicabile, e l'argomentazione per principi ha conseguentemente assunto una nuova vitalità⁽⁹⁵⁾.

Attraverso il richiamo alla Costituzione e ai suoi principi si è consumata la cosiddetta “rivolta contro il formalismo”⁽⁹⁶⁾, la trasformazione del ruolo del diritto – e dell'ermeneutica – che riconosce il valore creativo dell'interpretazione volta a tutelare quelle situazioni che possono emergere successivamente all'entrata in vigore dell'atto normativo da applicare, consentendo un travalicamento dei confini dell'interpretazione formale⁽⁹⁷⁾.

La riscoperta dei principi ha portato al progressivo superamento del paradigma logico-deduttivo del sillogismo giuspositivista, capace di rendere conto solo dell'applicazione delle norme di cui è predicabile la validità⁽⁹⁸⁾,

⁽⁹⁴⁾ Sul punto cfr. su tutti G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2002, 31, pp. 865-897.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. F. CARNELUTTI, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, p. 292, che sintetizza: “Non tutto il diritto è nelle leggi ... è molto più nei principi che nelle leggi”; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 337; cfr. R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, 2006, pp. 238-267.

⁽⁹⁶⁾ Così, segnatamente, M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, p. 22 ss. .

⁽⁹⁷⁾ Cfr., *ex multis*, R. TREVES, *Giustizia e giudici nella società italiana*, Bari, 1972, p. 155 e ss.; M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982, p. 29 e ss.; G. REBUFFA, *La funzione giudiziaria*, Torino, 1988, p. 127 e ss. .

⁽⁹⁸⁾ F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, pp. 366-375.

fondato sulla ricostruzione formalistica dell'interpretazione volta a determinare la "volontà unica" dell'enunciato normativo.

Guardando più a fondo, però, il superamento del formalismo giuridico e dell'idea dell'interpretazione "monovalente" ha riportato alla luce una questione spinosa, ossia quella che riguarda il rapporto tra la sfera del diritto e quella dei valori politici, etici, morali.

Se infatti, come aveva già evidenziato Kelsen, è evidente che le regole siano di per sé funzionali alla realizzazione di valori morali e di obiettivi politici che ne influenzano la produzione, è altrettanto noto che queste ultime non facciano esplicitamente riferimento al valore sottostante, limitandosi ad associare, per esempio, una modalità deontica a una condotta.

Al contrario i principi, per definizione (e vocazione), vivono dei valori che incorporano o, addirittura, proclamano esplicitamente.

L'applicazione dei principi è per definizione fluida, perché legata anzitutto ad apprezzamenti che concernono il loro "peso" e la loro importanza, considerazioni che dovrebbero invece essere assenti nell'applicazione delle regole. Prescrivendo il perseguimento di certi obiettivi e valori nella maggior misura possibile a seconda delle concrete possibilità fattuali e normative, i principi sono soggetti a eccezioni implicite, non chiaramente determinate in anticipo, sono cioè norme defettibili, portatrici di ragioni non conclusive, la cui applicazione può essere differita una volta considerati tutti i fattori rilevanti ⁽⁹⁹⁾.

Il risultato del bilanciamento non è prevedibile, in quanto sarà sempre condotto dall'interprete in funzione della prossimità relativa dei principi che riterrà di applicare rispetto agli ideali etico-politici che egli considera accolti (o da perseguire).

⁽⁹⁹⁾ Le ricostruzioni che optano per una distinzione forte tra principi e regole si basano sull'idea che esistano caratteristiche costantemente esibite dai principi e caratteristiche necessarie e sufficienti a distinguere principi e regole. Fra gli esponenti di questa teoria si vedano, *ex multis*: E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971, pp. 310 ss.; M. ATIENZA- J. RUIZ MANERO, *Tre approcci ai principi del diritto*, in *Analisi e diritto*, 1993, pp. 9-29; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, cap. VI; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, pp. 115-140; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, pp. 272-274.

Analogamente, possiamo oggi affermare con una certa tranquillità che, seppur in termini meno evidenti, anche l'applicazione delle "regole" si presti a letture che risentono della prospettiva dell'interprete, ciò sicuramente allorquando la questione da decidere non sia disciplinata da una norma giuridica univoca e precisa, o comunque soddisfacente per risolvere il caso concreto, in altre parole, tutte le volte in cui la premessa maggiore del sillogismo non contenga (o non sembri contenere) una regola da applicare in maniera sussuntiva al caso.

La tensione fra subordinazione dell'interprete alla norma e carattere attivo dell'interpretazione giuridica si spiega facendo richiamo a ciò che Betti definiva come un "circolo di *reciproca e continua rispondenza*, fra il vigore della legge (o fonte di diritto) onde si desumono le massime della decisione, e il processo interpretativo che se ne fa nella giurisprudenza e nella scienza giuridica" ⁽¹⁰⁰⁾. L'essenza dei principi del diritto consiste nella loro intrinseca capacità di consentire il passaggio "dalla legge al diritto" ⁽¹⁰¹⁾, con l'adattamento cioè del dato normativo ai fattori morali, economici, politici e culturali propri della realtà e del momento in cui sorge la controversia, un compito che il legislatore non può perseguire efficacemente e con la persistenza necessaria, e deve perciò passare attraverso l'opera dell'interprete concreto ⁽¹⁰²⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ Per una pregevole rievocazione dell'opera di Betti, si veda V. FROSINI-F. RICCOBONO (a cura di), *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, Milano, 1994.

⁽¹⁰¹⁾ "Il profilo assiologico, quanto quello logico, è connaturale a qualsiasi ordinamento giuridico". Così P. PERLINGIERI, *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 4, spec. p. 6 ove si trova la frase citata in questa nota. Nell'impossibilità di ulteriori adeguati richiami, si rimanda all'opera monografica G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi*, Bari, 2009.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. R. BIN, *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, rel. *Convegno CUIA, Principi generali del diritto: un ponte giuridico tra Italia e Argentina*, Brescia, 9 e 10 maggio 2013, ora in *Roma e America. Diritto romano comune*, 2013, 34, p. 220, che qualifica le clausole generali, assieme ad altri concetti analoghi (concetti indeterminati, *wertausfüllungsbedürftige Begriffe*) e agli stessi principi costituzionali, come "porte entropiche". "Nell'ordinamento giuridico ci sono (sempre state) 'porte entropiche' attraversando le quali il sistema legislativo invita esplicitamente a importare dal suo esterno contenuti indispensabili all'applicazione della legge".

Immersi come siamo in un contesto culturale che si basa su tali premesse e che, anzi, su spinta del diritto europeo si muove sempre più in una direzione di riavvicinamento fra *civil law* e *common law*, non ci scandalizza più di tanto ammettere che il legislatore, allorquando decida di non intervenire a precisare i contorni di quelle che sono le premesse del sillogismo giudiziale, accetti il rischio che l'interpretazione del giudicante diventi il cuore pulsante del diritto, per l'appunto, vivente.

Ciò che invece turba ancora il nostro retaggio "positivista" è rilevare che, pur incontrando dei vincoli e dei limiti, i giudici possano decidere secondo ragioni ermeneutiche che (inevitabilmente) rispecchino la loro sensibilità e esperienza personale, ragione per cui vi è forse ancora bisogno di dissimulare quel che in terra anglosassone definirebbero *an elephant in the room*.

La ricostruzione che sarà proposta nelle pagine seguenti sconterà l'identico limite, non sarà cioè immune dai condizionamenti ideali, etici e politici di chi scrive, o anche solo da quelli derivanti dall'impostazione prescelta.

La sola cautela che si osserverà, si spera in modo rigoroso, è quella di tentare di affrontare il discorso sui principi, cioè le determinazioni semplici, le premesse su cui si basa la soluzione della *questio iuris*, con la preoccupazione di non far comparire nelle determinazioni dedotte più di quanto non si sia effettivamente dedotto ma, soprattutto, di non presentare come presupposto o fondante ciò che, invece, a propria volta richiederebbe di essere fondato.

La fallacia della *petitio principii* costituisce invece il limite di molte costruzioni – giurisprudenziali e non – in cui si tenta di presentare il bilanciamento fra valori e principi come qualcosa di meccanico, riconducibile a un automatismo deduttivo, quando sottendono invece una ricognizione e valutazione elastica degli interessi in campo. La conseguenza più vistosa di tale modo di condurre l'argomentazione giuridica è quella di relativizzare le differenti opzioni poste al vaglio, valorizzandone talune e (talvolta) svuotandone altre, con queste ultime che finiscono per svanire sotto il cono d'ombra di scelte, di fatto, imperscrutabili.

Una modalità che non può che nuocere al progresso dell'interpretazione adeguatrice stessa, soprattutto quando sia seguita dai giudici della Corte

investita del compito istituzionale di garantire la funzione nomofilattica, il frutto di una “inscindibile cooperazione dell’interesse pubblico coll’interesse privato”⁽¹⁰³⁾, che consiste nell’enunciazione del principio di diritto conforme a legge per assicurare l’eguaglianza di trattamento dei cittadini⁽¹⁰⁴⁾.

2. Indipendenza e autonomia della magistratura: il profilo della soggezione alla sola legge.

L’art. 101 della Costituzione, nella sua asciutta e incisiva formulazione – “La giustizia è amministrata in nome del popolo. / I giudici sono soggetti soltanto alla legge.” – si presta a molteplici letture: si tratta infatti anzitutto di una proclamazione dall’alto contenuto ideologico⁽¹⁰⁵⁾, che istituisce una stretta connessione tra sovranità popolare e funzione giurisdizionale⁽¹⁰⁶⁾.

Nel definire la regola di svolgimento di quest’ultima, la norma sembra stabilire un rapporto di subordinazione strutturale della funzione giurisdizionale a quella legislativa, che vincolerebbe perciò gli organi giurisdizionali ad applicare la legge e null’altro⁽¹⁰⁷⁾ e, allo stesso tempo, si pone a fondamento e garanzia dell’indipendenza degli stessi⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, Milano, 1920, II, p. 153.

⁽¹⁰⁴⁾ P. CALAMANDREI, *La cassazione*, cit. p. 103, parla di “monopolio di enunciare la unica interpretazione conforme alla legge”.

⁽¹⁰⁵⁾ Sul punto si confronti R. GUASTINI, *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 1992, p.179-180.

⁽¹⁰⁶⁾ P. GROSSI, *Indipendenza del pubblico ministero e soggezione dei giudici alla legge*, p. 564; S. FOIS, *Il modello costituzionale del giusto processo*, in *Rass. Parl.*, 2000, p. 569 e ss., in partic. p. 684-685.

⁽¹⁰⁷⁾ R. GUASTINI, (voce) *Art. 101 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma, 1994, spec. p.168; Id., *Il giudice e la legge*, Milano, 1995.

⁽¹⁰⁸⁾ In questo senso, secondo N. ZANON-L. PANZERI, *Art. 101 Cost.*, in R.BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, 2006, p. 1962 e ss., la formulazione del secondo comma dell’articolo 101 “escluderebbe ogni equivalenza tra indipendenza funzionale ed arbitrio: il giudice – a pena di un pregiudizio irreparabile della sua indipendenza ed a prescindere da ogni parvenza di giurisdizionalità –

La soggezione “soltanto alla legge” viene così interpretata come negazione di ogni altro vincolo discendente da atti riconducibili ad altri poteri dell’ordinamento che non siano espressamente richiamati dalla medesima ⁽¹⁰⁹⁾, principio da cui si trae, per converso, che al giudice spetti anche “l’obbligo di negare applicazione ad ogni atto che, sebbene formalmente fondato sulla legge, sia tuttavia materialmente incompatibile con la legge o difforme da essa” ⁽¹¹⁰⁾.

In questo senso, l’accezione in cui il principio viene correntemente utilizzato in relazione al tema del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi è identificabile con il cosiddetto “principio di stretta legalità nella giurisdizione” ⁽¹¹¹⁾, a partire dal quale vengono dedotti quattro corollari, così riassumibili:

- 1) poiché i giudici sono soggetti alla legislazione ordinaria, a *fortiori* tale stato di soggezione si proietta sulle norme costituzionali; pur non potendo direttamente sindacare la legittimità costituzionale delle leggi, laddove la struttura della norma costituzionale sia sufficientemente completa da poter valere “come regola sui casi concreti, essa deve essere utilizzata direttamente da tutti i soggetti dell’ordinamento giuridico, siano essi giudici, la pubblica amministrazione, i privati”, i giudicanti possono servirsi della Costituzione applicandola come fonte diretta di posizioni soggettive per i soggetti dell’ordinamento, in tutti i tipi di rapporto in cui essa possa venire in rilievo ⁽¹¹²⁾;

deve infatti operare esclusivamente nell’ambito di ciò che la legge prevede, in modo tale che la regola di diritto sia al tempo stesso, il fondamento ed il limite della sua indipendenza”.

⁽¹⁰⁹⁾ Il principio di legalità della giurisdizione, calato in questo contesto, impone al giudice di negare applicazione ad ogni atto diverso dalla legge a cui la legge non faccia rinvio, e, dunque, come rilevato da R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995, p. 126: “l’obbligo di applicare solo la legge implica altresì l’obbligo di negare applicazione ad ogni atto che, sebbene formalmente fondato sulla legge, sia tuttavia materialmente incompatibile con la legge o difforme da essa”.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, op. cit., p. 55

⁽¹¹¹⁾ cfr. R. GUASTINI, op. ult. cit., p.120.

⁽¹¹²⁾ Così G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, Torino, 1987, p. 105.

- 2) fatte salve le prerogative nomofilattiche della Cassazione, i giudici non sono vincolati ai precedenti giurisprudenziali, godono di autonomia di giudizio e non sono soggetti a ordini o direttive di natura politica, né tantomeno di altri appartenenti all'ordine giudiziario ⁽¹¹³⁾;
- 3) i giudici, in conformità (anche) del principio di gerarchia delle fonti ⁽¹¹⁴⁾, possono negare applicazione agli atti di normazione secondaria *contra legem*;
- 4) essi non devono dare applicazione neanche agli atti dell'esecutivo, di qualsiasi natura, e ai provvedimenti amministrativi, qualora non siano formalmente fondati sulla legge e non siano conformi a essa ⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹³⁾ Tali corollari, come noto, sono peraltro espressamente previsti nella stessa Costituzione all'art. 104, comma 1, "La magistratura costituisce un ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere", e dall'art. 107, comma 3: "i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni".

⁽¹¹⁴⁾ Sul punto, si veda su tutti: F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2000, p. 107: "Nell'ordinamento italiano si sostiene generalmente che vi sia un rapporto gradualistico tra norme costituzionali e norme legislative ordinarie, tra norme legislative e norme regolamentari, tra norme del 'diritto oggettivo' e prescrizioni giurisdizionali e amministrative. La soluzione dell'antinomia, attraverso il criterio gradualistico o gerarchico, è esercitata in concreto dai soggetti attributari della potestà di dichiarare l'invalidità della norma o prescrizione inferiore, con le diverse conseguenze positivamente prefigurate, dell'annullamento, della cassazione, della disapplicazione".

⁽¹¹⁵⁾ cfr. R. GUASTINI, op. ult. cit., p. 126: "Ciò non vuol dire che i giudici possano, a loro discrezione, negare applicazione agli atti della pubblica amministrazione. Si vuole dire, però, che i giudici non sono obbligati ad applicare sempre e comunque gli atti (regolamenti e provvedimenti) del potere esecutivo. Gli atti dell'esecutivo sono vincolanti per i giudici se, e solo se, risultano fondati sulla legge e, al tempo stesso, materialmente conformi ad essa. Come l'obbligo di applicare la legge implica l'obbligo di applicare anche gli atti cui la legge faccia rinvio, così l'obbligo di applicare solo la legge implica l'obbligo di negare applicazione ad ogni atto, diverso dalla legge, cui la legge non faccia rinvio. D'altro canto, l'obbligo di applicare solo la legge implica altresì l'obbligo di negare applicazione ad ogni atto che, sebbene formalmente fondato sulla legge, sia tuttavia materialmente incompatibile con la legge, o difforme da essa". In giurisprudenza cfr. Corte Cost., sent. n. 40/1964: "Ma con altrettanta sicurezza bisogna affermare che non ricadono nel campo dell'art. 101 Cost., le leggi che, senza portar deroga al principio per cui il giudice non è tenuto ad applicare gli atti amministrativi illegittimi, assegnano al giudice civile, come regole del giudizio, norme di carattere generale (e perciò non adottate in vista di un singolo giudizio), emanate – sulla

Quello che si può dedurre da questa ricostruzione è un quadro da cui emerge l'idea che l'unico vincolo posto al giudice nell'esercizio del potere di *ius dicere* sia il rispetto della legge e, solo qualora le fonti secondarie o i provvedimenti amministrativi siano conformi a essa, egli deve darne applicazione, sempre che sia la stessa legge richiamarli e giustificarne l'esistenza.

Questa impostazione mette effettivamente in risalto l'anima liberale della giurisdizione come concepita dal Costituente, che ha posto l'accento sulla totalità della garanzia nei confronti del potere pubblico, ogni volta che un atto illegittimo ne violi la sfera giuridica soggettiva, laddove, all'art. 113 Cost., è comunque previsto che contro gli atti dell'amministrazione sia "sempre ammessa la tutela giurisdizionale", che non "non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti" ⁽¹¹⁶⁾.

La magistratura concepita dall'Assemblea Costituente non era solo terza e imparziale, ma pregna di una parte della sovranità ceduta dal popolo, nel cui nome dovevano essere pronunciate le sue decisioni. L'idea di fondo era cioè quella di una giurisdizione a cui rivolgersi affinché fornisca un giudizio legale, basato sulla legge scritta dal Parlamento, e non perché formulasse un giudizio morale, etico, politico, e perciò è necessario che tale giudizio fosse sciolto e indipendente da atti di potere estranei al circuito democratico-parlamentare. L'obiettivo era la creazione di uno Stato costituzionale di diritto che non solo riconoscesse l'esistenza di diritti e interessi rilevanti e meritevoli di tutela, ma predisponesse un sistema giurisdizionale nel quale l'Autorità giudiziaria fosse funzionale alla difesa degli stessi, anche qualora l'aggressione fosse stata perpetrata da una componente dello Stato.

L'indipendenza sancita dall'art. 104 co. 1 Cost. è una prerogativa che il Costituente ha ritenuto strettamente connessa all'esercizio della funzione giurisdizionale, necessaria per escludere condizionamenti che potessero

base di una legge – da autorità appartenenti alla pubblica amministrazione". Sotto altri profili cfr. Corte Cost., sent. nn. 234/1976 e 168/1963.

⁽¹¹⁶⁾ sul punto si veda anche G. BERTI, *Art. 113 Cost.*, in G. BRANCA, *Commentario alla Costituzione*, Roma-Bologna, 1987, 4, p. 287 e ss. .

provenire da soggetti estranei all'esercizio della funzione giurisdizionale, essenzialmente riconducibili alla sfera del governo della maggioranza.

Da un'altra prospettiva, il richiamo alla soggezione dei giudici alla sola legge associava idealmente alla funzione giurisdizionale una visione meccanicistica, secondo cui il giudice doveva essere chiamato unicamente a dare applicazione della legge in modo non solo imparziale e terzo, ma anche neutrale, libero cioè da condizionamenti derivanti dalle sovrastrutture etico-culturali dell'interprete, limitandosi invece a essere servente rispetto alla volontà del legislatore storico.

Come si è già avuto modo di accennare, gli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Corte Costituzionale hanno dimostrato come la visione mitologica del giudice come bocca della legge, non solo sia stata tradita sul piano applicativo, ma debba ritenersi superata anche su quello teorico ⁽¹¹⁷⁾.

All'emersione della cosiddetta "giurisprudenza creativa" ha contribuito una moltitudine di fattori, fra cui non si può non menzionare il progressivo scadimento della qualità e della tecnica legislativa ⁽¹¹⁸⁾, che si è peraltro accompagnata a un generale aumento entropico della complessità della realtà giuridica, fattori che dovrebbero portare a interrogarsi al significato che la

⁽¹¹⁷⁾ Si confronti sul punto in particolare G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 206, secondo cui tale principio continua comunque a essere inteso nel senso del servizio passivo della volontà del legislatore e che ritiene inopportuno il tentativo di cercare interpretazioni più conformi al senso che ha oggi il legame tra la legge e la sua attuazione attraverso la giurisdizione.

⁽¹¹⁸⁾ M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Vol. I, Milano, 1999, p. 880 ss.; in particolare, analizza il rapporto della crisi della legge con l'espansione delle norme sovranazionali R. TONIATTI, *Le interazioni della giurisdizione ordinaria con la giurisdizione costituzionale e con le giurisdizioni europee comunitaria e convenzionale*, in G. DI FEDERICO (a cura di), *Manuale di ordinamento giudiziario*, Padova, 2004, pp. 229-260; F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, 2006, p. 92 ss.; R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l'entrata in vigore della Costituzione*, in G. CAMPANELLI (a cura di), *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, Torino, 2009, p. 31 e ss. .

formula della soggezione del giudice alla sola legge deve assumere oggi, alla luce di quella che viene oggi identificata come l'era della sua "crisi" ⁽¹¹⁹⁾.

Superata l'idea che soltanto il potere legislativo crei il diritto, se la linea di demarcazione fra potere giurisdizionale e legislativo non è più riconducibile all'idea della separazione funzionale, rileva solo il fatto che la discrezionalità del legislatore nella creazione del diritto rimanga vincolata unicamente dalla Costituzione e dalle logiche della rappresentanza politica e democratica, mentre la discrezionalità giudiziale è vincolata dalla "processualità" dell'agire ⁽¹²⁰⁾.

Il giudicante non deve garantire un certo risultato, giacché se lo stesso fosse prevedibile non vi sarebbe bisogno del suo intervento, deve piuttosto assicurare che la sua decisione sia imparziale, frutto di determinazioni assunte all'esito della dialettica propria del contraddittorio e, soprattutto, motivata. La produzione del diritto per opera del giudice avviene attraverso modalità differenti rispetto a quelle proprie del legislatore, ma non per questo è esente da responsabilità: la legittimazione dell'atto giudiziario non è fondata sulla rappresentanza, ma sulla forza della ragione che esprime nella motivazione, ed è perciò stata qualificata come fonte culturale ⁽¹²¹⁾.

⁽¹¹⁹⁾ Sul punto, in un panorama pressoché sterminato, si vedano: F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, cit., p. 424 ss.; S. ROMANO, *Osservazioni sulla efficacia della legge*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1947, p. 64 ss.; A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977, spec. p. 60 e ss.; F. MODUGNO-D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989 p. 424; F. MODUGNO-A. CELOTTO-M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla crisi della legge*, cit. p. 7 ss., spec. 125-126; M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; Id., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, spec. p. 189 e ss.; M. RAVERAIRA (a cura di), *"Buone" regole e democrazia*, Soveria Mannelli, 2007; A. CELOTTO-C. MEOLI, *Semplificazione normativa (dir. pubbl.)*, in *Dig. pubbl.*, Agg. III, Torino, 2008, p. 806 ss.; M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2010; M. DI BENEDETTO-M. MARTELLI-N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011.

⁽¹²⁰⁾ Così M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori* cit., p. 126.

⁽¹²¹⁾ A. PIZZORUSSO, *Principio democratico e principio di legalità*, in *Questione giustizia*, 2003, 2, p. 340 ss. .

In tutto ciò può ritenersi che si sostanzii oggi il significato del principio della soggezione del giudice alla legge ⁽¹²²⁾, *rectius*, “soltanto alla legge”.

Se i rapporti di forza nella creazione del diritto sono mutati, altrettanto può rilevarsi confrontando la magistratura e il potere esecutivo come li avevano in mente i Costituenti e quelli che sono diventati oggi, all’esito dell’evoluzione del quadro istituzionale, politico, sociale ed economico.

Se nel 1948 predominava l’idea di un esecutivo monolitico, riconducibile alla diretta emanazione del potere governativo, la complessità e frammentazione delle vesti assunte dall’amministrazione pubblica negli ultimi decenni – in seguito alle politiche di decentramento territoriale, ma anche delle innovazioni portate dalla stagione delle liberalizzazioni – non consentono più una definizione di potere esecutivo da cui non si tenga distinta l’esistenza di un potere amministrativo politicamente indipendente dal Governo centrale.

Pare quindi quantomeno anacronistica, se non forzosa, la lettura del principio di soggezione della magistratura alla sola legge come principio di indefettibilità di un controllo “a tutto campo” e illimitato sugli atti della pubblica amministrazione, soprattutto quando si pretenda di condurre tale sindacato in modo prevaricatore rispetto a quello che dovrebbe essere il parametro di riferimento, ossia il sostrato legale entro cui il potere amministrativo può, anzi, deve muoversi.

Nella perfetta alchimia creata fra i poteri ordinamentali, alla luce della loro indiscutibile lungimiranza, i Padri Costituenti, d’altro canto, non si sono preoccupati solo della necessità di ancorare l’attività giurisdizionale al dato legislativo per proteggerla dalle ingerenze del potere esecutivo ma, se così si può dire, hanno predisposto un apparato che guardasse all’altra faccia della medaglia, alla protezione cioè della legge dal giudice, esigenza che si rispecchia anzitutto nella garanzia del ricorso in cassazione per violazione di legge di cui all’art. 111 co. 7 Cost., ma innerva il sostrato concettuale delle riserve di legge.

⁽¹²²⁾ Si vedano in proposito le osservazioni di R. BIN, *Lo stato di diritto*, Bologna, 2004, spec. p. 55 ss. e p. 115 ss. .

Allo stesso modo, così come si è chiarito che le amministrazioni debbano ritenersi subordinate al potere di controllo giurisdizionale riconosciuto in capo alla magistratura, altrettanto indubbio è che anche alle amministrazioni, in quanto soggetti che operano nell'ordinamento generale e a cui lo stesso ordinamento riconosce una certa autonomia, debba riconoscersi un ambito di riserva ⁽¹²³⁾. Lo stesso pare oggi necessitare di una precisa perimetrazione, ma non più in negativo, a garanzia dei privati con cui l'amministrazione interagisce, bensì in positivo, a tutela della libertà d'azione di quest'ultima.

3. Il caleidoscopio del principio di legalità: precisazioni *ratione materiae*.

Nella sua accezione più generale, il principio di legalità può essere definito come il principio in base al quale non solo gli individui, ma anche i pubblici poteri debbano assoggettarsi alla legge, conformandosi a essa, pena l'invalidità degli atti giuridici posti in contraddizione con la stessa ⁽¹²⁴⁾.

Secondo la configurazione originaria, riferibile essenzialmente all'ideologia dello Stato liberale ottocentesco, il potere legislativo – considerato ontologicamente “superiore”, poiché legittimato attraverso i

⁽¹²³⁾ Il tema è stato trattato in modo molto approfondito in un'opera monografica che ha privilegiato non solo il punto di vista del diritto costituzionale da D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, cit., *passim*. Si confrontino altresì G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, p. 1573 s., spec. p. 1597 e ss. . A partire dalla lettura dell'art. 95 Cost., che sancisce il potere d'indirizzo amministrativo, l'Autore desume che qualsivoglia forma di “ingerenza giudiziale” negli affari dell'amministrazione confliggerebbe con la condizione di quest'ultima nello Stato contemporaneo, di matrice sociale e interventista, quale “forza largamente autonoma nel complessivo sistema istituzionale”. Sul punto cfr. M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione, Il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo*, in *Problemi di amministrazione pubblica, Quad. Formez, L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Napoli, 1981, p. 21 e ss. .

⁽¹²⁴⁾ Cfr. R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1994, IX, p. 85 e ss. .

meccanismi della rappresentanza – oltre ad avere il compito di tracciare i confini cui soggiace l'autonomia privata, avrebbe dovuto definire puntualmente le regole che legittimano e vincolano gli altri poteri dello Stato, garantendo i consociati da arbitri e possibili abusi ⁽¹²⁵⁾.

All'origine, il principio si ricollegava perciò alla storia dei rapporti tra potere legislativo ed esecutivo, stabilendo che quest'ultimo, ancorché legittimato da un legame diretto con la volontà regia, non potesse sottrarsi all'altro, legittimato invece dalla volontà dei consociati.

Ricostruire le evoluzioni o anche solo i lineamenti che il principio ha assunto con riferimento agli svariati ambiti in cui opera risulta qui impossibile. Ci si deve pertanto accontentare di rilevare come il principio di legalità non trovi un'affermazione salda nella Costituzione repubblicana, sebbene si ritiene che la complessa architettura della Carta lo presupponga, ragione per cui ha assunto e assume tutt'oggi dimensioni nient'affatto univoche.

Le letture che ritenevano non si potesse considerare sussistente una copertura costituzionale del principio estendibile oltre l'ampiezza delle riserve di legge individuate dalla Costituzione, o comunque non al di là delle ipotesi in cui la manifestazione del potere pubblico possa incidere negativamente sulle posizioni giuridiche soggettive, paiono oggi superate dalla dottrina che privilegia un significato forte e sostanziale della legalità ⁽¹²⁶⁾.

Così, si è ritenuto che il principio non postuli soltanto la necessità di un sostrato normativo che fondi l'azione dei poteri non rappresentativi, ma imponga che questi ultimi siano disciplinati in modo da delimitare il più possibile la discrezionalità di chi li esercita, dispiegando pertanto la propria portata dispositiva non solo nei confronti delle pubbliche amministrazioni,

⁽¹²⁵⁾ Sul punto, si confronti su tutti F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2001, p. 3 e ss. .

⁽¹²⁶⁾ Sul punto, per un'analisi compiuta di tale evoluzione, si veda, *ex multis*, R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, cit., p. 35 e ss., spec. p. 42-43.

ovvero del potere giudiziario, ma incidendo anche sulla discrezionalità del legislatore ⁽¹²⁷⁾.

Ebbene, pur trovandoci di fronte a sostanziale unanimità nell'affermazioni delle accezioni più late, garantiste e sostanziali della legalità, altrettanto innegabile è il fatto che si stia oggi assistendo a un ridimensionamento fattuale della portata dello stesso principio, tema che ci riporta all'imperversare di quel fenomeno che si è già identificato sotto l'etichetta della "crisi della legge".

L'attuale contesto multilivello di *governance* colloca la fonte primaria dell'ordinamento all'interno di un sistema estremamente articolato e complesso, in cui non solo le fonti transnazionali ed europee, ma anche le norme locali o particolaristiche – che esplicano cioè i propri effetti solo in determinati settori o con riferimento a determinati enti o individui, si pensi allo statuto del consumatore – rendono complessa l'individuazione della regola da applicare al caso concreto.

Tralasciando per il momento le notazioni che concernono le particolarità che il principio assume nel diritto penale e amministrativo, nel tentativo di restituire una parvenza di unità al tema, può venire in rilievo una sfumatura del principio di legalità che, invero, ha assunto una connotazione prevalentemente negativa nel nostro ordinamento: il riferimento va, in particolare, a quella "venatura" che associa la legalità alla certezza del diritto, un binomio che, effettivamente echeggia le tendenze autoritarie della prima metà del Novecento, quando la legge si è fatta strumento di oppressione e di arbitrio ⁽¹²⁸⁾.

In realtà l'accostamento della certezza del diritto al legalismo dei regimi dittatoriali degli anni Trenta e Quaranta è frutto di un'interpretazione

⁽¹²⁷⁾ Cfr. *ex pluribus*, L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, spec. p. 113 e ss.; Id., *Regolamento (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 621 e ss.; Id., *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990, p. 2 e ss.; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 665 e ss. .

⁽¹²⁸⁾ G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e diritto penale nel periodo fascista*, in *Quaderni fiorentini XXXVI*, 2007, p. 983 e ss.; E. DE CRISTOFARO, *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, in *Quaderni fiorentini XXXVI*, 2007, p. 1031 e ss.;

ossimorica delle storture prodotte dalla mancanza di rigidità costituzionale dello Statuto Albertino o della Costituzione di Weimar, che sì, si son prodotte per mano della legge, ma trasformandola in uno strumento arbitrario, qualcosa di ben distante dal diritto “certo” nel senso che si vuole qui richiamare.

La legalità che si fa “certezza del diritto” non è solo la virtù della volontà della maggioranza forte raccontata da Lucifredi ⁽¹²⁹⁾, “certa” perché ricondotta alla volontà di un regime, ma può essere intendersi come quella condizione che offre al singolo la possibilità di conoscere e prevedere *ex ante* i limiti posti alla sua libertà e, ancor di più, le conseguenze previste per l’infrangimento degli stessi.

È questa la virtù della certezza del diritto, condizione per il libero svolgimento delle libertà individuali, sposata da Lopez de Oñate ⁽¹³⁰⁾ o da

⁽¹²⁹⁾ Si veda R. LUCIFREDI, *In tema di principi generali dell’ordinamento giuridico fascista*, in *Stato e Diritto*, I, 1940, spec. p.312 ss., e p. 325. L’esaltazione dei principi ispiratori dello Stato fascista, fra cui il legalismo, prendono sempre le mosse da una serrata critica della dialettica parlamentare. Cfr. P. CHIMIENTI, *Diritto costituzionale fascista*, Torino 1933, ove si parla del “preteso principio democratico nella formazione degli organi della rappresentanza” o dell’uso delle libertà che “cessa d’essere propizio allorché degenera in licenza, quando invece di servire ad un generale svolgimento di idee, si assoggetta all’impero di malaugurate passioni”. O ancora, C. A. BIGGINI, *Dei principi generali dell’ordinamento giuridico fascista (Contributo alla loro formulazione)*, in *Studi sui principi generali dell’ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943, XVIII, p. 381 ss, 405, che incalza: “Il popolo è il Corpo dello Stato e lo Stato lo spirito del popolo (Mussolini) “ o “ Lo Stato fascista è l’unità morale, politica ed economica della Nazione italiana, la quale ha fini, vita, mezzi di azione superiori per potenza e durata di quelli degli individui...”.

⁽¹³⁰⁾ Cfr. F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942), Milano, 1968, che afferma: “la certezza del diritto è invece la certezza dell’azione, poiché è la garanzia dell’azione” (p. 24), o ancora “nella certezza del diritto è la sua equità, ed è intuizione della quale va tenuto conto; ma veramente nella certezza del diritto è da riscontrarsi piuttosto la sua tecnicità, cioè la sua rispondenza al fine, cioè ancora il mezzo per piegare l’azione a presentarsi nella sua universalità e nella sua verità. Si potrebbe aggiungere, accogliendo e svolgendo qualche intuizione di illustri giuristi, che il diritto è la verità sociale dell’azione, nella certezza che la verità presenta. La pretesa antinomia tra legalità ed equità trova qui finalmente la sua soluzione; proprio per la natura del diritto speculativamente identificata, la giustizia non può realizzarsi che nella norma rigida ed astratta, che deve essere certa. In questa astrattezza è la precisa concretezza dell’esperienza giuridica, e solo attraverso questa

Hayek (¹³¹), pensata dallo stesso costituente con riferimento alla riserva di legge disposta in materia penale, “nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”, principio oggi compendiato nella versione “estesa” del brocardo *nullum crimen sine praevia lege penale scripta, certa et stricta* (¹³²).

A fronte di una svalutazione di questa accezione, più o meno giustificata all’ombra degli spettri del passato fascista, il nostro ordinamento ha visto invece prevalere, da un lato, la presunta immanente superiorità del potere parlamentare – la cui perpetuazione è stata messa però in crisi dal crollo del sistema partitico – dall’altro, l’aurea salvifica del controllo giurisdizionale che è però slittato dalla soggezione alla sola legge alla soggezione alla sola Costituzione.

Queste circostanze, mi pare non ci sia bisogno di particolari sforzi argomentativi per dimostrarlo, hanno condotto all’attuale crisi sistemica che porta la bilancia dei poteri a pendere in un due direzioni: da una parte il Governo e, dall’altra, la magistratura.

Vengono in soccorso le parole di un esimio rappresentante della Consulta come Paolo Grossi, che di recente ha osservato come “la certezza che preme (sia) soltanto quella della legge quale manifestazione del supremo potere politico, poiché unicamente di una legge certa, ossia certa nei comandi segnati dal suo testo cartaceo, si può pretendere l’obbedienza” (¹³³). Egli ne ha tratto che “la modernità ammette una sola legalità ed è quella corrispondente alla

certezza è possibile che essa realizzi la giustizia. Nella certezza consiste dunque la specificità etica del diritto” (p. 26).

(¹³¹) Si veda in proposito F. A. VON HAYEK, *La società libera*, Trad. italiana, Soveria Mannelli, 2007, in particolare p. 289 e ss., e lo si confronti con B. LEONI, *La libertà e la legge*, Macerata, 2010 (ristampa), in particolare p. 84 e ss., ove l’Autore ha ottimamente colto il valore della prevedibilità delle conseguenze come “una delle premesse indispensabili delle decisioni umane”, al punto che “più le regole generali rendono prevedibili, almeno dal punto di vista giuridico, le conseguenze delle azioni individuali, più queste azioni possono essere chiamate « libere » dall’interferenza di altre persone, comprese le autorità”.

(¹³²) La formula estesa è attribuibile a G. VASSALLI, (voce) *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 282 e ss., spec. p. 307.

(¹³³) P. GROSSI, *Sulla odierna ‘incertezza’ del diritto*, in *Annuario AIPDA*, 2014, p. 5.

volontà del supremo detentore del potere politico, sia esso il monarca assoluto settecentesco o un Parlamento dell'Otto/Novecento" (134).

Tutto ciò pare innegabile, così come innegabile è l'importanza "formale" della fonte legislativa – e, conseguentemente, del ruolo parlamentare – che non si può ridurre a un orpello o a vezzo estetico, perché è invece pregno di un significato sostanziale che si vuole qui riaffermare.

Si vuole però parimenti sottolineare che, mentre al Parlamento rimane sempre la possibilità – in via preventiva o successiva – di intervenire mettendo (ragionevolmente) la parola fine ai travalicamenti della magistratura, fatte salve ovviamente le prerogative della Corte Costituzionale, lo stesso non possa invece predicarsi con riferimento alla posizione della pubblica amministrazione, che subisce inerme le conseguenze degli assetti costituzionali e politici che stiamo descrivendo.

Si rivendica perciò la necessità di una "nuova" connessione fra principio di legalità e certezza del diritto, che contemperi l'attuale subalternità del Parlamento al Governo, il ruolo sproporzionato, o perfino esorbitante, della magistratura (135) e un apparato amministrativo che potrebbe (o dovrebbe) farsi spazio in questo scenario, dovendo però fare altresì i conti con i limiti della motivazione professionale dei suoi agenti e con le responsabilità che gli stessi (non sempre) intendono assumersi alla luce dei rischi cui sentono di esporsi.

(134) P. GROSSI, op. cit., p. 12.

(135) Evidenza in particolare G. COGLIANDRO, *Rule of law. La possibilità del contenuto morale del diritto*, Milano, 2012, spec. p. 403, "i giudici si trovano oggi nei sistemi di *civil law* ad affrontare problemi analoghi a quelli della *judge-made law*, ma senza il retroterra culturale e sociale dei paesi di *common law*". Da ciò l'Autore fa discendere "L'inevitabile attivismo giudiziario e l'altrettanto inevitabile compressione del quasi-monopolio del legislatore, in assenza di una visione che fa perno su un patrimonio condiviso di esperienze, di razionalità sperimentata, rischia di provocare una forma di *hybris* del giudiziario, soprattutto di chi è titolare dell'accusa, di scrivere unilateralmente il diritto, e, in caso di frustrazione, di trasformarsi direttamente in soggetto politico".

3.1 Il principio di stretta legalità penale e i suoi corollari.

Se è vero che “in ogni settore del diritto la vaghezza delle norme solleva problemi specifici, ignoti negli altri settori”⁽¹³⁶⁾, un fattore di specificità che riguarda il diritto penale concerne sicuramente la presenza della riserva di legge disposta dall’art. 25 della Carta costituzionale. Quest’ultima garanzia dispiega infatti la propria funzione essenzialmente su due piani: impone al legislatore di occuparsi della materia criminale e di farlo secondo certi canoni che sono deducibili dallo stesso principio⁽¹³⁷⁾; impedisce all’interprete concreto di interpretare le norme incriminatrici dilatando l’area delle fattispecie individuate come penalmente rilevanti dal primo.

Tentando di entrare immediatamente *in medias res*, si può evidenziare come il dibattito sorto in dottrina e giurisprudenza in materia di stretta legalità penale si sia tradizionalmente⁽¹³⁸⁾ mosso nel nostro ordinamento in uno spettro individuato da due estremi: una concezione formalista del principio, secondo cui non sarebbero punibili le azioni non espressamente incriminate dalla legge, anche se antisociali e, viceversa, sarebbero punibili quelle espressamente previste dalla legge, anche se socialmente non pericolose, e una concezione sostanziale (in senso ampio), che ammette cioè la possibilità per l’interprete concreto di spingersi nell’interpretazione della norma incriminatrice per considerare reati tutti quei fatti ritenuti dallo stesso

⁽¹³⁶⁾ Cfr. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, Milano 1990, p. 369; W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Testo e diritto, Ars interpretandi*, 1997, II, p. 190 e ss. .

⁽¹³⁷⁾ Sul tema si vedano, *ex pluribus*: F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza in diritto penale*, Padova, 1979; Id., *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in *Studium juris*, 1996, 67 ss.; P. G. GRASSO, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur. cost.*, 1981, I, p. 808 ss.; M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in Id., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 182 e ss. .

⁽¹³⁸⁾ L. CARLASSARE, (voce) *Riserva di legge*, cit., p. 7; F. SORRENTINO, (voce) *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, p. 1218; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, 1984, p. 54.

offensivi dell'ordine sociale costituito, e, viceversa, non rilevanti quei fatti che non siano ritenuti come tali, indipendentemente dalle previsioni di legge.

La soluzione attualmente accolta, e pare si possa dire unanimemente, fa capo a un parametro di legalità "misto", che contempera la necessità di tutelare i valori costituzionali non soltanto sul piano delle fonti e della formulazione della norma penale, ma anche su quello dei beni giuridici protetti dalla norma incriminatrice.

La dottrina parla di "concezione sostanziale-formale costituzionalmente orientata" ⁽¹³⁹⁾, come epitome dell'insieme di corollari del principio di legalità dedotti dalla giurisprudenza costituzionale e penale che, ai fini della punibilità del soggetto agente, impongono:

- che la disciplina delle norme incriminanti sia demandata alla sola legge formale, cioè all'atto normativo emanato dal Parlamento secondo le procedure previste dagli artt. 70 e ss. Cost., ovvero agli atti aventi forza di legge, quali decreti legislativi o decreti legge convertiti, purché ricorrano i relativi requisiti costituzionali, tendenzialmente valutati in modo rigoroso;
- che le norme incriminatrici possano essere etero-integrate da fonti secondarie, o anche atti amministrativi generali, purché le relative previsioni non ricadano sui "contenuti positivi" e disvaloriali dell'incriminazione;
- che la previsione normativa si informi ai principi di tassatività e determinatezza, rappresentando perciò una condotta concretamente predeterminabile e che sia in astratto lesiva del bene giuridico protetto;

Spetta infine al giudicante valutare non solo che la condotta concreta sia sussumibile sotto fattispecie astratta, che ricorrano tutti i requisiti oggettivi e

⁽¹³⁹⁾ L'espressione è di G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale, Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2014, p. 53. Per una ricostruzione ragionata e costituzionalmente orientata della teoria del reato si vedano: F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965; Id., *Teoria generale del reato*, in *Nov.mo dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, pp. 7 ss; Id., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Questione criminale*, 1980, 191 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 121 e ss. .

soggettivi della fattispecie, ma anche che la condotta tenuta sia concretamente lesiva del bene giuridico individuato come meritevole di tutela dal legislatore.

Il tema impone di focalizzare l'attenzione quantomeno su due corollari della stretta legalità penale, che, pur non espressamente sanciti dall'art. 25 Cost., si ritengono oggi cogenti non solo in virtù della riserva costituzionale, ma anche dell'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo ⁽¹⁴⁰⁾.

Quest'ultima si è infatti cristallizzata nell'individuare tre requisiti che devono possedere le fattispecie incriminatrici degli Stati membri, per considerarsi conformi alle garanzie della Convenzione, ossia descrizione precisa della fattispecie, accessibilità del dato normativo e prevedibilità.

Il fondamento di tali principi è ormai stabilmente radicato sia da un punto di vista garantista, sia da quello politico-criminale della certezza della norma penale, basandosi sull'idea che soltanto una fattispecie penale, descritta in modo chiaro e preciso, possa orientare effettivamente i consociati al rispetto dei valori tutelati dall'ordinamento e, pertanto, la conoscibilità del precetto e della sanzione rappresentino condizione normativa essenziale affinché la pena comminata sia percepita come giusta.

Il principio di tassatività, che risponde perciò a una logica di general prevenzione, nell'ottica della deterrenza, si associa altresì al divieto di analogia nel presidiare la certezza della norma penale da possibili storture dovute all'arbitrio del giudice, assicurando la frammentarietà del diritto penale ⁽¹⁴¹⁾, e allo stesso tempo fornisce anche alla polizia giudiziaria e alle

⁽¹⁴⁰⁾ Si confrontino sul punto, *ex pluribus*: F. SGUBBI, *Diritto penale comunitario*, voce in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 104 ss.; A. BERNARDI, *Commento all'articolo 7*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 64 ss.; Id., *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, I, 2004, p. 5 e ss.; A. LUCARELLI, *Stato di diritto e principio di legalità nel processo di evoluzione della forma di stato europea: il convegno di Napoli del 6 aprile 2004*, in *Rass. parl.*, 2004, IV, p. 891 ss. .

⁽¹⁴¹⁾ In punto, si confrontino le parole scelte dalla Corte Costituzionale nell'ordinanza di rimessione alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dell'ormai celebre caso Taricco (Ord. 24/2017, ud. 23 novembre 2016): “questa Corte è chiamata dai giudici rimettenti a valutare, tra l'altro, se la regola tratta dalla sentenza resa in causa Taricco soddisfi il *requisito della determinatezza*, che per la Costituzione deve caratterizzare le norme di

Procure della Repubblica una traccia che dovrebbe essere funzionale a una giusta ed eguale attuazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Queste ultime considerazioni non fanno altro che rimandare, ancora una volta, alla spinosa questione del rapporto tra formante legislativo e formante giurisprudenziale nelle ipotesi in cui manchi una chiara (o sufficientemente ampia), scelta incriminatrice del legislatore nei confronti di offese a “nuovi” beni collettivi, ovvero di comportamenti indubbiamente confliggenti con la morale collettiva, ma difficilmente suscettibili di una precisa tipizzazione. Evenienze, queste ultime, che possono indurre l'interprete concreto a ritenere necessario forzare il dettato della legge per soddisfare (presunte) domande di giustizia, magari anche largamente condivise.

Queste tendenze, particolarmente temute e osteggiate dalla dottrina nazionale ⁽¹⁴²⁾, trovano però un aggancio proprio a livello europeo, ove il principio di stretta legalità penale viene ormai interpretato in una accezione “materiale” e assolutamente concreta che impone di individuare il significato della norma incriminatrice non solo in base alla previsione legislativa, ma anche alla luce del significato alla stessa attribuito dalla giurisprudenza, dando così luce a un *unicum* norma-interpretazione.

Così delineati i contorni della stretta legalità penale, come oggi intesa, si tratta perciò di individuare un criterio per stabilire quale sia il confine tra fisiologia e patologia dell'attività di *law enforcement*, un confine certamente di per sé non individuabile nettamente, con una regola meccanica, ma che si

diritto penale sostanziale. Queste ultime devono quindi essere formulate in termini chiari, precisi e stringenti, sia allo scopo di consentire alle persone di comprendere quali possono essere le conseguenze della propria condotta sul piano penale, sia allo scopo di impedire l'arbitrio applicativo del giudice”.

⁽¹⁴²⁾ In un panorama dottrinale vastissimo, si vedano, su tutti: E. GRANDE, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?*, in *Pol. dir.*, 1996, 469 ss.; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale, Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, spec. p. 20 e ss., 113 e 123 e ss.; L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in *AA.VV., Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente e ipotesi del futuro*, Padova, 2001, p. 43 ss.; C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli 2012.

deve ormai collocare nella sfera irrinunciabile della certezza e prevedibilità di ciò che è penalmente rilevante e di ciò che invece non lo è.

Se il giudicante non si può più ritenere né praticamente, né teoricamente bocca della legge, altrettanto intuitivamente si può affermare che il complesso delle garanzie costituzionali e sovranazionali cui deve riferirsi la sua attività impongano scelte di interpretazione conformi a canoni ermeneutici condivisi, in modo che la legge possa risultare, prima ancora che controllabile, riconoscibile dai consociati.

Ma se la riconoscibilità e certezza non sono ricollegabili ai dati forniti dalle norme incriminatrici, qualora per una scelta di politica criminale il legislatore abbia deciso di costruire norme penali “in bianco”⁽¹⁴³⁾, o che comunque destinato l’integrazione della fattispecie penalmente rilevante a fonti secondarie o atti dell’amministrazione⁽¹⁴⁴⁾, ci si domanda se non sia giunto il momento di ammettere che la giurisdizione penale non debba rinunciare a fare ricorso allo strumentario di principi, categorie, metodi e, soprattutto, norme di legge che regolano il funzionamento e gli svolgimenti di quegli ordinamenti etero-integrativi.

L’ovvio riferimento, per quel che qui interessa, va alle categorie del diritto amministrativo, alla cui analisi si darà spazio nella seconda parte dell’opera.

⁽¹⁴³⁾ Per una rapida panoramica sul profilo specifico delle norme penali in bianco si vedano, *ex multis*: G. CARBONI, *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.;

⁽¹⁴⁴⁾ Attesa la vastità della dottrina in tema, si vedano *ex pluribus*: A. BERNARDINI, *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milano, 1966; F. PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 244; G. VICICONTE, *Riserva di legge in materia penale e fattispecie in rapporto di integrazione con atti amministrativi*, in E. DOLCINI-T. PADOVANI-F. PALAZZO (a cura di), *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle regioni*, Milano, 1994, p. 79; S. MOCCIA, *La “promessa non mantenuta”. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001; M. PETRONE, *La costruzione della fattispecie penale mediante rinvio*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, p. 192.

3.2 Legalità dell'azione amministrativa e merito amministrativo.

Per chiudere il cerchio del discorso relativo al principio di legalità, non può non farsi qualche cenno al ruolo che esso ha storicamente assunto, ben prima dell'avvento della Costituzione repubblicana, nella materia amministrativista.

Il principio di legalità impregna l'autorità della pubblica amministrazione, del quale costituisce fondamento e giustificazione, prima ancora d'esserne semplicemente condizione di validità.

Si è già avuto modo di evidenziare come il principio abbia perso la propria vitalità sul versante delle fonti del diritto e, in modo forse ancor più significativo, sul piano del diritto penale, nonostante la presenza ingombrante di una riserva di legge che è rimasta intatta nella propria portata precettiva. Ebbene non può non evidenziarsi come, anche sul piano del diritto amministrativo, nella fase storica più recente, il principio di legalità stia vivendo profonde trasformazioni, sia sul versante della disciplina dell'organizzazione, dei poteri e più in generale dell'azione della pubblica amministrazione⁽¹⁴⁵⁾, sia sul quello del controllo giurisdizionale.

I fattori di cambiamento ricalcano grosso modo quelli che si sono già richiamati più volte: la parziale cessione di sovranità a favore delle istituzioni europee, il decentramento delle competenze regionale e locale, la crisi generale della rappresentanza politica e dell'istituzione parlamentare, cui si aggiungono profili specifici che riguardano lo sviluppo dei poteri tecnici⁽¹⁴⁶⁾

⁽¹⁴⁵⁾ Per gli opportuni approfondimenti si rinvia a F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 197 e ss.; I. M. MARINO, *Responsabilità dell'Amministrazione e risultati*, in M. IMMORDINO-A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, 163-164, che affronta il tema dalla prospettiva del decentramento locale; R. FERRARA, *Il procedimento amministrativo visto dal "terzo"*, in M. IMMORDINO-A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità*, cit., 242, 246 ss., che invece collega il fenomeno al ruolo delle fonti comunitarie ed europee, e della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione.

⁽¹⁴⁶⁾ Sul punto, per un confronto lungimirante fra diverse impostazioni, si vedano ex multis: G. MAJONE, *From the positive to the Regulatory State: Causes and consequences of Changes in the Mode of Governance*, in *Journal of Public Policy*, 1997, p. 141; C.

e della *soft law* ⁽¹⁴⁷⁾, sostanzialmente scaturiti dall'acclarata inadeguatezza delle forme tradizionali di regolazione ⁽¹⁴⁸⁾.

La legislazione in materia amministrativa si è lentamente spostata in una direzione che ha riscritto i parametri della legalità tradizionalmente intesa, ancorata al ruolo "apotropaico" dei vincoli provenienti dalla legge parlamentare, a quella nuova forma che viene definita "legalità procedurale", che si realizza cioè nella predisposizione di garanzie a tutela degli amministrati che si collocano nella fase procedimentale: garanzia della partecipazione procedimentale, obbligo motivazionale delle decisioni amministrative generalizzato, trasparenza dell'azione amministrativa, insomma tutto ciò che è oggi racchiuso nella disciplina della l. 241 del 1990.

Tale deriva ha avuto una significativa ulteriore accelerazione per opera della l. n. 15/2005, che ha introdotto nel nostro sistema nuove regole che sembrano ridisegnare il provvedimento amministrativo nel senso di prestare

SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in Id., *Le categorie del "politico"*, Bologna, 1998, p. 178; A. DE PETRIS, *La rappresentanza nell'era della tecnopolitica*, in N. ZANON-F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, 2001, p. 205; G. GRASSO, *L'indipendenza delle Autorità amministrative indipendenti tra forma di Stato, forma di governo e trapasso dei sistemi elettorali. Un'indagine comparata*, in AA. VV., *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, 1999, p. 101 e ss; C. POLLITT-K. BATHGATE-J. CAULFIELD-A. SMULLEN-C. TALBOT, *Agency fever? Analysis of an international policy fashion*, in *Journal of Comparative Policy Analyses Research and Practice*, 2001, p. 271; C. POLLITT-C. TALBOT-J. CAULFIELD-A. SMULLEN, *Agencies: how governments do things through semiautonomous organizations*, Basingstoke, 2004; R. MICCÙ, *Lo Stato regolatore e la nuova Costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in P. CHIRULLI- R. MICCÙ (a cura di), *Il modello europeo di regolazione*, Napoli, 2011, p. 138 ss.

⁽¹⁴⁷⁾ Sul tema, si vedano, fra i tanti: E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008; A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, all'interno del quale si segnalano, in particolare: R. BIN, *Soft law, no law*, in A. Somma (a cura di), op. cit., 33-37; R. VOLANTE, *Il soft law come norma di diritto privato. Un tentativo di definizione*, p. 174, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law*, cit., p. 174; più di recente M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Riv. regolazione dei mercati*, 2016, 2.

⁽¹⁴⁸⁾ Per una rassegna ampia ed esaustiva dei fattori di cambiamento del diritto amministrativo, si veda M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e postmodernità*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Bologna, 2017, pp. 199 e ss.

un'attenzione rafforzata agli aspetti dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa, sganciandoli dalla legalità *strictu sensu*.

L'argomento è spesso svolto con riferimento, per esempio, all'art. 21-*octies*, introdotto appunto nel 2005, emblema dei vizi di legittimità che non invalidano l'atto, ma si potrebbe analogamente citare la norma immediatamente seguente, l'art. 21-*nonies*, che nella più recente modifica legislativa ⁽¹⁴⁹⁾ ha sancito i termini perentori entro cui l'amministrazione può esercitare i poteri di annullamento d'ufficio.

Contestualmente, a parziale compensazione di questa perdita di centralità della legge ⁽¹⁵⁰⁾, per bilanciare una più accentuata valorizzazione della stabilità dell'atto amministrativo, si è assistito a un rinvigorismento del ruolo svolto dal giudice nell'ambito del giusto processo amministrativo, significativamente innovato con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo del 2010 ⁽¹⁵¹⁾.

⁽¹⁴⁹⁾ La norma è stata inserita con il D.l.133/2014 convertito con modificazioni dalla L. 164/2014 e da ultimo modificata dalla L. 124/2015.

⁽¹⁵⁰⁾ Presso la giurisprudenza costituzionale trova ancora riscontro quel principio nella sua accezione sostanziale: “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 (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, *ex plurimis*, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). 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”. Così, di recente, Corte Cost., sent. 7 aprile 2011, n. 115.

⁽¹⁵¹⁾ In tema si vedano, fra tanti: G. SPADEA, *Il giusto processo amministrativo secondo l'art. 6 della CEDU e con cenni al caso italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 367 ss.; E. PICOZZA, *Il «giusto» processo amministrativo*, in *Cons. St.*, 2000, II, 1061 ss.; F.G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, in F.G. SCOCA (cur.), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, 163 ss.; S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, Milano, 2004; G. TACCOGNA, *Giusto processo amministrativo e integrazione della motivazione dell'atto impugnato*, in *Dir. proc. Amm.*, 2005, 3, 696 ss.; M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 100 ss. .

Il codice, unificando in un unico testo la disciplina del processo amministrativo e abrogando tutte le norme precedenti, ha rafforzato sensibilmente la giurisdizione del giudice amministrativo e ampliato i suoi poteri istruttori, così come le azioni esperibili dalle parti, corollate da una nuova fase cautelare e una specifica fase esecutiva, ossia il giudizio d'ottemperanza, prevedendo infine una serie di riti speciali, nell'ottica di consentire una tutela più celere e congrua rispetto ai tempi delle attività economiche odierne.

L'intervento organico del legislatore ha coronato e avallato un ruolo che il giudice amministrativo si era, in gran parte, già ritagliato ⁽¹⁵²⁾ attraverso la propria giurisprudenza che, senza esitazione, si può definire creativa.

Così, per esempio, il tradizionale sindacato limitato e depotenziato del giudice amministrativo è stato gradatamente ampliato con l'attrazione dell'esame sul merito da parte della sfera della legittimità, attraverso il grimaldello della figura dell'eccesso di potere che si è emancipata dal tradizionale vizio dello sviamento di potere, per trasformarsi in un controllo sulle valutazioni svolte dall'Autorità amministrativa in ordine a carenze motivazionali, vizi logici o eventuali difetti di istruttoria, che culmina in un sindacato di ragionevolezza, logicità e coerenza delle decisioni amministrative tutt'altro che plastico ⁽¹⁵³⁾.

Queste considerazioni dovrebbero indurre a ritenere quantomeno inopportuna – se non pericolosa – l'eventualità cui si è fatto cenno, ossia che il giudice penale possa far proprio lo strumentario di principi, categorie e metodi di valutazione degli atti amministrativi ⁽¹⁵⁴⁾. Ebbene, se il timore è

⁽¹⁵²⁾ Osserva, in particolare, M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 2014, 4, p. 13 e ss., “è stato il giudice amministrativo a dover emanciparsi dal compito di assicurare la giustizia *nella* amministrazione e crearsi il compito di imporre la giustizia *alla* amministrazione”

⁽¹⁵³⁾ Non si possono qui compendiare le conclusioni tratte sul tema dall'opera R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, op. ult. cit., spec. p. 95 e ss., 152 e ss, 182 e ss., se non correndo il rischio di peggiorare i contenuti già evidenziati dagli Autori. Si rimanda pertanto alla lettura della stessa e a tutta la preziosa bibliografia ivi citata.

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. sul punto *ex multis*: R. BAJNO, *La tutela penale del governo del territorio*, Milano, 1980, 88 e ss.; M. PETRONE, *La disapplicazione dell'atto amministrativo (aspetti penali)*, cit., p. 55 e ss.; critico anche G. GALLENCA, *Indipendenza della pubblica*

che il giudice penale possa accedere a quello che si è definito come il “grimaldello” dell’eccesso di potere, l’argomento che si può immediatamente opporre a tali accorte obiezioni non può che appuntarsi sul dato empirico, sull’evidenza cioè per cui i giudici penali, ricorrendo a massime giurisprudenziali travisate affermazioni di principio impalpabili e formule tratlative incrostate di tentativi di ricostruzione dogmatica discutibili – e di queste la macroscopica illegittimità è solo un esempio – operino già surrettiziamente valutazioni di merito sugli atti amministrativi.

Ciò peraltro avviene in modo ben più disinvolto di quanto non facciano i giudici amministrativi, senza rifarsi a canoni facilmente individuabili né prevedibili, dando perciò luogo all’idea che un riaggancio alle categorie del diritto amministrativo potrebbe essere la via più breve per restituire quantomeno coerenza e chiarezza rispetto a quello che è il diritto vivente formatosi attorno alla disciplina dell’azione amministrativa.

L’assunto merita evidentemente ulteriori approfondimenti, ma pare finora di aver dimostrato che, quantomeno sul piano della “certezza” e, più in generale, sotto il profilo del *self-restrain* di inquirenti e giudicanti, le categorie del diritto penale non abbiano fornito apprezzabili risultati.

amministrazione e Giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa italiana, Milano, 1990; più di recente, si vedano G. COCCO, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, cit., spec. sez. I rubricata “La rete delle contaminazioni amministrativistiche”; F. CANGELLI, *Contaminazioni e suggestioni amministrativistiche nel quadro dogmatico delle Sezioni unite sulle valutazioni tecniche*, in *Arch. Pen.*, 2018, 1.

4. Certezza del diritto, legittimo affidamento, ignoranza del precetto penale (o extra-penale), frammentazione e pluralismo degli interessi rilevanti.

Avendo a mente il disposto dell'art. 5 c.p., secondo cui “nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale”, ogni discorso che si è fatto in ordine alla certezza del diritto (intesa come prevedibilità e riconoscibilità della norma incriminatrice) sembra scomparire dietro alla regola compendiata dal detto popolare “la legge non ammette ignoranza”.

Trattandosi di un principio noto non solo agli addetti ai lavori, ma alla generalità dei consociati, che padroneggiano il concetto per cui a tutti i cittadini è imposto l'onere di conoscere le leggi o, quanto meno, che agli stessi non è concesso di difendersi sulla base del fatto di non averle conosciute, tale legittimazione di carattere “popolare” ha essenzialmente retto meglio di quei tentativi dogmatici che hanno tentato di giustificare a livello teorico ciò che facilmente potrebbe considerarsi una norma prevaricatrice dell'ordinamento. Una presunzione di natura fondamentalmente pragmatica che, in definitiva, sottende una scelta di politica criminale, quella cioè di partire dall'idea che chi delinque conosca le regole che viola, e possa perciò autorappresentarsi che il proprio comportamento sia fuoriuscito dalla sfera del lecito.

Invero, la norma perpetua la propria essenza solo dopo essere stata depurata da uno storico intervento della Corte Costituzionale ⁽¹⁵⁵⁾ che, ben prima della Corte di Strasburgo, è arrivata a intuire che in un ordinamento giuridico sempre più “tecnico”, sempre più lontano dalla primigenia dimensione delle regole liberali auto attribuite dalla società per la società, e quindi – presuntivamente – da tutti i consociati conosciute o quanto meno conoscibili, vi sia la possibilità che un'ignoranza inevitabile renda ingiusta la

⁽¹⁵⁵⁾ C. Cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364, la sentenza è pubblicata in *Foro it.*, 1988, I, p. 1385, con nota di G. FIANDACA; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686 con nota di D. PULITANO'. In tema si veda, nello stesso numero della stessa rivista, anche L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significato e prospettive*, p. 1313 e ss. .

punizione di un comportamento criminoso non riconosciuto come tale dall'agente.

In proposito, si deve rilevare che il codice di procedura penale italiano già nel 1930 conteneva una norma rivolta a ridurre l'ambito di applicabilità della disciplina dell'errore di diritto, incidendo in particolare sulla disciplina dell'errore su legge diversa da quella penale.

Il riferimento va all'art. 47 comma 3 c.p., ai sensi del quale "*l'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato*", disposizione che ha posto agli interpreti, all'indomani della sentenza della Consulta, il problema di distinguere tra l'errore su legge extrapenale e l'errore sul precetto penale.

Detto in altri termini, la questione di individuare cioè i parametri in base ai quali identificare l'errore che incide sul fatto che costituisce reato, al quale si riconoscerà l'efficacia scusante dell'art. 47 co. 3, da quello che si risolve in un errore sul precetto, a cui sarà invece riconosciuta l'efficacia scusante limitata dell'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale nel 1988 ⁽¹⁵⁶⁾.

Il tema ha avuto sviluppi significativi sia nella giurisprudenza, sia in dottrina, ciò non di meno non pare siano stati raggiunti approdi soddisfacenti (o quantomeno univoci), in merito alla questione che pare qui invece centrale, ossia l'incertezza che può essere ingenerata dall'emanazione di atti della pubblica amministrazione che possono aver indotto in errore il cittadino.

L'affidamento ⁽¹⁵⁷⁾ riversato in un provvedimento ampliativo illegittimo emanato da un'amministrazione che autorizza formalmente l'agente a tenere una determinata condotta rivelatasi poi di sospetta rilevanza penale dovrebbe portare a considerate come avente efficacia scusante l'errore in cui viene indotto il privato ⁽¹⁵⁸⁾.

⁽¹⁵⁶⁾ Sul punto si veda, su tutti, F. MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile e inexcusabile*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1990, p. 39 e ss. .

⁽¹⁵⁷⁾ Per una panoramica generale sul tema si segnalano: R. SACCO, (voce) *Affidamento*, *Enc. dir.*, I, 661; V. PIETROBON, (voce) *Affidamento*, *Enc. giur.*, 1988, I; F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; Id., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2001; Id., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: il caso dell'«alternanza»*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2001, 561 e ss.

⁽¹⁵⁸⁾ Conforme in proposito Pretore Frosinone, 17 febbraio 1994, in *Giur. pen.* 1995, pag. 598, ove si legge che "è configurabile l'ignoranza scusabile della legge penale [...]"

La giurisprudenza, che si è mossa sulle orme della Corte Costituzionale, ha però prevalentemente sottolineato come il margine di scusabilità individuato da quella pronuncia additiva di principio debba essere relegato alla sola ignoranza inevitabile, che, in quanto tale, non sembra ammettere letture “indulgenti”.

Così, per esempio, non sono state ritenute sufficienti, sul piano scusante, l'autorizzazione o il parere indebiti forniti dall'amministrazione o che abbiano dato modo a chi li ha ottenuti di dubitare della loro legittimità, così come “le dichiarazioni del tecnico di un piccolo comune, dotato di modesta preparazione professionale, qualora le stesse siano in contrasto con un consolidato orientamento giurisprudenziale, non trovino uniforme applicazione nella stessa provincia o regione ovvero siano macroscopicamente illegittime”⁽¹⁵⁹⁾.

Permangono seri dubbi, almeno in chi scrive, in ordine alla tenuta logica, prima ancora che giuridica, di quelle decisioni che ritengono contemporaneamente sussistente la responsabilità di un agente privato per non aver riconosciuto la macroscopica illegittimità di un atto amministrativo di cui ha beneficiato, valutando perciò come chiaro, univoco e determinato il quadro normativo sulla base del quale l'atto è stato emesso, senza pronunciarsi su quelle che sono le responsabilità nel reato degli agenti della pubblica amministrazione.

Questo è invece il panorama che ci restituisce l'analisi della giurisprudenza più recente, dato empirico che pare corroborare la tesi secondo cui il diritto penale nella sua autonomia e autoreferenza non sia più sufficiente

laddove l'agente si sia determinato a tenere la condotta vietata, nell'erronea credenza della sua legittimità, a cagione di comportamenti contraddittori della pubblica amministrazione ovvero di orientamenti giurisprudenziali non conformi”; cfr. anche Trib. Milano, 17 giugno 2000, in *For. Amm.* 2001, p. 99, con nota di P. IANNUCELLI. Nella specie, in quest'ultimo caso, veniva contestato agli imputati lo smaltimento di rifiuti provenienti dalla raccolta differenziata senza la prescritta autorizzazione. I giudici hanno ritenuto sussistenti, all'epoca dei fatti, tutti gli indici dell'ignoranza scusabile, quali l'incertezza legislativa, la giurisprudenza oscillante, la condotta equivoca del Comune, in ordine alla esatta qualificazione dei materiali trattati come rifiuti, per i quali l'autorizzazione era richiesta.

⁽¹⁵⁹⁾ Cass. pen., sez. III, 5 dicembre 1996, Ornati, in C.E.D. Cass., n. 206744.

a restituire un quadro che possa dirsi perfettamente coerente con i principi costituzionali ed europei già richiamati.

5. Giustiziabilità dell'azione amministrativa, principio del contraddittorio, onere della prova e presunzione d'innocenza.

L'art. 113 co. 1 Cost., prevedendo che contro gli atti della pubblica amministrazione sia “sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi” dinanzi agli “organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa”, pone una regola che caratterizzare la nostra Repubblica quale Stato di diritto ⁽¹⁶⁰⁾.

La norma costituzionale prosegue specificando che la tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti, e che è la legge a dover determinare quali organi di giurisdizione possano annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa.

Il principio si correla strettamente a quello di legalità dell'agire amministrativo, nel senso che pare indubbio che la giustiziabilità degli atti amministrativi esiga quale presupposto logico “che i poteri dell'amministrazione siano esercitati in aderenza a un parametro *normativo* precostituito, di modo che tale conformità possa essere verificata da un giudice” ⁽¹⁶¹⁾.

L'art. 113, secondo la sua lettura più ampia, sancirebbe cioè un principio che riserva “in ogni caso al giudice l'ultima parola nei rapporti tra i cittadini ed il potere, quando si tratti di interessi regolati dalla legge o dai principi giuridici elaborati per razionalizzare e, comunque, ricondurre al sistema l'attribuzione e l'esercizio del potere”, ciò significando che “nessun tipo di

⁽¹⁶⁰⁾ Così, Corte Cost., sent. 2 febbraio 1982, n. 18.

⁽¹⁶¹⁾ Così, C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, p. 268.

provvedimento (possa) fare da schermo tra il cittadino e l'ordinamento giuridico che spetta al giudice specificare nei suoi contenuti" (162).

Tale interpretazione della norma costituzionale non ha tuttavia impedito al legislatore di costruire un sistema di diritto sostanziale e processuale che privilegi la stabilità dell'atto amministrativo e degli effetti giuridici sottostanti, anche prescindendo, a certe condizioni, dall'illegittimità dell'atto che, astrattamente, dovrebbe portare a una sua rimozione dall'ordinamento.

L'esigenza di tutelare l'affidamento prestato dai privati rispetto all'esercizio dell'attività amministrativa è ampiamente accolta dal legislatore che, nell'attuazione di politiche di arginamento della crisi economica, ha via via tenuto sempre in maggiore considerazione la necessità di garantire la stabilità degli effetti conseguiti con i titoli abilitativi o comunque ampliativi della sfera giuridica, nell'auspicabile indirizzo di incentivare e incoraggiare così gli investimenti, soprattutto esteri. Tale tendenza risulta oggi presidiata non solo dai termini decadenziali cui sono sottoposte sia l'azione di annullamento, sia quella di nullità (163), ma anche dalle vigenti previsioni che riguardano la disciplina dell'autotutela, con quest'ultima, in particolare, che è stata oggetto di molteplici riforme orientate proprio in tale direzione.

Sono riconducibili a tale indirizzo di politica legislativa il cosiddetto decreto "sblocca-Italia" (164), che ha circoscritto il potere di revoca subordinandone l'esercizio a condizioni più rigorose, e la nota "legge Madia"

(162) Così, G. ABBAMONTE, *Completezza ed effettività della tutela giudiziaria secondo gli articoli 3, 24, 103 e 113 della Costituzione*, in AA. VV., *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996, p. 40 e ss. .

(163) La Corte Costituzionale riconosce al legislatore un'ampissima discrezionalità in materia di scelte processuali, avendo già avuto modo di chiarire che "il legislatore continua quindi a disporre della più ampia discrezionalità in materia [processuale], pur essendo vincolato a scelte che non siano prive di una valida ragione", purché non sconfini cioè nella "manifesta irragionevolezza delle scelte compiute". Così, Corte Cost., Ord. 9 febbraio 2001, n. 32, in una delle prime pronunce in materia. Nello stesso senso ord. n. 519 del 2002; ord. n. 137 del 2002; ord. n. 251 del 2003; sent. nn. 152 e 242 del 2014; sent. n. 44 del 2016; ord. n. 122 del 2017. Sul tema, in prospettiva generale, si veda G. SORRENTI, *Riserva di legge in materia processuale e latitudine del sindacato di costituzionalità*, in *Dir. pubbl.*, 2014, p. 832 e ss. .

(164) L. 11 novembre 2014, n. 164, conversione del D.l. 11 settembre 2014, n. 133.

(¹⁶⁵), che ha definito un vincolo temporale rigido del potere di sospensione e di annullamento d'ufficio. Il riferimento, in particolare, va al limite temporale attualmente sancito dall'art. 21-*nonies* che, invero, non si applica soltanto ai casi di autotutela in senso tecnico, ma anche agli interventi inibitori, repressivi o conformativi successivi a segnalazione certificata di inizio attività.

Le regole descritte sono effettivamente innovative, ma non rivoluzionarie, giacché consolidano uno “statuto rafforzato” della validità dell'atto amministrativo che in passato era però orientato alla conservazione degli effetti dell'atto a tutela delle istanze pubbliche, piuttosto che di quelle private.

Le recenti riforme consoliderebbero invece l'emersione dell'affidamento del privato come “posizione soggettiva fondamentale” (¹⁶⁶).

In tal senso si è espresso lo stesso Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sullo schema di decreto legislativo “S.C.I.A. 1”, attuativo della legge delega Madia, affermando che la riforma contiene “*una nuova ‘regola generale’ che sottende al rapporto tra il potere pubblico e i privati: una regola di certezza dei rapporti, che rende imm modificabile l'assetto (provvedimentale-documentale-fattuale) che si è consolidato nel tempo, che fa prevalere l'affidamento*”¹⁶⁷. In altri termini, sono stabiliti “*limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati*”¹⁶⁸.

Questa nuova considerazione dell'affidamento come posizione soggettiva ha riequilibrato in modo rilevante i rapporti tra pubblica amministrazione e privati giacché, con l'introduzione di un elemento rigido e vincolante (il termine di diciotto mesi) accanto ad altri, elastici e discrezionali, rende a un certo punto incompressibile la protezione dell'affidamento, consentendo la sopravvivenza e il consolidamento di un atto seppur virtualmente illegittimo.

(¹⁶⁵) L. 7 agosto 2015, n. 124.

(¹⁶⁶) Cfr. Cons. Stato, *Relazione di Inaugurazione dell'anno giudiziario 2017* del Presidente A. PAJNO, Roma, 28 gennaio 2017.

(¹⁶⁷) Cons. Stato, Comm. spec., parere 30 marzo 2016, n. 839, sullo schema di decreto legislativo recante “Attuazione della delega di cui all'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di segnalazione certificata di inizio attività”, punto 8.1.

(¹⁶⁸) *Ivi*, punto 8.1.1.

Questa progressiva affermazione della stabilizzazione degli effetti dell'atto amministrativo illegittimo, seppur nata in un'ottica di garanzia del privato, ha rafforzato i rigurgiti della tesi della presunzione di legittimità anche sul piano dei privilegi riconosciuti agli atti della pubblica amministrazione. Anzi, a ben vedere non pare si siano spostati significativamente i termini di quello che è stato un lungo dibattito dottrinale, che ha riguardato cioè l'assolutezza o meno degli effetti dell'inoppugnabilità dell'atto amministrativo, ossia la possibilità che lo stesso, rimanendo pur sempre illegittimo, possa considerarsi permanentemente o meno esposto alla possibilità di essere disapplicato da parte del giudice ordinario ⁽¹⁶⁹⁾.

Alcuni degli argomentativi sollevati in proposito con riferimento all'ambito della giurisdizione civile potrebbero forse considerarsi riversabili anche in quello penale. Ciò anzitutto alla luce delle più recenti (ri)aperture in tema di "disapplicazione" per macroscopica illegittimità, e, a maggior ragione, poiché lo stesso art. 21-*nonies* – nella sua infelice formulazione – reca al comma 2-*bis* un richiamo alle "dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato" che rendono i

⁽¹⁶⁹⁾ Il primo Autore a occuparsi del tema dell'inoppugnabilità è M. BRACCI, *L'atto amministrativo inoppugnabile ed i limiti dell'esame del giudice civile*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, I, Padova, 1933, p. 149, il quale distingue tra diversi gradi di definitività; si vedano poi: E. CANNADA BARTOLI, *L'inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1962, p. 24; Id., *Annullamento di ufficio ed inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi (nota a Cons. Stato, sez. VI, 30 settembre 1964 n. 654)*, in *Foro amm.*, 1964, p. 143; imprescindibile l'opera di P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970, ove l'Autore giunge a escludere l'inoppugnabilità come qualità assoluta dell'atto. Dello stesso avviso anche B.G. MATTARELLA, *Provvedimento amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, cit., p. 4738, secondo il quale il fenomeno della disgiunzione tra validità ed efficacia nel caso di atti illegittimi sarebbe solo funzionale all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici; Si vedano infine R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, op. cit., p. 345, per i quali, l'inoppugnabilità "in relazione al fatto preclusivo della decorrenza dei termini per l'impugnazione costituisce una garanzia dell'efficacia della statuizione provvedimentoale, sia questa valida o invalida. Siffatta garanzia dell'efficacia del provvedimento è in ogni caso disponibile per l'amministrazione, dal momento che una mutazione dell'interesse pubblico può condurre l'amministrazione a mutare decisione e in ciò essa non trova ostacolo nell'inoppugnabilità formatasi".

provvedimenti conseguiti sulla base degli stessi suscettibili di annullamento ufficioso anche dopo lo spirare del termine previsto al comma 1 della stessa norma.

Ebbene, la preoccupazione che si vuole esprimere, mutuando analoghe considerazioni svolte in merito al potere di disapplicazione che residuerebbe in capo al giudice civile, è che la rinascita delle tesi favorevoli alla disapplicazione per macroscopica illegittimità rischi di trasformare il processo penale in una via alternativa per il terzo controinteressato che abbia interesse a caducare l'atto, che gli consentirebbe di eludere i termini decadenziali del processo amministrativo ⁽¹⁷⁰⁾.

Il controinteressato potrebbe avere cioè buon gioco a stimolare l'avvio dell'azione penale con gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento, per il solo scopo di esercitare pressioni che stimolino l'amministrazione ad agire in autotutela o perfino, una volta decorsi i diciotto mesi di cui al comma primo art. 21-*nonies*, tentare di riaprire una questione già cristallizzata.

Il problema si pone sotto due profili, entrambi strettamente collegati all'evidenza che, al netto delle eventuali posizioni in cui potrebbero essere chiamati a rispondere gli agenti a titolo personale, all'interno del procedimento penale mancherà sicuramente la partecipazione dell'ente pubblica amministrazione. Ciò significherebbe non solo che l'atto amministrativo potrebbe essere sindacato in una sede comunque non "naturale", ma per di più in un processo monco nel contraddittorio.

Tale evenienza avrebbe un ulteriore significativo risvolto, ossia quello di mettere l'imputato che ha conseguito l'atto ampliativo favorevole nelle condizioni di difendere la legittimità dell'atto, o quantomeno la non macroscopica illegittimità, circostanza che si risolverebbe in una significativa inversione dell'onere probatorio, in evidente incompatibilità con i corollari della presunzione di innocenza ⁽¹⁷¹⁾.

⁽¹⁷⁰⁾ Si è già fatto cenno a tali considerazioni già svolti dalla più attenta dottrina in materia, si rimanda perciò alle puntualizzazioni bibliografiche svolte *sub* nota 51, § 2.2, capitolo I.

⁽¹⁷¹⁾ Sulla dimensione del principio della presunzione d'innocenza si veda, su tutti: G. UBERTIS, *La prova penale: profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, pp. 97 ss; secondo il quale l'imputato non avrebbe l'onere di provare alcunché, potendo persino

Il soggetto beneficiario dell'atto che diviene imputato si troverebbe perciò in una condizione processuale più gravosa di quella in cui avrebbe versato in caso di impugnazione dell'atto nelle sedi amministrative ove, pur essendo una parte necessaria, avrebbe potuto limitarsi ad articolare mere argomentazioni difensive a sostegno della legittimità del provvedimento impugnato, semplicemente accodandosi alle controdeduzioni della parte pubblica.

Bisognerebbe a questo punto valutare fino a che punto la garanzia disposta dall'art. 113 Cost., nella sua portata più ampia, possa essere riletta in una chiave tale da consentire che sia il giudice penale l'ultimo ad avere la parola sulla illegittimità – che è qualcosa di ben diverso dalla illiceità e rilevanza penale – dell'atto emanato dalla pubblica amministrazione.

Un'impostazione che mi pare tutt'altro che neutra e tantomeno conferente con il disegno della Carta Costituzionale, allorquando tale interpretazione venga utilizzata non per garantire una posizione giuridica soggettiva dell'individuo, ma piuttosto per giustificare un'affermazione di responsabilità e la relativa punizione.

6. Separazione dei poteri e garanzia delle prerogative dell'amministrazione. Opportune puntualizzazioni.

Introducendo l'argomento della separazione dei poteri non si può partire da altro rilievo se non quello di dover affrontare uno dei tanti principi generali non esplicitamente richiamati dalla Costituzione, ma evidentemente desumibili dal complesso dell'architettura repubblicana.

La principale spia della cogenza del principio è insita nella previsione dell'art. 134 Cost., che pone tra le competenze della Corte costituzionale il sindacato sui conflitti "interorganici" tra poteri dello Stato, più compiutamente disciplinato dalla L. 11 marzo 1953, n. 87.

rimanere inerte e sperare che la propria assoluzione derivi semplicemente dall'assenza o comunque dall'insufficienza delle prove fornite dall'accusa.

Tale conflitto deve insorgere “tra organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono” (art. 37), motivo per il quale si ritiene che, generalmente, le pubbliche amministrazioni – fatta eccezione per la Corte dei Conti, che è stata ammessa in qualche caso, e le regioni, cui spetta una procedura specifica – non siano legittimate a promuovere alcuna contestazione, in quanto organi non di vertice del potere esecutivo.

Un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato può nascere però all’interno di un giudizio ordinario, da una contestazione riguardante la potestà dell’autorità giudiziaria di conoscere di rapporti in cui sia coinvolta un’amministrazione, ma ciò solo ai fini di radicare eventualmente la giurisdizione innanzi al giudice amministrativo.

La disciplina di tale conflitto è contenuta nel codice di procedura civile (artt. 37, 41, 360, 362), che ne affida la risoluzione alla Corte di Cassazione, che decide a Sezioni Unite, a norma dell’art. 374 c.p.c. .

Manca invece nel nostro ordinamento una procedura analoga che riguardi il processo penale, motivo per il quale deve ritenersi che, in senso stretto, un conflitto di poteri fra le pubbliche amministrazioni (con le eccezioni già menzionate) e un magistrato d’ambito penale possa essere sollevata unicamente dal Governo, eventualità che peraltro si è già verificata con riferimento al caso ILVA, che si è già avuto occasione di menzionare ⁽¹⁷²⁾.

In questo senso, si può cominciare a trarre una prima conclusione, cioè che le pubbliche amministrazioni, di norma, sono sostanzialmente inermi di fronte a eventuali azioni esorbitanti della magistratura penale, a meno che non vi sia un intervento del Ministro competente o del Consiglio dei Ministri, dovendosi altresì evidenziare che, benché il processo penale possa oggi riguardare un ente privato che svolge pubbliche funzioni, ciò non possa invece dirsi con riferimento diretto alle pubbliche amministrazioni *strictu sensu* ⁽¹⁷³⁾.

⁽¹⁷²⁾ Si rimanda a tal fine alla nota n. 84, *sub* § 3.1.2, Capitolo I.

⁽¹⁷³⁾ Ai sensi dell’art. 1, comma 2, d.lgs. 231, le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica. La responsabilità è invece esclusa (comma 3) per lo Stato, per gli enti pubblici territoriali, per gli altri enti pubblici non economici e per quelli che svolgono

Il paragrafo potrebbe perciò chiudersi qua, concludendo che, allorquando il Governo o chi per esso non intendano sollevare un conflitto di attribuzione, prevalgano i principi di soggezione alla sola legge del giudice penale, di cui all'art. 101, di giustiziabilità dell'azione amministrativa di cui all'art. 113 Cost., e, quindi, *nulla quaestio*.

La ricostruzione è evidentemente insoddisfacente, non a caso il principio di separazione dei poteri viene invocato da pressoché tutte le Cassazioni penali successive alle Sezioni Unite Borgia, dal 1999 a oggi, allorquando si occupino della spinosa questione della sindacabilità degli atti amministrativi nell'ambito dell'accertamento penale, indipendentemente da quello che poi è il principio di diritto espresso o la soluzione concretamente adottata.

Altrettanto insoddisfacente paiono quelle conclusioni che, valutata l'attuale estensione della giurisdizione del giudice amministrativo, definiscono il problema della sovrapposizione fra amministrazione e magistratura penale riconducibile esclusivamente all'invasione di quella che è il residuo della sfera di immunità dal sindacato giurisdizionale di cui la prima gode, cioè il merito amministrativo.

La verità, piuttosto banale, è che non si possa creare una confusione fra sfera dell'illegittimità accertabile dal giudice amministrativo e della illiceità e rilevanza penale dell'atto amministrativo, che riguarda la sfera dei comportamenti umani giudicati dal magistrato penale.

Tuttavia, si ritiene qui di dover ribadire – anche se non dovrebbe essercene bisogno – che se è vero che allorquando risulti provato un abuso del potere amministrativo, possa inferirsi la sussistenza di un vizio di legittimità che è l'eccesso di potere, viceversa, allorquando sia pure rinvenibile un eccesso di potere, non è affatto automaticamente deducibile che esista anche un abuso penalmente rilevante, e anzi, il principio della presunzione d'innocenza dovrebbe portare a ritenere che lo stesso non sussista fino a prova che vada al di là del ragionevole dubbio ⁽¹⁷⁴⁾.

funzioni di rilievo costituzionale. Si veda, per tutti, A. ROSSI, *I soggetti persone giuridiche: su quali enti vigila il D.Lgs. 231?*, in AA.VV., *D.lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Soc.*, 2011, n. spec., p. 23 e ss. .

⁽¹⁷⁴⁾ Si confronti sul punto Consiglio di Stato (*Sez. IV, 16/10/1998, n. 1306*).

La necessità di ripensare gli equilibri fra poteri della magistratura e prerogative della pubblica amministrazione, però, trascende la questione del riparto fra giurisdizioni.

Basti qui menzionare l'intervento del Presidente del Consiglio di Stato nella relazione inaugurale dell'anno giudiziario 2017 ⁽¹⁷⁵⁾, che ha espresso una certa preoccupazione per il fatto che la pubblica amministrazione si stia dimostrando sempre più incerta e remissiva nell'assumere le proprie decisioni, perfino attendista rispetto alle pronunce del giudice amministrativo cui intende uniformarsi ⁽¹⁷⁶⁾.

Quest'ultima notazione suscita riflessioni che riguardano certamente l'odierno, ma portano anche a interrogarsi sulla direzione che il controllo giurisdizionale sull'azione amministrativa rischia di assumere rispetto alla dimensione storica in cui l'amministrazione è nata, prima di operare in un quadro costituzionale comunque votato, se non alla separazione, all'equilibrio fra poteri.

L'amministrazione è nata come diretta emanazione dell'assolutismo monarchico, portatore di una nuova e diversa razionalità, che è la della ragion di Stato, che mal si concilia con l'andamento valutativo e possibilista, tipico e contestualizzante, della ragione giuridica.

L'antica regola universale di giustizia “*suum cuique tribuere*” non poteva più pretendere di essere applicata quando erano in gioco atti dell'amministrazione, dovendosi considerare quest'ultima nella sua dimensione di entità portatrice di un interesse pubblico superiore, per definizione più importante di quello dei privati e destinato a prevalere su di esso senza possibilità di tutela innanzi a un arbitro terzo e imparziale.

⁽¹⁷⁵⁾ Cons. Stato, *Relazione di Inaugurazione dell'anno giudiziario 2017* del Presidente A. PAJNO Roma, 28 gennaio 2017, cit.

⁽¹⁷⁶⁾ Sul tema si confrontino altresì: F. SALVIA, *La semplificazione amministrativa: tra scorciatoie procedurali e semplicismi mediatici*, in *Nuove autonomie*, 2008, p. 447 e ss.; C. BARBATI, *Semplificazioni e processi decisionali nei sistemi multilivello*, in *Nuove Autonomie*, 2008, p. 435 e ss.; P. DE LISE, *Relazione sull'attività della Giustizia Amministrativa*, Roma, 1 febbraio 2012; A. POLICE, *L'avvocato amministrativista e il suo ruolo nella semplificazione dei rapporti con la P.A.*, in D. CERINI-F. SCARPELLI, *L'avvocato nella società contemporanea*, Torino, 2015, p. 51 e ss., spec. p. 60 e ss. .

In un contesto in cui il rapporto tra sfera d'immunità degli atti amministrativi e sfera del sindacabile si è totalmente invertito, non sembrano tuttavia essere mutate le ragioni che suggeriscono di mantenere immune dall'intervento della giurisdizione quella sfera della funzione pubblica finalizzata "al conseguimento di certi scopi empirici che lo stato considera come propri, e la cui volontà, in quanto espressione dello Stato, è concretizzazione dell'interesse generale"⁽¹⁷⁷⁾.

Il problema della necessità di mantenere ancora oggi un certo grado di separazione fra amministrazione e giurisdizione si misura concretamente nell'esperienza contemporanea se si valuta l'allarme suonato dal Presidente del Consiglio di Stato – ossia un alto rappresentante della magistratura – che segnala un atteggiamento attendista da parte dei funzionari e dipendenti delle amministrazioni, che si risolve in una condivisione con la componente togata, i cui orientamenti vengono assunti a criterio guida, delle scelte che teoricamente spetterebbero unicamente all'apparato amministrativo.

Il rischio, che in realtà si è forse già avverato, è che fra gli agenti della pubblica amministrazione si diffonda la *noluntas* di assumersi la responsabilità di decisioni autonome, contegno che porta a evidenti complicazioni delle procedure e ad allungamenti delle catene "di comando", tutti risvolti che mal si conciliano con la legislazione degli ultimi decenni che invece spinge nella direzione della semplificazione.

Il problema è ancora più pregnante se lo si rapporta all'essenza della giurisdizione penale, che per vocazione, è chiamata a occuparsi di questioni che interessano trasversalmente tutti i rami del diritto, attraversando campi di materia disciplinati da altre branche o settori dell'ordinamento la cui sorveglianza è, anzi, spesso affidato in via prioritaria a ordini di controllo diversi da quello penale, finanche estranei allo stesso ambito giurisdizionale.

Il compito di sorveglianza affidato alla magistratura, che concerne il rispetto della legge penale – cioè di un ristretto, ristrettissimo, ambito della legalità – comporta che, qualora sussistano i presupposti di legge, il controllo

⁽¹⁷⁷⁾ Così L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, p. 288.

si eserciti anche nei confronti di appartenenti alle istituzioni, comprendendo i fatti illeciti commessi nell'esercizio di funzioni pubbliche.

Nel momento in cui però la decisione del giudice penale – o anche solo la prospettazione del capo d'imputazione fatta dagli inquirenti – amplia lo spettro della propria valutazione, con apprezzamenti ambigui che accostano il dubbio in ordine alla legittimità o liceità di determinate attività amministrative e la dichiarazione di reità associata ad altre condotte, pur in qualche modo collegate alle prime, comporta surrettiziamente un'interferenza tra poteri, che prescinde dal fatto che ciò avvenga senza pronunciarsi sulla rilevanza penale delle condotte tenute dagli agenti della pubblica amministrazione.

Anzi, è proprio dal fatto che non vi sia una pronuncia di colpevolezza nei confronti di chi ha agito per la pubblica amministrazione – tendenzialmente perché ne è mancata la prova – da cui bisogna far discendere che, nel caso concreto, la magistratura si sia ingerita indebitamente nelle valutazioni compiute dall'amministrazione, alludendo a ipotesi che non è stata in grado di sostenere motivatamente, non rinunciando però a qualificarle in un *obiter dictum*.

6.1 Ermeneutica dell'agire amministrativo ed ermeneutica giudiziale.

Partendo da una prospettiva “storica”, si è già avuto modo di accennare brevemente a come l'idea stessa di amministrazione sia nata, portando con sé la coscienza di costituire espressione di una nuova razionalità, diversa e non conciliabile con il modo giurisdizionale di concepire il potere e la regola universale di giustizia del “*suum cuique tribuere*”.

Il frutto dell'attività amministrativa doveva essere sottratto alla cognizione del giudice perché il modo di ragionare di questi ultimi era votato a ricercare la conformità al diritto di un certo atto, di un comportamento o di una pretesa, mentre il modo di ragionare dell'amministrazione propendeva a prediligere le soluzioni utili al raggiungimento dei propri scopi, anche qualora quelle

soluzioni non sarebbero state praticabili alla luce del diritto paritario e dei vincoli che ne derivavano. L'amministrazione era portatrice di un ordine asimmetrico, in cui l'interesse dei governati era destinato a soccombere innanzi alle ragioni dei governanti.

Quella diversità di razionalità giuridica spiega la preoccupazione dell'amministrazione di rendersi immune dalla giurisdizione, riducendone gli spazi di sindacato per conquistare la capacità di realizzare i propri obiettivi perseguendoli efficientemente.

In altri termini, gli apparati amministrativi che si venivano a formare erano consapevoli che "l'esercizio giudiziario del potere alimentava fatalmente nei suoi titolari un ethos di indipendenza e di imparzialità che tendeva a scollarli dal vertice politico e farne cattivi conduttori di decisionalità" ⁽¹⁷⁸⁾.

La nascita e l'evoluzione storica dei sistemi di tutela delle posizioni giuridiche soggettive lese dal potere della pubblica amministrazione è il frutto di un percorso di assunzione di responsabilità da parte dello Stato di diritto, che ha deciso di riconoscere (nuovamente) l'esistenza di un'articolazione autonoma al proprio interno, dotata del potere di giudicare la legittimità del suo operare, ma tale scelta non ha mutato o ridotto il problema della diversità che separa le logiche di azione dell'amministrazione e della giurisdizione.

Oggi, si è raggiunta una sostanziale unanimità nel ritenere che l'esercizio della discrezionalità amministrativa non possa dirsi coincidente con l'interpretazione della norma giuridica, si considera cioè l'ermeneutica che muove l'attività dell'amministrazione sia qualcosa di diverso sia dall'opera di sussunzione della fattispecie concreta sotto fattispecie astratta, sia dall'attività intellettuale di completamento di norme incomplete e imprecise.

Queste considerazioni esplicitano ciò che sta alla base della tenace permanenza di una zona dell'azione amministrativa che è sottratta al sindacato giurisdizionale, cioè quella del merito amministrativo, che su di essa potrebbe incidere solo a patto di accettare che si tratti di un'attività completamente sostitutiva – e non soltanto di controllo – di quella svolta a monte dalla pubblica amministrazione.

⁽¹⁷⁸⁾ L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, op. cit., p. 77.

Recuperando un'efficacissima metafora impiegata da Piero Calamandrei per illustrare i contenuti insopprimibili della discrezionalità che investe il piano delle decisioni giurisdizionali, in cui egli paragonava l'attività dei giudici a quella di due pittori ⁽¹⁷⁹⁾ che, messi accanto l'uno all'altro a raffigurare il medesimo paesaggio finiscono per il ritrarre due paesaggi differenti, si può sostenere che la discrezionalità dell'amministrazione non sia accostabile a quella di un pittore che è solo "arrivato prima" davanti a quel paesaggio, e perciò l'ha dipinto in modo differente, ma piuttosto la stessa va metaforicamente accostata a quella dell'artista che, incaricato dal suo committente – il legislatore – affinché dipinga una natura morta che esprima un certo e particolare significato, decide *come* e *quali* soggetti disporre nel proprio scenario.

Mentre l'interpretazione del giudice-pittore che si trova davanti a un qualcosa di già esistente muove da un'attività meramente intellettuale, cui non si affianca un momento volitivo e creativo, quest'ultimo è invece proprio dell'attività dell'amministrazione che dispone i soggetti della sua natura morta. La discrezionalità dell'amministrazione, la scelta di merito, corrisponde alla scelta della soluzione che meglio si addice a esprimere il fine indicato dal committente, secondo la propria volontà.

Anche l'attività dell'amministrazione presuppone un giudizio, che è quello che consente il bilanciamento fra i valori e gli interessi in campo – cioè, nella metafora, la scelta dei soggetti della natura morta fra quelli che si hanno a disposizione e la scelta della loro disposizione prospettica – ma a questo si affianca un *quid pluris*.

Paul Ricoeur ⁽¹⁸⁰⁾, analizzando il ruolo dei giudici alla stregua della distinzione kantiana tra giudizio determinante – cioè quel giudizio in cui è già data la regola sotto cui sussumere la fattispecie concreta – e giudizio

⁽¹⁷⁹⁾ P. CALAMANDREI, *Della cosiddetta oratoria forense*, in Id., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, [1935], Milano, 1989. La metafora originale è così formulata: "mettete due pittori davanti allo stesso paesaggio, l'uno accanto all'altro, ognuno con il suo cavalletto: tornate dopo un'ora a guardare quello che ciascuno ha tracciato sulla sua tela. Vedrete due paesaggi assolutamente diversi, tali da parer impossibile che il modello ne sia stato lo stesso. Direte dunque che uno dei due ha tradito la verità?"

⁽¹⁸⁰⁾ P. RICOEUR, *L'atto di giudicare*, in Id., *Il giusto*, trad. it., Torino, 1998, p. 161 e ss. .

riflettente – ove si deve cioè andare invece alla ricerca (creativa) della regola a cui ricondurre il caso concreto – è arrivato a concludere che ogni giudizio non consta della semplice applicazione della legge a un caso, ma consiste sempre in una nuova interpretazione della legge, nella misura in cui nessun caso è una pura e semplice esemplificazione della regola.

Restando nell'ambito del linguaggio kantiano, egli ha cioè definito l'atto di giudicare come dipendente da un giudizio riflettente, che implica cioè che il soggetto "rifletta" come uno specchio la propria realtà interiore su quella esterna, nell'atto di cercare una regola che disciplini il caso nuovo.

Anzi, più precisamente, Ricouer ha ricondotto il giudizio del magistrato a quella sottospecie particolare del giudizio riflettente che è il giudizio estetico. Ciò in quanto alla ragione giuridica del giudice, che sarà espressa nella motivazione, egli ricollega una sensazione prima, un'emozione che prefigura alcuni punti determinanti della decisione.

È questo un dato che può dirsi oggi acquisito dalla scienza che il giudicante attinga contemporaneamente dalla sfera conoscitiva ed emozionale, senza alcuna possibilità di poter distinguere i due momenti. La considerazione deriva dalla consapevolezza che non esista una sfera conoscitiva separata da una sfera emozionale ⁽¹⁸¹⁾, con la conseguente impossibilità di distinguere i giudizi di fatto da quelli di valore ⁽¹⁸²⁾.

Anche l'attività dell'amministrazione muove da un giudizio riflettente, ma mentre il giudice perviene a un giudizio estetico che si appunta sul conflitto, sulla vertenza, sulla controversia, sul litigio, o comunque su una (presunta) violazione delle regole che deve essere ricomposta, il giudizio dell'amministrazione è teleologico, orientato cioè a prefigurare una sintesi di interessi che persegua una certa finalità.

Il giudice è chiamato a valutare un fatto che è stato, ma che non è più; quindi, dovendo egli necessariamente ricostruire, dovendo far cioè rivivere una vicenda della vita attraverso la rappresentazione che ne fanno dei soggetti terzi, deve ricorrere a un percorso inferenziale.

⁽¹⁸¹⁾ F. R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, spec. p. 170 e ss. .

⁽¹⁸²⁾ M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, 259.

In questo senso lo stesso “tradizionale” richiamo al principio di separazione dei poteri non si riesce a spiegare che il giudizio riflettente del giudicante non possa sovrapporsi a quello dell’amministrazione perché soffre la genetica mancanza della immanenza, cui si accompagna la fase volitiva e creativa dell’agente pubblico: potrà demolire il giudizio di quest’ultima, dichiarandolo non conforme al raggiungimento degli scopi che egli ritiene di intravedere nella legge, ma non potrà fare altro che limitarsi a fotografare e valutare la situazione prefigurata in un determinato modo e in un determinato momento dall’amministrazione.

La decisione del magistrato sarà invece idonea a incidere sulle decisioni future dell’amministrazione, condizionandole da un punto di vista giuridico e da uno metagiuridico, come si dirà innanzi, ma l’attività discrezionale rimarrà sindacabile sempre e solo tramite un controllo esterno, che potrà ritenersi accettabile o meno a livello teorico, più o meno esteso o estensibile in ragione dei criteri che si vorranno ricondurre all’ambito di verificabilità della giurisdizione, ma non potrà comunque innovare l’ambito delle valutazioni svolte in origine su un rapporto ormai definito.

6.2 Cura in concreto dell’interesse pubblico e tutela del bene giuridico da parte della norma incriminatrice.

La domanda che soggiace alle conclusioni che si possono trarre dai precedenti paragrafi si può così esplicitare: in un ordinamento conformato al principio di separazione dei poteri, rigido o flessibile che sia, si può ritenere che l’ordinamento affidi in qualche misura anche ai giudici, penali o amministrativi che siano, la cura del bene comune affidato alla pubblica amministrazione?

In altri termini, può la magistratura supplire e rimediare a quelle che ritiene siano le mancanze e le falle della pubblica amministrazione travalicando i confini del controllo giurisdizionale?

A domande così complesse non possono evidentemente darsi risposte che siano semplici.

Da un lato, guardando ai singoli casi concreti, si può affermare che, a certe condizioni, i singoli magistrati abbiano dato risposte più o meno adeguate al fallimento dei meccanismi di controllo e autocorrezione interni dell'amministrazione, che negli anni non hanno sempre dato buona prova di sé, ma, d'altro canto, non può ignorarsi il rischio sotteso al fatto che gli stessi possano assumere decisioni dai contorni sfumati, che comportano un'ibridazione fra funzioni giurisdizionali e amministrative.

Le esigenze da tutelare sono due, egualmente meritevoli di tutela, ma radicalmente opposte: da un lato, la necessità di predisporre un efficace sistema di controllo che preservi legalità e imparzialità dell'azione amministrativa, dall'altro il bisogno di garantire quest'ultima da indebite ingerenze del potere giudiziario, che si manifestino sotto forma di decisioni che abbiano l'effetto di ridurre e frustrare gli spazi di discrezionalità propri della pubblica amministrazione.

Il fatto che gli interessi pubblici la cui cura è demandata alla pubblica amministrazione e i beni giuridici protetti dalle norme incriminatrici possano, in certi casi, coincidere, non significa che alla magistratura penale sia richiesto – anzi, permesso – di condurre l'attività giurisdizionale propria in una prospettiva assimilabile a (o sostitutiva di) quella dei controlli amministrativi.

Lo stato giuridico degli illeciti penalmente rilevanti, a rigore, non dovrebbe poter essere trasformato o ampliato dall'interprete, se non entro certi limiti, o comunque senza violare la riserva di legge e i suoi corollari.

Per quanto l'idea del bene giuridico sia infatti elastica, nella sua accezione e funzione più garantista si sposa con il principio di offensività, cioè di danno sociale, che si oppone a quelle forme di diritto penale che sanzionano la mera irregolarità o la mera volontà dell'autore. Anche la tutela di regole in quanto tali non è altro se non la forma di un imperativismo dell'obbedienza, compatibile soltanto con un diritto penale di tipo autoritario. L'idea del bene giuridico fatta propria dalla prospettiva dell'offensività esige invece che il diritto penale non tuteli né l'obbedienza, né la moralità in quanto tali, né tantomeno può servire a un controllo delle *performance* degli attori pubblici.

La risposta tradizionale al quesito concernente l'individuazione dei beni penalmente tutelabili è che gli stessi debbano riferirsi a valori

commensurabili, bilanciabili, confrontabili, con il sacrificio (anche solo potenziale) della libertà personale, e, più precisamente, con l'esigenza che la condotta punibile esprima un disvalore tale da giustificare non solo un'esigenza di personalizzazione della responsabilità – che un fatto di inosservanza formale tutelato sul piano risarcitorio, per esempio, neppure implicherebbe – ma anche di rieducazione a norma dell'art. 27 Cost. .

6.3 Il processo penale fra pretesa punitiva e attuazione delle scelte politiche, controllo sulla condotta e intrinseca capacità di conformazione del comportamento.

Non servirebbe scomodare nuovamente Hayek per comprendere che la ragione per assicurare a qualsiasi individuo una sfera di libertà di decisione “consiste nel permettergli il pieno uso della sua conoscenza, in ispecie della sua concreta e spesso unica conoscenza delle particolari circostanze di tempo e di luogo”⁽¹⁸³⁾.

La considerazione è peraltro ancor più vera se riferita alla pubblica amministrazione che, al contrario dei privati, non persegue scopi propri, ma quelli indicati dal legislatore, che la vincola nel fine.

D'altro canto si è già avuto modo di evidenziare come l'intersezione dei campi d'intervento propri della magistratura e dell'amministrazione possa produrre, attraverso l'esercizio del controllo di legalità penale e le sue dilatazioni, possibili tensioni che si appuntano su una obiettiva (giacché ineliminabile) rilevanza politica delle stesse.

Il diritto penale, del resto, viene considerato dalla stessa politica non solo come risorsa tecnica, ma in esso la politica cerca talvolta risposte volte a riappropriarsi di quel consenso che consegue al tentativo di dare risposta a determinate istanze popolari di tutela o (presunta) giustizia.

⁽¹⁸³⁾ La citazione è estrapolata da F. A. VON HAYEK, *La società libera*, cit., p. 330 e ss., che riprende a propria volta A. SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Londra, 1904, I, p. 421.

In tutto ciò, la magistratura ha dimostrato – non sempre a torto – di non voler seguire supinamente gli indirizzi talvolta sclerotici del legislatore e, solo per esempio, ha fatto dell’obbligatorietà dell’azione penale un principio derogabile, opponendo all’apparente perfezione teorica dell’art. 112 Cost. ⁽¹⁸⁴⁾ l’assoluta irrealizzabilità pratica, che si può compendiare nel noto brocardo “*ad impossibilia nemo tenetur*” ⁽¹⁸⁵⁾.

Potrà sembrare che si stia divagando, ma il tema in realtà si correla strettamente alla questione della selezione degli interessi meritevoli di tutela e, dunque, a una domanda già posta nei passaggi precedenti: secondo quale criterio le scelte (discrezionali) operate dalla magistratura penale dovrebbe risultare preferibili rispetto a quelle compiute dal legislatore, dalla pubblica amministrazione o, più in generale, dalle componenti dell’ordinamento espressive di potere politico?

La soluzione a tale interrogativo, in realtà, pare appuntarsi sull’evidenza che non sia effettivamente rinvenibile nell’ordinamento o nella realtà empirica alcuna risposta che non consista nell’invocare una presunta aurea di superiorità morale e maggiore affidabilità che ammanterebbero l’ordine della magistratura, opzione che pare tuttavia difficilmente argomentabile.

⁽¹⁸⁴⁾ L’art. 112 Cost. è stato definito come portatore di una “soluzione formalmente perfetta” in Atti Parlamentari, XVI Legislatura, Senato della Repubblica, *Disegno di legge recante “delega al governo in materia di determinazione dei criteri di priorità nell’esercizio dell’azione penale”* a firma di Cossiga, comunicato alla Presidenza il 29 Aprile 2008, stampato n. 210, 4.

⁽¹⁸⁵⁾ Non vi è qui lo spazio per concedere il dovuto approfondimento al tema del raffronto fra l’obbligatorietà penale e la realtà in cui si trovano a operare concretamente le Procure italiane. Per un’analisi comunque non esaustiva, si rimanda alla lettura di: C. GUARNIERI, *Pubblico ministero e sistema politico*, Padova, 1984, spec. p. 145 e ss.; M. CHIAVARIO, *L’obbligatorietà dell’azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2658 ss.; R. E. KOSTORIS, *Per un’obbligatorietà temperata dell’azione penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 875 ss.; Atti Parlamentari, XVI Legislatura, Senato della Repubblica, *Disegno di legge recante “delega al governo in materia di determinazione dei criteri di priorità nell’esercizio dell’azione penale”* a firma di F. Cossiga, comunicato alla Presidenza il 29 Aprile 2008, stampato n. 210, 4; F. DINACCI, *Criteri di priorità nella formazione dei ruoli d’udienza e rinvio dei processi in corso*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il decreto sicurezza*, Torino, 2008, p. 225 e ss. .

Il dato non contestabile è invece che l'arma penale costituisce lo strumento attraverso il quale il potere giudiziario si manifesta non solo nella sua forma più penetrante – dal punto di vista simbolico e fattuale – ma anche su più vasta scala. E se il suo esercizio non può in alcun modo svolgere, che ve ne sia bisogno o meno, una funzione pedagogica nei confronti del legislatore – anzi è forse più vero il contrario, come già detto – lo stesso non può dirsi nei confronti degli agenti della pubblica amministrazione, che sono invece esposti alla intrinseca capacità coartante della minaccia penale.

Si ritorna perciò ad Hayek e alle considerazioni che si possono svolgere in ordine alla differenza sussistente fra comandi e legge, cioè alla constatazione che spostandosi dalla direzione della generalità e astrattezza che connota la seconda, verso la precisione e vincolatività dei primi, la fonte della decisione si sposti progressivamente da chi agisce materialmente a chi invece emette la disposizione ⁽¹⁸⁶⁾.

Il comando, inteso come archetipo coartante, determina le modalità dell'azione e non lascia al destinatario la possibilità di giovare della propria conoscenza, né di quella che deriva dalla collaborazione di altri individui qualora questi fossero assoggettati a norme comuni generali e astratte ⁽¹⁸⁷⁾.

Il fatto che certi “comandi” relativi alle modalità d'uso del potere amministrativo possano surrettiziamente giungere da una componente dell'ordinamento non solo priva di legittimazione democratica, ma neppure investita del potere che pretende di esercitare, dovrebbe essere argomento sufficiente a ridiscutere le modalità in cui ciò avviene, ragionamento che non può ritenersi vinto nemmeno da controdeduzioni che si limitino a constatare – in modo generalizzato e poco argomentato – che la pubblica amministrazione italiana versi in condizioni certamente non floride, afflitta da problemi di scarsa produttività e d'inefficienza, quando non in odore di malaffare.

⁽¹⁸⁶⁾ Cfr. F. A. VON HAYEK, *La società libera*, op. cit., p. 319 e ss. .

⁽¹⁸⁷⁾ Sul punto F. A. VON HAYEK, op. ult. cit., p. 331 e ss. .

7. Conflitti e riserve di giurisdizione: la specialità del diritto amministrativo e “naturalità” del giudice amministrativo al confronto con l’art. 2 c.p.p. .

Circoscritti i termini entro cui si può parlare di conflitto fra poteri, con riferimento alle interferenze “fattuali” che possono crearsi fra l’attività amministrativa e il processo penale, è opportuno precisare altresì i contorni entro cui tali interferenze possano riverberarsi su un piano interno alla giurisdizione.

Il codice di rito del 1988 ha invero sancito il superamento del principio dell’unità della giurisdizione, sospettato di legittimità costituzionale in rapporto al principio della soggezione alla sola legge, di cui all’art. 101 co. 2, e dell’art. 107 co. 3 Cost., che stabilisce che i magistrati si distinguano fra loro soltanto per diversità di funzioni.

Il legislatore della riforma ha inteso cioè instaurare un sistema di (quasi) completa autonomia e separazione tra il processo penale, civile e amministrativo, nel senso che – fatta eccezione per alcune limitate ipotesi di sospensione del processo civile, a norma degli artt. 75 e 654 c.p.p., 295 c.p.c., 211 disp. att. c.p.p. – questi ultimi devono proseguire il proprio corso senza poter essere influenzati dall’andamento dell’accertamento penale, con la conseguenza che il giudice civile e amministrativo non sono vincolati a sospendere il giudizio pendente innanzi a loro in attesa della definizione di quello penale.

Per converso, a norma dell’art. 2 c.p.p., il giudice penale è chiamato a risolvere ogni questione da cui dipenda la sua decisione, fatte salve le eccezioni previste dalla legge, decisione incidentale che è comunque destinata a non sortire effetti in nessun altro processo ⁽¹⁸⁸⁾.

Il legislatore, tuttavia, ha voluto stabilire una regola per disciplinare i casi in cui il processo penale si sia concluso con sentenza irrevocabile, mentre dovesse essere ancora in corso altro giudizio differente, prevedendo che in tali ipotesi la pronuncia penale passata in giudicato espliciti determinati effetti. Detto altrimenti, se il giudizio civile o amministrativo e giudizio

⁽¹⁸⁸⁾ Sul punto si veda Cassazione, Sent. 10 marzo 2015, n. 4758.

penale sono contemporaneamente pendenti non si realizza, di regola, alcuna interferenza tra gli stessi; viceversa, se il processo civile o amministrativo dovessero ancora essere pendenti quando il giudizio penale rilevante è già approdato a sentenza passata in giudicato, tale pronuncia dovrà esplicitare la propria efficacia nel giudizio ancora in corso davanti al TAR, al Consiglio di Stato, o al Tribunale civile.

Le regole fissate in proposito dal legislatore sono contenute negli artt. da 651 a 654 del codice di procedura penale ⁽¹⁸⁹⁾.

Al di là di quelle che sono le puntuali previsioni previste dal codice di rito, pare indubbio che l'impostazione scelta dal legislatore della riforma abbia preso le mosse da una considerazione tutt'altro che scontata, ossia che la giurisdizione penale sarebbe comunque meritevole di una disciplina "speciale" rispetto a quella dei due giudici "comuni" – civile e amministrativo – che tratta alla stessa stregua.

Anzi, la disciplina vigente distingue la facoltà del giudice penale di sospendere il proprio giudizio (si badi bene) allorquando ritenga che vi siano questioni serie in ordine a stati di famiglia o cittadinanza, sempre che l'azione a norma delle leggi civili sia già in corso (art. 3 c.p.p.), mentre per ogni altra

⁽¹⁸⁹⁾ Per una panoramica generale in tema di rapporti fra giurisdizione penale e altre giurisdizioni, senza pretese di esaustività, si vedano, *ex multis*: A. GHIARA, Artt. 651-652, in M. CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. VI, Torino, 1991, p. 446 e ss.; F. TERRUSI, (voce) *Rapporti tra giudicato penale e giudizio amministrativo*, in *Dig. delle Disc. Pen.*, IV ed., vol. XI, Torino, 1996, p. 39; M. A. ZUMPARO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, Torino, 2000, *passim*; L. IAFISCO, *Osservazioni in tema di accertamento "dubbioso", efficacia in altri giudizi ex art. 654 c.p.p. e uso come prova della sentenza penale irrevocabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, Milano, 2002, p. 607 e ss.; G. TRANCHINA, *Il giudicato penale*, in D. SIRACUSANO-A. GALATI-G. TRANCHINA-E. ZAPPALA', *Diritto processuale penale*, vol. II, Milano, 2006, pp. 600 ss.; A. CHILIBERTI, *Azione civile e nuovo processo penale*, Milano, 2006, pp. 1045-1047; G. NACCI, *L'influenza del giudicato penale di assoluzione sul processo civile: esiste ancora la "pregiudizialità penale"?*, in *Resp. civ.*, 2007, pp. 415 ss.; G. VANACORE, *Efficacia del giudicato penale nel processo civile di danno: la condanna e l'assoluzione*, in *Resp. civ.*, 2009, 6, p. 498; P. SANDULLI, *In tema di giudicato penale nel processo civile*, nota a Cass. Civ., Sez. Un., 26 gennaio 2011, n. 1768, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 991 ss.; G. DELLA MONICA, *L'efficacia del giudicato penale in altri procedimenti*, in U. CARNEVALI (a cura di), *Commentario del codice civile, Dei fatti illeciti*, vol. I, Torino, 2011, p. 44.

questione civile o amministrativa “particolarmente complessa” da cui dipenda la “decisione sull’esistenza del reato” – sempre che sia già in corso un procedimento presso il giudice competente e che la legge non ponga “limiti alla prova della posizione soggettiva controversa” (art. 479 co. 1 c.p.p.) – il giudice può decidere la sospensione del dibattimento (si badi bene), statuendo perciò una disciplina più ristretta per le questioni amministrative rispetto a quelle concernenti gli *stati* civili.

Le disposizioni in esame tutelano essenzialmente lo svolgimento dell’udienza penale in conformità al principio di concentrazione, in un’ottica di speditezza ed economia processuale, ma soprattutto il principio del libero convincimento del giudice, che mantiene la discrezionalità di decidere se sospendere il proprio giudizio in attesa del pronunciamento da parte del giudice amministrativo.

A rigore, quindi, non può dirsi esistente nel sistema vigente una norma giuridica che sancisca l’esistenza di un conflitto di giurisdizione in senso stretto fra giudice penale e giudice amministrativo. Anzi, si può affermare che il legislatore della riforma abbia valutato e accettato il rischio che, in pendenza contemporanea di un processo parallelo innanzi al giudice amministrativo vertente su una questione rilevante per la decisione d’ambito penale, il giudice penale possa addivenire a una decisione (incidentale) sulla stessa questione, e che la stessa possa anche non coincidere con le determinazioni assunte nella sede naturale.

Resta tuttavia da stabilire se questa previsione del codice del 1988 – scritta cioè vent’anni prima dell’emanazione del vigente codice del processo amministrativo – possa ritenersi oggi rispettosa dei principi vigenti nell’ordinamento in tema di giusto processo, giacché essa stessa prevede al proprio interno una clausola di salvezza per le norme che dispongano in senso contrario al contenuto di quell’art. 2 del c.p.p. .

L’affermazione pare ancora più assorbente, se si valuta la sicura eccezione al principio espressa dal successivo art. 3, che dispone una regola di salvaguardia rispetto alla appartenenza “sostanziale” delle questioni di *status civitatis e status familiae* alla giurisdizione civile.

La questione non può porsi seriamente rinunciando al confronto con gli attuali assetti della giurisdizione amministrativa, di cui storicamente si

predica un'aurea di specialità – basti pensare all'art. 1 dell'allegato E della legge abolitrice del contenzioso amministrativo che richiama sia la materia civile, sia quella penale come spettanti al giudice "ordinario" – in funzione del legame che intercorre tra giudice e diritto amministrativo, una relazione *ratione materiae*, giustificata cioè dal fatto che la materia che deve trovare applicazione innanzi a quella giurisdizione.

Benché la Corte Costituzionale abbia più volte ribadito che la nozione di naturalità del giudice debba considerarsi perfettamente coincidente con quella della precostituzione ⁽¹⁹⁰⁾, considerandola perciò un'endiadi, chi scrive ritiene di aderire a quegli orientamenti dottrinali che propendono per l'attribuzione di una accezione specifica al concetto di giudice naturale ⁽¹⁹¹⁾, lettura che pare peraltro suffragata dai principi generali dell'esegesi

⁽¹⁹⁰⁾ In tal senso, già nell'ambito dell'interpretazione della Carta Costituzionale resa da parte della Consulta sin dai primi anni della sua istituzione, è stato osservato che «*la locuzione "giudice naturale" è dallo stesso art. 25 definita come corrispondente a quella di "giudice precostituito per legge", il quale è, come fu osservato nei lavori preparatori della Costituzione, il giudice istituito in base a criteri generali fissati in anticipo e non in vista di determinate controversie*». Così Corte cost., sent. 1 aprile 1958, n. 29. Sul punto v. anche, *ex plurimis*, Corte cost., ord. 28 gennaio 2014, n. 15; e sent. 24 luglio 2013, n. 237. In dottrina si veda, *ex multis*, M. NOBILI, *Art. 25*, cit., in G. BRANCA (a cura di), *Commentario*, cit., p. 197 e ss. . Ancora, nella giurisprudenza costituzionale sostengono che il principio in commento non sia violato allorquando il giudice venga designato in modo non arbitrario né a posteriori, oppure direttamente dal legislatore in conformità a regole generali in: Corte cost., ord. 2 luglio 2012, n. 174; ord. 15 marzo 2002, n. 63. Più di recente, Corte cost., sent. 13 giugno 2014, n. 174; sent. 6 giugno 2014, n. 159; sent. 10 maggio 2012, n. 117; sent. 27 gennaio 2011, n. 30.

⁽¹⁹¹⁾ Si vedano, *ex multis*: M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1, 143 ss.; M. MONTINI, *Il giudice del lavoro, quale giudice naturale, delle posizioni soggettive della dirigenza pubblica «privatizzata» alle prese con gli effetti della sentenza n. 204 del 2004 della corte costituzionale*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2004, 6, 1081 ss. Con specifico riferimento all'effettività della tutela giurisdizionale innanzi al giudice amministrativo, e la valorizzazione del ruolo rivestito dal giudice dell'ottemperanza descritto alla stregua di «*giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto*», si veda Cons. St., Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2, con nota di A. F. DELITALA, *Il giudice dell'ottemperanza come «giudice naturale dell'esecuzione della sentenza»*, in *Foro Amm. C.d.S. (II)* 2013, 7-8, 1846 ss.

costituzionale, che impongono all'interprete di dare un significato pieno e differenziato a ciascuna delle parole usate nella Carta.

Il valore e il senso che si ritiene qui di assegnare al principio di naturalità è cioè quello della necessità per il legislatore di individuare e garantire che la decisione in ordine a determinate posizioni soggettive, a determinate materie, ovvero a specifiche problematiche, si svolga innanzi a un plesso giudiziario dotato delle potestà e delle prerogative necessarie a rendere piena giustizia alle stesse.

Così, se è vero che, in una prospettiva sostanziale, la spendita di poteri di stampo pubblicistico implica “naturalmente” la ricerca di un bilanciamento il più possibile rispettoso dei diversi interessi compresenti la cui illegittima pretermissione ben può essere efficacemente censurata innanzi al giudice amministrativo ⁽¹⁹²⁾, oggi munito di strumenti processuali sufficienti e idonei a soddisfare appieno le istanze di tutela introiettate mediante la proposizione di ricorso giurisdizionale ⁽¹⁹³⁾, tale evidenza non può sfuggire al confronto con l'essenza della giurisdizione penale, sede naturale dell'accertamento che può dare luogo a privazione della libertà personale, a norma della riserva predisposta dall'art. 13 Cost. e seguenti.

Calando il discorso nel tema oggetto d'indagine, pur dovendo rilevare l'assenza di una regola legislativa di “riparto” fra quello che è l'ambito su cui insiste l'accertamento proprio giudice penale e quello del giudice amministrativo, giudice naturale della legittimità dell'attività amministrativa, ci si domanda se una qualche cautela non debba comunque essere adottata

⁽¹⁹²⁾ Sul ruolo affidato al giudice amministrativo nell'attuale periodo storico si vedano, *ex multis*, L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Questione giustizia*, n. 3/2015, p. 106 ss.; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 737 ss.; P. DE LISE, *Introduzione*, in G. PELLEGRINO (a cura di), *Le nuove frontiere del giudice amministrativo*, Milano, 2008, p. VII e ss.

⁽¹⁹³⁾ Per un approfondimento in tema di pienezza ed effettività delle tecniche processuali di tutela di diritti ed interessi innanzi al giudice amministrativo v. S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 1, p. 47 ss. . Per una disamina delle correlazioni intercorrenti tra processo e procedimento, nell'ottica dell'inquadramento della giustizia come fattore conformativo della “proceduralità” dell'azione amministrativa si veda, *ex multis*, M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, p. 596 ss. .

dall'interprete concreto, per evitare sovrapposizioni fra i due piani che possano trasformarsi in storture del sistema.

Così, per esempio, se può sembrare che non vi siano particolari problemi nel fatto che il giudice penale possa sindacare incidentalmente e “disapplicare” un atto amministrativo che ha illegittimamente limitato la sfera giuridica del soggetto indagato o imputato, benché questo stesso avrebbe potuto agire nelle sedi di giustizia amministrativa per ottenere un annullamento, più problematico è pensare che il giudice penale possa fare lo stesso rispetto a un atto ampliativo che l'indagato/imputato non avrebbe avuto nemmeno interesse a impugnare nella sede giurisdizionale deputata.

Altrettanto critica potrebbe essere la situazione in cui il giudice penale dovesse pronunciare una sentenza di condanna, basata sul presupposto della dichiarazione incidentale di macroscopica illegittimità di un determinato atto – potrebbe trattarsi di un atto generale, come un piano regolatore – e questo stesso, magari dopo il passaggio in giudicato della sentenza penale, dovesse essere dichiarato invece perfettamente legittimo innanzi al giudice amministrativo, nel contesto di un processo nemmeno noto in origine al condannato.

Quest'ultimo sarebbe evidentemente vittima di un conflitto logico fra giudicati, avverso al quale non potrebbe porre nemmeno istanza di revisione del processo, giacché l'art. 629 c.p.p. contempla l'ipotesi del conflitto fra giudicati, ma solo con riferimento al piano interno (lett. a), ovvero alle ipotesi in cui intervenga la revoca della sentenza civile o amministrativa che abbia deciso una questione pregiudiziale di cui all'art. 3 c.p.p., vale a dire una questione sullo stato di famiglia o di cittadinanza, o una delle questioni di cui all'art. 479, e comunque solo allorquando il giudice penale abbia prima deciso di sospendere il proprio giudizio e poi pronunciato la sussistenza del reato a carico del condannato sulla base della sentenza pregiudiziale.

8. Un'equazione bilanciabile *carptim ac singuli*?

È stato già acutamente osservato da altri ⁽¹⁹⁴⁾ come il successo del bilanciamento possa essere spiegato “con la sua natura bifronte, con la sua aspirazione a riempire lo spazio vuoto che separa le due anime del diritto, le due aspirazioni del giurista: quella sapienziale, se non addirittura ‘buonista’, che vorrebbe ancorare la decisione giuridica all’apprezzamento quasi equitativo delle esigenze che emergono nel caso concreto, soppesando volta per volta le ragioni e i torti; e quella formalistica, se non legalistica, che aspira alla certezza del diritto e alla prevedibilità delle decisioni giudiziali adottate sulla base di norme generali e astratte”.

Una ricostruzione più rigorosa e sistematica della concezione di bilanciamento si deve invece a Guastini ⁽¹⁹⁵⁾, che ha evidenziato come il bilanciamento consista nell’istituzione tra i principi in conflitto di una gerarchia assiologica e mobile: “assiologica” in quanto basata su un giudizio soggettivo di valore dell’interprete – essendo secondo l’Autore i principi costituzionali complanari, e inapplicabile il principio gerarchico – e “mobile” in quanto accessoria al caso concreto e non necessariamente riproposta in casi futuri, giacché i principi in conflitto resteranno verosimilmente entrambi pienamente validi.

In questa lucida ricostruzione, il bilanciamento sarebbe dunque foriero di una duplice discrezionalità: in primo luogo quella che consta della possibilità di dare prevalenza a un principio rispetto all’altro secondo la sensibilità dell’interprete, e in secondo quella che si esercita eventualmente con la possibilità di ribaltare tale ordine di precedenza in casi futuri. Dal canto proprio, per ridurre almeno uno dei due ambiti discrezionali, Guastini suggerisce di risolvere il conflitto tra principi in base al criterio di specialità, in modo che si abbia una gerarchia pur sempre assiologica, ma quantomeno non mobile.

⁽¹⁹⁴⁾ Così, G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion pratica*, 2007, 1, p. 219 e ss. .

⁽¹⁹⁵⁾ Così R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, spec. pp. 216- 221, 252-253, 295-296.

La tesi dell'Autore ha senza dubbio il pregio di mettere in luce l'aspetto fortemente valutativo della tecnica argomentativa di cui tratta, squarciando il velo retorico sotto cui viene spesso ammantata nelle motivazioni delle sentenze che vorrebbero accreditarla come operazione dotata di oggettività o perfino di un'aurea di meccanicità.

Ebbene, non si vuole qui demonizzare l'argomentazione per principi né il bilanciamento, cui si è anzi riconosciuta l'inevitabilità così come l'utilità nel permettere un approccio "olistico", ciò che si vuole porre in evidenza è l'opportunità di un uso ragionato e controllabile della tecnica, di cui si rischia altrimenti di diventare prigionieri.

Concedere ai principi un ruolo di assoluta preminenza significa ignorare ciò che vi è di più specifico nel sistema e nella nostra pratica giuridica, che vive di regole positive, con queste ultime che, prima ancora di essere contorno di "vuoti" da riempire, possono e devono orientare l'interprete.

L'alternativa, diversamente, è riconoscere che la scelta dell'interprete possa essere sempre esclusivamente autoreferenziale e idiosincratica.

La professionalità del giudice rappresenta invece una condizione della legittimazione democratica dell'attività giurisdizionale e pertanto deve essere anche percepita "a livello diffuso" ⁽¹⁹⁶⁾ dal momento che il singolo non ha la possibilità di scegliersi il giudice competente in virtù del principio di precostituzione del giudice per legge.

Analogamente il cittadino dovrebbe avere la percezione che la decisione che andrà a coinvolgerlo sia equa, e ciò significa, in prima battuta, che la stessa non dovrà essere percepita come differenziante rispetto a casi analoghi decisi diversamente ⁽¹⁹⁷⁾ o, peggio ancora, contraddittoria rispetto ad

⁽¹⁹⁶⁾ Sul punto cfr. A. PIZZORUSSO, *Principio democratico e principio di legalità* cit., p. 345 e ss.; A. PROTO PISANI, *Controriforma dell'ordinamento giudiziario: ultimo atto?*, in *Foro it.*, 2004, p. 109 e ss.; R. ROMBOLI, *La professione del magistrato tra legislazione attuale e possibili riforme*, in *I magistrati e la sfida della professionalità*, Milano, 2003, p. 9 e ss. .

⁽¹⁹⁷⁾ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1988, p. 88, secondo il quale "se è vero che ogni giudice è soggetto solo alla legge, si deve considerare che alla libertà assoluta del giudice si oppongono argomenti di sicuro valore giuridico e costituzionale: l'eguaglianza dei cittadini di fronte al diritto anche nel momento della sua applicazione e l'unità dell'ordinamento nel suo valore concreto. La

affermazioni preventive o successive di segno differente proveniente da altre componenti istituzionali dello Stato.

Così come nelle applicazioni sillogistiche assoluta importanza assume l'edificazione delle premesse, giacché il procedimento logico assicura la correttezza del passaggio dalle premesse alla conclusione, ma non la correttezza della costruzione delle stesse, nella speranza di aver posto le basi del ragionamento in quella che somiglia, forse un po' troppo, a una *pars destruens* con la quale si è cercato di spiegare perché i principi del diritto penale da soli non siano sufficienti a "incatenare" il sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo a una regola razionalizzante, si pone ora il problema di stabilire e dimostrare se esista o meno una valida alternativa.

La proposta che si vuole qui avanzare e che, si è consapevoli, va inesorabilmente controcorrente ⁽¹⁹⁸⁾, è quella di cercare una traccia funzionale allo scopo nelle regole positive e nelle categorie dogmatiche del diritto amministrativo.

Si è volutamente fatto ricorso al termine "traccia" perché è evidente che nemmeno nel sistema del diritto amministrativo si potranno trovare risposte univoche ⁽¹⁹⁹⁾, si potranno semmai rinvenire, come in una mappa, indicazioni su quali sono i punti di partenza, i possibili punti di arrivo, quelli che potrebbero essere i punti di riferimento per orientarsi, così come segnali su quali sono i percorsi praticabili e quali invece i più insidiosi.

Il diritto amministrativo gode d'altro canto di un apparato normativo, concettuale e anche giurisprudenziale che potrebbe servire non solo a ricucire lo strappo che si è creato fra amministrazione e magistratura penale, ma potrebbe anche evitare il proporsi di contrasti fra le due giurisdizioni, il tutto

realizzazione di questi principi esige non solo che i precedenti della Cassazione assumano un qualche 'valore morale', ma che si affermi un dovere costituzionale funzionale dei giudici di assicurare l'uniformità dell'interpretazione del diritto".

⁽¹⁹⁸⁾ Si rimanda alla nota n. 154_{sub} § 3.2 di questo capitolo, p. 101.

⁽¹⁹⁹⁾ Secondo la recente prospettazione di S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo. Decostruire concetti per ordinare frammenti*, Torino, 2014, *passim*, sarebbe anzi vero il contrario, constatando l'autore che nella normazione amministrativa permanerebbero quelle incongruenze e l'assenza di sistematicità che contraddistinguono la materia sin dai suoi albori.

a ovvio beneficio dei privati che con queste istituzioni non possono fare a meno di interagire.

CAPITOLO III

PER UN'OPPORTUNA DELIMITAZIONE DELL'AMBITO DI STUDIO

SOMMARIO:

1. Il rasoio di Ockham. – 2. L'atto politico, fra limiti assiologici ed eccezioni. – 2.1 (segue) Rilevanza della nozione di atto d'alta amministrazione. – 3. Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici. In particolare, S.C.I.A. e silenzi dell'amministrazione. – 4. Gli atti amministrativi non provvedimentali: meri atti e atti endoprocedimentali. – 4.1 (segue) L'attività *iure privatorum* dell'amministrazione nell'adozione di atti non autoritativi. – 5. L'attività di polizia, gli atti d'indagine e gli atti a finalità mista. – 6. Specificità del ruolo degli atti autoritativi nel diritto penale militare.

1. Il rasoio di Ockham.

La ricostruzione che si è finora tentato di proporre, così come il riferimento nell'intitolazione a una categoria – quella di atto amministrativo – che per definizione si manifesta in un fascio molto eterogeneo di *species* ⁽²⁰⁰⁾,

⁽²⁰⁰⁾ Il panorama delle definizioni di atto amministrativo rese dalla dottrina è vastissimo. Fra i più noti, il primo tentativo definitorio viene fatto risalire all'opera Merlin, *“un arrêté, une décision de l'autorité administrative, ou une action, un fait de l'administration qui a rapport a ses fonctions”*, P. A. MERLIN, *Rèpertoire universale et raisonné de jurisprudence*, Parigi, 1812, p. 65, (cfr. l'introduzione di A. LOLLI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico*, Milano, 2000, p. 15 e ss.). Segue, in ordine cronologico, la definizione data da Otto Mayer che, guardando al modello della sentenza giurisdizionale, definiva l'atto amministrativo come *“ein Unterthanen gegenüber im Einzelfall bestimmt was für ihn Rechtens sein soll”*, O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Monaco, 1914, p. 97 (si confronti sul punto l'analisi di B. SORDI, *Tra*

impongono di dedicare un ultimo passaggio della parte introduttiva a spiegare come e perché si è proceduto alla delimitazione dello spettro dell'analisi condotta alla ricerca dell'essenza del ruolo dell'atto amministrativo, appunto, nell'ambito dell'accertamento penale.

La selezione si è resa necessaria anzitutto per scongiurare la possibilità che il moltiplicarsi del numero delle varianti e delle possibili ramificazioni complicasse il percorso dimostrativo facendo perdere il senso

Weimar e Vienna: amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra, Milano, 1987, p. 123, dell'autore la traduzione "dichiarazione dell'autorità amministrativa competente che determina per il suddito in un caso concreto ciò che per lui deve essere conforme a diritto"). A fronte di un panorama definitorio spesso imperniato sul lato soggettivo della provenienza dell'atto dall'amministrazione, Romano ha invece sottolineato come, per avere un atto amministrativo, non sia sufficiente "che esso emani da un soggetto della pubblica amministrazione, ma è necessario che sia emanato nell'esercizio di una funzione amministrativa", S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, vol. I, p. 226, intendendo con ciò egli "le potestà che sono esercitate, non per un interesse proprio, o almeno esclusivamente proprio, ma per un interesse altrui o per un interesse oggettivo", (p. 145 op. cit.). Si confronti G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, vol. I, p. 245, per il quale si deve considerare atto amministrativo "qualunque manifestazione di volontà, desiderio, giudizio o conoscenza compiuta da un soggetto della pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa". Netto invece il giudizio di Giannini sui tentativi di distinzione compiuti dalla dottrina precedente, che ha analizzato compiutamente pur non cogliendo altro valore se non quello di "una schematica meramente descrittiva degli atti dello Stato" che, attraverso "mutui rinvii tra nozioni risolvendosi in tautologie", si sarebbe comunque dimostrata "impotente a reperire l'autentica natura dei singoli atti", così M.S. GIANNINI, (voce) *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 157 e ss.; cfr. Id., *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, Sassari, 1940, ora in *Quaderni fiorentini*, 1973, p. 179; per una ricostruzione compiuta che tenga conto degli svolgimenti dell'ampissimo dibattito dottrinale si vedano, su tutti: D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce «atto amministrativo»*, in AA.VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, p. 758 e ss.; E. CASETTA, (voce) *Provvedimento amministrativo e atto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. XII, Torino, 1997, p. 243 e ss.; per ricostruzioni più recenti e d'impronta storica sul tema, oltre alle opere già citate Lolli e Sordi si vedano: L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2004, p. X; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, p. 1 e ss.; G. ROSSI, *I principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010, spec. pp. 17 ss.; D. DE PRETIS, *L'atto amministrativo autoritativo nell'esperienza tedesca*, in AA. VV., *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, *Annuario AIPDA 2011*, Napoli, 2012, p. 298 e ss.; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, op. cit., capitolo I, spec. pp. 1-12.

dell'argomentazione stessa, e ciò in osservanza delle regole di economicità, unità e semplicità espresse dal brocardo “*entia non sunt multiplicanda praeter necessitate*”, che invita a evitare la formulazione di più ipotesi di quelle necessarie per giungere a una conclusione.

La volontà di contenere la mole delle ipotesi vagliate assume però anche un significato ulteriore, se si considera la tendenza di molti che si sono occupati del tema a condurre il discorso tentando di proporre categorizzazioni o distinzioni diverse da quelle considerate da studi precedenti, impostazione ritenuta di per sé sufficiente per sostenere di aver prodotto un sistema originale o perfino più funzionale nel cogliere l'essenza del problema.

Il desiderio di offrire comunque una lettura innovativa non ha ceduto alla tentazione di allargare il ventaglio delle ipotesi cui può riferirsi la questione del controllo esercitato dal giudice penale sulla legittimità dell'azione amministrativa, che è stata vinta dall'esigenza di dirigere l'argomentazione secondo criteri di omogeneità, senza accostare fenomeni e istituti troppo differenti tra loro. La speranza è quella di riuscire a fornire una chiave interpretativa diversa, pur ricorrendo a categorie e concetti già sviluppati e espressi da autorevole dottrina.

D'altro canto, la considerazione del principio del rasoio come regola di argomentazione che mette in discussione non solo le teorie troppo elaborate, ma anche quelle che si appoggiano a principi troppo evanescenti, ovvero a elaborazioni troppo parziali, impone di dare brevemente conto del vaglio cui sono state sottoposte certe categorie o tipologie di atti (o comportamenti) comunque riconducibili all'attività amministrativa ⁽²⁰¹⁾, evidenziandone le peculiarità che renderebbero un'analisi compiuta eccessivamente onerosa, ovvero scarsamente rilevante rispetto all'economia complessiva dell'elaborato.

⁽²⁰¹⁾ Per una visione d'ampio orizzonte in tema, si vedano *ex pluribus*: E. CASETTA, (voce) Attività amministrativa, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. I, Torino, 1987, p. 521 e ss.; F. G. SCOCA, (voce) *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, VI, Agg., Milano, 2002, p. 76 e ss.; B. G. MATTARELLA, *Diritto Amministrativo Generale*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, II, p. 734 e ss. .

2. L'atto politico, fra limiti assiologici ed eccezioni.

La nozione di atto politico allude a un dibattito giuridico molto risalente, nato oltralpe⁽²⁰²⁾ e poi emerso in Italia, ove ha trovato un riscontro legislativo per la prima volta nell'art. 31 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato⁽²⁰³⁾, che sanciva l'inammissibilità del ricorso giurisdizionale avverso gli “atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico”, formulazione peraltro lasciata intatta e trasfusa nell'art. 7 del vigente codice del processo amministrativo.

La collocazione sistematica della norma che si riferisce a questi immortalava l'idea di una categoria eminentemente processuale, che, allo stesso tempo, si fa carico anche di un substrato sostanziale non indifferente, legato alla necessità di individuare una sfera riservata alle decisioni politiche che si ritiene debba restare immune dal sindacato giurisdizionale.

La necessità di tale immunizzazione a propria volta poggerrebbe su due presupposti: l'opportunità che tali scelte, in quanto politiche appunto, vengano più adeguatamente poste in discussione nelle sedi parlamentari o comunque rappresentative, in secondo luogo, l'idea che le stesse non sarebbero comunque (generalmente) idonee a provocare un'immediata lesività nei confronti dei soggetti interessati o controinteressati⁽²⁰⁴⁾.

⁽²⁰²⁾ Per una essenziale ricostruzione della dottrina francese, si rinvia a titolo meramente esemplificativo alla lettura di E. LAFERRIÈRE, *Traité de la jurisdiction administrative*, Berger-Levrault, Parigi, 1887, II, p. 30 ss.; A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Parigi, 1868, VII p. 402 ss.; P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, Sirey, Parigi, 1935, p. 30 ss.; A. BERTHÉLEMY, *The Conseil d'Etat in France*, in *Journal of Comparative Legislation*, 1930, p. 23 ss.; G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué*, Parigi, 1885, IV, p. 10 ss.; si confrontino su questo aspetto A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei Governi liberi*, Torino, 1904, p. 103 ss.; G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, Milano, 1984, p. 32 e ss. .

⁽²⁰³⁾ R. D. 26 giugno 1924, n. 1054, Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, pubblicato in G.U. 7 luglio 1924, n. 158.

⁽²⁰⁴⁾ Su questi profili, in particolare, si vedano M. DELSIGNORE, *Commento all'art. 31 Regio Decreto 26 giugno 1924, n. 1054*, in A. ROMANO-R. VILLATA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2009, p. 1484 ss. .

La stringata formula di principio non ha tuttavia consentito alla dottrina di ricostruire unitariamente e autonomamente la figura ⁽²⁰⁵⁾, né di determinarne il contenuto specifico che consenta di distinguere nettamente gli atti politici dagli atti amministrativi, imponendo invece un approccio casistico riferito a una gamma di precedenti riconoscibili con una certa sicurezza, ovvero sulla base di orientamenti più o meno stabili ⁽²⁰⁶⁾.

⁽²⁰⁵⁾ La più citata sembra essere la definizione di A. AMORTH-O. RANELLETTI, (voce) *Atti politici (o di Governo)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. I, Torino, 1958, p. 1511 e ss., secondo i quali possono dirsi politici, quegli atti che “dagli interessi generali dello Stato, apprezzato nella sua unità”, ne “sono causati, sia che concernano la determinazione delle finalità stesse dello Stato, sia che riguardino il funzionamento organico dei pubblici poteri e l’osservanza della costituzione dello Stato; sia la tutela dell’esistenza sua, della sua sicurezza ed integrità del suo prestigio, della sua libertà d’azione contro forze interne o nei rapporti internazionali”. Esistono invero studi ben più risalenti, pertanto, per completezza, si confrontino *ex pluribus*: F. P. CONTUZZI, *Atti del Governo*, in *Digesto italiano*, Torino, 1899, vol. IV, p. 169 ss.; T. MARCHI, *A proposito della distinzione fra atti politici e amministrativi*, Parma, 1905, p. 115 ss.; O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, I, p. 339; D. CARUSO INGHILLERI, *Atto politico e giurisdizione amministrativa*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1915, p. 66 ss.; G. SIOTTO PINTOR, *Intorno al concetto del “potere politico”*, in *Foro it.*, 1927, p. 1076 ss.; N. COCO, *L’atto di potere politico negli odierni atteggiamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1927, p. 277 ss.; B. LIUZZI, *Sulla nozione di atto di governo*, in *Foro amm.*, 1927, p. 71 ss.; A. DE VALLES, *Sulla teoria degli “atti politici”*, in *Ann. Macerata*, 1929, V, p. 1 ss.; U. FORTI, *Atto (di governo)*, in *Enc. It. Treccani*, Milano, 1930, vol. V, p. 290 ss.; E. GUICCIARDI, *L’atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, p. 265 ss.; E. SICA, *Del potere e degli atti politici*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, p. 455 ss.; P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 220 ss.; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, spec. p. 188 ss.; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1969, spec. pp. 12 ss.; M.S. GIANNINI-A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1970, vol. XIX, p. 289 ss.; C. DELL’ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Cedam, Padova, 1983, p. 123 ss.; A. A. CERVATI, *Artt. 70-72*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1985, p. 180 ss. .

⁽²⁰⁶⁾ Per una ricostruzione che tenti di compendiare il vastissimo e annoso dibattito dottrinale in tema, si vedano, *ex multis*: G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull’atto politico. L’esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, Milano, 1984, p. 32 ss.; G. GARRONE, (voce) *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1987, vol. I, p. 544 ss.; E. PICOZZA, *L’attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, 1988, p. 81 ss.; D. VAIANO, *Gli atti*

Queste ultime considerazioni sarebbero di per sé sufficiente per cogliere l'inconciliabilità che sussiste tra la volontà di riordino sistematico enunciata nelle premesse del presente lavoro e l'intrinseca inettitudine definitoria della discussa categoria. Ma vi è di più.

Benché, come già ricordato, la formula d'immunità dal sindacato giurisdizionale che riguarda gli atti emanati nell'esercizio del potere politico abbia trovato uno spazio anche nel codice del processo amministrativo del 2010, può dirsi che la *summa* di norme che fanno capo al principio di effettività della tutela giurisdizionale ⁽²⁰⁷⁾ – nell'ordinamento nazionale gli artt. 24, 103, 113 Cost., lo stesso art. 1 del c.p.a., nonché in ambito

politici, in AA. VV., *Codice della giustizia amministrativa*, G. MORBIDELLI (a cura di), Milano, 2005, p. 207 ss.; C. TUBERTINI, *Atti politici e di alta amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, I, p. 516 ss.; M. PERINI, (voce) *Atto politico e atto di governo (postilla di aggiornamento)*, in *Enc. Giur.*, vol. I, Roma, 2007; M. P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Napoli, 2009, p. 81 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti "di alta amministrazione"*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 121 ss.; più di recente, L. S. BERTONAZZI, *La natura di atto politico, immune dal sindacato giurisdizionale, del rifiuto governativo di avviare trattative finalizzate alla conclusione di intese per regolare i rapporti con confessioni religiose: considerazioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 52/2016*, in *GiustAmm.it*, 2016.

⁽²⁰⁷⁾ Per una disamina d'impronta generale in ordine al principio di effettività si vedano, *ex multis*: P. PIOVANI, (voce) *Effettività (principio di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 420 ss.; E. FAZZALARI, (voce) *Tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 403 ss.; E. M. BARBIERI, *La giustizia amministrativa sulla via dell'effettività*, in *Foro amm.*, 2000, p. 1551 ss.; G. ROMEO, *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 3, p. 653 ss.; S. TARULLO, *Il Giusto processo amministrativo: studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004; A. CORSARO, *Giudizio di ottemperanza ed effettività della tutela*, in *Foro amm. CdS*, 2007, 03, 1053 ss.; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; C. SGUBIN, *I principi del diritto comunitario tra procedimento amministrativo, attività di diritto privato della p.a. ed effettività della tutela giurisdizionale della p.a.*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 01, 320 ss.; F. FRENI-F. DE LUCA, *Effettività della tutela e giusto processo amministrativo*, Roma, 2011; M. ALLENA, *L'art. 6 Cedu come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli stati membri dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, 2, p. 267 ss.; M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 2013, 1, p. 100 e ss. .

sovranazionale gli artt. 19 TUE, 263 TFUE e 6 CEDU – abbiano sostanzialmente sancito la marginalizzazione della categoria, che pure non può dirsi del tutto tramontata ⁽²⁰⁸⁾.

Alla luce di quei principi che impongono all’ordinamento giuridico l’approntamento di uno strumentario processuale idoneo ad assicurare una protezione giurisdizionale pienamente soddisfattiva delle situazioni soggettive (nazionali ed europee) lese da atti dei pubblici poteri senza possibilità di esclusione per determinate categorie di atti, la giurisprudenza amministrativa è da tempo cristallizzata attorno a una posizione che tende a limitarne il più possibile la portata ⁽²⁰⁹⁾.

⁽²⁰⁸⁾ L. CARLASSARE, *L'atto politico tra "qualificazione" e "scelta": i parametri costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 554 ss.; A. ROMANO TASSONE, *"Atto politico" e interesse pubblico*, in AA. VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, A. CONTIERI-F. FRANCIARI-M. IMMORDINO-A. ZITO (a cura di), Napoli 2010, p. 311 ss.; D. MESSINEO, *Atti politici, Stato di diritto, strumenti di verifica della giurisdizione*, in *Dir. Amm.*, 2013, I, p. 717 ss.; F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, in P. BONETTI-A. CASSATELLA-F. CORTESE-A. DEFFENU-A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali, Atti del Convegno di Trento, 24-25 giugno 2011*, Torino, 2012, p. 74 ss.; F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, in AA. VV., *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, cit. p. 89 ss.; F. BILANCIA, *Ancora sull'atto politico e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Giur. cost.*, 2012, 2, pp. 1148 e ss.; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, 3, pag. 329; L. FASCIO, *Le intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica tra atti politici e discrezionalità tecnica. Il caso dell'U.A.A.R. (Unione degli Atei e degli Agnostici)*, in *Foro amm.*, 2012, 5, p. 1024 e ss.; L. S. BERTONAZZI, *La natura di atto politico, immune dal sindacato giurisdizionale, del rifiuto governativo di avviare trattative finalizzate alla conclusione di intese per regolare i rapporti con confessioni religiose: considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 52/2016*, in www.giustamm.it, n. 5/2016.

⁽²⁰⁹⁾ Per una significativa ricostruzione della giurisprudenza amministrativa in tema, si veda su tutti: M. RAMAJOLI, *Gli incerti confini della nozione di provvedimento amministrativo*, in *Ass. studi e ricerche parlamentari*, Torino, 2009, p. 41 e ss.; S. DETTORI, *Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Stato su "L'atto politico"*, in *Nuove aut.*, 2009, p. 267 ss.; S. FORASASSI, *Rassegna della giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali su "L'atto politico"*, in *Nuove aut.*, 2009, 289 ss.; F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit. Sulla insindacabilità dell’atto politico davanti al giudice amministrativo si vedano, fra le più recenti, Cons. St., Sez. IV, 18 novembre 2013, n. 5451; Cons. St., sez. IV, 18 novembre 2011, n. 6083.

Ebbene, pur partendo da questo tipo di premesse, non può nascondersi come il tema non abbia mancato d'interessare anche la giurisprudenza penale.

La nozione di atto politico, in particolare, è venuta in rilievo con riferimento all'istituto dell'autorizzazione a procedere disciplinata dall'art. 313 co. 1 c.p., prevista in relazione a particolari ipotesi di reato in cui l'esercizio dell'azione penale rischia di incidere sul valore e sul prestigio, di rango costituzionale, delle istituzioni repubblicane e dell'unità nazionale⁽²¹⁰⁾, al punto da consentire una valutazione derogatoria al principio generale dell'obbligatorietà di cui all'art. 112 Cost., rimessa in capo al Ministro della Giustizia.

La natura squisitamente politica della decisione, che esclude *ex se* possa considerarsi rivolta secondo modalità previste per legge al perseguimento di fini predeterminati, è (per ora) bastata alla giurisprudenza per rifiutare la possibilità di una cognizione incidentale sulla legittimità dell'autorizzazione⁽²¹¹⁾. Ciò non di meno, taluni autori hanno ritenuto opportuno riferirsi all'istituto in esame come esempio emblematico del rilievo esterno (di ordine processuale) che gli atti amministrativi possono avere sulle fattispecie penali⁽²¹²⁾.

⁽²¹⁰⁾ In merito, *mutatis mutandis*, si rimanda alle ricostruzioni dell'istituto proposte da: E. CASSETTA, (voce) *Autorizzazione a procedere*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, p. 522; P. CAVALERI, *L'autorizzazione a procedere ex art. 313, comma 3, c.p. nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.* 1971, I, p. 2072; V. ONIDA, *Autorizzazione a procedere e principio di uguaglianza*, in *Giur. cost.* 1971, p.742; A. PIZZORUSSO, *Scricchiolii sempre più forti dell'istituto dell'autorizzazione e procedere*, in *Giur. cost.* 1973, p. 100; P. A. CAPOTOSTI, *Ordinamento costituzionale e autorizzazione a procedere per i reati di vilipendio politico*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano 1977, p. 67; M. MIDIRI, *Autorizzazione a procedere (voce)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 5; Id., (voce) *Autorizzazione a procedere*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, 1997, p. 5; B. PEZZINI, *Presidente della repubblica e ministro della giustizia di fronte all'autorizzazione a procedere per il reato di offesa al presidente (art. 278 c.p.)*, in *Giur. cost.*, 1996, 5, p. 3286 ss.; Sul dibattito circa la natura dell'autorizzazione a procedere ex art. 313 c.p. si veda M. GULLINO, *Le condizioni di procedibilità: compatibilità con il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Diritto & formazione*, 2002, p. 1240 e ss. .

⁽²¹¹⁾ In giurisprudenza si vedano sul punto: Cass. pen., sez. I, 28 settembre 2010, n. 45074; sez. I, 4 febbraio 2004, n. 12625; sez. I, 12 febbraio 1996, n. 3069; sez. I, 16 gennaio 1978, n. 5844; sez. I, 24 settembre 1976, n. 2868; sez. I, 21 novembre 1969, n. 1511.

⁽²¹²⁾ Il riferimento va in particolare alle ricostruzioni operate da: P. TANDA, *I reati urbanistico-edilizi*, op. ult. cit., p. 889; M. PETRONE, *La disapplicazione*, op. ult. cit., p. 55

L'assoluta particolarità delle ipotesi in cui il tema si pone concretamente renderebbe qui non solo macchinosa, ma anche disutile l'analisi approfondita e compiuta che meriterebbero.

2.1 (segue) Rilevanza della nozione di atto d'alta amministrazione.

Nei passaggi precedenti si è brevemente accennato a come, negli ultimi anni, la giurisprudenza, soprattutto amministrativa, abbia optato per una rigorosa interpretazione del concetto di atto politico, per "eroderne" il campo d'operatività e limitare al massimo il *deficit* di tutela derivante dall'esclusione della impugnabilità in sede giurisdizionale ⁽²¹³⁾.

L'operazione di contenimento è stata svolta, in particolare, attraverso la riconduzione dei molti casi dubbi a una figura contigua a quella dell'atto politico, che si pone però anche in prossimità alla categoria degli atti amministrativi generali, e considerata perciò annoverabile a pieno titolo fra gli atti amministrativi sindacabili.

Il riferimento va ai cosiddetti atti di alta amministrazione, la cui caratteristica fondamentale è stata individuata nel carattere ampiamente discrezionale della decisione che incorporano, cui si contrappone però la subordinazione sia nei confronti della legge ordinaria, sia degli atti di direzione politica, nel cui rispetto sono tenuti a operare, essendo vincolati, come tutti gli atti amministrativi, a fini predeterminati ⁽²¹⁴⁾.

e ss.; critico invece sul punto M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., p. 176 e ss. .

⁽²¹³⁾ Per l'opera di restringimento del campo di operatività della nozione di atto amministrativo si rimanda in particolare alla lettura di M. P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, Cit., in partic. pp. 950 e ss. .

⁽²¹⁴⁾ Non vi è lo spazio qui per dare conto del ricco dibattito sorto sul punto. Si vedano perciò, *ex multis*: C. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973, pp. 1 ss.. F. CUOCOLO, voce *Alta amministrazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, pp. 1 ss. G. CREPALDI, *La motivazione degli atti di alta amministrazione*, in *Foro amm. Cons. Stato.*, n. 12/2003, pp. 3688 ss.. C. TUBERTINI, (voce) *Atti politici e atti di alta amministrazione*, cit., pp. 516 ss.; M. P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, op. cit., *passim*; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti politici e atti di alta amministrazione*, cit., pp. 101 ss.. L.

Il tratto distintivo risiederebbe cioè nella “saldatura tra gli indirizzi espressi a livello politico ed i provvedimenti di amministrazione attiva”⁽²¹⁵⁾ e nell’idoneità a incidere direttamente sulle posizioni giuridiche soggettive, profili che hanno indotto la giurisprudenza più risalente ad affermare la soggezione se non all’obbligo di motivazione, almeno a una sommaria indicazione delle ragioni della decisione assunta, espediente evidentemente funzionale alla sottoposizione al controllo giurisdizionale, problema poi troncato dal legislatore con la formulazione dell’articolo 3 della legge 241/1990, che ha generalizzato tale obbligo senza esclusioni di sorta⁽²¹⁶⁾.

Può perciò motivatamente sostenersi che i profili di attuale rilevanza della nozione riguardino essenzialmente i contorni latamente discrezionali che la giurisprudenza riconosce agli atti di alta amministrazione, che, pur non coinvolgendo immediatamente valori supremi dello Stato, ma provvedendo su un oggetto specifico e circoscritto, mantengono quell’oggettiva connessione con la sfera dell’attuazione dell’indirizzo politico che impone un ampio margine di scelta⁽²¹⁷⁾.

FASCIO, *L’attività di alta amministrazione nelle Regioni italiane*, Torino, 2014, pp. 1 ss.; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, op. cit., p. 215. Per una breve disamina commentata dei contributi offerti dal giudice amministrativo: Tar Lazio, sez. III, 16 novembre 2007, n. 11271, in *Foro amm. TAR*, 2007, p. 3134, con nota di P. SANDRO, «Democrazia dell’alternanza» e atto politico: il Tar annulla la revoca del Consigliere Petroni; in senso analogo Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2006, n. 1554, in *Foro amm. CDS*, 2007, p. 280, con nota di G. GRÜNER, *L’impossibile rivincita del merito sulla fiducia e le garanzie del procedimento nei rapporti tra politica e amministrazione*.

⁽²¹⁵⁾ Così, C. TUBERTINI, (voce) *Atti politici e atti di alta amministrazione*, cit., p. 517.

⁽²¹⁶⁾ Sul punto si vedano, per tutti: M. DE PAOLIS, *La motivazione del provvedimento amministrativo*, Padova, 2002, p. 8 e ss.; e più di recente, con un’ampia e accurata ricostruzione del percorso dottrinale in tema A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell’attività amministrativa*, Padova, 2013, in partic. pp. 42 e ss. . In giurisprudenza, ancora di recente: Cons. Stato, Sez. V, sent. 27 luglio 2011, n. 4502; TAR Lazio, Sez. I, 5 marzo 2012, n. 2223.

⁽²¹⁷⁾ Nella giurisprudenza più recente si vedano: Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502, ; Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502; 51 *Corte cost.*, 5 marzo 2010, n. 81. Per un’analisi di alcuni significativi casi giurisprudenziali, C. CARUSO, *I casi “Speciale”, “Petroni”, “Sgarbi”: sindacabilità dell’atto politico?*, in *Quad. cost.*, 2009, 2, pp. 381-384; TAR Lazio, sez. III, 8 novembre 2007, n. 11271, in *Giust. civ.*, 2008, pp. 509 ss., con note di T. KLITSCHKE DE LA GRANGE, *L’atto politico (e il “politico”)* e di P. STELLA RICHTER, *Postilla sulla stessa nozione di atto amministrativo*. In tema anche E. LEHNER, *Il caso Petroni: luci ed ombre della sentenza n. 69 del 2009*, in *Giur. cost.* n. 2/2009, pp. 646

Venendo ai motivi di interesse che possono riferirsi all'ambito del diritto penale, può evidenziarsi come si sia ormai raggiunta essenzialmente l'unanimità nella giurisprudenza amministrativa ⁽²¹⁸⁾ e penale ⁽²¹⁹⁾ nel ritenere riconducibili alla categoria degli atti di alta amministrazione i decreti ministeriali di concessione dell'extradizione ex art. 708 c.p.p. ⁽²²⁰⁾, la richiesta di procedimento per i delitti commessi dal cittadino all'estero, di cui agli artt. 9 co. 3 c.p. e 342 c.p.p., e il rifiuto di rogatoria dall'estero o per l'estero ⁽²²¹⁾, disciplinate dall'art. 727 c.p.p. .

ss. . In tema cfr. anche L. VIOLINI, *Note sul "caso Petroni": ovvero se sia ancora necessario garantire l'imparzialità del servizio pubblico radiotelevisivo e come la si debba garantire*, in *Quad. cost.*, 2008, pp. 375 ss. .

⁽²¹⁸⁾ Cons. Stato, sez. IV, 11 maggio 1966, n. 344; Cons. Stato, Sez. IV, 15 giugno 2007, n. 3286, in *Foro it.*, 2007, 7-8, pp. 345 e ss.; Cons. Stato, sez. IV, 6 aprile 2000, n. 1996; Cons. Stato, sez. IV, 15 giugno 2007, n. 3286; Cons. Stato, sez. IV, 11 maggio 1966, n. 344; Cons. Stato, sez. IV, 6 aprile 2000, n. 1996; Corte Cost., 27 giugno 1996, n. 223; TAR Lazio, sent. 1 dicembre 2017, n. 11897.

⁽²¹⁹⁾ Cfr. Cass., sez. I, 3 marzo 2003, n. 19678; Cass., sez. II, 5 marzo 1999, n. 1173. In senso contrario postulava la più risalente giurisprudenza, secondo cui "l'atto di estradizione è manifestazione di un potere squisitamente politico ed è di competenza del Ministro della giustizia, al quale, di conseguenza, spetta anche il potere di sospenderne l'esecuzione". Così Cass., sez. I, 18 ottobre 1983 n. 6083.

⁽²²⁰⁾ Per la dottrina in materia di estradizione si vedano, ex multis: G. MELILLO, *Decreto di estradizione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Cass. pen.* 2000, 7-8, 2124 ss.; G. BECCACECI, *In tema di requisiti formali delle domande di estradizione*, in *Giur. it.*, 2002, 01, 137 ss.; A. CIAMPI, *La garanzia e la disciplina del controllo giurisdizionale sulla richiesta di revoca o sostituzione delle misure cautelari disposte a fini di estradizione*, in *Cass. pen.*, 2003, 10, p. 2985 ss.; A. MANGIARACINA, *L'esecuzione condizionata della richiesta di estradizione e le assicurazioni offerte dal nostro sistema processuale nell'ipotesi di condanna in absentia*, in *Cass. pen.*, 2005, 4, p. 1310 e ss.; G. COLAIACOVO, *Appunti in tema di estradizione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2012, 11, 3806 ss. .

⁽²²¹⁾ In materia, senza pretesa di esaustività, si vedano: P. LASLOCKY, (voce) *Rogatoria - dir. proc. pen.*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 121; G. CATELANI, *I rapporti internazionali in materia penale*, Milano, 1995; G. DI CHIARA, (voce) *Rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, p. 890 e ss.; A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, Padova, 2003; M. R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, 2005; G. DARAIO, *Le rogatorie internazionali*, in G. SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, VI, *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, Torino, 2009, 617 s.; Id, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in L. KALB (a cura di), *«Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano*, Torino, 2012, p. 539.

Tali provvedimenti, rivestendo evidentemente la natura giuridica di atto amministrativo, in quanto sottoposti alla gerarchia delle fonti normative oltre che all'obbligo di motivazione, sono stati non di meno ritenuti sottoponibili al sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo. Il tema, quantomeno in astratto, si presterebbe perciò a un'indagine più puntuale sulla fattibilità e individuazione dei margini entro cui sarebbe pensabile un sindacato incidentale da parte del giudice penale sulla legittimità degli stessi, atteso il carattere ampiamente discrezionale che rivestono.

Purtroppo, un allargamento dell'analisi in tale direzione non sarebbe compatibile con la necessità (e urgenza) di mantenere entro limiti ragionevoli l'estensione del contributo.

3. Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici. In particolare, S.C.I.A. e silenzi dell'amministrazione.

A partire dall'ormai celebre rapporto Giannini del 1979 ⁽²²²⁾, la maturazione della necessità di ripensare e riequilibrare il rapporto tra pubblica amministrazione e cittadini ha costituito il traino delle principali riforme amministrative avviate nel nostro ordinamento.

Negli anni Novanta si è così avviato un percorso di trasformazione e di rilettura delle complesse finalità enunciate dall'art. 41 Cost. che progressivamente ha imposto un nuovo bilanciamento fra le garanzie della libertà di iniziativa economica privata e le potestà di direzione e controllo in capo al potere pubblico, nonché una generalizzata missione di snellimento

⁽²²²⁾ Il riferimento è alle conclusioni del “*Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*” trasmesso alle Camere dal Ministro per la funzione pubblica, Massimo Severo Giannini, datato 16 novembre 1979, nel quale l'allora ministro per la funzione pubblica denunciava la metamorfosi dello Stato da “amico sicuro e autorevole” a “creatura ambigua, irragionevole, lontana”. Per un'analisi del documento, si consenta di rinviare alle ampie considerazioni sviluppate in G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana 1861-1993*, Bologna, 1996, pp. 501 ss. . Per un confronto in prospettiva, si veda il contributo di D. SORACE, *Buona amministrazione e qualità della vita, nel 60° anniversario della costituzione*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, Napoli, 2008.

procedimentale e, prima ancora, normativo ⁽²²³⁾, che fronteggiasse l'aumento delle funzioni pubbliche e del numero delle strutture volte al loro adempimento e, soprattutto, l'irrazionale stratificazione delle stesse.

Scostando parzialmente il tema da quello più generale delle liberalizzazioni ⁽²²⁴⁾, si è parlato spesso di "semplificazione amministrativa" ⁽²²⁵⁾, per indicare quella lunga serie di interventi legislativi maturati da istanze

⁽²²³⁾ Sul punto si vedano, fra i tanti, E. FERRARI, *Contro la banalità della semplificazione normativa*, in M. A. SANDULLI, a cura di, *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 141 ss.; F. MERUSI, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo*, in *Nuove autonomie*, 2008, 335 ss.; G. SCIULLO (a cura di), *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione: una nuova stagione*, Bologna, 2008; B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011.

⁽²²⁴⁾ Sul tema, *ex pluribus*: S. CASSESE-G. GALLI (a cura di), *L'Italia da semplificare – Le Istituzioni*, Bologna 1998; V. CERULLI IRELLI-F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 617 ss.; G. VESPERINI (a cura di), *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, Milano, 2006; S. AMOROSINO, *Achille e la tartaruga. Semplificazione amministrativa e competitività del sistema "Italia"*, Milano, 2006; AA.VV., *La semplificazione*, in *Nuove Autonomie*, 2008, nn. 3 e 4; M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Il diritto dell'economia*, 2012, p. 507 e ss. .

⁽²²⁵⁾ In tema di semplificazione amministrativa, nel vastissimo panorama, senza pretese di esaustività, si vedano: V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 55; A. DE CESARIS, *Il miraggio della semplificazione* (nota a Cons. St., sez. V, 6 dicembre 1993, n. 1262), in *Riv. giur. amb.*, 1994, 669; F. MELE, *La semplificazione del procedimento amministrativo nelle leggi 15 marzo 1997, n. 59 e 15 maggio 1997, n. 127*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 4, 781; E. CASSETTA, *La difficoltà di "semplificare"*, in *Dir. amm.*, 1998, 3-4, 335; S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, p. 699; L. TORCHIA, *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *Dir.amm.*, 1998, 404 ss.; G. VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1998, 655 ss.; M. CLARICH, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, *ivi*, 1998, 679 ss.; S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, *ivi*, 1998, 699 ss.; R. FERRARA, *Le «complicazioni» della semplificazione: verso un'Amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 323 ss.; V. CERULLI IRELLI-F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, *cit.*, p. 618 ss.; M. CARTABIA, *Semplificazione amministrativa, riordino normativo e delegificazione nella "legge annuale di semplificazione"*, in *Dir.pubbl.*, 2000, p. 385 ss; M. A. SANDULLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione. Modelli europei a confronto*, Milano, 2000; A. TRAVI, *Tecniche di semplificazione e riforma amministrativa in Italia*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, I, Napoli, 2001, 533; A. NATALINI, *Le semplificazioni amministrative*, Bologna 2002; G.

di difesa dell'autonomia privata nei confronti del potere amministrativo, iniziative che hanno portato all'adozione di strumenti di sostituzione del privato alla pubblica amministrazione in quei casi ove precedentemente quest'ultima era chiamata a emanare atti di autorizzazione, o comunque di assenso di tipo vincolato.

Accanto al complesso degli istituti di partecipazione, il legislatore è quindi intervenuto a più riprese istituendo forme e meccanismi di razionalizzazione che consentissero agli amministrati di non subire passivamente le lungaggini della burocrazia, riportando i rapporti fra cittadino e amministrazione nella gestione del bene tempo su un piano di parità.

Da un lato, si è cominciato progressivamente a consentire ai privati di intraprendere le attività prima oggetto di provvedimenti ampliati vincolati sotto la propria esclusiva responsabilità, sulla base di autovalutazioni di conformità e, sulla stessa direttrice, si è percorsa la via dell'ottimizzazione dei tempi del procedimento, attraverso la razionalizzazione della scansione

CORSO, (voce) *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in Dizionario di diritto pubblico, diretto da Sabino Cassese, 2006, Milano, p. 3492; L. TORCHIA, *Si scrive semplificar, si legge ridurre e rispettare i tempi*, in *Amministrazione civile*, 2008, 2, pp. 123-127; N. LONGOBARDI, *Attività economiche e semplificazione amministrativa. La "direttiva bolkenstein" modello di semplificazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2009, 3, p. 695; D'APUZZO, *Autorizzazione e libertà nella disciplina del commercio*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, 3, 919; P. LAZZARA, *Principio di semplificazione e situazioni giuridiche soggettive*, in *Diritto amministrativo*, 2011, 4, pp. 679-701; G. VESPERINI, *La fatica di semplificare*, in *Gior. di dir. amm.*, 2013, pp. 345 ss.; N. RANGONE, *Semplificazione amministrativa*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2014; Per l'attenzione dedicata ai profili più critici della semplificazione si segnalano, fra i contributi più recenti, C. PINELLI, *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa - Possibilità e limiti di un approccio giuridico*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 355 ss.; G. SPINA, *La semplificazione amministrativa come principio dell'essere e dell'agire dell'amministrazione - Studio sull'evoluzione delle logiche di semplificazione amministrativa in Italia dal 1990 ad oggi*, Napoli, 2013; M. R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amministrativo-Tar*, 2010, p. 3041 ss.; G. VESPERINI, *Note a margine di una recente ricerca sulla semplificazione amministrativa*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2010, p. 203 ss.; L. VANDELLI, *Tendenze e difficoltà della semplificazione amministrativa*, in *Nuove autonomie*, 2008, p. 417 ss.; P. LAZZARA, *La semplificazione dell'azione amministrativa ed il procedimento tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Nuove autonomie*, 2008, p. 475 ss. Per un'analisi comparata, cfr. AA.VV., *Semplificazione e consenso nell'azione amministrativa: esperienze a confronto*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, p. 28 ss. .

temporale e dei termini procedurali, nonché con la disciplina delle conseguenze del mancato rispetto di tali scadenze ⁽²²⁶⁾.

All'esito di varie tappe evolutive la disciplina è sfociata nelle attuali previsioni in materia di segnalazione certificata d'inizio attività ⁽²²⁷⁾, contenuta negli artt. 19 e 19-bis della legge 241/1990 e nella disciplina dei silenzi dell'amministrazione ⁽²²⁸⁾, di cui al susseguente art. 20.

⁽²²⁶⁾ In una prospettiva d'analisi più generale, si vedano fra i tanti contributi: M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, *Dir. Amm.*, 2003, p. 292 ss.; G. FONDERICO, *Il nuovo tempo del procedimento, la d.i.a. e il silenzio assenso*, *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, p. 1017 ss.; G. MORBIDELLI, *Il tempo del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati a sistema*, Napoli, 2006, p. 251 ss.; A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007, 135; Romano, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241 del 1990. Divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, *Dir. Amm.*, 2006, p. 489 ss.; M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; L. FERRARA, *Dia (e silenzio-assenso) tra autoamministrazione e semplificazione*, in *Dir. amm.*, 2006, pp. 759-771 e in L. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, pp. 167 ss.; P. LAZZARA, *I procedimenti ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/1990) alla direttiva "servizi" (2006/123/CE)*, Napoli, 2008.

⁽²²⁷⁾ In materia di S.C.I.A., fra i moltissimi, si vedano i più recenti contributi di: B. G. MATTARELLA, *La scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giorn.dir.amm.*, 2010, p. 1328 ss.; F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, Milano, 2011; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, (voce) *S.C.I.A.*, in *Il libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, 2012, pp. 269 e ss.; M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 329-353; F. DORO, *SCIA e DIA. Denuncia, dichiarazione e segnalazione certificata di inizio attività dopo i dd. ll. 78/2010, 70/2011, 138/2011 e 83/2012*, Padova, 2012; E. SCOTTI, *La segnalazione di inizio attività*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016; P. LAZZARA, *L'evoluzione del procedimento nell'ultimo decennio*, in *Foro Amm.*, 2017, 7/8, p. 1771 ss.; M.A. SANDULLI, *La segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.) (artt.19 e 21 l.n.241 del 1990 e s.m.i.)*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

⁽²²⁸⁾ Si vedano *ex multis*, senza pretesa di completezza, in un panorama bibliografico sterminato: A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996; B. E. TONOLETTI, (voce) *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl. IV*, 1999, vol. XIV; F. FRACCHIA, *Vizi formali, semplificazione procedimentale, silenzio-assenso e irregolarità*, *Dir. Ec.*, 2002, p. 429 ss.; F.

Il legislatore, con riguardo all'istituto della S.C.I.A., ammettendo che il privato possa comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge con un atto proprio certificativo che tiene luogo a un provvedimento ampliativo, ha stabilito che il contegno omissivo serbato dalla P.A. fino allo spirare dei termini perentori stabiliti per l'esercizio dei poteri inibitori produca un effetto preclusivo rispetto all'esercizio degli stessi e, pertanto, una certa stabilizzazione dell'attività posta in essere dal privato. Lo stesso, a fronte dei dubbi interpretativi sorti sulla natura del rapporto giuridico creato dalla dichiarazione/segnalazione, ha poi inteso specificare – all'esito di un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale – che la “denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili” (art. 19 comma 6-ter).

Quanto ai silenzi dell'amministrazione, il legislatore, riconoscendo un significato legale tipico di assenso o, in alcuni casi specifici, di diniego/rifiuto al contegno omissivo dell'amministrazione, ha individuato a favore del cittadino una particolare forma di tutela preventiva, che tenta di scongiurare gli effetti pregiudizievoli connessi all'inerzia della pubblica amministrazione.

MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, *Dir. Amm.*, 2002, p. 527 ss.; V. PARISIO (a cura di), *Inerzia della p.a. e tutela giurisdizionale*, Milano, 2002; F. SATTA, *Impugnativa del silenzio e motivi di merito*, *Foro amm. CDS*, 2002, 46 ss.; F. G. SCOCA, *Il silenzio della p.a. alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, *Dir. Proc. Amm.*, 2002, p. 329 ss.; L. GIANI, *Articolo 20. Silenzio assenso*, in N. PAOLANTONIO-A. POLICE-A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, p. 411 ss.; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, I, p. 531 ss.; M. OCCHIENA, *Riforma della 241/1990 e "nuovo" silenzio rifiuto: del diritto v'è certezza*, www.giustamm.it, 2005; M. ANDREIS, *La conclusione inespressa del procedimento*, Milano, 2006; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, *Dir. Amm.*, 2006, p. 99 ss.; E. BOSCOLO, *Il perimetro del silenzio-assenso tra generalizzazioni, eccezioni per materia e norme previgenti*, *Urb. App.*, 2009, 454 ss.; P. DELLO SBARBA, *Il silenzio-assenso e la tutela dei beni costituzionalmente rilevanti*, *Urb. App.*, 2009, p. 747 ss.; M. D'ORSOGNA-P. LOMBARDI, *Il silenzio-assenso*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 801; A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M. A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 226 ss.; G. GRECO, *La scia e la tutela dei terzi al vaglio dell'adunanza plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 359 ss.; L. S. BERTONAZZI, *Il giudizio sul silenzio*, in B. SASSANI-R. VILLATA (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, pp. 905-993.

Compendiando significativamente il discorso, si può affermare che, al netto della varietà di posizioni espresse sulla natura giuridica dei silenzi significativi, per i quali pare che si sia raggiunta una certa “maggioranza” nell’affermare la sostanziale equipollenza a un atto amministrativo tacito, ciò che accomuna la disciplina relativa e quella della S.C.I.A. – al di là della qualificazione giuridica che si vuole attribuire ⁽²²⁹⁾ – è che l’amministrazione, pur non ponendo in essere un’attività amministrativa in senso stretto, omettendo di adottare un provvedimento espresso, fa sì che si producano nella realtà giuridica effetti tipizzati dalla legge, che non coincidono però esattamente con quelli che conseguirebbero nel caso di esercizio concreto del potere.

Nel caso della formazione del silenzio assenso si tratta infatti dell’instaurazione di un rapporto fra privato e amministrazione che, in senso lato, “sanziona” l’inerzia tenuta da quest’ultima ove violi l’obbligo di provvedere, con la conseguenza, però, che il cittadino possiede solo formalmente, ma non sostanzialmente, una effettiva certezza circa l’esistenza, la consistenza e la stabilità della propria situazione soggettiva ⁽²³⁰⁾.

In ipotesi di mancato esercizio dei poteri inibitori previsti in materia di S.C.I.A., la preclusione che si compie allo scadere del termine perentorio previsto *ex lege* assume un’indole “garantista”, tutelando il legittimo affidamento maturato nel soggetto certificante, ma, anche in questo caso, la stabilità del risultato raggiunto è inferiore, avendo, come già accennato, il legislatore chiarito la natura eminentemente privata dell’istituto.

Ancora più transitorio – per quanto si tratti di ipotesi teoricamente residuali rispetto a quelle del silenzio assenso, assunto ormai a istituto di portata generalizzata – è il meccanismo rimediabile previsto nei casi di silenzio diniego e di silenzio inadempimento.

⁽²²⁹⁾ N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., p. 366 e ss.; cfr. altresì F.G. SCOCA-M. D’ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, p. 436; nonché V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell’atto scritto*, Milano, 1996. F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, afferma nella premessa del suo lavoro che nei casi in cui la legge equipara il silenzio al provvedimento amministrativo non si pone un problema di inerzia, “dato che appunto la legge rende quest’ultima espressiva di provvedimenti”. A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241 del 1990: divagazioni sull’autonomia dell’amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 489.

⁽²³⁰⁾ Cfr. sul punto B. E. TONOLETTI, (voce) *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., pp. 159 e ss. .

Il privato, infatti, nella prima ipotesi si trova tutelato unicamente dalla titolarità di una posizione di legittimazione processuale che gli consente di ricorrere contro il diniego nel corso di un giudizio il cui oggetto cadrà sull'obbligo di provvedere, mentre vi potrà essere decisione sulla fondatezza della pretesa nelle sole ipotesi di attività vincolata o comunque qualora risultino esauriti i margini per l'esercizio dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione ⁽²³¹⁾. La situazione è peraltro forse peggiore rispetto a quella in cui versa il soggetto che si trova a subire il silenzio inadempimento ⁽²³²⁾, essendo quest'ultimo legittimato a ricorrere con un rito speciale, previsto all'art. 31 c.p.a., a norma del quale "il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione".

Per i fini che qui interessano, a fronte del comportamento inerte dell'amministrazione, due sono le fattispecie penali che potrebbero assumere rilievo: il reato di omissione non motivata d'atti richiesti, oggi previsto

⁽²³¹⁾ In giurisprudenza si vedano in punto, Cons. Stato, sez. VI, 11 febbraio 2011 n. 919; sez. VI, 6 luglio 2010 n. 4308; Cons. Stato, sez. VI, 22 maggio 2008, n. 2458; Cons. Stato, sez. VI, 22 maggio 2008, n. 2458; Cons. Stato, sez. IV, 20 settembre 2006, n. 5500. In dottrina, in prospettiva evolutiva, si vedano: B. E. TONOLETTI, *Oggetto del giudizio contro il silenzio rifiuto della Pubblica amministrazione: orientamenti giurisprudenziali*, in *Studium iuris*, 1996, p. 609 e ss.; Id., *Commento all'art. 2 (Ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione)*, in A. TRAVI (a cura di), *Legge 21 luglio 2000, n. 205, Disposizioni in materia di giustizia amministrativa*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, p. 574 e ss.; L. TARANTINO, *Giudizio amministrativo e silenzio della pubblica amministrazione*, in F. CARINGELLA - M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000 n. 205*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 81; F. G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 245; D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002; M. VERONELLI, *Azione diretta e immediata avverso il silenzio della Pubblica Amministrazione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2003,1, p. 45.

⁽²³²⁾ Sulle criticità della tutela offerta dalla normativa in materia di silenzio inadempimento si vedano G. GUCCIONE, *Il ricorso avverso il silenzio-inadempimento dell'amministrazione: breve ricostruzione storica dell'istituto ed applicazioni giurisprudenziali del rito ex art. 2 della L. 21 luglio 2000, n. 205*, in "Dir. proc. amm.", 2004, p. 1083; M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 709 e ss. .

dall'art. 328 co. 2 c.p., e il reato di abuso d'ufficio, disciplinato dall'art. 323 c.p. .

È doveroso premettere che, in entrambi i casi, si tratta di fattispecie oggetto di un lungo confronto che ha visto opporsi il legislatore, intervenuto più volte a ridefinire i contorni dei comportamenti che riteneva penalmente rilevante nel tentativo di arginare le interpretazioni estensive della giurisprudenza, con quest'ultima che invece ha tendenzialmente ravvisato dei (presunti) vuoti di tutela che ha ritenuto di dover colmare per giungere a una interpretazione compatibile con gli interessi tutelati ⁽²³³⁾.

Quanto all'omissione di atti d'ufficio, all'esito di un aspro dibattito che non si può qui nemmeno sintetizzare, la Cassazione sembra aver ormai raggiunto una certa stabilità nell'escludere che alle ipotesi di silenzio assenso si possa ricollegare la contestazione del reato, avendo la stessa ritenuto che l'omissione non possa realizzarsi qualora il procedimento si sia concluso senza adozione espressa dell'atto in virtù del silenzio-assenso, poiché l'*iter*

⁽²³³⁾ Passando dall'abuso innominato in atti di ufficio di cui all'originario art. 323 c.p., alla prima riforma avutasi con la legge n. 86 del 1990, seguita dopo solo sette anni da una integrale modifica della norma ad opera del legislatore del '97, che ha trasformato la fattispecie incriminatrice da reato a consumazione anticipata e a dolo specifico in reato di evento, prevedendo specifiche modalità di realizzazione del fatto punibile, la formula attuale ha specificato il contenuto della condotta antigiuridica, rispondendo meglio che in passato, quelle esigenze di tipicità e tassatività che devono caratterizzare il precetto delle norme incriminatrici. Per la ricostruzione dell'iter parlamentare di approvazione della legge n.234 del 1997 e sui progetti di riforma avanzati in precedenza, si confronti, su tutti, V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2, 1997, 1202 ss. . Per una breve bibliografia in tema, si confrontino: T. PADOVANI, *L'abuso di ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 76; A. CHIZZONITI, *Abuso d'ufficio. Il Senato volta pagina*, in *Queste istituzioni*, XXV, 1997, p. 95 ss.; A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio. La legge di riforma 16 luglio 1997, n. 234*, Milano, 1997, p. 169; G. IADECOLA, in F. S. FORTUNA (a cura di) *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2002, p. 99 ss.; E. BAFFI, *Abuso d'ufficio*, in S. FIORE (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004, p. 261 ss.; P. PISA, (voce) *Abuso d'ufficio*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani, Agg. IV*, 2005 e ivi (voce) *Abuso d'ufficio, (postilla di aggiornamento)*.

Per l'evoluzione del delitto d'omissione di atti d'ufficio, si vedano, *ex multis*: P. COSTA, *Il "nuovo" delitto di omissione d'atti d'ufficio: verso la "procedimentalizzazione" degli illeciti penali*, in *Giur. di merito*, 1992, p. 928 e ss.; F. DASSANO, *Il nuovo delitto di rifiuto e omissione d'ufficio*, Torino, 1993, in partic. p. 14 e ss.; P. CORCIULO, *Attività interna della P.A. e reato di rifiuto di atti d'ufficio*, in *Riv. dir. pen. econ.*, 1993, 4, p. 545 e ss. .

procedimentale trova un suo sbocco non in un atto ma, in via surrogatoria, in un mero comportamento dell'amministrazione cui però la legge attribuisce un valore positivo tipizzato ⁽²³⁴⁾.

Un discorso analogo sembrerebbe potersi condurre con riferimento al tema del silenzio diniego, ma in punto la giurisprudenza non è così nettamente schierata. Basti pensare alle ormai superate previsioni sul silenzio in tema di diritto di accesso – in merito alle quali la giurisprudenza amministrativa era unanime nel qualificare come silenzio diniego il mancato pronunciamento a fronte dell'istanza del privato – mentre la Cassazione penale qualificava il formarsi del silenzio rifiuto come “una mera *fictio juris* alla quale si fa ricorso per ovviare ad una situazione di stallo e porre il cittadino nella condizione di sbloccare tale situazione e di ottenere, comunque, una decisione sulla richiesta di accesso da impugnare in via amministrativa”, ritenendola perciò valida solo ai fini amministrativi, inidonea invece a limitare “la possibilità di valutare la condotta omissiva illecita del pubblico ufficiale che non abbia provveduto sulla richiesta del privato” ⁽²³⁵⁾.

⁽²³⁴⁾ Sul punto, si confrontino M. FARINA, *Silenzio significativo della pubblica amministrazione e omissione di atti di ufficio*, in *Dir. pen. e processo*, 2002, 5, p.621, chiarisce che l'art. 328 c.p. non incrimina l'omissione in sé, ma il silenzio serbato a seguito di una nuova, ulteriore e specifica richiesta, e nei medesimi termini, D. GIORGIO, *Precetto penale e precetto amministrativo a confronto per la individuazione di una diversa rilevanza giuridica della inerzia della pubblica amministrazione*, in *Tribunali amministrativi regionali*, 1996, fasc. 9, p. 245. Nella giurisprudenza più recente si veda Cass., Sez. VI, sent. 20 gennaio 2014 n. 2331 e Sez. VI, sent. 13 novembre 2013, n. 45629. Cfr. anche S. DE FLAMMINEIS, *La tutela penale contro il silenzio amministrativo: “modi” e “tempi” di un'interconnessione disciplinare*, in *La giustizia penale*, 2009, fasc. 11, pt. 2, p. 656, secondo il quale le esigenze di celerità ispiratrici dell'art. 328 c.p. non riguarderebbero soltanto l'adozione del provvedimento finale, ma anche gli aspetti del procedimento e, dunque, il compimento degli atti strumentali o endoprocedimentali.

⁽²³⁵⁾ Si tratta di casi numericamente non molto frequenti, ma non mancano decisioni anche successive alla riforma del reato *de quo*. Si vedano, su tutte, Cass., sez. VI pen., 8 gennaio 1997, n. 12; Cass., sez. VI pen., 6 aprile 2000, n. 5691; Di recente Cass., Sez. VI, sent.13 novembre 2013 n. 45629. in senso contrario invece Cass., sez., 6 ottobre 1998, n. 12977, secondo cui “coincidendo il termine di trenta giorni dalla richiesta dell'interessato, formulata ex art. 328 comma 2 c.p., con il termine stabilito per il maturarsi del silenzio rifiuto (ex art. 25 della l. n. 241/1990), deve escludersi la configurabilità del reato in esame se il pubblico ufficiale non compie l'atto richiesto e non risponde al richiedente, perché con il silenzio rifiuto, sia pure per una presunzione, si ha il compimento dell'atto e viene comunque a determinarsi una situazione che è concettualmente incompatibile con l'inerzia della P.A.”. In dottrina, si veda sul tema specifico C. CELONE, *Accesso, segreto investigativo, silenzio-*

Analogamente, il problema della rilevanza penale dell'omissione d'atto richiesto può porsi non solo con riferimento ai casi di silenzio inadempimento, ma anche in ipotesi di mancato esercizio dei poteri inibitori previste a seguito di S.C.I.A. sollecitate infruttuosamente dal terzo.

In particolare, in quest'ultima eventualità, qualora la sollecitazione d'intervento del terzo sia giunta oltre i sessanta/trenta giorni previsti per le attività ordinarie di vigilanza e inibizione dell'attività⁽²³⁶⁾, il problema per il giudicante potrebbe essere quello di valutare non solo la conformità della segnalazione certificata al modello legale, ma, fatte salve le previsioni concernenti le dichiarazioni false o mendaci costituenti reato⁽²³⁷⁾, anche la sussistenza dei requisiti per procedere all'annullamento d'ufficio richiesto, fra cui l'esistenza di ragioni di pubblico interesse specifico, concreto e attuale

rifiuto, omissione di atti d'ufficio: interferenze tra diritto amministrativo e diritto penale, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 3349; I. CACCIAVILLANI, *Il silenzio concludente e il delitto di omissione di atti d'ufficio*, in *Cass. Pen.*, 8 gennaio 1997, in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.*, 1997, p. 1233; L. MORBELLI, *Omissione di atti d'ufficio e silenzio della Pubblica Amministrazione*, in *Diritto penale e processo*, 1999; M. FARINA, *Silenzio significativo della Pubblica Amministrazione e omissione di atti d'ufficio*, in *Diritto penale e processo*, 2002, p. 623; A. PROTO PISANI, *L'omissione di atti d'ufficio tra passato presente e futuri*, in *Studi senesi*, 2006, p. 295 e ss. .

⁽²³⁶⁾ Sessanta giorni è il termine ordinario previsto dal comma 3 dell'art. 19 l. 241/1990 per l'adozione dei motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi, mentre un termine ridotto (trenta giorni) è previsto dal comma 6-bis primo periodo con riferimento alla cosiddetta S.C.I.A. edilizia. Il rinvio alle norme in materia di annullamento d'ufficio è invece disposto dal comma 4 dell'art. 19, che recita: "Decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, primo periodo, ovvero di cui al comma 6-bis, l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-nonies".

⁽²³⁷⁾ Il riferimento va al comma 2-bis dell'art. 21-nonies l. 241/1990: "I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445". Comma aggiunto dall'art. 6, comma 1, legge n. 124/2015.

che non possono coincidere con la mera esigenza del ripristino della legalità asseritamente violata ⁽²³⁸⁾.

La questione del sindacato incidentale appuntato sul contegno omissivo dell'amministrazione – in tutte le sue forme considerato – assume contorni potenzialmente ancora più ampi se si considera che tali figure potrebbero essere tutte potenzialmente ricondotte alla fattispecie d'abuso d'ufficio per violazione di legge o di regolamento mediante omissione o rifiuto che, anzi, è reato ritenuto pacificamente più grave di quello previsto dall'art. 328 c.p., pertanto assorbente allorché l'omissione abusiva sia stata commessa al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, o per arrecare ad altri un danno ingiusto ⁽²³⁹⁾.

In riferimento all'abuso d'ufficio, nonostante i molteplici interventi del legislatore, il problema dell'individuazione dei confini del controllo di legalità è persistente ⁽²⁴⁰⁾, in quanto la Suprema Corte afferma convintamente che il giudice penale ha la potestà di sindacare l'eccesso e lo sviamento di potere in quanto rientranti nella generale locuzione della “violazione di

⁽²³⁸⁾ Già da tempo la giurisprudenza penale sostiene che la responsabilità ex art. 328 c.p. sussista solo allorché l'istanza sia strumentale alla tutela di un interesse giuridicamente rilevante (interesse legittimo o diritto soggettivo, da ultimo Cass., sez. VI, sent. 5 marzo 2009, n. 14466, mentre deve essere esclusa laddove l'istanza sia palesemente infondata (“rimangono al di fuori della tutela legale quelle richieste che, per mero capriccio o irragionevole puntigliosità, sollecitano alla pubblica amministrazione un'attività superflua e non doverosa, la quale non è destinata a spiegare alcuna necessaria incidenza sul rapporto amministrativo, già ben definito nei suoi contorni essenziali”). Cfr. anche Cass., sez. VI, 11 dicembre 1998, n. 12977; negli stessi termini Cass., sez. VI, 13 marzo 2001, n. 18033.

⁽²³⁹⁾ Così Cass., sez. VI, sentenza 17 aprile 2003, n. 18360.

⁽²⁴⁰⁾ Sul tema del sindacato sull'atto amministrativo in ipotesi di abuso d'ufficio, *mutatis mutandis*, si vedano: E. CANNADA-BARTOLI, *Ente pubblico e immunità: discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale*, in *Foro amm.*, 1967, p. 26; P. M. LUCIBELLO, *Il giudice penale e la pubblica amministrazione*, Rimini, 1994; V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1219 ss.; M. GAMBARDELLA, *Considerazioni sulla 'violazione di norme di legge' nel nuovo delitto di abuso d'ufficio* (art. 323 c.p.), in *Foro it.*, 1998, II, p. 258; P. TANDA, *Abuso d'ufficio, eccesso di potere e violazione di legge o regolamento*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2119 ss.; A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso di ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1, p. 107; si veda per un'opera monografica ben più di recente A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, Napoli, 2012.

legge” di cui alla norma incriminatrice, violazione che ritiene debba essere valutata non solo in senso formale, ma anche sotto il profilo teleologico.

Di recente, anzi, la Cassazione ha sostenuto che la prova della sussistenza del dolo intenzionale, che qualifica la fattispecie criminosa, non debba consistere necessariamente nell'accertamento di un accordo collusivo con la persona che si intende favorire, ma possa desumersi da elementi sintomatici quali la macroscopica illegittimità dell'atto compiuto ⁽²⁴¹⁾, eventualità che, in tema di condoni edilizi, è stata ritenuta necessaria e sufficiente – la suprema Corte ha invero usato una formula diversa, considerando l'illegittimità rilevabile “*ictu oculi*” – per una pronuncia di colpevolezza in ipotesi di silenzio assenso ⁽²⁴²⁾.

Dovendo la condotta del pubblico agente integrare alternativamente la violazione di norme di legge o di regolamento, la rilevanza del comportamento è collegata a un *quid* di immediata verificabilità, ossia la contrarietà a regole formalizzate. Nel caso di abusi mediante omissione tale condizione dovrebbe potersi dire ricorrente solo allorché il comportamento violi un dovere di provvedere espresso, e benché il legislatore abbia affermato un ormai generalizzato dovere di procedere e provvedere espressamente all'art. 2 della l. 241/1990, non così chiari sono i contorni e presupposti dello stesso, soprattutto con riferimento ai casi di silenzio diniego o rifiuto ⁽²⁴³⁾.

Si tratta indubbiamente di profili che, oltre a essere assolutamente pertinenti rispetto alla tematica prescelta, rivestono una certa rilevanza concreta, soprattutto considerando l'ampia diffusione che sta avendo l'istituto

⁽²⁴¹⁾ Così, Cass., Sez. III, sent. 21 settembre 2017, n. 43160.

⁽²⁴²⁾ Così, Cass., sez. III, sent. 17 novembre 2011, n. 42415.

⁽²⁴³⁾ Nella giurisprudenza amministrativa il tema pare ancora aperto. Numerose sono le pronunce che si riferiscono alla definizione dei requisiti che devono ricorrere affinché si concretizzi l'ipotesi del silenzio inadempimento, non essendo sufficiente che la PA, investita da un privato che presenta un'istanza, non concluda il procedimento amministrativo entro il termine astrattamente previsto, ma dovendo ricorrere anche la violazione di un preciso obbligo giuridico di provvedere sulla istanza del privato. Tale obbligo di provvedere pare sussistere pacificamente nei casi previsti e disciplinati dalla legge nei quali l'istante, nella titolarità di una posizione giuridica di interesse legittimo pretensivo, aspiri al rilascio di un atto nell'ambito di un “procedimento tipico disciplinato dall'ordinamento”. Così, Cons. Stato, sez. V, sent. 9 marzo 2015, n. 1182; Cons. Stato, sez. III, 14 novembre 2014, n. 5601; Cons. Stato, Sez. IV, 9 agosto 2005, n. 4227; sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5307; sez. IV, 20 novembre 2000, n. 6181.

della S.C.I.A. edilizia, e meriterebbero un approfondimento che ragioni di economia espositiva non consentono qui.

4. Gli atti amministrativi non provvedimentali: meri atti e atti endoprocedimentali.

La categoria degli atti amministrativi non provvedimentali si compone essenzialmente di una serie molto vasta ed eterogenea, fra cui, anzitutto, spiccano i cosiddetti “meri atti” e gli atti endoprocedimentali, ossia atti dell’amministrazione caratterizzati dall’unilateralità e che per lo più assolvono funzioni strumentali, accessorie e, si suol dire, secondarie rispetto allo svolgimento dell’attività amministrativa.

Svariati sono i criteri di classificazione che sono stati proposti dalla dottrina, ma trattandosi di una categoria residuale, le connotazioni sono tendenzialmente state costruite in negativo, basandosi cioè sull’assenza di alcuni requisiti caratteristici dell’atto provvedimentale: l’assenza di autoritarietà ed esecutorietà, l’atipicità o non nominatività, l’impugnabilità non diretta e così via ⁽²⁴⁴⁾.

⁽²⁴⁴⁾ Per una veloce quanto non esaustiva panoramica sul tema, si vedano su tutti: O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, parte I, concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1894, 4, p. 7 ss, oggi in *Scritti Giuridici scelti*, Vol. III, Napoli, 1992, il quale considera alcune attività dell’amministrazione come atti di “pura esecuzione” in riferimento ai quali il potere della p.a. deve considerarsi alla stregua di una mera attività diretta a verificare la sussistenza degli “elementi dell’esistenza del diritto” da riconoscere in capo ad un soggetto. S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930, p. 235 e ss. offre un parallelismo fra gli atti amministrativi che contengono dichiarazioni di volontà a quelli che in diritto privato vengono individuati come negozi giuridici (nella loro nozione più ampia). G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1947, p. 188 e 198 e ss., In proposito. rintraccia in questi atti l’elemento della volontarietà e non quello della volontà. F. D’ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, vol. II, Torino, 1934, p.149, distingue i casi in cui la volontà dell’amministrazione è preordinata anche alla produzione degli effetti, per cui si avranno atti “negozi giuridici”, da quelli in cui invece l’elemento volontaristico attiene alla sola emanazione dell’atto (si avranno allora si avranno “atti non negozi”). R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1978, p. 210 e ss., individua gli atti tipici di questo tipo quelli in cui manca l’immediatezza nella realizzazione dell’interesse pubblico e che per tale ragione egli definisce come meri atti o come non provvedimenti. La distinzione fra

Tutti gli sforzi tassonomici sono stati essenzialmente frustrati dallo slittamento del *focus* degli studi di diritto amministrativo dal prodotto finale, che era il provvedimento, all'arco delle attività e azioni che connotano il procedimento nel suo complesso considerato.

Per ciò che qui interessa, si può dire che tali tipologie di atti, pur contribuendo indubabilmente alla formazione della volontà provvedimentale o alla sua efficacia, abbiano una funzione tendenzialmente statica, che tende cioè a riconoscere ciò che già esiste. È invece l'imperatività del provvedimento che assorbe la *summa* della volizione e degli effetti costitutivi, modificativi o estintivi delle situazioni giuridiche soggettive, ed è questo tratto a rendere particolarmente consigliabile la ponderazione fra finalità proprie dell'accertamento penale e peculiarità della disciplina amministrativa che, si ritiene, immediatamente accanto all'aspetto delle garanzie poste a tutela dei privati è comunque disposta a baluardo delle prerogative dell'attività della pubblica amministrazione.

Si ritiene quindi, in questa sede, di aderire a quegli orientamenti che considerano ormai superata la rigida distinzione tra provvedimenti e meri atti ⁽²⁴⁵⁾, lasciando invece spazio nel proseguo a riflessioni che pare possano considerarsi biunivocamente riversabili con riferimento a entrambe le classi.

4.1 (segue) L'attività *iure privatorum* dell'amministrazione nell'adozione di atti non autoritativi.

Pur potendo rientrare nel paragrafo dedicato al tema degli atti non provvedimentali, una specifica menzione merita la formulazione dell'art. 1 comma 1-*bis* della l. 241/1990 introdotto dalla legge n. 15/2005.

provvedimenti e atti strumentali è riconducibile a M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 289 e ss. . Per la dottrina più recente, *ex pluribus*, si vedano: E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, pp. 302 e ss.; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 592-593, p. 611e ss.; F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2008, p. 75 e ss.; D. SORACE, (voce) *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010, pp. 46 e ss.; G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2016, p. 59 e ss. .

⁽²⁴⁵⁾ Sul punto si fa rimando, per tutta la bibliografia ivi citata a R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, op. ult. cit., pp. 43 e ss. .

Alla luce dello stesso, la pubblica amministrazione, nell'adozione di "atti di natura non autoritativa", è tenuta ad agire "secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente". La stessa è stata considerata come l'espressione di una svolta epocale, che avrebbe dovuto sancire il passaggio da un sistema imperniato sul diritto pubblico, a uno in cui invece si sarebbe assunto il diritto privato come regola per l'attività amministrativa. Se la disposizione fosse effettivamente da intendersi come la consacrazione di un mutamento del *modus agendi* della pubblica amministrazione, non si potrebbero tralasciare i suoi riflessi sulla sfera di esercizio del potere pubblico, ancorché – badando al dato prettamente sistematico – la stessa è stata inserita in un articolo rubricato "principi generali dell'attività amministrativa" ⁽²⁴⁶⁾.

La norma, pur collocandosi in un ambito per vocazione votato all'esercizio di un potere – l'azione amministrativa – fa tuttavia riferimento a un più preciso campo, ossia quello dell'attività non autoritativa, dizione che complica notevolmente l'identificazione di quale sia la regola e quale sia l'eccezione, soprattutto se si considera la portata tradizionale della definizione di quelli che sono gli atti autoritativi ⁽²⁴⁷⁾.

⁽²⁴⁶⁾ Particolarmente prudente in proposito S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. Pubbl.*, 2003, 2, p. 405 e ss., il quale afferma che "la delicatezza del tema è tale per cui ritengo che l'interprete debba prendere attentamente in esame innanzitutto il significato letterale delle disposizioni in esame prescindendo da elementi extratestuali, quali, ad esempio, le intenzioni del legislatore, eventualmente evincibili dai lavori preparatori". Osserva G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, 5, p. 485 e ss., "Tale formula che impiega un termine dalla forte valenza evocativa, ma dalla dubbia pregnanza giuridica, si presta ad una duplice interpretazione", ma egli dà poi atto "di un diffuso orientamento giurisprudenziale a estendere la categoria concettuale e il regime giuridico proprio del provvedimento autoritativo ad ogni altro atto funzionalizzato con cui l'amministrazione assolve ai propri compiti". Si veda anche A. TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Foro amm. TAR, Supplemento*, VI, 2005, pp. 17 e ss., in cui l'Autore rileva che il senso di quel comma 1-bis non possa che essere quello di dettare un cambio di indirizzo rispetto alla espansione dell'attività amministrativa, poiché ciò sarebbe possibile solo in virtù di un intervento legislativo puntuale e settoriale.

⁽⁴⁷⁾ Sul punto cfr.: F. LIGUORI, *L'attività non autoritativa tra diritto privato e diritto pubblico. A proposito del comma 1 bis*, in *AA.VV., Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo*, 2007, p. 20 ss., l'Autore riconduce al novero degli atti autoritativi tutti quegli atti che contengono scelte relative all'assetto di interessi pubblici, ovvero ogni scelta discrezionale ("salvo che la legge non disponga diversamente

Il punto nodale della questione interpretativa, scaturita da una norma certamente di non felice formulazione, non sembra riguardare la possibilità astratta che le pubbliche amministrazioni possano fare ricorso agli strumenti privatistici per la cura concreta dell'interesse pubblico – cioè alla generica capacità di diritto privato di cui all'art. 11 c.c. – in quanto “è ormai consolidato il principio in forza del quale normalmente l'amministrazione può eseguire i compiti istituzionali affidatili dall'ordinamento, tanto mediante l'uso di strumenti autoritativi, quanto attraverso l'applicazione di istituti di diritto comune. Ne deriva che, assai frequentemente, la finalità pubblicistica è presente in atti di diritto comune, che restano comunque disciplinati dalla normativa civilistica. Sotto altro profilo, è evidente che l'attività delle amministrazioni, anche se formalmente connotata da aspetti civilistici, deve sempre rispettare il generale criterio di adeguata tutela dell'interesse pubblico, senza per questo trasformarsi in attività di carattere autoritativo”⁽²⁴⁸⁾.

Un problema assolutamente aperto concerne invece la perimetrazione degli esatti confini della attività amministrativa “non autoritativa” e del conseguente impiego del diritto privato, pur fatte salve le disposizioni di legge contrarie⁽²⁴⁹⁾. In concreto ciò significa stabilire se e quali atti pubblicistici possano (o debbano) essere sostituiti dal diritto privato, e in caso affermativo, stabilire se la privatizzazione debba concernere la sola fase della “adozione” dell'atto, oppure, per esempio, se deve estendersi anche all'attività precedente la stessa.

In definitiva, sintetizzando significativamente il tema, la portata della norma di principio, che sembra dipendere strettamente dalla definizione

attribuendo a fattispecie vincolate carattere provvedimento riservato”). Si veda anche L. IANNOTTA, *L'adozione di atti autoritativi secondo il diritto privato*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, secondo cui l'autorità (dal latino *autoritas* e dalla corrispondente radice “*augeo*”) emergerebbe nella capacità di completare la fattispecie disciplinata dalla legge. L'Autore riconduce invece al novero dei poteri esecutivi il potere che si manifesta in atti non autoritativi in quanto manifestazioni di volontà inerenti all'esercizio di un potere e dotati di una propria autonomia funzionale che li rende capaci di incidere unilateralmente e direttamente nella sfera giuridica altrui. Si confronti in punto A. POLICE, *L'adozione di atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, cit., pp. 139 e ss. .

⁽²⁴⁸⁾ Così, Cons. Stato, sez.V, sentenza n. 1327/2000.

⁽²⁴⁹⁾ Sul punto, cfr. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, op. ult. cit., pp. 46 e ss. .

dell'area di che cosa si deve/vuole considerare attività non autoritativa, potrebbe prestarsi a una discussione concernente la sindacabilità o meno della scelta della pubblica amministrazione di ricorrere al diritto privato come strumento attuativo delle scelte pubblicistiche, scelte cioè che, in quanto tali, rimangono indisponibili.

Benché la norma faccia riferimento a una regola di preferenza, la clausola di salvezza che si riferisce alle disposizioni di legge contrarie non consente di ritenere tacitata la questione, cui si faceva già cenno, di definire cosa sia effettivamente regola e cosa eccezione.

Il problema, gioco forza, potrebbe proporsi innanzi al giudice penale, nel momento in cui si dovesse sostenere il ricorso illecito a strumenti privatistici, per esempio nella prospettazione di un eventuale abuso d'ufficio, eventualità già verificatasi con riferimento agli accordi, materia non a caso associata spesso in un parallelismo fra art. 1 co. 1-*bis* e l'articolo 11 ⁽²⁵⁰⁾.

Alla materia degli accordi sarà dedicata una specifica sezione nel proseguo, mentre non vi è spazio per tentare di inseguire l'opera di individuazione delle attività non autoritative di cui la legge non detta un'espressa disciplina pubblicistica derogatoria.

5. L'attività di polizia, gli atti d'indagine e gli atti a finalità mista.

L'attività di polizia, almeno stando ai concetti impiegati dal legislatore, deve considerarsi suddivisa fra: attività di pubblica sicurezza, di polizia

⁽²⁵⁰⁾ Sul parallelismo fra art. 1 co. 1-bis e art. 11 l. 241/1990, si vedano: L. MONTEFERRANTE, *La nuova disciplina degli accordi amministrativo*, in *Supplemento n. 6/05 della rivista Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2005, p. 39 ss.; A. TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo*, *Il Foro amm. T.A.R.*, 2005, *suppl. 6/05*, p. 17 e ss.; M. ATELLI, *Attività non autoritativa: largo al diritto privato*, in *Guida al diritto*, 2005, 10, p. 49 e ss.; F. G. COCA, *Autorità e consenso*, *Relazione al convegno di Varenna*, settembre 2001, in *Dir. amm.*, 2002, 3, p. 431 e ss. .

amministrativa ⁽²⁵¹⁾, di polizia locale, urbana e rurale ⁽²⁵²⁾ e di polizia giudiziaria ⁽²⁵³⁾.

In assenza di adeguate definizioni fornite dall'ordinamento positivo, risulta tuttavia particolarmente disagiata distinguere i diversi ambiti, che risultano peraltro ulteriormente offuscati da un intreccio di competenze che coinvolge diversi corpi e forze di polizia.

⁽²⁵¹⁾ Sul punto si vedano: A. NOVA, *Polizia amministrativa*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, XI, Torino, 1996, 314 ss.; M. MAZZAMUTO, *Poteri di polizia e ordine pubblico*, in *Dir. amm.*, 1998, 441 ss. .

⁽²⁵²⁾ Non vi è qui lo spazio per approfondire puntualmente ciascuna nozione. Si rimanda pertanto alla lettura, fra i tanti, di: C. E. TRAVERSO, *Considerazioni sul concetto di polizia locale urbana e rurale*, in AA.VV., *Regioni e polizia locale*, Milano, 1975, 15 e ss., A. BARDUSCO, *Polizia locale*, voce in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, 1990, 1 e ss., S. MANGIAMELI, *La polizia locale urbana e rurale: materia autonoma o potere accessorio e strumentale?*, in *Giur. Cost.*, 1996, p. 457 e ss. L. VANDELLI, *La sicurezza urbana: profili di coordinamento e di integrazione tra Stato e autonomie*, ivi, 21 ss.; G. FARES, *Ordine pubblico, sicurezza e incolumità pubblica, polizia locale*, in G. CORSO-V. LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali. Parte speciale*, Vol. I, Milano, 2006, pp. 588 ss.; di più recente, si veda l'ampio saggio di G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Napoli, 2010; G. D. COMPORTE, *Verso un modello di polizia locale di tipo situazionale*, in F. CARRER (a cura di), *Dal controllo del territorio alla certezza della pena*, Milano, 2010, 27 ss. .

⁽²⁵³⁾ L'evoluzione storica dei concetti di polizia, polizia di sicurezza, polizia amministrativa è stata efficacemente sintetizzata da A. CHIAPPETTI, *Polizia (dir. pubbl.)*, voce in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 120 ss.; Id., (voce) *Polizia (forze di)*, in *Enc. Giur.* Treccani, vol. XXIII, Roma, 1990;. Per una ricostruzione sistematica dei poteri di polizia si vedano, *ex multis*: P. VIRGA, *La potestà di polizia*, Milano, 1954; G. CAIA, *Le forze di polizia nell'amministrazione della pubblica sicurezza*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996, p. 1745 ss.; Id., *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2000, I, 157 e ss.; A. CHIAPPETTI-G. CAIA, *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, Tomo I, Milano 2003, p. 281 ss.; G. D'ELIA, voce *Polizia giudiziaria*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento, vol. II, Torino, 2005; C. MOSCA, *Il coordinamento delle forze di polizia. Teoria generale*, Padova, 2005; S. VUOTO, *Commento all'art. 109*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Torino, 2006, pp. 76 ss.; V. INGLETTI, *Diritto di Polizia Giudiziaria*, Roma, 2010, p. 505 e ss.; U. NANUCCI, *Altre attività di polizia*, in AA.VV., *Manuale pratico della polizia giudiziaria*, Roma, 2013, p. 565 e ss. .

È abbastanza chiaro che i provvedimenti di polizia ⁽²⁵⁴⁾ costituiscano quella specifica manifestazione dell'esercizio della particolare funzione amministrativa che ha per oggetto principale la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, descritta dall'art. 1 del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza ⁽²⁵⁵⁾, cioè, semplificando, quella funzione che tendenzialmente riguarda la prevenzione dei reati e, più in generale, la garanzia di una pacifica convivenza.

Apparentemente lineare è altresì la definizione dell'ambito riservato alla funzione di polizia giudiziaria, disciplinata all'interno del libro primo del codice di procedura penale, in particolare all'art. 55 c.p.p., che prevede che "la polizia giudiziaria deve, anche di propria iniziativa, prendere notizia dei reati, impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, ricercarne gli autori, compiere gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale". Il compito principale della polizia giudiziaria è cioè quello di reprimere eventuali reati commessi, ovvero di raccogliere gli elementi necessari per accertare gli stessi rendere possibile lo svolgimento del processo penale. Si tratta di una funzione che peraltro viene svolta sotto la direzione del pubblico ministero, in ottemperanza rispetto a quanto previsto dall'art. 56 dello stesso codice, che prevede che, generalmente, la polizia giudiziaria non operi discrezionalmente né autonomamente, ma, al contrario, la sua attività sia eterodiretta o comunque sottoposta a controllo giurisdizionale *ex post*.

Se in entrambi questi settori nevralgici dell'amministrazione i corpi di polizia agiscono per la realizzazione di interessi pubblici la cui natura è

⁽²⁵⁴⁾ Per un approfondimento generale della categoria dei provvedimenti di polizia, cfr. S. ARBIA, *Provvedimenti di polizia*, in *Novissimo digesto italiano*, appendice VI, Torino 1986; P. ATZORI-S. P. FRAGOLA-G. SCANDONE, *Lineamenti del diritto di polizia*, Padova, 1993; E. BONICHI, *Le leggi di pubblica sicurezza*, Roma, 1994-1995; G. CALESINI, *Leggi di pubblica sicurezza, illeciti amministrativi*, Roma, 2010; F. CARINGELLA-R. MARINO, *Diritto di polizia*, Napoli, 1992; V. DI FRANCO, *Diritto di polizia e politiche di sicurezza*, Napoli, 2003; M. DI RAIMONDO, *Diritto di polizia*, Rimini, 1995; M. LA MONICA-G. MARINI-L. MAZZA-S. RIONDATO, *Manuale del diritto di polizia*, Milano, 1993; G. LANZEL- LOTTO-L. ZANDRI, *Manuale di pubblica sicurezza*, Rimini, 1996; G. SABATINI, *Provvedimenti di polizia*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1957; P. VIRGA, *La potestà di polizia*, cit. .

⁽²⁵⁵⁾ R. d. 18 giugno 1931, n. 773 (in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff., 26 giugno, n. 146).

pacificamente amministrativa, così come lampante è il carattere autoritativo e provvedimentale degli atti in cui tale attività si concreta, non può tuttavia non registrarsi una certa disattenzione della dottrina amministrativista rispetto a tali atti ⁽²⁵⁶⁾, in gran parte legata forse alla specialità dei settori cui afferiscono, ragione che non sostiene però qui la scelta di non approfondire ulteriormente il tema.

È indubitabile che gli atti di indagine seguano un regime del tutto peculiare, anzitutto contenuto in norme costituzionali, e poi all'interno del codice di rito.

Invero, la dottrina che si è occupata del tema della disapplicazione degli atti amministrativi nell'ambito della cognizione del giudice penale ⁽²⁵⁷⁾ ha dedicato una certa attenzione alle fattispecie che puniscono il mancato rispetto dei provvedimenti delle autorità di pubblica sicurezza, fra tutti l'art. 650 c.p., che punisce l'inottemperanza agli ordini della Pubblica amministrazione, fattispecie peraltro oggi depenalizzata.

Le ragioni astratte di interesse per la categoria non si limitano tuttavia a tali ipotesi di reato, che, peraltro, alla stregua delle conclusioni sopra tratte, non meritano un "trattamento" differente rispetto a quello riservato a tutti gli altri provvedimenti amministrativi, con la conseguenza che molte delle conclusioni che saranno tratte nel corso dell'ultimo capitolo potranno considerarsi perfettamente trasponibili.

Volendo analizzare a trecentosessanta gradi il ruolo dell'atto amministrativo nell'ambito dell'accertamento penale, un certo spazio dovrebbe dedicarsi al tema delle operazioni di natura amministrativa compiute per finalità ispettive o di vigilanza che sfociano in accertamenti di rilevanza anche sul versante processuale penale.

⁽²⁵⁶⁾ Si raccoglie qui l'amara constatazione già fatta propria da B. CAVALLO, *Provvedimenti amministrativi e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, vol. III, Padova, 1993, p. 20 e ss. .

⁽²⁵⁷⁾ Si vedano in particolare: M. PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, 1980; Id., *La disapplicazione dell'atto amministrativo*, op. ult. cit., 1987, p. 55 e ss.; M. GAMBARDELLA, (voce) *Disapplicazione degli atti amministrativi*, op. cit., 2004.

È palese che l'attività amministrativa in punto segua norme proprie che regolano la materia degli accertamenti amministrativi ⁽²⁵⁸⁾, almeno fino a quando non emergano notizie di reato che impongono l'immediata trasmissione al Pubblico Ministero – sotto forma di notizia, se si tratta di organi che ricoprono la qualifica di polizia giudiziaria, o tramite denuncia ex art. 331 c.p.p. se si tratta di semplici organi amministrativi – oltre alla necessità di cessare ogni attività di carattere amministrativo, che dovrà traslare sotto le forme delle attività proprie del procedimento penale ⁽²⁵⁹⁾.

La distinzione del momento in cui l'accertamento sfocia in notizia di reato non è tuttavia così agevolmente individuabile, benché l'art. 220 disp. coord. c.p.p. abbia fissato tale passaggio nel momento dell'emersione di “indizi di reato”, previsione che serve (teoricamente) a scongiurare l'ipotesi per cui atti di carattere amministrativo vengano compiuti in una prospettiva cripto-penalista e introiettati nel processo penale al di fuori delle garanzie previste in tale ambito, ma che in realtà ha dato luogo a questo “*novum genus*” degli atti a finalità mista che non è di per sé risolutiva.

Le tensioni più significative in tema si registrano fra l'esigenza di mantenere intatte le garanzie difensive e quella di non frustrare lo svolgimento e il buon andamento delle attività amministrative di accertamento, la cui complicazione, se troppo zelante, potrebbe perfino andare a discapito dell'interessato.

Basti pensare alle ipotesi di atti ispettivi o di vigilanza concernenti accertamenti di natura tributaria, in cui il discrimine tra rilevanza amministrativa o penale dei fatti in violazione delle norme impositive è segnato dalle cosiddette “soglie di punibilità”, individuate nel *quantum* di imposta evasa, ovvero nel *quantum* di imponibile sottratto all'imposizione. Un'anticipazione dell'applicazione della disciplina di coordinamento ex art. 220 c.p.p. all'approssimarsi della soglia di punibilità potrebbe significare, per l'interessato, trovarsi sottoposto a indagini preliminari pur essendo

⁽²⁵⁸⁾ Sul tema si veda, su tutti, l'opera monografica di B. E. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001. Si vedano in particolare le pp. 84-87 dedicate alla distinzione fra attività accertativa e risultato dell'accertamento.

⁽²⁵⁹⁾ Al delicato tema del ruolo dell'accertamento amministrativo nell'ambito del processo penale è dedicata invece l'opera monografica di M. BONTEMPELLI, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano, 2009.

eventualmente nella disponibilità di un apparato probatorio che, all'esito delle più compiute verifiche, potrebbe invece costituire prova dell'irrelevanza penale dei fatti commessi.

Per quanto il tema sia fascinoso e rilevante rispetto allo studio delle interferenze fra diritto amministrativo e processo penale, non vi è qui, ancora una volta, lo spazio per poter procedere oltre nell'analisi.

6. Specificità del ruolo degli atti autoritativi nel diritto penale militare.

Vittorio Emanuele Orlando nel suo *Primo trattato completo di Diritto amministrativo italiano* ⁽²⁶⁰⁾ dedicava un ampio capitolo dedicato al "Diritto amministrativo militare".

Secondo Claudio Schwarzenberg ⁽²⁶¹⁾, esisterebbe anzi una specifica branca del diritto amministrativo "che regola gli organi, l'attività della pubblica amministrazione, che hanno la specifica finalità di attendere alla funzione della difesa dello Stato" la quale avrebbe insita un qualche cosa di profondamente diverso, comprendente alcune norme speciali che, come tali, prevalgono sulle norme generali, conferendo alla materia una sua inconfutabile autonomia. Nella definizione datane da Cassese ⁽²⁶²⁾, esso è il "complesso di norme e di istituti che disciplinano le funzioni, l'organizzazione e la finanza dell'ordinamento militare" con tutte le previsioni afferenti al personale militare e ai "procedimenti amministrativi militari" ⁽²⁶³⁾.

Oltre alla certa contiguità al diritto amministrativo, vi sarebbe una ragione in più per affrontare qui l'argomento degli ordini militari, in quanto

⁽²⁶⁰⁾ Il riferimento va invero all'opera di C. CORRADINI, *Diritto amministrativo militare*, in V. E. ORLANDO, *Primo trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, vol. X, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1890.

⁽²⁶¹⁾ C. SCHWARZENBERG, *Cenni di diritto amministrativo militare*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, Roma, 1992, 2, p. 23 e ss. .

⁽²⁶²⁾ S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, in partic. p. 324 e ss. .

⁽²⁶³⁾ Sul punto, cfr. G. SCANDURRA, (voce) *Provvedimenti militari (violazione di)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIV, Torino, 1965.

si può affermare, senza dubbio d'esser smentiti, che il problema del controllo del giudice penale sulla legittimità dell'azione amministrativa assume nell'ambito del diritto penale militare una rilevanza non solo più significativa, ma anche numericamente dominante.

Ciò anzitutto poiché le fattispecie previste nella parte speciale dei codici penali militari sono, sostanzialmente, reati costruiti nell'ottica di tutelare il buon andamento di un settore dell'amministrazione dello Stato particolarmente delicato, come quello della difesa armata, in cui la volontà dell'amministrazione si esprime generalmente attraverso atti autoritativi, peraltro caratterizzati da una discrezionalità particolarmente ampia.

Lo strumento attraverso il quale si realizza l'intera attività delle Forze armate (e della polizia militarizzata) è infatti l'ordine militare, un atto autoritativo discrezionale il cui elemento soggettivo è costituito unicamente dalla legittimazione del soggetto emittente e quello oggettivo dalla manifestazione della sua volontà, cui consegue l'obbligo di esecuzione in capo al destinatario e, in caso di violazione, la comminazione di sanzioni disciplinari e penali. Non è invece richiesta alcun tipo di forma, potendo la manifestazione di volontà (che è invece elemento costitutivo) consistere anche in un semplice invito o in una richiesta di cortesia, per cui non è richiesta motivazione. L'essenzialità dell'ordine militare soddisfa le esigenze della struttura dell'ordinamento militare, fortemente gerarchizzato e basato sull'esigenza di perseguire la massima efficienza, rapidità e coordinazione nell'esecuzione.

Non diversamente da quanto accade nel diritto penale "comune", molti sono gli atti amministrativi richiamati nella struttura delle fattispecie costituenti reato militare, talvolta attraverso esplicite menzioni, come nel caso dei reati di violata e forzata consegna, di cui all'art. 118 ss. e 140 c.p.m.p., omessa esecuzione di un incarico e di inosservanza di istruzioni ricevute, artt. 117 e 125, omessa presentazione alla chiamata alle armi, di cui all'art. 151 e seguenti, ovvero genericamente individuati, come nell'ipotesi di disobbedienza agli ordini, prevista e punita a norma dell'art. 173 ss. dello stesso codice.

In alcune ipotesi, invece, a essere punite sono le condotte che contrastano con la disciplina militare, o quelle comunque compiute al di fuori di essa, con l'esplicitazione di speciali requisiti di antigiuridicità: così, per esempio, è necessario che siano compiuti "indebitamente" l'usurpazione di comando e la violazione di dispacci, (artt. 114 e 128 c.p.m.p.), in modo "arbitrario" il movimento di forze militari, la requisizione, l'imbarco di merci e passeggeri,

(artt. 115, 133, 135), con “abuso”, ovvero “in violazione di leggi, regolamenti, ordini”, le requisizioni di cose o opere da parte di militare incaricato e il lavoro nelle officine militari, previste dagli artt. 134 e 136 c.p.m.p. .

In altri casi ancora, invece, il provvedimento dell'autorità militare assume rilievo scriminante di un comportamento che sarebbe altrimenti vietato in termini generali: sono così puniti, in mancanza di autorizzazione l'esecuzione di disegni concernenti la difesa militare, con o senza scopo di spionaggio, il compimento di atti ostili da parte del comandante contro uno Stato estero, l'allontanamento dal servizio alle armi (art. 89-bis, 90, 103, 147 ss.), ovvero l'acquisto o la ritenzione di effetti militari che non siano muniti del marchio o del segno di rifiuto (art. 166).

Il problema della necessità di sindacare il risultato dell'attività dell'autorità militare può porsi anche con riferimento ad atti aventi rilevanza esterna alla fattispecie, come nel caso degli istituti che condizionano la procedibilità: di particolare interesse sono la richiesta di procedimento del comandante di Corpo, che condiziona la perseguibilità dei reati militari più lievi (l'art. 260 del c.p.m.p. prevede che i reati per i quali la legge stabilisce la pena non superiore nel massimo a sei mesi di reclusione militare, sono puniti a richiesta del comandante di corpo o di altro ente superiore da cui dipende il militare colpevole), mentre molti altri reati sono procedibili solo a richiesta del Ministro per la difesa (art. 260, comma 1, c.p.m.p.), ovvero con l'autorizzazione a procedere del Ministro di grazia e giustizia (art. 3 r.d.-l. 9 dicembre 1941, n. 1386, conv. in L. 7 maggio 1942, n. 560).

Altre ipotesi di rilevanza esterna dell'atto concernono l'estinzione del reato di rifiuto del servizio militare per accoglimento della domanda di arruolamento nelle Forze armate o di ammissione al servizio sostitutivo civile⁽²⁶⁴⁾ o le ipotesi di reato concernenti lo spionaggio e la rivelazione di segreti militari⁽²⁶⁵⁾.

⁽²⁶⁴⁾ Sul punto è stata chiamata a pronunciarsi la Cassazione, sez. I, sent. 19 gennaio 1996, imp. Gazzola, chiamata a pronunciarsi in ordine ad una decisione dei giudici di merito (GUP del Tribunale Militare di Torino, 16 giugno 1995, Gazzola) con cui era stato disapplicato il provvedimento amministrativo di chiamata alle armi.

⁽²⁶⁵⁾ Le figure di reato rilevanti sono il reato comune di cui all'art. 86 c.p. (Rivelazione di segreti militari a scopo di spionaggio), e la disciplina contenuta nel Capo II Titolo I del Libro II del c.p.m.p., fra spicca l'art. 127 c.p.m.p. (Rivelazione del segreto militare). Il tema della disapplicazione rileva, per esempio, ai fini della derubricazione del titolo di reato nel meno grave art. 94 c.p.m.p. (Comunicazione all'estero di notizie non

In questi ultimi casi, in particolare, ad assumere rilievo è la qualificazione di segretezza attribuita a determinate notizie, attività con riferimento alla quale si è posta la questione se il giudice possa sindacare il provvedimento di classificazione, con una verifica che, evidentemente, non concernerebbe la legalità formale ma decisamente il merito del provvedimento ⁽²⁶⁶⁾.

La possibilità che il giudicante chiamato a decidere sull'integrazione del reato militare fosse titolare di un autonomo potere di sindacare la legittimità degli atti richiamati dalle norme incriminatrici non risulta nemmeno presa in considerazione nei lavori preparatori dei codici militari di pace e di guerra, essendo al contrario puntualmente affermata una generale presunzione di legittimità dell'ordine ⁽²⁶⁷⁾. Tale presunzione, insita nell'architettura originaria del codice, era pensata nell'ordine d'idee che la legittimità dell'atto non potesse essere valutata nemmeno dall'inferiore che recepiva l'ordine, fatti salvi i casi in cui la criminosità fosse "così evidente, così manifesta da distruggere ogni presunzione di legittimità" ⁽²⁶⁸⁾.

Il mutato contesto costituzionale ha però imposto una rilettura dei codici d'epoca fascista che non ha lasciato indenni le discipline militari.

Se nell'impostazione originaria dei codici militari del 1941 il rapporto tra i poteri dell'autorità giudiziaria militare e i poteri dell'autorità militare è configurato come rapporto di compenetrazione, o, addirittura, di subordinazione della giustizia militare alle esigenze e ai poteri del comando militare, prospettiva in cui non aveva alcun senso anche solo ipotizzare un potere di disapplicazione da parte del giudice penale militare nei confronti degli atti dell'autorità militare, o comunque di controllo sulla legittimità di questi, i punti di riferimento della problematica sono mutati radicalmente con

segrete né riservate). Sul punto si confrontino: R. VENDITTI, (voce) *Fedeltà e difesa militare (delitti contro la)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVII, Milano, 1968; R. MESSINA, *I reati contro la fedeltà e la difesa militare*, in *Rass. Giust. mil.*, 1987, pp. 202 e ss.; M. NICOLOSI, (voce) *Fedeltà e difesa militare (reati contro la)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 1989; GARINO, (voce) *Disobbedienza nel diritto penale militare*, *Dig. Disc. Pen.*, IV, 1990, p. 140 e ss.; D. BRUNELLI, (voce) *Fedeltà e difesa militare (disposizioni comuni)*, *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, 1991.

⁽²⁶⁶⁾ Si confronti sul punto R. MESSINA, *I reati contro la fedeltà e la difesa militare*, cit., pp. 295 e ss.; più di recente P. P. RIVELLO, *Lezioni di diritto penale militare*, Torino, 2012, pp. 129 e ss. .

⁽²⁶⁷⁾ Sul punto, cfr. D. BRUNELLI, (voce) *Violazione di ordinanze o provvedimenti militari*, in *Encic. Dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993.

⁽²⁶⁸⁾ Cfr. Relazione ai progetti preliminari del Codice penale militare di pace e del Codice penale militare di guerra del 1941, Roma, 1939, p. 64.

l'entrata in vigore della Costituzione, che ha introdotto principi incompatibili con la *ratio* ispiratrice di molte norme del diritto penale militare che pure continuavano a essere vigenti. Così del resto recita l'ultimo comma dell'art. 52 della Costituzione: “*l'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica*”.

Più nello specifico, solo a titolo esemplificativo, si pensi al principio di indipendenza della magistratura, sancito anche per i giudici speciali (art. 108, comma 2, Cost.), a quello di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale (art. 112 Cost.)⁽²⁶⁹⁾ e, più in generale, alla letteratura che è sorta attorno ai principi del diritto penale “ordinario” – la teoria del bene giuridico su tutte – che hanno imposto il passaggio da una concezione del reato militare come espressione della mera violazione di un dovere, a una concezione ancorata sull'idea per cui la qualificazione di un fatto come reato possa giustificarsi solo per fatti offensivi di un interesse giuridico protetto (e di rango costituzionale).

Il principio di complementarità che informa gli tutti gli ordinamenti speciali di diritto penale, ai sensi dell'art. 16 c.p., del resto, fatte salve le ragioni specifiche di conservazione della specialità, consente la traslazione di molti criteri elaborati in via generale dalla dottrina penalistica e dalla giurisprudenza anche nella materia militare.

È d'altro canto assai significativo rilevare come, mentre nell'ambito degli studiosi del diritto penale militare il problema della disapplicazione dell'atto amministrativo sia stato affrontato comunque marginalmente, al contrario, in svariati studi di diritto penale comune pubblicati sul tema si assegna un importante rilievo, nell'analisi, proprio a fattispecie penali previste dal codice militare, prese in considerazione per dedurne argomenti tendenzialmente d'apertura al meccanismo processuale⁽²⁷⁰⁾.

⁽²⁶⁹⁾ Sul tema generale dell'influenza dei principi costituzionali sul diritto penale militare si vedano, su tutti: L. VIOLANTE, *La giustizia militare*, in AA.VV., *Le istituzioni militari e l'ordinamento costituzionale*, Roma, 1974, p. 165 e ss.; P. NUVOLONE, *Valori costituzionali della disciplina militare e sua tutela nel codice penale militare di pace e nelle nuove norme di principio*, in *Rass. Giur. mil.*, 1979, p. 21 e ss.; B. SICLARI, *La giurisdizione militare nella giurisprudenza costituzionale*, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 932 e ss. .

⁽²⁷⁰⁾ Così, fra i tanti, M. PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, cit., in part. 288 ss. con riguardo al reato di disobbedienza (art. 173 c.p.m.p.); e lo stesso G. CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, cit., in part. pp. 37-61, con riguardo al reato di diserzione.

Non si proseguirà purtroppo qui su questa linea d'analisi, poiché si ritiene che le peculiarità del diritto penale militare meritino di essere trattate separatamente, in quanto proprio la considerazione di tale specialità è la ragione che ha indotto alla creazione e al mantenimento della giurisdizione penale militare speciale, individuata come unica via per scongiurare la possibilità che la magistratura ordinaria possa interferire e intervenire con il proprio sindacato su provvedimenti dell'autorità militare che, per propria natura, si ritiene debbano soggiacere a un tipo di giudizio differente rispetto a quello riservato dalla Costituzione agli illeciti commessi dalle persone comuni ⁽²⁷¹⁾.

Del resto, l'istituzione e la conservazione della giurisdizione speciale si pongono in stretto collegamento con gli aspetti disciplinari del diritto militare, tanto che si riteneva che le due potestà, disciplinare e penale militare, esercitate appunto in origine dalla stessa autorità militare, fossero riconducibili alla tutela di un interesse unitario, come componenti indistinguibili di un unico apparato repressivo di condotte contrarie al diritto militare ⁽²⁷²⁾.

La stessa composizione dei tribunali militari e la scelta dei giudici seguono regole particolarissime dell'ordinamento giudiziario speciale ⁽²⁷³⁾,

⁽²⁷¹⁾ P. VICO, *Diritto penale formale militare*, Milano, 1917, p.105.

⁽²⁷²⁾ Cfr. P. VICO, op. cit., p. 102, secondo cui la giurisdizione militare, distinta in disciplinare e penale, "è la potestà conferita dalla legge ai capi militari di giudicare dei fatti lesivi del servizio e della disciplina militare commessi da militari"; R. ROSIN, *Osservazioni sui rapporti tra giurisdizione militare e giurisdizione ordinaria*, in *Rass. giur. mil.*, 1983, p. 557 e ss.; P. P. RIVELLO, *Sanzioni sostitutive e rito penale militare*, in *Rass. Giur. mil.*, 1987, p. 344 e ss.; Id., *Il processo penale militare nell'impatto con il codice del 1988*, in *Giur. pen.*, 1990, p. 614 e ss.; sulle giurisdizioni speciali, in generale, si veda C. LATINI, «L'araba fenice». *Specialità delle giurisdizioni ed equità giudiziale nella riflessione dottrinale italiana tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini*, 35, 2006, to. II, pp. 595 e ss.

⁽²⁷³⁾ G. SCANDURRA, (voce) *Ordinamento giudiziario militare*, in *Noviss. Dig. It., App. V*, 1984, pp. 550 e ss.; P. P. RIVELLO, *Procedura e ordinamento giudiziario militare*, Torino, 2000, *passim*.

Per l'affermazione secondo cui l'evoluzione complessiva dell'ordinamento giudiziario militare di pace è diretta a perseguire l'equiparazione della magistratura militare a quella ordinaria si veda, significativamente, Corte cost., sent. n. 71/1995, e in ultimo Corte cost., sent. n. 60/1996, che ha ritenuto non più possibile "porre in dubbio l'idoneità del giudice militare - il quale nella sua attuale composizione collegiale è formato da una maggioranza di magistrati di carriera - a conoscere degli interessi civili nascenti dal reato".

con gli ufficiali destinati a far parte del collegio giudicante designati fra i ranghi militari con un meccanismo di estrazione a sorte da tabulati forniti dall'ufficio del Segretario generale del Ministero della difesa in modo da sottrarre la scelta del giudice alla discrezionalità dell'esecutivo e da realizzare, almeno al momento della costituzione del giudice, una garanzia di indipendenza e di imparzialità che non vanifichi la necessità di salvaguardare le prerogative e il buon andamento dell'amministrazione della difesa nazionale.

PARTE 2[^]

IL RUOLO DELL'ATTO AMMINISTRATIVO NELL'AMBITO DELL'ACCERTAMENTO PENALE

CAPITOLO IV

GLI ATTI AMMINISTRATIVI GENERALI NELL'ACCERTAMENTO PENALE

SOMMARIO:

1. Gli atti amministrativi generali. – 1.1 (Segue) e relativo regime giuridico dell'invalidità. – 2. Atti amministrativi normativi. – 2.1 Difformità dal modello legale: “disapplicazione” dell'atto invalido, o risoluzione di un'antinomia normativa? – 2.2 Illegittimità dei regolamenti amministrativi: rapporto di simpatia e antipatia con i provvedimenti d'attuazione. – 2.3 Gerarchia delle fonti, principio di legalità, *quaestio facti* e *quaestio iuris*. – 2.4 Implicazioni del principio *iura novit curia*.

1. Gli atti amministrativi generali.

Alla luce delle conclusioni che si sono tratte nel corso del capitolo dedicato alla disamina dei principi di riferimento, ove si sono prospettate le potenzialità “sistemiche” e ordinatrici delle categorie del diritto amministrativo, il fatto di iniziare da una delle zone, se così si può dire, “più grigie” della tassonomia amministrativista ⁽²⁷⁴⁾ rischia di generare qualche imbarazzo.

⁽²⁷⁴⁾ Con riferimento alla categoria in commento, il “disagio” qualificatorio è costantemente evidenziato, anche nella dottrina amministrativista più recente. Su tutti si vedano M. RAMAJOLI-B. E. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, p. 60 e ss., ove si osserva che i criteri

La difficoltà definitoria che sottende l'individuazione degli atti appartenenti alla categoria in esame, tuttavia, non vanifica la propugnata tesi della utilità delle nozioni del diritto amministrativo all'interno dell'ermeneutica del giudice penale, anzi, si ritiene che la irrobustisca.

Bisogna anzitutto ricordare, a questo proposito, che l'alternativa attualmente offerta sul versante penale sia tendenzialmente quella di assimilare le conseguenze dell'illegittimità degli atti amministrativi, universalmente intesi, valorizzando indiscriminatamente l'impatto "estetico" delle condotte che orbitano attorno a essi o, nelle migliori ipotesi, distinguendo tra provvedimenti favorevoli e sfavorevoli, da cui si fanno discendere eventualmente le conseguenze della disapplicazione *in bonam* o *in malam partem*.

Benché sia proprio della scienza giuridica privilegiare il metodo descrittivo-qualitativo rispetto alla misurazione quantitativa, non si vuol qui rinunciare a un rapido parallelo con la teoria degli errori.

Avendo a mente i lineamenti della metrologia, si può infatti operare una distinzione fra la precisione, intesa come stima del grado di convergenza e ripetibilità del rilevamento, e l'accuratezza, ossia la misura del grado di perfezionamento del metodo che limita gli errori sistematici. Così, per esempio, nel tiro a segno può definirsi precisa quella serie di colpi molto ravvicinati fra di loro, indipendentemente dalla distanza dal centro del bersaglio, mentre tale ultima misura, che esprime la ricerca della vicinanza al centro del bersaglio, definirà l'accuratezza del tiro.

Rimanendo nella metafora, può evidenziarsi come l'uniformazione indifferenziata del trattamento riservato dal giudice penale agli atti amministrativi abbia l'effetto di aumentare la precisione, cioè la possibilità che gli interpreti successivi assumano decisioni "ravvicinate" alle precedenti, ma ciò a evidente discapito dell'accuratezza definitoria che, se è vero che non elimina gli errori "indeterminati", che dipendono cioè dalla varietà della realtà concreta, ha però il pregio di avvicinare l'interprete al centro del bersaglio.

distintivi che consentono di isolare l'atto generale non rappresentino uno schema ordinario univoco, determinando spesso le diverse discipline applicabili a uno stesso atto delle "forzature qualificatorie" nella giurisprudenza.

Il vero punto della questione è che tale “centro”, che fa capo al tema oggetto di indagine, non solo è mobile, ma è anche indefinito.

Dalle conseguenze che si sono tratte dalla ricostruzione dei principi si vuol qui ribadire come l’obiettivo primario debba individuarsi nella costruzione dell’esegesi che fa capo al giudice penale che sia non solo rispondente ai principi propri del relativo accertamento, ma anche coerente rispetto allo statuto ordinamentale cui fanno riferimento sia gli agenti della pubblica amministrazione, sia il giudice amministrativo.

In questo senso, al netto di qualche incertezza nella definizione dello spettro di applicazione, la sistematica concernente il regime giuridico degli atti amministrativi generali potrebbe significativamente migliorare l’accuratezza della ricostruzione delle vicende relative agli stessi.

L’obiettivo, ancora una volta, non è quello di “vendere” soluzioni preconfezionate, asseritamente capaci di spostare gli interpreti concreti verso un’impostazione che si ritiene “più giusta”, ma semplicemente – proseguendo nel solco della metafora della “mappa” azzardata sul finire del capitolo II – quello di porre in luce talune peculiarità del diritto amministrativo che consentirebbero (forse) di compiere scelte più consapevoli ai giudicanti, limitando il più possibile l’eventualità che si creino cortocircuiti logico-ordinamentali negli svolgimenti della potestà punitiva propria della legge penale.

Vi è poi una ragione ulteriore e specifica per ritenere comunque funzionali gli approdi raggiunti dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa in tema di atti amministrativi generali.

Poiché il criterio classificatorio correntemente utilizzato dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa per delimitare gli atti amministrativi generali non inerisce alla fenomenologia sostanziale degli effetti – criterio che consente invece di distinguere fra loro proprio i provvedimenti ampliativi e restrittivi per esempio – concentrandosi invece sulla determinabilità dei destinatari e le modalità attraverso cui la determinazione avviene, è di tutta evidenza come gran parte dei problemi definitivi che si riscontrano nelle vicende amministrative non si travasino in quelle penali, che (tendenzialmente) si innestano in una fase in cui le questioni concernenti i provvedimenti generali sono già esaurite dall’adozione dei provvedimenti attuativi.

Per contro, esiste un elenco ormai piuttosto nutrito di atti qualificati come atti generali (piani, programmi, direttive, atti d'indirizzo, linee guida, autorizzazioni generali, bandi di concorso, avvisi di gara...) e molti di questi possono certamente interessare l'ambito dell'accertamento penale, secondo le modalità variamente descritte dalle ricostruzioni operate dalla dottrina penalista⁽²⁷⁵⁾.

Procedendo con ordine, bisogna partire dall'assunto per cui lo statuto applicabile agli atti generali è ormai ritenuto una sorta di disciplina a geometria variabile, che muta cioè in funzione della identificabilità dei destinatari dell'atto, o meglio, della scansione temporale in cui tale identificazione diviene verificabile⁽²⁷⁶⁾.

La l. 241/1990 non ha infatti approntato un regime specifico, che è invece desunto da quelle disposizioni tratte dalla legge generale sul procedimento amministrativo che derogano alla sua applicazione in determinati casi, fra cui spicca il trattamento riservato agli atti generali e a quelli normativi.

Invero, atti generali e atti normativi vengono "trattati" diversamente dalla giurisprudenza, che è particolarmente incline a misconoscere, con riferimento ai primi, lo statuto derogatorio che gli sarebbe proprio, disponendo invece – a certe condizioni – che gli stessi siano ri-attratti nell'orbita delle regole provvedimentali.

Per tale motivo, si procederà a un tentativo di definizione della categoria degli atti generali che, in una ideale scansione che va dal generale al particolare, la pone tra due estremi: il provvedimento amministrativo e l'atto amministrativo normativo.

L'individuazione del "confine" tra atto generale e atto puntuale, così come fra atto generale e normativo, sul piano del diritto amministrativo rileva da un punto di vista sostanziale, giacché la sua "mobilità" comporta la possibilità di derogare alla disciplina degli atti generali che li esenta dall'applicazione

⁽²⁷⁵⁾ Si rimanda, in proposito, alla panoramica che si è cercato di fornire nel capitolo I, parte prima, specialmente *sub* §§ 2.1, 2.2 e 2.3.

⁽²⁷⁶⁾ In punto, cfr. C. CUDIA, *L'efficacia «dimensionale» dell'atto amministrativo: il caso dei destinatari degli atti amministrativi generali*, in *Dir. Amm.*, 2016, 4, p. 719, che a propria volta riprende M. RAMAJOLI-B. E. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, *op. cit.*, spec. p. 54 e ss. .

della disciplina degli atti provvedimentali di cui alla l. 241/1990, evenienza che si riflette poi sul piano processuale dell'impugnazione.

Da un lato, quindi, l'atto amministrativo generale si distingue dal provvedimento in ragione del fatto che quest'ultimo è rivolto a un numero determinato di persone o di casi, mentre l'atto generale riguarda una pluralità indeterminata di destinatari.

Gli atti generali, per la stessa funzione cui assolvono, sono "intesi a dettare una disciplina in divenire, procedente per via di successivi assestamenti" ⁽²⁷⁷⁾, distinguendosi così anche dalle *species* degli atti collettivi e degli atti plurimi. I primi si riferiscono infatti a un complesso di soggetti nel proprio essere "collettività", motivo per il quale non si pone il problema della pluralità, mentre i secondi raccolgono sotto un'unica dichiarazione di volontà una molteplicità di atti omogenei rivolti a più soggetti, e sono come tali idealmente "scomponibili" a differenza dell'atto generale che non è frammentabile a causa proprio dell'indeterminatezza dei destinatari.

Si può cioè dire che gli atti amministrativi generali si riferiscano a una "serie aperta, nel senso che il precetto non ha destinatari previamente individuati o individuabili, il suo ambito di operatività è pari all'intera classe di individui contemplati" mentre "se la serie è chiusa, nel senso che i precetti enunciati sono individuati *nominatim*, o sono determinabili a prescindere da successive misure o vicende, allora il precetto ha carattere individuale, anche ove interessi un elevato numero di persone" ⁽²⁷⁸⁾.

Tale impostazione pare peraltro ormai pacificamente condivisa dalla prevalente giurisprudenza (amministrativa), che appunta l'aggettivo "generale" sugli effetti dell'atto rivolti verso un "elevato e incerto numero di soggetti", ovvero un "numero indeterminato di ipotesi" ⁽²⁷⁹⁾.

⁽²⁷⁷⁾ Così, nuovamente, M. RAMAJOLI-B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, cit., p. 97.

⁽²⁷⁸⁾ Così, G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, spec. p. 124 e p. 336.

⁽²⁷⁹⁾ Così, Cons. Stato, sez. VI, sent. 16 febbraio 2011, n. 996; si vedano, fra le pronunce più recenti: TAR Campania, dist. Salerno, I, sent. 2 febbraio 2010, n. 1013; TAR Puglia, sez. III, 9 luglio 2011, n. 1053, che ha definito atti generali gli atti di macro organizzazione; TAR Sicilia, Palermo, I, 23 marzo 2011, n. 546 che ha definito atto generale il piano faunistico venatorio; TAR Sicilia, Palermo, I, 1 marzo 2011, n. 371, in relazione a un bando di gara per l'affidamento di appalti pubblici.

La possibilità che la disciplina degli atti generali perda quei profili di specialità che sono ricollegati al carattere generale dell'atto, è legata al momento in cui i destinatari di un atto (pur) generale risultino individuati, e immediatamente lesi dagli effetti dello stesso.

Nel solco del filone giurisprudenziale che ha progressivamente riconosciuto la necessità di un'autonoma e immediata impugnazione degli atti generali immediatamente lesivi, la giurisprudenza ha operato una distinzione, non unanimemente accolta dalla dottrina⁽²⁸⁰⁾, ma desunta dalle disposizioni della l. n. 241/1990. L'art. 3 della stessa esclude infatti dall'ambito di applicazione dell'obbligo di motivazione gli atti normativi e quelli "a contenuto generale"⁽²⁸¹⁾, mentre il successivo art. 13 prevede che le norme in tema di partecipazione "non si applic(hi)no nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione".

Si è così ritenuto che esistano due autonome categorie concettuali: quella degli atti *generali*, cui fa riferimento l'art. 13, e quella degli atti *a contenuto generale*, presi invece in considerazione dall'art. 3, distinzione da cui si è tratta la conseguenza per cui l'esenzione dall'obbligo di motivazione varrebbe solo per i secondi, ma non per i primi che sarebbero invece sottratti solo all'applicazione delle norme in tema di partecipazione⁽²⁸²⁾.

Quanto alla distinzione fra atti amministrativi generali e atti normativi, partendo da una giurisprudenza rigorosa e formalista nell'applicare criteri nominalistici, la dottrina ha invece fatto ampiamente ricorso ai parametri di ordine sostanziale di cui si dirà più precisamente nel proseguo.

Per quel che qui rileva, ciò che si ritiene differenzi oggi gli atti generali da quelli normativi, a fronte del carattere comune della indeterminabilità dei destinatari (quanto meno in via aprioristica), è proprio la mancanza nei primi

⁽²⁸⁰⁾ Si veda, per tutti, G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., spec. p. 139 e ss.

⁽²⁸¹⁾ In argomento si veda R. MONTEFUSCO, *La motivazione degli atti di pianificazione urbanistica: atti amministrativi generali?*, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 2861.

⁽²⁸²⁾ A proposito della valorizzazione di tali distinzioni, si confrontino, *ex multis*: E. CANNADA BARTOLI, *In tema di motivazione di atti a contenuto generale*, in *Foro amm.*, 1995, p. 1088 e ss.; più di recente, M. COCCONI, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 707, anche per la giurisprudenza e la bibliografia *ivi* riportata.

della forza normativa e della innovatività, elementi cui va ad aggiungersi quello dalla determinabilità a posteriori dei destinatari, connotato che non caratterizza invece i regolamenti, che riguardano la generalità dei soggetti cui è rivolto l'atto durante tutta la sua vigenza ⁽²⁸³⁾.

La valorizzazione da parte della giurisprudenza più “sostanzialista” della distinzione fra il regime innovativo proprio delle norme secondarie e il regime provvedimentale ha invero portato a un ulteriore ampliamento del “catalogo” giurisprudenziale delle *species* degli atti generali, che include oggi la nuova classe degli “atti amministrativi generali a contenuto normativo”, definizione nata per distinguere quegli strumenti generali di programmazione che possono contenere al proprio interno norme di carattere regolamentare e previsioni puntuali ⁽²⁸⁴⁾.

La categoria certamente più significativa – seppur per certi versi controversa – è quella dei piani regolatori che “da un lato, dispongono in via generale e astratta in ordine al governo e all'utilizzazione dell'intero territorio comunale e, dall'altro, contengono istruzioni, norme e prescrizioni di concreta definizione, destinazione e sistemazione di singole parti del comprensorio urbano” ⁽²⁸⁵⁾.

Da ciò discenderebbe la necessità di valutare caso per caso i singoli contenuti del piano, nel diritto amministrativo, allo scopo di appurare se esso leda in via immediata posizioni giuridiche di singoli e pertanto sia necessario impugnarlo tempestivamente alla stregua di un provvedimento, sul piano dell'accertamento penale, onde distinguerne la natura programmatica e quella individualmente “ampliativa”.

La differenziazione è stata funzionale a giustificare il regime di impugnazione dei piani urbanistici, essendosi ormai consolidato l'orientamento che impone l'immediata impugnazione delle disposizioni provvedimentali dello stesso, immediatamente lesive delle posizioni dei

⁽²⁸³⁾ A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, Milano, 1957, II, p. 447.

⁽²⁸⁴⁾ La dizione sembra quasi essere ricavata a contrario dall'opera di A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Il Foro Italiano*, 1954, Vol. 77, 10, pp. 217 e ss.; cfr. in giurisprudenza Cass., sez. III, 25 novembre 2003, n. 17914; Cons. Stato, Sez. VI, 3 giugno 1966 n. 517, Cons. Stato Sez. V, 25 novembre 1988 n. 749; Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 2000, n. 5326.

⁽²⁸⁵⁾ Così Cons. Stato Ad. Plen., Sent. 22 dicembre 1999, n. 24.

singoli, mentre si ritiene che la legittimità delle disposizioni normative possa essere differita al momento dell'impugnazione del singolo atto applicativo ⁽²⁸⁶⁾.

1.1 (Segue) e relativo regime giuridico dell'invalidità.

Alla luce delle sottili opere di discernimento condotte dalla giurisprudenza in relazione ai regimi degli atti generali, bisogna evidenziare come la portata "processuale" delle stesse non assuma particolare rilevanza al di fuori del perimetro delle vicende squisitamente amministrative.

In particolare, il fatto che il soggetto leso dall'atto generale sia tenuto a impugnare immediatamente le previsioni immediatamente lesive, ovvero possa procedere con una "doppia impugnativa" successivamente all'emanazione dell'atto esecutivo, nel caso l'atto non abbia effetti individuali su soggetti immediatamente identificabili – costruzione che sul piano processuale amministrativo ha condotto al confezionamento di soluzioni giurisprudenziali non sempre esenti da contraddizioni o perplessità ⁽²⁸⁷⁾ – non sembra poter avere ripercussioni sul piano dell'accertamento penale che, tendenzialmente, si potrà alla peggio svolgere parallelamente, con i già paventati rischi di contraddizione fra il "giudicato" incidentale che si potrebbe formare con un'eventuale pronuncia di colpevolezza e il giudicato amministrativo.

Gli aspetti potenzialmente più delicati riguardano invece le incertezze che avvolgono la definizione di cosa siano gli atti amministrativi generali nel diritto sostanziale.

⁽²⁸⁶⁾ Sul punto, si veda, di recente: Cons. Stato, sez. IV, 28 marzo 2011, n. 1868; Tar Liguria, 26 maggio 2010, n. 3399.

⁽²⁸⁷⁾ Sul punto cfr.: A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 912 ss., particolarmente critico rispetto agli orientamenti giurisprudenziali sul tema; nuovamente M. RAMAJOLI-B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, cit., p. 53 ss.; L. PISCITELLI-A. MARRA, *Limiti soggettivi del giudicato di annullamento degli atti generali delle Autorità di regolazione*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2015, 1, p. 37 e ss. .

Difettando del requisito dell'astrattezza, al pari dei provvedimenti amministrativi, qualora definiscano per il caso concreto l'interpretazione della legge data dall'amministrazione pubblica, che può essere in contrasto con quella più favorevole al destinatario o al controinteressato, può dirsi che anche gli atti generali diano luogo a un controllo giurisdizionale che non potrà che svolgersi alla stregua dei canoni di validità che riguardano gli atti amministrativi puntuali.

Ossia, in astratto, allorquando gli atti generali dovessero essere lesivi di posizioni giuridiche di un soggetto individuato – mediatamente o immediatamente – al giudice amministrativo sarebbe consentito di valutarne la conformità alla disciplina legale applicando le categorie proprie dell'invalidità o nullità dei provvedimenti, essendo anzi riservata all'interpretazione offerta dalla giurisdizione amministrativa l'ultima parola in punto.

Ciò che si può istantaneamente rilevare, però, è che il regime di validità del provvedimento amministrativo sia ormai imperniato nella sua necessaria motivazione, cioè sull'ancoraggio delle scelte amministrative all'obbligo di giustificare il sacrificio imposto al privato rispetto alla situazione di fatto e di diritto che la stessa ritiene di aver identificato ⁽²⁸⁸⁾. Si è tuttavia già avuto modo di accennare al fatto che gli atti amministrativi generali siano teoricamente sottratti al regime di obbligo motivazionale, fatta salva la possibilità di essere “attratti” nell'orbita dello statuto ordinario che riguarda la generalità degli atti amministrativi di cui all'art. 3 l. 241/1990, evenienza rispetto alla quale la giurisprudenza non ha raggiunto risultati sempre univoci ⁽²⁸⁹⁾.

⁽²⁸⁸⁾ Sul tema specifico si vedano, su tutti, In dottrina sul punto cfr.: A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, p. 231 ss.; M. COCCONI, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 3, p. 707 ss. .

⁽²⁸⁹⁾ Sul punto si confrontino: Tar Lombardia, Milano, I, 10 gennaio 2012, n. 53, che suggerisce come non sia “persuasiva l'ipotesi che il legislatore abbia voluto sopprimere indiscriminatamente la garanzia della motivazione per atti, come quelli a contenuto generale, che pure incidono su situazioni soggettive dei singoli”. La motivazione continua così a esigersi per gli atti che pur a contenuto generale, incidano su posizioni giuridiche individuali: Tar Friuli V.G., 22 maggio 2004, n. 291; Cons. St., 6 febbraio 2001, n. 475; contra, concludendo cioè per l'inesistenza di tale obbligo motivazionale: Cons. St., V, 17 novembre

La “regola d’uso” individuata dalla dottrina più accorta suggerisce all’amministrazione di far prevalere il regime del provvedimento, in punto di motivazione e partecipazione, anche allorquando l’atto amministrativo generale raggiunga dimensioni programmatiche ampie, se lo stesso si traduca comunque in specifiche scelte particolari che possono ledere immediatamente le situazioni giuridiche di soggetti determinati o determinabili, giacché “la generalità dell’atto non dovrebbe costituire un pretesto per mettere al riparo la scelta amministrativa dalla verifica di legittimità” ⁽²⁹⁰⁾.

La stessa dottrina, peraltro, ha ripreso la distinzione tra “il previo disporre, in generale e in astratto per tutti i possibili casi futuri, e il concreto provvedere, nei singoli casi particolari, in attuazione o sulla base ed entro i limiti di norme antecedentemente poste” per concludere che “quanto più le prescrizioni dettate dall’amministrazione si avvicinano alla sfera di disporre tipico della norma, tanto più deve farsi sentire la *vis attrattiva* del regime di validità della legge; quanto più le prescrizioni si avvicinano alla sfera del provvedere, tanto più deve essere forte la *vis attrattiva* del regime di validità del provvedimento amministrativo”.

In termini concreti, ciò significa che – seguendo tale impostazione “sostanziale” – potranno ritenersi invalidi per violazione di legge gli atti amministrativi generali puntuali immediatamente lesivi sforniti di motivazione e illegittimi per eccesso di potere allorquando la stessa sia perplessa, contraddittoria, incongrua e/o illogica, circostanze che andranno evidentemente parametrize alla pretesa motivazionale, che dovrà essere ragionevolmente compatibile con gli scopi e l’oggetto complessivi dell’atto ⁽²⁹¹⁾.

2016, n. 4794; Tar Lazio, Roma, II, 3 marzo 2015, n. 3666; Cons. St., III, 13 dicembre 2010, n. 5205; Tar Lombardia, Milano, II, 16 luglio 1993, n. 457; Tar Lazio, II, 19 settembre 1992, n. 185. In dottrina, cfr. M. COCCONI, *L’obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, cit., p. 707 e ss. .

⁽²⁹⁰⁾ M. RAMAJOLI-B. TONOLETTI, Op. ult. cit., p. 115

⁽²⁹¹⁾ Sul punto si vedano, C. cost., n. 363/1996; C. cost., n. 170/1997; C. cost., n. 240/1997, che hanno espressamente richiamato il principio costituzionale di ragionevolezza, quale parametro diretto di raffronto alle discipline derogatorie in punto di obbligo di motivazione della legge generale sul procedimento. In dottrina, di recente, si veda M. COCCONI, *L’obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, cit., p. 709 e ss. .

Calando l'argomento nell'ambito processuale penale, pare necessario richiamare a prudenza gli interpreti, che evidentemente non potranno intendere la violazione dell'obbligo motivazionale gravante sull'amministrazione nell'emissione dell'atto amministrativo generale immediatamente lesivo alla stessa stregua in cui viene intesa dalla giurisprudenza amministrativa.

Non sarà anzitutto ragionevolmente affermabile l'illegittimità "conseguente" dell'atto individuale di attuazione della previsione immediatamente lesiva se non puntualmente e autonomamente motivata, cioè inferita unicamente dalla mancanza di motivazione dell'atto presupposto.

Ciò a maggior ragione allorché la dichiarazione *incidenter* di legittimità sia finalizzata a dichiarare l'eventuale responsabilità del soggetto che si è giovato della disposizione immediatamente lesiva di un terzo, a meno che non si dimostri che quest'ultimo abbia indebitamente – cioè, si ritiene, in modo che possa dirsi autonomamente penalmente rilevante – influito alla determinazione della disposizione provvedimentoale immotivato.

Allo stesso modo, ragionevolmente, non sarà sostenibile un'accusa di abuso d'ufficio dell'agente dell'autorità pubblica che si appunti unicamente sul solo fatto di aver omesso la motivazione, pur potendo tale condotta considerarsi – a certe condizioni – una violazione del parametro legale dell'art. 3 l. 241/1990.

La prova che deve valutare il giudice penale, del resto, concerne non l'illegittimità dell'atto in sé, ma la colpevolezza dell'agente, e dovrà perciò essere certamente rigorosa. Ma qui si interrompe la linea di continuità che lega (o potrebbe legare) il diritto amministrativo e l'accertamento penale, dovendo evidentemente prevalere le ragioni di principio specifiche del secondo.

Un ulteriore profilo che potrebbe invece richiamare l'attenzione dei penalisti sulla teoria amministrativa concerne la cosiddetta "prefigurazione dell'azione", fenomeno identificato dalla dottrina per spiegare la tendenza dell'amministrazione a svolgere la propria attività sulla base di modelli di disciplina nei quali "la gran parte della discrezionalità è trasferita su precedenti atti" ⁽²⁹²⁾.

⁽²⁹²⁾ Si vedano, *ex multis*: Cfr. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, op. cit., pp. 166-167; A. POLICE, *Trasparenza e formazione graduale delle*

L'eventualità che l'amministrazione possa (auto)ridurre l'ambito della propria discrezionalità nell'adozione del provvedimento finale, predeterminando i contorni della propria azione con atti generali normativi e non, è circostanza che ha evidenti ricadute sul piano del sindacato giurisdizionale sull'atto discrezionale.

Se infatti nell'ambito amministrativo si ritiene che quanto più la scelta discrezionale sarà condizionata dall'atto generale/normativo, tanto più il giudice amministrativo disporrà di un aggancio che gli consenta di effettuare un controllo di conformità della valutazione discrezionale rispetto ai parametri dell'azione amministrativa "prefigurati", per contro, tuttavia, bisogna evidenziare che così facendo l'amministrazione sottragga al dovere motivazionale – certamente quando ciò avvenga per tramite di atti amministrativi normativi – una porzione delle scelte, seppure discrezionali, compiute.

L'invalidità per eccesso di potere potrà essere più facilmente desunta dalla divergenza fra azione amministrativa prefigurata e atto adottato in esecuzione – resta da vedere se potrà esser definita per ciò solo "macroscopica" – viceversa, in caso di convergenza il vaglio di legittimità dovrà essere certamente escluso rispetto a tutti quelle sfaccettature che si appuntano sulla violazione degli obblighi motivazionali, con particolare riferimento alla illogicità-contraddittorietà-incoerenza e alla violazione del principio di ragionevolezza.

La (legittima) mancanza di un parametro di riferimento come lo è la motivazione dovrebbe costituire una significativa riduzione dello spettro di sindacabilità delle condotte dell'agente della pubblica amministrazione di cui dispone il giudice penale, che sarà perciò chiamato a dimostrare per altre vie lo sviamento di potere che dovrà qualificare e ritenere provato nella forma dell'abuso della funzione, a norma dell'art. 323 c.p. .

Anche in quest'ultimo caso la teoria amministrativista può soccorrere l'interprete per risolvere i dubbi interpretativi che concernono la condotta

decisioni amministrative, in *Dir. amm.*, 1996, p. 229; Id., *Prevedibilità delle scelte e certezza dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 697; Id., *La predeterminazione delle decisioni amministrative - gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, *passim*; P. M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990, *passim*.

considerabile “in violazione di norme di legge o di regolamento” rilevante ai fini dell’applicazione delle previsioni di cui all’art. 323 c.p. ⁽²⁹³⁾.

I dubbi, in particolare, riguardano la qualificazione della non conformità delle condotte degli agenti dell’amministrazione alle previsioni “preconfigurate” dagli atti amministrativi generali, a rigore non esattamente riconducibili alla *species* dei regolamenti.

Di particolare interesse è l’ormai risalente giurisprudenza che, per accertare se i piani regolatori generali potessero rientrare nella categoria dei regolamenti – e quindi verificare se la violazione delle prescrizioni in esso contenute possa configurare un’ipotesi di “violazione di norme di regolamento” penalmente rilevante a norma dell’art. 323 c.p. – operava un netto distinguo tra “norme contenute nelle leggi urbanistiche e nei regolamenti”, “prescrizioni” rinvenibili nei piani regolatori e nei programmi di fabbricazione, e “modalità esecutive” che sono invece fissate dalle concessioni edilizie ⁽²⁹⁴⁾.

Tali distinzioni, che non trovano riscontri analoghi nella letteratura amministrativa, hanno consentito invece di equiparare gli strumenti urbanistici generali alle norme regolamentari ai fini della configurabilità dell’abuso d’ufficio ⁽²⁹⁵⁾, pur trattandosi di atti frutto di delibere comunali che non possono qualificarsi come regolamenti, mancando dei caratteri formali e del regime giuridico proprio degli stessi.

Questo modo di riferirsi indistintamente agli atti amministrativi a contenuto generale e agli atti normativi mette a nudo tutte le difficoltà che possono derivare dallo scollamento fra teoria amministrativa e penale, in un panorama in cui sembra potersi individuare nella norma incriminatrice un

⁽²⁹³⁾ Per la bibliografia in punto, si rimanda alle note n. 83 e 84, *sub* § 3.2, Capitolo I, parte prima.

⁽²⁹⁴⁾ In tal senso cfr. Cass. sez.VI, 9 luglio – 25 novembre 1998, in *Gazzetta giuridica Giuffrè Italia Oggi*, 1999, 5, p.22, secondo cui integra il reato di abuso d’ufficio il rilascio di concessione edilizia che consenta al privato la realizzazione di una volumetria superiore a quella prevista nel piano urbanistico regionale; cfr. altresì Cass. sez. III, 20 gennaio 1997, Torosantucci, r.v. 137896; Cass. sez.III 3 luglio 1978, Caroli, r.v. 140408; Cass.sez. III 24 febbraio 1981, Crivelli, r.v. 149088. In dottrina, sul punto, si veda P. TANDA, *Abuso d’ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o regolamento*, cit., p. 2119 e ss. .

⁽²⁹⁵⁾ Sul punto, più di recente, Cass. Pen., Sez. III, 9 aprile 2008, n. 22134.

riferimento testuale diretto a identificare gli atti regolamentari sulla base di criteri formali già delineati nell'ambito amministrativo ⁽²⁹⁶⁾.

Al contrario le proposte soluzioni, che si rifanno a parametri "sostanziali", costituiscono un evidente *vulnus* alle imprescindibili esigenze che derivano dalla stretta legalità penale in tema di certezza del diritto.

2. Atti amministrativi normativi.

Nella dottrina amministrativista, la distinzione tra atti normativi, in particolare regolamenti, e atti amministrativi generali, è piuttosto chiara: l'atto normativo è caratterizzato da quei tratti di innovatività e astrattezza assenti negli atti generali, che sarebbero invece preordinati alla soddisfazione di un interesse pubblico e rivolti a una pluralità di destinatari.

Più precisamente, i regolamenti avrebbero una forza innovativa dell'ordinamento giuridico che mancherebbe invece agli atti generali, "atti volti a risolvere in concreto specifici problemi, la cui disciplina in astratto è già posta dall'ordinamento" ⁽²⁹⁷⁾.

Secondo taluni autori, la distinzione andrebbe ricondotta alla forma in cui l'atto è adottato, avendo cioè riguardo alle regole di emanazione ⁽²⁹⁸⁾, mentre secondo altri ciò che deve rilevare preminentemente dovrebbe essere la funzione assolta in concreto: "i provvedimenti generali, in quanto atti amministrativi, hanno per scopo la cura di un interesse pubblico concreto e puntuale, che ne costituisce il motivo"; mentre nei regolamenti lo scopo non è la cura di un interesse pubblico, "questa potrà essere un'occasione; ma lo

⁽²⁹⁶⁾ Cfr. in punto, ex multis, G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., p. 390; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 723; P. CARETTI-U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1994, p. 639.

⁽²⁹⁷⁾ Sul punto si veda A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., p. 447.

⁽²⁹⁸⁾ Così, A. DE VALLES, *Regolamenti ministeriali e ordinanze generali*, in *Foro it.*, 1951, IV, p. 97 e ss. .

scopo è quello tipico di ciascun atto normativo: la regolazione astratta di rapporti giuridici al fine di costituire l'ordinamento giuridico" (299).

Secondo altra parte della dottrina, la funzione regolativa non sarebbe nemmeno riducibile alla spendita di potere discrezionale, poiché "il suo tratto caratteristico appare piuttosto quello di conciliare principi e valori di sistema, (...), con diritti e interessi contrapposti, ma equiordinati, dei privati" (300).

La portata di quest'ultima affermazione necessiterebbe invero d'essere raffrontata ai singoli poteri di regolazione di cui l'amministrazione gode attualmente.

Mantenendo il discorso su una direttrice "generale", pur tenendo in conto i profili "finalistici", in ragione dei quali si dovrebbero distinguere gli atti generali per il fatto di avere come scopo la cura di un interesse pubblico concreto, mentre i regolamenti varrebbero a regolare i rapporti giuridici in astratto, va precisato che tale distinzione non sia ritenuta allo stato decisiva né dalla dottrina, né dalla giurisprudenza.

L'attenzione degli interpreti si è invece concentrata su aspetti di ordine più strutturale quali la concretezza degli effetti prodotti in capo ai soggetti (301), in combinazione con la generalità delle prescrizioni e, in ultima analisi, la rispondenza formale alle metanorme che regolano l'attività normativa secondaria (302).

(299) M. S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, p. 9 e ss. .

(300) Così, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, spec. p. 102 e ss. .

(301) Di recente, in tema, si vedano, *ex multis*: M. MASSA, *Regolamenti amministrativi e processo, I due volti dei regolamenti e i loro riflessi nei giudizi costituzionali e amministrativi*, Milano, 2011, spec. pp. 287-344 e per un'ampia ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale pp. 467-513; S. AMOROSINO, *Note in tema di impugnabilità degli atti di indirizzo e programmazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 650 e ss.; M. RAMAJOLI-B. TONOLETTI, *Op. ult. cit.*, p. 89 e ss.; cfr. altresì M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, a cura di E. FERRARI-M. RAMAJOLI-M. SICA, Torino, 2006, p. 265 e ss. . In giurisprudenza di recente: TAR Lombardia, Milano, Sez. III, sent. 9 febbraio 2010, n. 315, in *Red. amm. TAR*, 2010, 2; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, sent. 3 gennaio 2011, n. 1, in www.lexitalia.it, 2011, 1.

(302) Propende invece per l'insufficienza del riferimento a un criterio meramente formale cfr. G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo, L'atto normativo*, Bologna, 1998, p. 13;

Si è quindi evidenziato che, mentre l'atto normativo sarebbe preordinato a disciplinare una serie indefinita di situazioni astrattamente ripetibili all'infinito, l'atto amministrativo generale conterrebbe un *quid pluris* dispositivo che, seppure rivolto a una platea di soggetti indeterminata e indeterminabile *ex ante*, è comunque destinato a consumarsi nel momento della sua emanazione ⁽³⁰³⁾.

La giurisprudenza ha perciò fatto riferimento sempre più frequentemente al tratto qualificante della indeterminabilità dei destinatari, deducendone che sarebbe atto normativo “quello i cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminata di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti” ⁽³⁰⁴⁾.

Si deve necessariamente prescindere, in questa sede, dai dubbi che riguardano la circostanza per cui taluni atti amministrativi generali possiedano anche un certo grado di astrattezza e innovatività, così come quelli sollevati dalle tesi che tendono a ricondurre l'atto generale all'atto amministrativo normativo, ovvero tentino di operare una *reductio ad unum* che abbracci entrambi.

Id., *Recensione a Giacinto della Cananea, Gli atti amministrativi generali*, in *Dir. pubb.*, 2001, p. 817.

⁽³⁰³⁾ cfr. in punto: M. C. ROMANO, *Atti amministrativi generali*, cit., p. 492; V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 238; G. U. RESCIGNO, *Recensione*, cit., p. 822;

⁽³⁰⁴⁾ Così, segnatamente, Cons. di Stato, Ad. Plen., sent. 4 maggio 2012, n. 9; in senso analogo cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1. Per una ricognizione della giurisprudenza precedente si veda Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2009, n. 102, ma, soprattutto, si confronti la recentissima sent. Cons. Stato, ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4, preceduta dal commento di L. S. BERTONAZZI, *Note sull'impugnabilità dei bandi, aspettando l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it*, n.1/2018. Nella dottrina meno recente, si confrontino, *ex multis*: P. CHIRULLI, *Impugnabilità e disapplicazione dei bandi di gara: giurisprudenza «conservativa» e fermenti innovativi*, in *Giust. civ.*, 2004, p. 547; P. PIZZA, *L'Adunanza plenaria e l'impugnazione diretta dei bandi*, in *Foro amm. CDS*, 2003, p. 79; L. PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 809.

Si è già osservato come queste distinzioni abbiano assunto via via tratti sempre più sfumati, portando a oggettive difficoltà nella differenziazione, fenomeno che si è solo aggravato con la tendenza a sostituire il regolamento con direttive, linee guida, atti di indirizzo, cioè da atti amministrativi appartenenti a quella fascia “sempre più consistente di decisioni poteva assumere l’una o l’altra ‘forma’ giuridica”⁽³⁰⁵⁾.

Si è parlato in proposito di “fuga dal regolamento” per significare la tendenza, soprattutto del Governo, di procedere all’adozione di atti “svestiti” della forma regolamentare, ma la cui valenza non può che essere normativa⁽³⁰⁶⁾.

Ciò che conta qui, è evidenziare come, muovendo dalle diverse definizioni di atto amministrativo normativo utilizzate dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativista, anche il giudice penale possa trarre utili spunti per una più sorvegliata applicazione del relativo regime giuridico.

2.1 Difformità dal modello legale degli atti amministrativi normativi: disapplicazione dell’atto invalido, o risoluzione di un’antinomia normativa?

La questione della giustiziabilità dei regolamenti amministrativi si lega a doppio filo con la previsione dell’ormai noto art. 5 dell’all. E della L.A.C., da cui la dottrina ha spesso tentato di ricavare un principio di portata generale, in base al quale qualsiasi giudice sarebbe cioè investito del potere di disapplicare gli atti amministrativi normativi illegittimi di cui venga a conoscenza nel corso del giudizio incardinato innanzi a sé.

⁽³⁰⁵⁾ Così G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., p. 19 e ss., secondo cui tale fenomeno corrisponde “alla evoluzione nel frattempo intervenuta di norma giuridica”, per cui “ha perso adesioni la teoria secondo cui solo per gli atti normativi sono predicabili i caratteri della generalità e astrattezza”.

⁽³⁰⁶⁾ Sul tema si vedano A. MOSCARINI, *Sui decreti del Governo «di natura non regolamentare» che producono effetti normativi*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 507; più di recente B. E. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in AA.VV., *Annuario AIPDA 2015, Le fonti del diritto amministrativo*, op. cit., p. 84, senza trascurare l’ampia bibliografia riportata.

Il tentativo della dottrina, a un certo punto, è stato quello di estendere tale previsione anche ai poteri del giudice amministrativo, il quale, anziché procedere all'annullamento della norma regolamentare, si riteneva potesse cioè semplicemente disapplicare il regolamento illegittimo.

Le impostazioni contrarie a tale ampliamento si sono tradizionalmente appuntate sulla necessità di preservare l'effetto preclusivo dei termini perentori stabiliti per l'impugnazione, giacché l'azione di annullamento costituirebbe peraltro un'azione di tutela prevalente ⁽³⁰⁷⁾ rispetto al potere attribuito invece al giudice ordinario a compensazione dei vincoli imposti dall'art. 4, all. E L.A.C. ⁽³⁰⁸⁾.

Secondo la più rigorosa tesi tradizionale, i regolamenti, in quanto atti soggettivamente amministrativi, sarebbero invece assoggettati al regime impugnatorio ordinario dei provvedimenti amministrativi ovvero, qualora non soggetto a impugnativa in via immediata e diretta, unitamente ai successivi atti di attuazione.

Le criticità del meccanismo sono progressivamente venute alla luce in tutte quelle ipotesi in cui la valutazione del giudice e dell'interessato all'annullamento non coincidessero in ordine alla immediata lesività del regolamento, così come qualche problema si è sollevato con riferimento alla possibilità che il soggetto immediatamente leso venisse tempestivamente a conoscenza della pubblicazione dell'atto normativo.

La giurisprudenza amministrativa più recente ⁽³⁰⁹⁾, valutando la possibilità che l'applicazione di un regolamento virtualmente illegittimo legato unicamente al fatto che lo stesso non fosse stato impugnato in via autonoma

⁽³⁰⁷⁾ cfr. in punto F. CINTIOLI, *La disapplicazione*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2015, pp. 1428 ss., in part. p.1451.

⁽³⁰⁸⁾ V. DEL POZZO, *Decorrenza del termine, lesione dell'interesse e disapplicazione dell'atto nel diritto processuale amministrativo*, in *Foro amm.*, 1952, I, 2, pp.146 ss; *contra*, R. ALESSI, *Spunti in tema di pregiudizialità nel processo amministrativo*, in *Id.*, *Il processo amministrativo*, Milano, 1979, pp.7-8.

⁽³⁰⁹⁾ Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3888; Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1469; Cfr. Cons. Stato, sez. VI, sent. 6 aprile 2007, n. 1567; Cons. Stato, sez. VI, sent. 8 settembre 2009, n. 5258; Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2002 n. 3098; Cons. Stato, sez. VI, 6 agosto 2002, n. 4096; Sul punto si confrontino, ancora una volta, M. RAMAJOLI-B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, spec. p. 82 e ss.

in termini avrebbe potuto porsi in contrasto non solo con il principio di legalità ⁽³¹⁰⁾, ma anche con il diritto di difesa e con il principio di giustiziabilità degli atti amministrativi disposto dall'art.113 Cost., è giunta così lentamente ad affermare la disapplicabilità degli atti aventi valenza normativa non solo innanzi al giudice ordinario, a norma della L.A.C., ma anche davanti al giudice amministrativo, in nome di una rinnovata lettura dei principi generali.

Tale circostanza ha evidentemente accentuato ulteriormente la necessità di distinguere gli stessi dagli atti amministrativi generali, per cui si ritiene invece sussistente l'obbligo di impugnazione tempestiva.

È bene precisare però come la “disapplicazione” cui fa riferimento la giurisprudenza amministrativa non ricalchi quella modellata dalla L.A.C., benché si risolva in un accertamento incidentale e di tipo pregiudiziale, ma evochi piuttosto la cosiddetta “disapplicazione normativa”, intesa come “forma di tutela generale della illegittimità, e non ha bisogno di essere espressamente prevista, mentre tutti gli altri(...) sono rimedi speciali, che in tanto vigono, in quanto in relazione alle concrete esigenze siano espressamente previsti dalle norme positive”, “ordinaria e indefettibile manifestazione del potere giurisdizionale” ⁽³¹¹⁾.

L'orientamento ha avuto il pregio di superare le criticità legate alle pronunce della Corte Costituzionale che, già in tempo risalente, avevano

⁽³¹⁰⁾ In argomento, in particolare, si veda ancora G. DELLA CANANEA, *op. cit.*, p. 244, per il quale “l'equiparazione dei regolamenti agli atti amministrativi, sul piano processuale, è l'inevitabile conseguenza della loro esclusione dal novero degli atti sottoposti al controllo di legittimità della Corte Costituzionale”. Cfr. altresì C. ESPOSITO, *Elementi soggettivi e oggettivi degli «atti aventi forza di legge»*, in *Giur. cost.*, 1959, p. 1078 e ss.

⁽³¹¹⁾ G. GUARINO, *Profili costituzionali, amministrativi e processuali delle leggi per l'Altopiano silano e sulla riforma agraria e fondiaria*, in *Foro it.*, 1952, IV, p.73 ss., secondo cui «non vi è bisogno di ricorrere all'art.5 legge 20 marzo 1865 n.2248, all. E, o di applicarlo analogicamente. Fu una saggia misura inserire questa norma nella legge sul contenzioso ad evitare i sempre possibili dubbi, ma essa in effetti non introduceva una novità e si limitava a riformulare per un caso particolare un principio generale già implicito nel sistema» (p.89). Cfr. Id., *Abrogazione e disapplicazione della legge illegale*, in *Jus*, 1951, p.362 ss. Si confronti altresì A. M. SANDULLI, secondo cui le norme regolamentari “devono essere disapplicate da qualsiasi giudice che, chiamato ad applicarle (in sede di pronuncia *principaliter* su un oggetto rispetto al quale la pronuncia sulla legittimità degli atti normativi in questione appaia veramente pregiudiziale) le ritenga illegittime”.

escluso che il controllo di costituzionalità potesse riguardare gli atti normativi secondari.

Secondo la Consulta, con riferimento all'opera di delegificazione mediante regolamenti, in particolare, spetterebbe al giudice *a quo* la valutazione delle conseguenze della delegificazione e, quindi, la verifica se il regolamento possa o meno esplicare efficacia abrogativa su norme di legge anteriori ⁽³¹²⁾.

In tal senso è assolutamente allineata la giurisprudenza amministrativa che ha iniziato a ritenere che il difetto “radicale del fondamento legislativo del regolamento non impo(nga) più l'impugnativa tempestiva del regolamento”, consentendo al giudice una diversa tutela, che passa dalla mera disapplicazione (o non applicazione) del regolamento contrario a legge ⁽³¹³⁾.

Sorprendentemente – ma nemmeno troppo se si tengono in considerazione le premesse con cui si è esordito all'inizio del capitolo – la giurisprudenza penale mostra invece una certa tendenza a privilegiare il perseguimento della

⁽³¹²⁾ Una prima presa di posizione della Corte Costituzionale si è avuta nella sent. 24 gennaio 1989, n.23; analogamente si sono espresse le sent. 18 ottobre 2000, n. 427; 17 luglio 2001, n.251 in *Giur. cost.*, 2001, p.2145, con nota di G. U. RESCIGNO, *I regolamenti illegittimi (alcuni o tutti) sono nulli?*, *ibidem*, pp.2156 ss., che propende per la tesi della nullità radicale dei regolamenti di delegificazione illegittimi.

⁽³¹³⁾ La citazione è tratta da R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2012, p. 226.; si confrontino, a favore della disapplicazione: Cons. St., IV, 16 febbraio 2012, n. 812, che conclude: “l'orientamento ormai prevalente che ammette la disapplicazione dei regolamenti non ritualmente impugnati risulta, in particolare, fondato sul rilievo della natura sostanzialmente normativa del regolamento e sulla necessità, in caso di contrasto tra norme di rango diverso, di garantire il rispetto della gerarchia delle fonti e di accordare, quindi, prevalenza a quella di rango superiore (e cioè alla legge o ad altro atto di normazione primaria). Si è così superata la risalente posizione volta a sopravvalutare il carattere formale dei regolamenti, intesi quali atti amministrativi, privilegiando viceversa la loro natura normativa e il ruolo che essi svolgono nel complessivo quadro normativo nel quale il giudice è chiamato a decidere la controversia”. *Contra*, si veda invece: Cons. St., Sez. VI, sent. 18 giugno 2002, n.3338, in *Foro amm. Cds.*, 2002, p.1506 e ss.: “l'assenza di un potere di disapplicazione in capo al G.A., che può solo conoscere in via principale atti amministrativi di natura non regolamentare e non anche disapplicarli, non costituisce argomento di carattere puramente processuale, ma assume una valenza sostanziale, in quanto è strettamente collegato con il principio delle situazioni giuridiche di diritto pubblico, al cui presidio è posto il breve termine decadenziale di impugnazione dei provvedimenti amministrativi”.

tesi della “inapplicabilità” per macroscopica illegittimità anche con riferimento agli atti normativi, essenzialmente rinunciando a operare alcuna differenziazione di regime rispetto agli atti provvedimentali.

Anzi, vi è di più, sembra che vi sia una certa costanza nel far discendere dalla non conformità al modello legale dell’atto presupposto anche l’illegittimità dell’atto puntuale, in un circolo in cui non si capisce se la macroscopica illegittimità sia desunta dalla prima, o rilevata e poi confermata ulteriormente dalla illegittimità dell’atto regolamentare ⁽³¹⁴⁾.

2.2 Illegittimità dei regolamenti amministrativi: rapporto di simpatia e antipatia con i provvedimenti d’attuazione.

Le costruzioni della giurisprudenza penale non sembrano sempre convincenti nella misura in cui paiono privilegiare il vaglio delle circostanze fattuali che hanno portato l’amministrazione ad assumere determinate decisioni nel merito amministrativo.

Ciò, spesso, a discapito di ogni valutazione in ordine allo svolgimento dei rapporti ipotizzabili tra atto amministrativo e atto regolamentare presupposto, paradossalmente, anche nel caso in cui sia la stessa norma incriminatrice a richiedere una verifica della corrispondenza fra l’attività posta in essere dal privato e lo statuto di legittimità costituito dal compendio dell’attività normativa, degli strumenti di programmazione e delle varie normative che disciplinano l’attività medesima.

Il riferimento, in particolare, va nuovamente alle ipotesi di reato previste dal combinato disposto degli artt. 30 e 44 lett. c) del d.P.R. n. 380/2001, che puniscono le condotte di lottizzazione abusiva.

Nella specie, la fattispecie impone al giudice una valutazione tecnica, che concerne la rispondenza non solo delle condotte tenute dai privati, ma anche dei provvedimenti concessori ottenuti dagli stessi, al *dictum* dello statuto

⁽³¹⁴⁾ Sul punto si vedano le già citate sentenze “gemelle” Cass. pen, sez. IV, 17 dicembre 2015, n. 2598; Cass., sez. III, 31 marzo 2016, n. 27850 e Cass., sez. III, 14 aprile 2016, n. 35083.

urbanistico considerato nel complesso che deriva dalla stratificazione normativa e regolamentale-provvedimentale.

Ebbene, in tali ipotesi, invece, il *focus* delle indagini viene spesso spostato dal piano della legittimità delle opere realizzate, della conformità del titolo abilitativo o della legittimità degli atti amministrativi presupposti al rilascio – in particolare regolamenti generali – nella direzione del giudizio di valore che riguardano l’effettiva utilità pubblica, o alla “opportunità sociale” delle opere realizzate. Argomenti da cui si cerca di inferire, in base a criteri presuntivi essenzialmente riconducibili alla sfera dell’*id quod plerumque accidit*, la macroscopica illegittimità degli atti concessori, da cui far discendere ulteriormente l’abusivismo delle opere di lottizzazione.

La soluzione non è solo “precarizzata” dal ricorso a una formula perniciosa come quella della macroscopica illegittimità, che si cercherà di anatomizzare nell’ultimo capitolo dell’opera, ma è vieppiù imprudente se si considera che una soluzione differente potrebbe essere comodamente mutuata dalle ricostruzioni dogmatiche che la manualistica amministrativista⁽³¹⁵⁾ ha messo a disposizione in ordine a quelle relazioni che qualifica di “simpatia” o “antipatia” fra regolamento e provvedimento.

Con la prima, si fa riferimento cioè a quelle situazioni nelle quali un provvedimento amministrativo venga emanato in conformità al regolamento che ne detta la disciplina ma in contrasto con la legge, viceversa, si parla di “antipatia”, nelle fattispecie in cui l’atto amministrativo sia contrastante con il regolamento ma conforme alla norma di legge.

Si è del resto già avuto modo di chiarire come la giurisprudenza abbia progressivamente affermato la portata del principio gerarchico fra fonte regolamentare e legge, motivo per il quale, negando la necessità per il ricorrente della doppia impugnazione. Ebbene, bisogna sottolineare come la stessa abbia poi esteso la tesi della disapplicazione del regolamento dalle ipotesi di antipatia anche a quelle di simpatia, affermando cioè che l’illegittimità del regolamento possa riverberarsi in illegittimità dell’atto

⁽³¹⁵⁾ Si confrontino, a puro titolo esemplificativo, G. GRECO-M. CAFAGNO-M. RAMAJOLI-D.U. GALETTA-M. SICA, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2017, p. 226 e ss.; R. CHIEPPA-R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, 74 e ss.;

derivato, in ragione di un vizio trasmesso ⁽³¹⁶⁾, dovendosi operare la disapplicazione del regolamento anche in danno del ricorrente.

Nell'ambito dell'accertamento penale, parimenti, il giudice penale potrebbe legittimamente procedere alla disapplicazione normativa del regolamento illegittimo, ritenendo l'illegittimità dell'atto amministrativo derivato nel caso di simpatia.

Solo nel caso di antipatia, e cioè di conformità formale dell'atto alla legge, mediata da un atto presupposto invece illegittimo, si potrà porre per l'interprete la questione di "scandagliare" l'eventuale esistenza di vizi inerenti alla spendita di potere.

Nella determinazione del quadro complessivo di legalità urbanistica, cioè nel valutare l'elemento normativo della fattispecie penale di cui all'art. 44 lett. c) D.P.R. 380/2001, dovendosi porre il problema della conformità del titolo abilitativo allo statuto urbanistico *in toto* considerato, a fronte di una congerie di regole generali previste anche da leggi regionali e statali, i giudici penali si trovano in effetti nella condizione di applicare — e perciò stimare l'applicabilità — di tutta una serie di atti amministrativi presupposti (regolamento urbanistici, piani regolatori...) che, astrattamente, potrebbero anche derogare (legittimamente o meno) a tali previsioni legislative.

Nel momento in cui il giudice penale si trovi a dover valutare l'applicabilità di un atto amministrativo normativo che dispone una norma in deroga, ossia formulata nel senso di innovare la realtà giuridica in una direzione di eccezionalità rispetto alla regola generale dettata dalla fonte primaria, l'operazione ermeneutica dovrebbe ragionevolmente rispondere alle regole di risoluzione delle antinomie normative, alla luce cioè degli articoli 3, 4, 14 e 15 delle disposizioni preliminari del codice civile, nella prospettiva della cosiddetta disapplicazione normativa ⁽³¹⁷⁾.

⁽³¹⁶⁾ Cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. 24 luglio 1993, n. 799; e più di recente Cons. Stato, sez. IV, sent. 16 febbraio 2012, n. 812.

⁽³¹⁷⁾ Sul punto si confrontino fra i tanti G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *questa Rivista*, 1997, p. 680; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, Torino, 2007, p. 269 e ss.

2.3 Gerarchia delle fonti, principio di legalità, *quaestio facti* e *quaestio iuris*.

Il motivo per cui si ritiene di dover privilegiare, almeno nel caso degli atti normativi, la disapplicazione “normativa” in luogo di quella “per macroscopica illegittimità” risiede nell’evidente rischio che l’uso disinvolto di un concetto di per sé indeterminato, come è quello della macroscopicità, porti a un allargamento dello spettro del sindacato svolto dal giudice penale, peraltro sganciandolo da un parametro (più o meno) obiettivo, come può essere quello della legittimità in senso stretto.

In tutte le ipotesi in cui si tratterà di valutare la congruità dell’atto rispetto al perseguimento di determinati fini, o alla tutela di determinati interessi, come si è già avuto modo di prospettare, si avrà un allontanamento del sindacato del giudice dalla sfera del controllo giurisdizionale: egli opererà infatti una sostituzione del criterio di giudizio scelto dalla P.A. con uno proprio, che non può però essere rinvenuto a questo punto nella legge che disciplina il potere dell’amministrazione.

Ciò non avviene, invece, allorché il giudice decida di non applicare una determinata norma di legge per applicarne un’altra di pari rango: egli agisce in forza del ruolo precipuo che gli appartiene, ossia quello di interpretare la realtà giuridica rinvenendo il principio di diritto da applicare al caso concreto, in quanto ritiene debba prevalere in ragione di uno dei criteri ermeneutici previsti dall’ordinamento (specialità, successione nel tempo, e così via).

Alla stessa stregua, se applicando il principio gerarchico disapplica una fonte regolamentare che ritiene contraria a legge, ha già un parametro di riferimento da applicare – che è la fonte sovraordinata – e ciò a maggior ragione se la norma subordinata è impropriamente derogatoria, e lo stesso varrà in ipotesi di “simpatia” fra atto amministrativo e atto amministrativo normativo presupposto.

Queste riflessioni riportano, a ben vedere, alla distinzione che viene classicamente posta fra questioni di fatto e questioni di diritto ⁽³¹⁸⁾.

⁽³¹⁸⁾ Per l’approfondimento e la bibliografia sul tema, in generale, si rimanda alla nota n. 47, *sub* § 2.1, Capitolo I, parte prima.

Non si tratta affatto di una questione banale, se si considera la tensione che può crearsi tra la nozione di fatto, che dovrebbe intendersi come “fatto semplice” della vita umana, e l’ingresso nel processo penale di valutazioni che attengono a questioni di diritto esterne alla sfera penale strettamente intesa.

La distinzione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*, per quanto artificiosa, non è però del tutto inetta o semplicistica, se si considera che la possibilità di distinguere i due momenti della cognizione del giudice è presupposto dallo stesso sistema che al vertice dell'ordinamento giudiziario pone una Corte alla quale possono essere deferite solo questioni di legittimità e alla quale è invece (tendenzialmente) preclusa la possibilità di riesaminare il merito della controversia.

La “discernibilità” dell’attività in punto di diritto trova un referente positivo nell'art. 111 Cost. e nell’art. 606 c.p.p., con quest’ultimo che, in particolare, dispone che il provvedimento giurisdizionale possa essere censurato innanzi alla Cassazione per violazione o erronea applicazione “della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale” (co. 1, lett. b).

La disposizione individua gli elementi che contraddistinguono l'attività giurisdizionale sopra la *quaestio iuris*, la quale è anche per diritto positivo scindibile in attività di individuazione della norma, cioè della fattispecie astratta che regola la fattispecie concreta, applicazione e interpretazione della medesima, definizione cioè di quale contenuto precettivo appartenga alla fattispecie astratta e, infine, determinazione dell'effetto giuridico da ricollegare come conseguenza all’eventuale rapporto di sussumibilità⁽³¹⁹⁾.

La questione di diritto collega la fattispecie astratta alla fattispecie concreta, in quanto costituisce la conclusione del cosiddetto sillogismo giudiziale, o comunque, superando la prospettiva positivista, l'atto di sussunzione del fatto *sub* norma.

⁽³¹⁹⁾ Schematizza così gli elementi individuati della questione di diritto M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991, p. 118.

La struttura della decisione consta comunque di un movimento circolare, che unisce l'interpretazione del fatto e l'interpretazione del diritto in modo tutt'altro che meramente deduttivo ⁽³²⁰⁾.

Le scelte delle premesse del sillogismo dipendano infatti da un'attività induttiva, fondata su un giudizio di ipotizzata riconducibilità della situazione fattuale provvisoriamente assunta (premessa minore) a una fattispecie astratta fra le molte possibili (premessa maggiore).

Evidentemente, però, il fatto di ri-aggianciare il sindacato del giudice penale alla nomodinamica kelseniana ⁽³²¹⁾ significa ricondurre al dato positivo – rinforzando la premessa maggiore – ciò che altrimenti sarebbe valutato esclusivamente sul piano dei fatti.

Il fatto di riportare la valutazione in ordine alla legittimità degli atti amministrativi generali nell'orbita del raffronto fra fonti del diritto comporta due ulteriori conseguenze: l'applicazione del principio *iura novit curia*, di cui si dirà immediatamente dopo, cui però consegue la garanzia del triplice grado di giudizio, che culmina nel ricorso per Cassazione, vaglio che invece è escluso nel caso in cui la ricostruzione in fatto operata dai giudici di merito si appunti sull'esistenza di profili che facciano ritenere sussistente la macroscopica illegittimità.

⁽³²⁰⁾ In questi termini pone l'accento in F. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 2000, p. 178 sul fatto che ogni giudizio di diritto è anche di fatto e viceversa, tanto è vero che “l'applicazione del diritto al fatto (che poi non è se non la valutazione giuridica del fatto) si effettua attraverso il ritrovamento e la fissazione di regole di esperienza, che costituiscono il vero giudizio e come tali non sono isolabili dal diritto e dal fatto. Ciò è vero in tutti i giudizi, da quello che si fa nell'interpretazione della norma astratta a quello che si fa nell'accertamento del fatto”.

⁽³²¹⁾ Cfr. H. KELSEN, *op. cit.*, pp. 104 e ss., ove l'Autore analizza la costruzione per “gradi” dell'ordinamento, collocando le norme secondarie nella gerarchia delle fonti del diritto e, immediatamente dopo, anche gli atti amministrativi.

2.4 Implicazioni del principio *iura novit curia*.

Se il *dominus* della prova della *questio facti* è la “parte imparziale” incarnata nella figura del Pubblico Ministero, la *quaestio iuris* resta invece affidata al giudice, che è il titolare cioè del potere-dovere di inquadrare il fatto contestato in una norma penale, sintetizzato dal principio *iura novit curia*.

Il brocardo, generalmente inteso, “veicolerebbe il principio di legalità nella sua dimensione processuale” ⁽³²²⁾, potendosi oggi pianamente considerare come espressione diretta del principio costituzionale della soggezione soltanto alla legge del giudice, di cui all’art. 101, co. 2 Cost. ⁽³²³⁾.

Al netto delle innumerevoli considerazioni che si potrebbero svolgere in punto, può tuttavia evidenziarsi come la regola sottostante assuma oggi una portata differente a seconda che si tratti dei “processi di parti”, civile e amministrativo, ovvero del processo penale.

Nelle prime ipotesi, in particolare, il principio sancisce la regola per cui non spetta alle parti offrire prova dell’esistenza della norma giuridica, in quanto è (o sarebbe) invece dovere del giudice conoscere le norme applicabili nell’ordinamento, purché siano fonti caratterizzate da coerenza e normatività ⁽³²⁴⁾.

Nel caso del processo penale, invece, il principio viene generalmente richiamato con riferimento alla delicata materia della riqualificazione del

⁽³²²⁾ Così A. CAPONE, *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, 2010, p. 1. Per un approfondimento, si vedano inoltre: P. CALAMANDREI, *Diversità del fatto e modifica dell’imputazione nel codice del 1988*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, p. 634 e ss.; F. BIONDI, *Piccoli passi della Corte di Cassazione verso una nuova disciplina della modifica della qualificazione giuridica del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 614 e ss.; L. MELE, *La diversa qualificazione del fatto operata ex officio e la tutela del diritto al contraddittorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 75; T. RAFARACI, *Poteri d’ufficio e contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto: la Consulta rimanda al legislatore*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1151 e ss.; M. SCULCO, *Diversa qualificazione giuridica del fatto e prerogative difensive*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 633 e ss. .

⁽³²³⁾ Così, L. DE MATTEIS, *Diversa qualificazione giuridica dell’accusa e tutela del diritto di difesa*, in A. BALSAMO-R. E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, p. 217 e ss. .

⁽³²⁴⁾ Sul punto cfr. A. PIZZORUSSO, (voce) *Iura novit curia (Ordinamento italiano)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989; G. U. RESCIGNO, *L’atto normativo*, Bologna, 1998, spec. pp. 18-19; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, XXIV ed., 2015, pp. 93-99.

fatto da parte del giudice, della valutazione cioè della sussistenza o meno delle regole che concernono la contestazione del “fatto diverso”, ai sensi degli articoli 516 - 522 c.p.p., disciplina che si connette in modo essenziale alla definizione dell'estensione del diritto di difesa, perciò oggetto di un intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale ⁽³²⁵⁾.

Tornando su un piano più generale, dopo aver sostenuto che l'influenza del principio *iura novit curia* stia nell'elevare a dovere d'ufficio la ricerca del diritto obiettivo, lasciando invece a carico delle parti la prova del fatto, pare evidente che la questione teorica più delicata possa riguardare non tanto l'obbligo di conoscenza del testo di legge o comunque del precetto giuridico, ma piuttosto la conoscenza-valutazione dei fatti sulla base degli stessi precetti, ovverosia la qualificazione (anche riqualificazione) della situazione concreta dedotta in giudizio.

Quest'ultima affermazione pare peraltro oggi parzialmente smentita dalle conclusioni tratte proprio dal Consiglio di Stato in un parere obbligatorio reso a seguito di un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ⁽³²⁶⁾. Tralasciando quella che era la vicenda concreta, che riguardava l'impugnazione un provvedimento di esclusione dalla partecipazione a un corso speciale abilitante, indetto per il conseguimento dell'abilitazione all'insegnamento nella scuola secondaria, ciò che colpisce sono le conclusioni a cui giunge il Supremo Consesso constatando “l'alluvionale produzione normativa di rango primario e secondario, soprattutto nel settore scolastico”, nonché la congerie di norme che regolano lo stato giuridico degli insegnanti, “sovente inconoscibili in quanto affidate non a fonti del diritto obiettivo ma ad ordinanze, decreti, circolari, determinazioni”, che hanno

⁽³²⁵⁾ Cfr., tra tanti, *mutatis mutandis*: F. CORDERO, *Considerazioni sul principio di identità del «fatto»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, p. 942; A. CAPONE, *Iura novit curia*, op. cit., 2010, *passim*; A. CABIALE, *Il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica: da garanzia difensiva (nella Cedu) a strumento di legittimazione della prassi (in Cassazione)*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 225 e ss.; P. FELICIONI, *Correlazione tra accusa e sentenza: il principio Iura novit curia e la sentenza Drassich c. Italia*, in A. GAITO-D. CHINNICI (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Padova, 2016, p. 187 ss. .

⁽³²⁶⁾ Parere della Seconda Sezione del Consiglio di Stato del 24 ottobre 2007 n. 1677, edito in *www.giurcost.it*, con nota di G. FONTANA, *C'era una volta il principio iura novit curia, (ovvero considerazioni critiche su una peculiare lettura del principio iura novit curia operata dal Consiglio di Stato)*.

finito con il rimproverare all'amministrazione scolastica di aver omesso di fornire la propria essenziale collaborazione "ai fini dell'adeguata conoscenza dei parametri normativi regolatori della controversia" e, dunque, di aver messo in crisi il fondamentale canone processuale condensato nel principio *iura novit curia*, desumibile dall'art. 113 c.p.c. .

Nello stesso parere viene testualmente affermato che "tenuto conto dell'incontrollabile aumento della produzione normativa a tutti i livelli della gerarchia delle fonti, per di più non sorrette da una logica e coscienza comune o da una coerenza con principi e valori generali ma piuttosto da esigenze particolari e settoriali, spesso imprevedibili [...] appare arduo assegnare ai giudici un obbligo di conoscenza assoluto e incondizionato, come tale svincolato dall'onere di allegazione e collaborazione di parte".

Benché il collegio che ha emesso il parere fosse consapevole dello "specifico obbligo professionale di ricercare con ogni mezzo possibile la regola del caso concreto", considerato che "sarebbe certamente pericoloso, per la tutela dei valori fondamentali sui quali si fonda lo Stato, condizionare, di volta in volta, l'esito del giudizio alla prova della esistenza e portata della legge, da parte degli attori privati del processo", lo stesso ha tuttavia finito con l'affermare che "il principio dell'inammissibilità assoluta della ignoranza della legge da parte del giudice non può spingersi oltre la soglia dell'impossibile e va commisurato con gli altri principi del processo, come quello di lealtà e rappresentanza tecnica, tutti concorrenti al fine fondamentale di non intaccare l'obbligatorietà della stessa legge e la sua necessaria applicazione al caso di specie".

Ora, al netto di questo esplicito e significativo ridimensionamento del fondamentale canone processuale che, a parità di condizioni nell'ambito del processo penale, avrebbe dovuto risolversi non già in un caso di (mal celata) denegata giustizia, ma semmai in una pronuncia di assoluzione a norma dell'art. 5 c.p., come riletto dalla pronuncia additiva della Corte Costituzionale del 1988 peraltro espressamente richiamata dal citato parere, pare qui opportuno evidenziare come il principio chiami a una responsabilità aggravata l'organo giudicante rispetto a quello inquirente.

Se infatti quest'ultimo ben potrà decidere come impostare la propria indagine e, conseguentemente, come condurre la produzione delle proprie

prove nello svolgimento dell'intero procedimento, il giudice penale non può supinamente accettare *in toto* le prospettazioni accusatorie.

Si ritiene pertanto che egli potrà, allorquando lo ritenga opportuno, preferire le soluzioni che contemperino al meglio le esigenze di repressione degli illeciti criminosi, la salvaguardia delle prerogative proprie delle amministrazioni e, non ultimo per importanza, la cura delle garanzie proprie dei principi del diritto penale, primo fra tutti quello di legalità, con la precisazione che la regola ultima di giudizio dovrebbe essere quella espressa dal brocardo "*in dubio pro reo*" ⁽³²⁷⁾.

In tale prospettiva, non solo le regole di giudizio, ma anche il principio di legalità si pone come contrappeso normativo al rischio di una eccessiva dilatazione della sfera emozionale della decisione. L'ordinamento extrapenale, prima ancora di costituire referente delle regole che i consociati sono tenuti a rispettare, costituisce uno strumento ulteriore di controllo sulla giustificazione razionale della decisione del giudicante.

Anzi, quel principio di legalità, inteso in senso lato, rimanda alla dimensione di "un complessivo sistema penale governato eminentemente dalla legge intesa come entità estranea, 'altra', se non addirittura contrapposta rispetto a chi deve applicarla" ⁽³²⁸⁾.

Si arriva così, perciò, a trarre una prima conclusione, che consiste nel ritenere egualmente irricevibili le tesi di chi ritiene che le "contaminazioni amministrativiste" possano di per sé portare a un infrangimento della stretta legalità penale, così come la tesi diametralmente contrapposta, che vede nelle categorie del diritto amministrativo un limite decisorio rispetto alla cognizione del giudice.

⁽³²⁷⁾ Sul punto, senza pretesa alcuna di esaustività, si confrontino: G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, p. 80; Id., *Fatto prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ragionevole dubbio)*, in Id., *Argomenti di procedura penale*, III, Milano, 2011, spec. p. 178 e ss.; M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, p. 205; M. L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, 2004, spec. p. 190; M. DEGANELLO, *I criteri di valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale*, Torino, 2005; A. FURGIUELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, Torino, 2007; O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Criminalia*, 2012, p. 363.

⁽³²⁸⁾ Così, espressamente, M. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 650 e ss. .

È di tutta evidenza, infatti, che in entrambi i casi, che si ricorra alle categorie del diritto amministrativo o meno, l'andamento della decisione sarà rimessa unicamente al modo in cui il giudice deciderà di determinarsi secondo il proprio libero convincimento.

Ogni altra influenza, silenziosamente identificata fra le righe di quel principio di soggezione "alla sola legge", sarà perciò eventualmente veicolata non dalle norme o dai formanti dell'ordinamento giuridico, ma piuttosto da elementi di carattere metagiuridico che niente hanno a che vedere con l'universo del diritto positivo.

CAPITOLO V

ATTIVITÀ PROVVEDIMENTALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E COGNIZIONE DEL GIUDICE PENALE

SOMMARIO:

1. Validità della dogmatica del provvedimento amministrativo, fra esigenze di garanzia e regime speciale di supremazia. – 1.1 (segue) fruibilità delle relative categorie nell'ambito penale. – 1.2 Provvedimenti ampliativi e restrittivi, disapplicazione *in malam* e *in bonam partem* (critica). – 2. Dinamicità della nozione di discrezionalità amministrativa. Relativismo concettuale e relativismo epistemico. – 3. Valenza della gradazione dell'invalidità del provvedimento. Illegittimità tra forma e sostanza. – 3.1 Inettitudine definitoria della formula “macroscopica illegittimità”. – 3.2 L'indefinibile ampiezza della figura dell'eccesso di potere. – 4. Possibile rilevanza differenziata dei provvedimenti amministrativi di secondo grado. – 4.1 Provvedimenti conservativi. – 4.2 Provvedimenti con esito demolitorio. – 5. Lineamenti dell'amministrazione consensuale e disciplina degli accordi amministrativi. – 5.1 Rilevanza degli accordi sostitutivi di provvedimento. – 5.2 Patologia dell'accordo fra regime amministrativo e disciplina compatibile del codice civile. – 5.3 Ampiezza del sindacato del giudice amministrativo e possibili (quanto deprecabili) riflessi nella giurisdizione penale.

1. Validità della dogmatica del provvedimento amministrativo, fra esigenze di garanzia e regime speciale di supremazia.

L'emersione della *species* “provvedimento amministrativo” dal *genus* degli “atti amministrativi” si deve alla preziosa opera di Massimo Severo Giannini che, con tale nozione, identificava l'atto preordinato alla cura di un interesse pubblico, che dispone in un caso concreto e che è dotato di

caratteristiche proprie, fra le quali, come tratto caratterizzante, egli individua l'imperatività⁽³²⁹⁾.

Non si può ignorare che, così come a un certo punto della storia le teorie negoziali dell'atto amministrativo hanno ceduto il passo a una qualificazione autonoma delle sue categorie, la stessa nozione di provvedimento si ritrovi oggi interessata da una fase di ripensamento, che coinvolge almeno una parte della dottrina amministrativista⁽³³⁰⁾, che inizia a guardare con sospetto quella che considera una categoria troppo imprecisa ed eterogenea per assolvere al compito ordinatore cui sarebbe invece chiamata la dogmatica del diritto⁽³³¹⁾.

⁽³²⁹⁾ Tentare una ricognizione bibliografica che dia conto della progressiva emersione della nozione di provvedimento amministrativo sarebbe qui impossibile. Per un'analisi comunque soddisfacente dei profili che abbracciano il tema della costruzione gianniniana si parta da: M. S. GIANNINI, (voce) *Atto amministrativo*, cit., 1959, p. 157 ss.; F. SATTA, (voce) *Atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; E. CASETTA, *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, p. 243; S. CASSESE, *Giannini e la rinascita del diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 6, pp. 580-89; A. LOLLI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico*, cit., spec. p. 14 e ss.; L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., spec. p. X; B. G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, spec. p. 11 e ss.; Id., *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, p. 1 e ss., ove l'Autore, in particolare, disgrega il tratto qualificante dell'imperatività riferendosi a esempi emblematici di singoli tipi di atto, negandone il ricorrere continuo e perciò la validità "sintetizzante"; A. PAJNO, *Massimo Severo Giannini e l'interpretazione della complessità*, *Giorn. dir. amm.*, 2011, 3, pp. 325-331; si confrontino R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006 e R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, op. cit. 2017, pp. 1-52, spec. p. 13, 19-34, per la preziosa bibliografia ivi riportata; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, p. 17 e ss. .

⁽³³⁰⁾ Segnatamente è stato definito come "un *fuzzy set*" da B. G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit., spec. p. 14; prese di posizione rispetto a una presunta svalutazione della categoria si leggono altresì in: M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, Padova, 2012, spec. p. 7 e ss.; M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, Pisa, 2013, spec. p. 130 e ss.; meno drastica invece la posizione espressa da M. RAMAJOLI, *Gli incerti confini della nozione di provvedimento amministrativo*, in *Associazione studi e ricerche parlamentari*, cit., p. 41 e ss. .

⁽³³¹⁾ Per una più completa ricognizione sul dibattito relativo all'andamento claudicante della dogmatica e del diritto amministrativo, si vedano: L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002. Più di recente: F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*,

Dal canto proprio, il legislatore pare ancora riporre la propria fiducia nella nozione, per cui negli ultimi anni ha predisposto un corredo di previsioni sostanziali e processuali che consentono di individuarne un regime ben definito che ha anzi tendenza espansiva, come si è già evidenziato nel corso del capitolo precedente ⁽³³²⁾.

L'attenzione prestata anche di recente alla definizione di tale regime sembra confermare – talvolta con qualche flessione – che il nostro rimanga un ordinamento di diritto amministrativo governato dai ruoli centrali di procedimento e provvedimento, che conferiscono sostanziale e concreta prevalenza della capacità giuridica speciale dell'amministrazione pubblica, relegando invece il diritto comune a un ruolo subalterno rispetto all'esercizio del potere pubblico.

La rinnovata attenzione del legislatore nei riguardi del provvedimento si può identificare nell'insieme delle modifiche apportate alla legge generale sul *procedimento* amministrativo a opera della l. 15/2005, che ha introdotto un intero capo dedicato all'efficacia e invalidità del provvedimento ⁽³³³⁾, che testimoniano la preoccupazione di definire aspetti fino a quel momento lasciati all'elaborazione pretoria.

La stessa centralità del procedimento, che a partire dalla metà del novecento ha visto impegnati gran parte degli studiosi di diritto amministrativo, non sembra potersi sganciare dalla teoria del provvedimento: la volontà, la causa e l'oggetto si cristallizzano nell'atto adottato in concreto dall'autorità, ma sono elementi dinamici che si costruiscono attraverso un processo di formazione che si svolge all'interno del procedimento

Bologna, 2007, spec. 27-36 che ha denunciato le derive del decostruzionismo nel diritto amministrativo, con riguardo in particolare ai molteplici attacchi portati al principio fondante tale disciplina, ovvero il principio di legalità; cfr. sul tema M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 347 ss.; G. MORBIDELLI, *I cinquant'anni dell'Enciclopedia del diritto*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 499 e ss. .

⁽³³²⁾ Il riferimento va, in particolare, alle considerazioni svolte in riferimento alla categoria degli atti amministrativi generali, spec. *sub* §§ 1. e 1.1 Capitolo IV, parte seconda.

⁽³³³⁾ Parlava ancora di centralità del provvedimento nella l. n. 15/2005 lo stesso B. G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 469, riprendendo l'espressione di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, in partic. p. 470, per il quale il provvedimento amministrativo “campeggia” non solo nel processo, ma anche nel procedimento amministrativo.

amministrativo, a differenza della forma, che riguarda esclusivamente l'atto e ha per ciò carattere statico ⁽³³⁴⁾.

Il fatto che i vizi formali siano oggi considerati dal legislatore invalidanti solo allorquando abbiano concretamente inciso sullo svolgimento della fase procedimentale non è del resto sufficiente a far ritenere che l'impostazione "attocentrica" del nostro sistema di giustizia amministrativa sia tramontata.

L'azione d'annullamento continua a mantenere una posizione di assoluta preminenza nel processo amministrativo, benché sia ormai superata la concezione dello stesso come momento teleologicamente disposto per il controllo oggettivo della legittimità dell'atto impugnato, a favore invece di una impostazione più orientata a garantire la tutela spettante alle posizioni giuridiche di interesse legittimo – o di diritto soggettivo, nella giurisdizione esclusiva – che fanno capo ai ricorrenti.

Il fatto che il regime di validità del provvedimento amministrativo vada a legarsi a doppio filo ai profili sostanziali, quindi più soggettivi, e sempre meno a quelli formali-oggettivi, non dissalda il sindacato operato dal giudice amministrativo dalla oggettività contenutistica dell'atto, che vive dei profili di tutela che devono essere garantiti non solo ai destinatari, ma anche ai soggetti terzi eventualmente interessati dagli effetti dell'atto stesso.

Benché il processo amministrativo si stia direzionando verso una visione "privatistica", che lo avvicina sempre di più all'essenza del processo di parti che è propria della giurisdizione civile – basti pensare alle azioni messe a disposizione del ricorrente, o agli sviluppi cui è giunta la fase d'esecuzione di cui consta il giudizio di ottemperanza ⁽³³⁵⁾, o ancora all'interpretazione che viene data del principio dispositivo in sede di giurisdizione amministrativa

⁽³³⁴⁾ Cfr. R. TOMMASINI, (voce) *Nullità*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 866; per il quale "soltanto l'elemento formale è incorporato nella dichiarazione e in questa si esaurisce. Per gli altri elementi (volontà, oggetto, causa) il riferimento allo specifico comportamento dichiarativo è insufficiente e occorre sfruttare l'area della situazione complessiva in cui si svolge la fattispecie".

⁽³³⁵⁾ A proposito delle azioni disponibili per i ricorrenti e delle sentenze pronunciabili dal giudice amministrativo si veda, su tutti, M. RAMAJOLI, *Le tipologie di sentenze del giudice amministrativo*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2011, p. 573 e ss.; Id., *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 709 e ss. .

(³³⁶) – non si può non osservare come il principio di certezza per esso si ponga in termini peculiari, atteso il diretto coinvolgimento dell'interesse pubblico nella controversia.

Lo *standard* epistemologico vigente nel processo amministrativo è quello proprio del processo civile, ossia il criterio del *più probabile che non*, che implica che nel dubbio in ordine all'esistenza di fatti costitutivi del diritto o di fatti modificativi, estintivi o impediti, si applichi la regola dell'onere della prova, il che significa accontentarsi del fatto che l'attore o il convenuto dimostrino che l'esistenza dei fatti rispettivamente allegati sia una tesi preferibile rispetto a quella della loro inesistenza. Eppure il rito innanzi al giudice amministrativo perpetua la propria essenza in quanto sede naturale ove si incardina nella figura di un giudice speciale l'esigenza di tecniche di accertamento giurisdizionale che, da un lato, rispettino la sfera riservata all'Amministrazione, dall'altro, assicurino un sindacato sulla legittimità dell'attività amministrativa idoneo a tutelare l'interesse individuale, anche attraverso lo scrutinio del fatto (³³⁷).

Il regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo ha delineato le condizioni entro le quali l'atto sia idoneo a determinare gli effetti giuridici prefigurati e cioè l'assetto di interessi più confacente alle pubbliche finalità, nel rispetto di tutte le posizioni giuridiche soggettive (³³⁸).

L'invalidità, più di qualunque altra conseguenze sanzionatoria, realizza il principio di legalità, indicando le condizioni giuridiche entro le quali l'azione

(³³⁶) Sul punto, significativamente: M. CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte Costituzionale 5 luglio 2004 n. 204*, in www.giustizia-amministrativa.it; A. AULETTA, *Il principio dispositivo nel processo amministrativo, tra (attuale) specialità del sistema e (presunte) spinte verso la "tribunalizzazione" del G.A.*, in *De iustitia*, 2015, 1, p. 37 e ss. .

(³³⁷) Cfr. A. AULETTA, *Il principio dispositivo nel processo amministrativo*, cit., in partic. pp. 41-53.

(³³⁸) Si focalizzava sul questo profilo F. SATTA, (voce) *Atto Amministrativo*, cit., p. 5 e ss.; per letture più recenti si confrontino altresì: M. CLARICH, *Le azioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 1127 e ss.; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012, spec. p. 261.

dei pubblici poteri possa essere riconosciuta come espressione di autorità⁽³³⁹⁾.

Ciò soprattutto allorquando l'accertamento in fatto era "schermato" dallo svolgimento del procedimento amministrativo, le cui risultanze istruttorie allontanavano la ricostruzione dei fatti dalla cognizione del giudice, che aveva a disposizione limitatissimi mezzi di prova.

L'attenuazione delle ragioni processuali che svalutavano il ruolo della conoscibilità dei fatti nell'azione amministrativa e, conseguentemente, dello scrutinio di essa da parte del giudice amministrativo, è passata, prima che dalle novità normative più recenti, attraverso le spinte pretorie che hanno valorizzato i profili garantisti del regime d'invalidità che avevano lentamente predisposto.

A fronte di un nuovo ruolo del giudice amministrativo, che è *dominus* della ricostruzione in fatto – posto che i fatti sono sempre quelli portati in giudizio come prospettati dai ricorrenti – avendo egli la possibilità di allargare l'area della cognizione sui fatti posti alla base del provvedimento oggetto del suo giudizio, disponendo perfino della consulenza tecnica d'ufficio, allorquando la ritenga indispensabile (art. 67 c.p.a.), il regime dell'invalidità del provvedimento non si svuota del proprio significato. Più semplicemente vede oggi convivere il proprio connotato originario di presidio e garanzia dei soggetti privati, con quello che è il suo nuovo senso come limite posto alla cognizione del giudice. Quest'ultimo potrà infatti sindacare pienamente e effettivamente la congruità, attendibilità e proporzionalità della scelta amministrativa, ma mai la sua opportunità o opinabilità, sostituendo il proprio giudizio a quello dell'amministrazione.

Lo spettro di validità del provvedimento – fatta salva la sua ultrattività – è ormai definito in negativo dalla (ristretta) ampiezza dei casi di nullità e dal regime di annullabilità, che pure è ristretto dalle previsioni dell'art. 21-octies co. 2, attraverso la previsione di un controllo *ex post* che tende a escludere gli "annullamenti inutili", operando cioè sul piano della ontologia dei vizi, ossia identificando in astratto quali violazioni non possano incidere sul contenuto

⁽³³⁹⁾ Sul punto si confronti S. ROMANO, *Riflessioni dal Convegno: autoritarità, consenso e ordinamento generale*, in *Annuario AIPDA 2011. L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti, Atti del Convegno di studi di Bari*, Napoli, 2012, spec. p. 370 e ss. .

del provvedimento e impongano al giudice di calibrare di conseguenza la reazione in termini di inefficacia.

Sul piano squisitamente processuale si può osservare come il codice del processo amministrativo abbia assottigliato notevolmente la distanza che tradizionalmente separava il regime processuale del provvedimento nullo da quello del provvedimento annullabile – ci si riferisce all’art. 31, co. 4 c.p.a. – assoggettando anche l’azione di nullità a un termine decadenziale ⁽³⁴⁰⁾.

Tali circostanze, che ribadiscono i contorni di quello che viene riaffermato come regime di supremazia e privilegio – seppur circondato di garanzie per i privati che vi interagiscono – hanno imposto ripensamenti della dogmatica del provvedimento, ma non hanno frustrato il senso o la validità concettuale di tale “statuto”, anzi, valorizzandone la capacità di razionalizzare questa continua tensione fra due poli opposti.

1.1 (segue) Fruibilità delle relative categorie nell’ambito penale.

Alla luce del quadro che si è cercato di tratteggiare in merito alla “perdurante attualità” ⁽³⁴¹⁾ della nozione di provvedimento amministrativo e delle relative categorie nell’ordinamento amministrativo, pare opportuno interrogarsi una volta di più sul rapporto complesso, quanto intrigante, che sussiste tra provvedimento e processo penale.

La sensazione è che certa giurisprudenza penale sia ancora appesa all’idea che la dogmatica del diritto amministrativo possa costituire un “pericolo” per l’applicazione del diritto penale, costituendo un possibile limite etero-imposto alla propria cognizione ⁽³⁴²⁾ che, in quanto tale, minaccerebbe gli

⁽³⁴⁰⁾ Sul punto cfr. nuovamente M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, cit. spec. pp. 610-611.

⁽³⁴¹⁾ L’espressione si rifà al titolo del Capitolo I dell’opera R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, op. ult. cit., p. 10.

⁽³⁴²⁾ Sia consentito rimandare alle considerazioni già svolte in tema di giustiziabilità dell’azione amministrativa, in particolare *sub* § 5, capitolo II, parte prima. Per un approfondimento in tema si vedano, *ex multis*: D. PONTE, *La nullità del provvedimento*

interessi protetti dalle norme incriminatrici poste a presidio estremo (teoricamente) del buon andamento dell'attività amministrativa, o comunque delle attività sottoposte a regimi di selezione e controllo pubblicistico.

Dal canto proprio, la dottrina ha spesso paventato il rischio che le "contaminazioni amministrativiste" ⁽³⁴³⁾ portassero a un allargamento dello spettro della rilevanza penale, in spregio dei principi di tipicità e determinatezza delle fattispecie penali.

Ora, essendoci già trovati di fronte a queste antinomiche prese di posizioni, si è cercato di difendere l'idea che norme, concetti, principi e categorie del diritto amministrativo, in quanto enti astratti e inanimati, di per sé, non possano essere caricati di responsabilità "malefiche" di questo genere, ma al limite possano essere valutati secondo uno scrutinio di utilità o disutilità rispetto allo scopo che l'interprete si prefigge.

È di tutta evidenza, in questo senso, che se l'interprete si pone lo scopo di allargare o restringere l'area della rilevanza penale possa *indifferentemente* – e lo si vuole sottolineare – ritenere utile o disutile arricchire la propria argomentazione ricorrendo a concetti propri del diritto amministrativo.

Certamente l'anima garantista del diritto amministrativo è più facilmente conciliabile – cioè più utile allo scopo – con il fine di escludere la punibilità di determinate condotte, motivo per il quale desta meno scandalo il fatto che si richiami l'apparato concettuale della disapplicazione *in bonam partem*, rispetto a quando ciò avvenga per affermare la colpevolezza dell'imputato.

Discorso ben diverso deve però farsi allorché l'interprete concreto si ponga la questione (o lo scopo) di preservare l'area delle prerogative proprie della pubblica amministrazione e, poggiando su tale prospettiva, rinneghi *tout court* la validità dello strumentario concettuale del diritto amministrativo, affermando l'autonomia della sfera della cognizione penale, sottendendo l'idea che, trattando i due ordinamenti come binari paralleli, la decisione

amministrativo, Milano, 2007, *passim*; M. RAMAJOLI, *Nullità, legittimazione ad agire e rilevanza d'ufficio*, relazione al convegno di Siena sulla nullità del provvedimento amministrativo del 22-23 giugno 2007, estesamente cit. in F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016, p. 183 e ss.; P. LAZZARA, (voce) *Nullità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir. Treccani online*, 2013, pp. 1-18.

⁽³⁴³⁾ Per i dovuti riferimenti, si rimanda ai passaggi conclusivi del § 3.2, capitolo II, parte prima, spec. *sub nota* 155.

propria non possa in alcun modo toccare l'attività dell'autorità amministrativa.

Il come e il perché si ritiene che le risultanze del giudizio penale possano concretamente influenzare l'attività degli apparati amministrativi è già stato affrontato ⁽³⁴⁴⁾.

Resta allora da dimostrare come le categorie del diritto amministrativo possano aiutare l'interprete che, pur muovendosi nell'ambito dell'accertamento penale, deve confrontarsi con il tema "concentrico" dell'invalidità del provvedimento.

Il confronto con i più sicuri criteri di qualificazione del provvedimento amministrativo ormai delineati dalla l. 241/1990 diventa ineludibile, o almeno così si ritiene, se si assume una prospettiva che (ri)colloca al centro l'idea che il provvedimento stesso incorpori (o debba incorporare) la realizzazione dell'interesse pubblico inteso come sintesi fra i fini predeterminati dalla legge che giustificano la spendita di potere amministrativo, gli interessi privati che orbitano attorno a essi, la discrezionalità di cui l'amministrazione gode nell'esercitare tale potere, e solo a certe condizioni se ne possa dichiarare l'invalidità.

Le differenze fra le due impostazioni possono spiegarsi avendo a mente la differenza tra giudizi deduttivi e giudizi abduttivi, tenendo presente che alla prima tipologia sono usualmente ricondotti i giudizi di diritto, mentre alla seconda si rimanda normalmente la ricostruzione in fatto ⁽³⁴⁵⁾.

Il giudizio di diritto ha natura deduttiva poiché, data una certa regola (premessa maggiore) – per esempio le ipotesi di invalidità del provvedimento

⁽³⁴⁴⁾ Il riferimento va, in particolare, alle considerazioni svolte *sub* §§ 3.2, 6, 6.1, 6.2, 6.3, 8, capitolo II, parte prima.

⁽³⁴⁵⁾ Sia consentito rinviare alle riflessioni già svolte in tema di *quaestio facti* e *quaestio iuris*, *sub* nota 47, § 2.2, capitolo I, parte prima, e nel § 2.3, capitolo IV, parte seconda. Per una panoramica non esaustiva sui temi concernenti l'abduzione e la deduzione nell'ermeneutica del diritto si confrontino, *ex multis*: G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979; Id., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano 1992; R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. FERRUA-F. M. GRIFANTINI-G. ILLUMINATI-R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 1999; A. KAUFMANN, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars Interpretandi*, 2001, 6, pp. 319-332; G. CARUSO, "Paradigmi" epistemologici del processo penale tra modello accusatorio ed inquisitorio, appendice a U. PAGALLO, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, Padova, 2001.

amministrativo – si verifica che il caso concreto sia riconducibile o meno alla regola (premessa minore), e da ciò si deduce un certo risultato, ossia l'affermazione della validità o invalidità del provvedimento concreto (conclusione).

Il giudizio di fatto ha invece la natura abduttiva propria dell'inferenza ipotetica, in quanto partendo da una premessa maggiore certa e dall'osservazione di un fatto dubbio (premessa minore) cerca di individuare una possibile ipotesi o regola che spieghi il secondo (conclusione ipotetica).

Nella deduzione la conclusione scaturisce dall'associazione logica delle premesse, mentre l'abduzione non è logicamente valida senza conferme esterne, deve cioè essere confermato per via empirica. Conferma che si avrà in termini probabilistici – il famoso *id quod plerumque accidit* – sempre che non emergano altre regole che spieghino altrettanto bene la premessa minore, al di là di ogni ragionevole dubbio, secondo lo *standard* epistemologico proprio del processo penale ⁽³⁴⁶⁾.

Così, per esempio, è evidentemente abduttivo il ragionamento svolto partendo dalla premessa maggiore per cui i provvedimenti amministrativi che consentono la realizzazione di attività o opere contrarie all'interesse pubblico debbano ritenersi illegittimi, dalla premessa minore (ipotetica) per cui pare che una certa attività posta in essere da un privato, comunque assentita dall'autorità pubblica, non sembri conforme o all'interesse pubblicistico con cui si deve relazionare, e attraverso queste si arriva a concludere che l'atto ampliativo debba perciò ritenersi viziato (e quindi disapplicabile, o comunque prescindibile rispetto alla decisione).

Il più evidente effetto di questo tipo di ragionamento è che si cercherà di validare la conseguenza che si è abdotta, non attraverso un vaglio di legittimità (che risponderebbe cioè al meccanismo del sillogismo deduttivo), ma cercando di validare la premessa minore attraverso la ricerca di conferme esterne, come per esempio indizi di reità a carico degli agenti della pubblica

⁽³⁴⁶⁾ Per uno sguardo sulle sentenze che utilizzano espressamente il termine 'abduzione', si vedano, per esempio: Trib. di Milano, Sez. VII penale, 7/7-5/10 del 1998; Cass., Sez. Unite Penali, n. 30328 del 2002. Nella prima di queste, oltre al riferimento all'abduzione, il giudicante fornisce anche alcune indicazioni "metodo" al fine di ridurre il più possibile l'errore nella ricostruzione dei fatti: "Un'ipotesi può alla fine essere adottata come preferibile e quindi come base della decisione, soltanto quando non esistano altre ipotesi possibili o quando ogni altra ipotesi risulti inidonea a spiegare i fatti storici."

amministrazione, o ulteriori indizi fattuali che avvalorino la non corrispondenza all'interesse pubblico.

Il recupero di un aggancio alle categorie del provvedimento amministrativo ha invece il pregio di riportare nel piano delle premesse lo statuto che regola la validità-invalidità dell'atto, restituendo cioè alla *quaestio iuris* la propria dimensione, indipendentemente dalle modalità in cui l'illegittimità dell'atto si atteggi rispetto al verificarsi della vicenda penale, che seguirà le proprie regole di giudizio.

Ovviamente nemmeno il sillogismo basato sulle regole di validità del provvedimento potrà mai essere pianamente deduttivo – come del resto non lo è nel processo amministrativo – in quanto non è predicabile un nesso di implicazione necessaria tra premesse e conclusione, giacché le norme non collegano automaticamente gli effetti dell'invalidità al verificarsi di presupposti predeterminati, ma a una valutazione complessiva dell'esercizio di un potere, a meno che quest'ultimo non sia strettamente vincolato.

L'affermazione è ancora più vera se si valutano i possibili gradi d'ampiezza della discrezionalità del provvedimento adottato, che definirà il ventaglio delle possibili soluzioni che la pubblica amministrazione avrebbe potuto adottare.

Il giudizio di legittimità ha comunque natura di deduzione imperfetta, poiché l'esercizio del potere sarà regolato in parte da norme *extra*-giuridiche (criteri di opportunità, efficacia, efficienza...), e il relativo sindacato dovrà svolgersi ricorrendo a principi e concetti giuridici indeterminati (logicità, proporzionalità, idoneità, necessarietà, adeguatezza, non contraddittorietà...), ma si tratta pur sempre di un giudizio di diritto, sebbene di natura sostanziale (nel senso di *non formale*).

Un giudizio cioè che parte da una premessa maggiore che poggia comunque su dati fornito da regole positive – non massime comuni di esperienza, o regole inferenziali probabilistiche – che non solo sono estrinseche al piano delle regole di svolgimento dell'azione amministrativa, ma anche potenzialmente in contrasto con le stesse, quando si tratti (per esempio) di valutazioni che ricadano indebitamente sul piano di quella che è l'area tipicamente riservata alla funzione amministrativa.

Un'evenienza che solo attraverso un sorvegliato dialogo fra regole proprie dell'attività provvedimentale e regole proprie dell'accertamento penale può

scongiurare, giacché il corredo di garanzie che è posto a tutela dei soggetti imputati non considera affatto un aspetto imprescindibile della disciplina dell'attività amministrativa, che è quello proprio della funzione pubblicistica.

1.2 Provvedimenti ampliativi e restrittivi, disapplicazione *in malam* e *in bonam partem* (critica).

Secondo un orientamento tutt'altro che recessivo ⁽³⁴⁷⁾, gli atti ampliativi o comunque costitutivi di una situazione giuridica soggettiva in capo al privato poi divenuto indagato/imputato sarebbero insindacabili parte del giudice penale, mentre sarebbero sempre sindacabili quelli che incidono negativamente sulla stessa, o che comunque impongono determinati oneri o obblighi allo stesso soggetto.

Tale impostazione, essenzialmente, fa propri i risultati dell'evoluzione del potere di disapplicazione seguita in campo civile, prendendo cioè le mosse dalla *ratio* ispiratrice della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, e del combinato disposto degli artt. 4 e 5 che tutelano le posizioni di diritto soggettivo del privato lese da un provvedimento illegittimo.

Il parallelo si basa sull'evidenza per cui la disapplicazione dei provvedimenti restrittivi in ambito penale risulta tendenzialmente vantaggiosa per il soggetto destinatario, in quanto conduce a una pronuncia di assoluzione del privato, nelle ipotesi in cui il reato presupponga un provvedimento amministrativo restrittivo violato dall'imputato.

Al contrario la disapplicazione da parte del giudice penale di provvedimenti ampliativi risulterebbe svantaggiosa per il cittadino, non solo perché disconoscendo l'ampliamento acquisito la sfera giuridica di questi viene, seppur incidentalmente, compressa, ma soprattutto perché tale vicenda disapplicativa porterebbe a una condanna dell'imputato che ha determinato il suo agire sulla base di quell'atto.

⁽³⁴⁷⁾ Sul punto, si vedano, per tutti, i già citati G. GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale*, cit., spec. p. 389; P. TANDA, *Attività amministrativa e sindacato penale*, cit., spec. p. 265.

La disapplicazione sfavorevole di atti amministrativi ampliativi non sarebbe perciò ammessa anzitutto in virtù dei già menzionati corollari del principio di stretta legalità penale che involgono la materia penale.

Nelle elaborazioni più raffinate si è sostenuto che l'atto amministrativo illegittimo possa essere disapplicato dal giudice in sede penale solo nel caso in cui leda un diritto soggettivo dell'imputato, sempre che difettino i presupposti dell'intervento dell'autorità amministrativa, o questa abbia male esercitato i suoi poteri previsti al fine di limitare il diritto soggettivo del privato ⁽³⁴⁸⁾.

Il *punctum dolens* delle posizioni dottrinarie appena esposte, tuttavia, come si può desumere dalle considerazioni sin qui svolte, poggia non tanto nell'individuazione dei presupposti del potere disapplicativo, ovvero sull'esclusività della disapplicazione favorevole al soggetto intesa come diretta conseguenza dell'assenza dei limiti rappresentati dall'operatività dei principi penali costituzionali, quanto piuttosto nella totale inidoneità di tali ricostruzioni a rendere conto della complessità odierna delle vicende amministrative.

Tali ricostruzioni anzitutto non forniscono alcuna coordinata in merito alla sfera della discrezionalità amministrativa o del merito amministrativo, né tantomeno rispetto all'odierna gradazione delle ipotesi di invalidità del provvedimento, questioni meno che mai definite dalla formula pretoria della macroscopica illegittimità, su cui si tornerà più avanti.

La distinzione fra atti ampliativi e atti restrittivi non tiene nemmeno conto della possibilità che l'atto sia frutto di vicende amministrative pregresse o complesse, con il risultato che la neutralizzazione del provvedimento amministrativo non conforme alle prescrizioni di legge finisce con l'essere rimesso a un apprezzamento impreciso e indefinito di una realtà giuridica che va evolvendo in una certa direzione.

⁽³⁴⁸⁾ in particolare, secondo G. GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale*, cit., p. 389, il potere di disapplicazione non può essere utilizzato al di fuori delle ipotesi in cui si verta in situazioni di diritto soggettivo che si assuma violato da un atto amministrativo, ad esempio allorquando il privato sia portatore esclusivamente di una posizione di interesse legittimo, non essendo posizione soggettiva idonea a essere direttamente tutelata innanzi al giudice ordinario.

2. Dinamicità della nozione di discrezionalità amministrativa. Relativismo concettuale e relativismo epistemico.

“Il diritto pubblico è la celebrazione della finzione che avvolge i rapporti e il gioco delle parti nello spazio” e le sue figure “sono il frutto di conciliazioni forzate tra elementi antinomici, i quali, secondo la loro natura e i loro originari significati, resterebbero volentieri l’uno di fronte all’altro, come esseri che non si comprendono perché appartengono ad ordini ed epoche differenti” ⁽³⁴⁹⁾.

L’efficace rappresentazione che Berti dà delle “antinomie del diritto pubblico” offre una sponda perfetta per introdurre una delle grandi antinomie del diritto pubblico odierno, ossia la discrezionalità amministrativa. Quest’ultima, storicamente, rappresenta un tema centrale del diritto amministrativo, non solo italiano.

Il tema abbraccia molte questioni di fondo che riguardano gli assetti istituzionali delle odierne democrazie occidentali, a partire dalla separazione dei poteri e dal loro fondamento.

La discrezionalità si presenta da un lato come quell’area non sempre ben definita entro la quale l’amministrazione opera con i poteri propri che conferiscono un senso alla sua stessa esistenza. Contemporaneamente, però, definire la sua ampiezza significa anche definire lo spazio entro cui può muoversi la giurisdizione, invadendo con il proprio sindacato ciò che altrimenti costituirebbe un’area di immunità del potere esecutivo.

La definizione e ri-definizione della nozione di discrezionalità amministrativa sottende la necessità (o volontà) di adeguarne il significato e l’estensione in raffronto all’evoluzione dell’ordinamento, dei rapporti di forza fra poteri che ne regolano il funzionamento e del livello di autoresponsabilità che lo Stato vuole assumersi, assoggettando l’opera dei propri agenti al controllo di una componente terza e imparziale ⁽³⁵⁰⁾.

⁽³⁴⁹⁾ Così G. BERTI, *Le antinomie del diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2, 1996, p. 273.

⁽³⁵⁰⁾ Cfr. in punto F. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, relazione tenuta in occasione del Premio Sandulli 2010, presso l’Avvocatura generale dello Stato, 2 dicembre 2010.

La storicità della nozione, così come la sua perenne ed entropica evoluzione, implica l'impossibilità di definire (utilmente) quale sia la "latitudine" astratta della discrezionalità amministrativa. Ciò non di meno lo studio della discrezionalità nel diritto amministrativo continua ad avere un proprio senso non benché la stessa sia relativa, ma proprio perché relativa, cioè non riconducibile a una "verità" o un modello che possano essere colti in modo obiettivo o assoluto.

Il discorso sul relativismo consente un parallelo molto significativo con la scienza processuale penale: nel processo la verità ha un valore che non coincide con l'aspirazione a raggiungere una obiettiva certezza, l'idea cioè che si sia ricostruita la verità storica o materiale. La verità, che si chiama "processuale", per l'appunto, è valida perché relativa, perché raggiunta passando non solo attraverso i limiti di ordine naturalistico che accompagnano la ricostruzione di un fatto che si è esaurito in un momento che si colloca nel passato, ma soprattutto quelli processuali che l'ordinamento si è autoimposto.

La scienza amministrativa e la scienza processuale penale vivono però di due declinazioni diverse di relativismo giuridico, assimilabili per certi versi, ma ben distinguibili, che si possono ricondurre a due forme solide, dal punto di vista filosofico: il relativismo epistemico e il relativismo concettuale⁽³⁵¹⁾.

Il primo, in particolare, sottende l'accettazione dell'evidenza per cui i criteri di giustificazione delle diverse situazioni umane sono o possono essere diversi da epoca a epoca, da società a società e da persona a persona, e che non esistano dei meta criteri che ci consentano di scegliere tra di essi. Il secondo, invece, sostiene che diversi schemi concettuali rendano descrivibili stati di cose differenti, sicché la definizione dello stato delle cose, della verità, dipende in parte dallo schema concettuale adottato.

Ciò che è relativo, nel quadro del relativismo concettuale, non è il valore di verità delle proposizioni, ma la loro accessibilità: così, per esempio l'enunciato "l'acqua a livello del mare bolle a 100 °C" era vero tanto prima dell'invenzione del termometro e prima che Celsius proponesse la propria scala di misurazione della temperatura.

⁽³⁵¹⁾ In punto, su tutti, si rimanda alla lettura di D. MARCONI, *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Torino, 2007, *passim*.

Il fatto che si sia poi scoperto che la temperatura di ebollizione varia a seconda della pressione esterna cui la sostanza è sottoposta, corrobora la validità dell'approccio euristico del relativismo concettuale, che, aderendo alla concezione realista della verità, presuppone però che una verità, cioè un modo in cui le cose stanno indipendentemente dal fatto che qualcuno sappia o possa sapere come stanno davvero, esista.

Il relativismo epistemico, rimanendo sull'esempio dell'enunciato che riguarda la temperatura di ebollizione, si focalizzerebbe su un aspetto diverso, cioè sulla scelta di Celsius di fissare una propria scala che vada da "0" a "100", riferita all'intervallo di temperatura di congelamento ed ebollizione dell'acqua distillata, una scelta, appunto, che non coincide per esempio con quella proposta da Fahrenheit, secondo il quale il punto in cui l'acqua diventa ghiaccio è di 32 gradi °F, mentre il punto in cui l'acqua bolle è 212 °F.

Ciò che il relativismo epistemico pone in evidenza è l'assenza di un meta criterio obiettivo che consenta motivatamente di definire più valida la scala Fahrenheit rispetto a quella Celsius, e che l'unico argomento che si può utilizzare è la "comodità" relativa di indicare le temperature utilizzando un'unità scalare che è $\frac{5}{9}$ di un grado Celsius, o, viceversa, di utilizzare una scala centigrada piuttosto che suddividere lo stesso intervallo in 180 gradi.

Se è vero che giurisprudenza penale ha ormai fatto del relativismo concettuale un retaggio culturale imprescindibile, saldato alle fondamenta della scienza del diritto processuale penale odierna, che ha sposato la resa delle "scienze dure" di fronte ai limiti delle capacità gnoseologiche dell'uomo, e dell'attingibilità di conoscenze che possano definirsi incontestabili, lo stesso non può invece dirsi per quel che riguarda il relativismo epistemico, che è invece il faro che illumina il tema della discrezionalità amministrativa.

Il limite del relativismo concettuale è quello di non sganciare l'interprete da una concezione realista della verità, che si basa cioè sul presupposto che quest'ultima esista anche se non siamo in grado di attingere a essa con gli strumenti di cui si dispone, o di cui si può disporre in virtù delle norme processuali che si devono applicare.

È questa idea, che rimane sullo sfondo, che spinge l'interprete concreto, sia egli inquirente o giudicante, a cercare di superare i propri limiti e, se possibile, anche quelli posti dalle norme processuali, esattamente come

qualsiasi studioso delle scienze esatte o delle scienze naturali è stimolato a superare le colonne d'Ercole del proprio tempo o del proprio *sistema concettuale*.

Il tema ha (o dovrebbe avere) una propria rilevanza generale, che potrebbe per esempio trasferirsi negli studi che hanno a oggetto gli sviluppi che l'ingresso delle tecnologie informatiche ha portato nelle indagini, che possono oggi essere effettuate grazie all'uso dei cosiddetti "captatori informatici", ma analogamente si potrebbe riferire a quello che in passato è stato l'arrivo della prova scientifica.

Per quel che qui interessa, è necessario evidenziare come proprio da questo moto di "concupiscenza gnoseologica" ⁽³⁵²⁾ sia nato lo strumento concettuale – che si è già definito come "grimaldello" – della macroscopica illegittimità, formula inventata dalla giurisprudenza per superare il limite cognitivo che si era a un certo punto auto-imposta.

La posizione che qui si vuole assumere è quella per cui, parlando di atti amministrativi nel processo penale, relativismo concettuale e relativismo epistemico si debbano assommare e sposare, per individuare un ulteriore limite alla cognizione del giudice penale, che si deve aggiungere a quelli di ordine naturalistico e a quelli di ordine processuale.

Ciò a meno che non si voglia accettare che il ragionamento del giudice penale in ordine alla legittimità dell'atto amministrativo – indipendentemente dal fatto che si tratti di sindacato su un presupposto logico o su un elemento della fattispecie – finisca per trasformarsi in un ragionamento uchronistico, cioè un esperimento mentale in cui si ipotizzano esiti storici diversi da quelli che realmente si sono verificati, finendo per porre in paragone l'*essere* e il *dover essere*.

Sganciandosi dai referenti normativi che definiscono lo statuto di validità del provvedimento amministrativo, il giudice penale rischia non soltanto di varcare il limite delle scelte riservate all'amministrazione, sostituendo il proprio apprezzamento a quello dell'amministrazione, al fine di definire

⁽³⁵²⁾ L'espressione è mutuata da K. RAHNER, *Motivazione della fede oggi*, in *Teologia dall'esperienza dello Spirito*, *Nuovi Saggi*, VI, Roma, 1978, pp. 22-24. L'autore vi ricorre per descrivere il desiderio impossibile della scienza odierna, combattuta fra l'adesione a una verità che pure intuisce, o almeno ricerca, e la tentazione di abdicare al proprio anelito, assolutizzando i risultati soltanto parziali raggiunti.

quest'ultimo come inopportuno, ma soprattutto di farlo utilizzando uno strumentario concettuale relativo, cioè non sovrapponibile qualitativamente a quello dell'amministrazione o, quantomeno, non riproduttivo delle esatte condizioni in cui quest'ultima ha provveduto, essendosi le stesse ormai esaurite nel tempo.

Il limite che si è individuato è quello del legittimo esercizio della discrezionalità amministrativa, dalla cui nozione è possibile poi distinguere ancora il concetto di "merito amministrativo", che non pare affatto, come pure sostenuto ⁽³⁵³⁾, un concetto ormai superato.

Il merito, secondo la definizione offerta dalla migliore dottrina, è "l'ambito, più o meno ampio, delle scelte dell'amministrazione rimasto libero, è la parte del provvedimento non direttamente regolata, è l'area delle scelte d'opportunità, è la valutazione degli interessi con il suo carattere di politicità" ⁽³⁵⁴⁾, cioè quel margine di scelta fra più possibili contenuti decisori tutti parimenti suscettibili d'esser ritenuti validamente opzionabili dall'agente concreto della pubblica amministrazione, ancorché tutte informate al perseguimento dell'interesse pubblico.

L'esistenza di tale area "si risolve in una condizione di privilegio per l'amministrazione" ⁽³⁵⁵⁾, giacché tradizionalmente si afferma che il controllo giurisdizionale (del giudice amministrativo) su tali profili sia limitato e esterno, attenendo cioè esclusivamente alla congruità della motivazione e all'esistenza dei presupposti del suo esercizio.

Tale privilegio, nella sua dimensione odierna, non è più però giustificato sulla base "soggettiva" della sua provenienza, sulla base cioè della sua riferibilità a un potere che costituisce diretta emanazione della sovranità regia o della volontà del Governo della maggioranza, ma sull'evidenza che, in un ordinamento pluralista, non esista un meta-criterio che consenta di ritenere

⁽³⁵³⁾ Sul superamento della nozione di merito amministrativo come conseguenza dell'assoggettamento dell'azione dei pubblici poteri al principio di legalità si veda, in particolare, di recente: B. GILBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013, *passim*. Sul tema v., anche, L. BENVENUTI, *Breve divagazione in tema di merito amministrativo. A proposito di un libro recente*, in *Diritto pubblico*, 2016, 2, p. 795 ss.

⁽³⁵⁴⁾ Sul punto cfr. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, op. cit. pp. 211 e ss., spec. p. 212.

⁽³⁵⁵⁾ Cfr. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, op. ult. cit., p. 217.

più vera o più valida una soluzione alternativa che si ponga nello stesso ventaglio di opzioni fra cui l'amministrazione ha scelto la propria.

3. Valenza della gradazione dell'invalidità del provvedimento. Illegittimità tra forma e sostanza.

Secondo un'impostazione classica della dogmatica giuridica, un'analisi seria su quello che è il regime dell'invalidità di un qualsiasi atto giuridico non può prescindere da una riflessione presupposta, che enuclei i tratti essenziali del regime di validità dell'atto medesimo ⁽³⁵⁶⁾.

Ebbene, nella dottrina amministrativista può dirsi consolidata l'idea che per validità del provvedimento si debba intendere "la piena corrispondenza di esso alla fattispecie normativa che lo disciplina, la quale è comprensiva anche dei principi non scritti relativi al corretto esercizio della potestà discrezionale" ⁽³⁵⁷⁾.

Altrettanto piana è la considerazione secondo cui il provvedimento amministrativo, in quanto espressione di un potere, non sia valutabile come lecito o illecito, giacché l'illiceità, degli atti o dei comportamenti, scaturisce dalla violazione di norme impositive di obblighi, non dalla violazione di norme attributive di un potere ⁽³⁵⁸⁾.

Per converso, mentre il privato può compiere tutti gli atti che non siano espressamente vietati dalla legge, l'amministrazione, al contrario, può esercitare soltanto i poteri che la legge espressamente gli conferisce. Se ne è tratto, allora, che se nel contratto la nullità per contrasto con norme imperative "è una clausola generale, salvo che la legge disponga diversamente", per il provvedimento amministrativo, invece, il principio generale è che "la non

⁽³⁵⁶⁾ Si confronti in proposito A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, Milano, 1993, vol. II, p. 1117 e ss. .

⁽³⁵⁷⁾ Così, segnatamente, R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, op. ult. cit., p. 373, cui si rimanda anche per l'ampissima bibliografia proposta per il tema.

⁽³⁵⁸⁾ G. CORSO, (voce) *Validità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993.

conformità a legge ne determina l'illegitimità, strutturata come annullabilità”⁽³⁵⁹⁾.

Nel diritto amministrativo non rileva cioè il carattere imperativo della norma violata, poiché tutte le norme che regolano l'agire amministrativo si connotano per il fatto di relazionarsi al principio costituzionale di legalità, che ne sancisce l'indisponibilità per l'amministrazione⁽³⁶⁰⁾.

Tale evidenza non esclude tuttavia che anche nel diritto amministrativo l'invalidità si articoli nelle due *species* della annullabilità e della nullità⁽³⁶¹⁾, si tratta semplicemente di un concetto normativo che, come tale, “può essere disciplinato dall'ordinamento giuridico in maniere differenti, in base a concrete scelte dello stesso ordinamento positivo”⁽³⁶²⁾.

Con la riforma attuata attraverso la l. 15/2005 il legislatore, esaudendo le istanze di chiarificazione provenienti da buona parte della dottrina amministrativista, ha dato la propria risposta all'annoso dibattito concernente la patologia del provvedimento amministrativo, introducendo un nuovo capo IV-*bis* alla legge generale sul procedimento amministrativo.

In particolare, accanto alle disposizioni relative all'efficacia del provvedimento e quelle in materia di autotutela, ha inteso disciplinare le ipotesi di nullità e annullabilità, cui ha affiancato la (controversa) ipotesi dei cosiddetti vizi non invalidanti.

Eguale sorte non è invece toccata alla categoria dell'inesistenza, la cui nozione continua perciò a costituire frutto esclusivo dell'elaborazione dottrinale, secondo cui il provvedimento inesistente sarebbe un *quid facti* giuridicamente irrilevante, un'entità la cui irrilevanza giuridica sarebbe tale e così in radice da non poter produrre alcun effetto materiale, non potendosi

⁽³⁵⁹⁾ Così, Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 1992, n. 2. Sul parallelo fra invalidità del negozio giuridico e del provvedimento cfr., *ex multis*, R. CAVALLO PERIN, (voce) *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, 1999, p. 616 e ss. .

⁽³⁶⁰⁾ Sul punto si veda nuovamente R. CAVALLO PERIN, op. cit., pp. 617-618.

⁽³⁶¹⁾ Per la ricostruzione storica della nozione di invalidità si veda M. BRUTTI, (voce) *Invalidità (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972.

⁽³⁶²⁾ Così, nuovamente, R. VILLATA-M. RAMAJOLI, op. ult. cit., pp. 375-377.

predicare rispetto alla stessa nemmeno l'esistenza di un interesse ad agire⁽³⁶³⁾.

Rimanendo ancorati al dato positivo, l'art. 21-*septies* della l. n. 241/1990 nell'odierna formulazione delinea tre ipotesi di nullità, segnatamente, mancanza degli elementi essenziali, difetto assoluto di attribuzione (che evoca la cd. "carenza in astratto del potere"), adozione in violazione o elusione del giudicato, elenco che si chiude con una clausola di rinvio alle eventuali ipotesi testuali previste specificamente dalla legge.

A norma dell'art. 21-*octies* comma 1, che riprende pedissequamente i tre vizi tradizionali già presenti nella legge Crispi, è invece annullabile il provvedimento amministrativo viziato da eccesso di potere, incompetenza, ovvero adottato in violazione di legge, con la precisazione che, in tali ultimi casi non sia però 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".

La norma si chiude disponendo che il provvedimento amministrativo non sia comunque annullabile nel caso di 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, e introduce così la già menzionata categoria dei vizi invalidanti.

L'approccio scelto dal legislatore della riforma da una parte sembra aver prestato orecchio alle massime giurisprudenziali che hanno preceduto tale intervento⁽³⁶⁴⁾, dall'altro sembra essersi orientato in una direzione conservatrice dell'atto, attesa la tendenza a escludere gli "annullamenti inutili" operando sul piano della ontologia dei vizi, ossia identificando in astratto le violazioni formali non incidenti sul contenuto.

Anche la previsione del comma secondo dell'art. 21-*octies* sembra rifarsi a quelle anomalie "minimali" individuate dalla consolidata giurisprudenza in materia di irregolarità.

Salutata con un iniziale entusiasmo, l'attesa codificazione del regime dell'invalidità del provvedimento ha invero lasciato aperti parecchi dubbi, fra

⁽³⁶³⁾ Cfr. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, op. ult. cit., p. 380, cui si rimanda anche per l'ampia bibliografia ivi riportata.

⁽³⁶⁴⁾ Cfr. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, op. ult. cit., p. 385.

tutti, quelli concernenti il regime del provvedimento nullo, che pare debba essere mutuato da quello civilistico, come del resto già paventato dalla giurisprudenza amministrativa.

Il provvedimento affetto da nullità sarebbe perciò privo di effetti, insanabile, rilevabile come tale d'ufficio e in qualunque tempo ⁽³⁶⁵⁾, eventualmente convertibile in atto valido, mentre l'eventuale attività d'esecuzione andrebbe trattata alla stregua di una qualsiasi attività priva di giustificazione giuridica ⁽³⁶⁶⁾.

Qualche chiarimento ulteriore da parte del legislatore è giunto con l'art. 31, co. 4, del codice del processo amministrativo, che ha disciplinato espressamente l'azione di nullità, operazione in cui la distanza che tradizionalmente ha separato il regime processuale del provvedimento nullo da quello del provvedimento annullabile si è significativamente assottigliata.

Da un lato, infatti, il legislatore del codice ha sancito la perpetua opponibilità in giudizio della nullità a opera della parte resistente, nonché la sua rilevabilità d'ufficio, dall'altro ha invece introdotto un termine decadenziale di 180 giorni per la proposizione della domanda, eccezion fatta per la nullità dovuta a violazione o elusione del giudicato, che può essere azionata nel termine di prescrizione dell'*actio iudicati* (art. 114, comma 4, lett. b) ⁽³⁶⁷⁾.

Sembra cioè che il legislatore abbia accordato una certa prevalenza alle istanze di certezza e stabilità dell'atto, in ossequio a quella più generale logica di risultato che sta portando a un processo di dequotazione del principio di legalità ⁽³⁶⁸⁾.

⁽³⁶⁵⁾ Sul punto cfr. M. RAMAJOLI, *Legittimitazione ad agire e rilevabilità d'ufficio della nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 999 ss. .

⁽³⁶⁶⁾ Sul punto si vedano, *ex multis*, R. VILLATA-M. RAMAJOLI, op. ult. cit., pp. 389-390; R. CHIEPPA, *Art. 21-septies*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, in partic. p. 933 ss.

⁽³⁶⁷⁾ Sul punto cfr. M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in F. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2011, p.573 ss., spec. pp. 610-611; B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 269 ss.; A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012, in partic. p. 25 e ss. .

⁽³⁶⁸⁾ Cfr. A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, 2004, Torino; L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in C. PINELLI (a cura di), *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, 2000,

Del resto, lo stesso Consiglio di Stato, ha recentemente affermato che le esigenze di certezza dell'attività amministrativa "mal si conciliano con la possibilità che questa possa restare esposta ad impugnative non assoggettate a termini di decadenza o prescrizione quale quella di nullità disciplinata dal codice civile, tanto è vero che il codice del processo amministrativo assoggetta la medesima azione ad un preciso termine decadenziale, sebbene più ampio di quello valevole per l'azione di annullamento" ⁽³⁶⁹⁾, confermando peraltro un orientamento ben più risalente ⁽³⁷⁰⁾, a mente del quale non vi sarebbero violazioni di norme "dettate nel pubblico interesse" così gravi da poter essere denunciate in ogni tempo.

Ora, per quel che qui interessa, pare evidente che la gradazione "scalare" del regime d'invalidità – oggi espressamente scansionata nella legge generale sul procedimento – debba in qualche modo trovare una consonanza nell'invalidità incidentalmente accertabile nell'ambito dell'accertamento penale.

Se la categoria dei vizi non invalidanti pare rivestire un modesto interesse rispetto al piano dell'accertamento penale, se non forse per giustificare una disapplicazione in *bonam partem* dell'atto, in ipotesi estreme di violazione delle norme sulla partecipazione o sulla forma, categoria di sicuro interesse dovrebbe essere invece quella della nullità del provvedimento, trattandosi di un vizio ritenuto insanabile, rilevabile d'ufficio e in qualunque tempo, che dovrebbe privare l'atto dei propri effetti rendendo così *ex sé* superata qualunque necessità di disapplicazione.

Torino; B. PONTI, *Amministrazione di risultato, indirizzo politico amministrativo e dirigenza*, in F. Merloni, A. Pioggia, R. Segatori, *L'amministrazione sta cambiando? Una verifica dell'effettività dell'innovazione nella pubblica amministrazione*, 2007, Milano, 148; S. CASSESE, *Che cosa vuol dire "amministrazione di risultati"?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 941 ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, e G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, entrambi in *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, 2002, Milano, rispettivamente p. 107 ss. e p. 127 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, II, 2001, Napoli, p. 813 ss.; M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, 2004, Torino, *passim*.

⁽³⁶⁹⁾ Così, Cons. Stato, sez. V, sent. 16 febbraio 2012, n. 792.

⁽³⁷⁰⁾ Cons. Stato, sez. IV, sent. 3 ottobre 1911, in *Giur. it.*, 1912, III, p. 162, altresì citata in R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pp. 395.

Il rilievo ha un suo peso con riferimento proprio ai casi di rilevanza del provvedimento amministrativo che la dottrina penalista ha generalmente ricondotto alla disapplicazione *in bonam partem* dell'atto restrittivo della sfera giuridica dell'indagato/imputato, nel senso che la nullità di tale atto farebbe evidentemente venire meno le ragioni giuridiche della pretesa punitiva rispetto all'inosservanza di un provvedimento privo dei propri effetti e, per definizione, non eseguibile.

Discorso diverso va invece fatto per le ipotesi in cui l'affermazione di responsabilità poggia sulla circostanza che l'imputato abbia tenuto una certa condotta basandosi sugli effetti ampliativi (non) prodotti da un provvedimento nullo.

Sebbene infatti può affermarsi con una certa sicurezza che il giudice penale non si troverebbe nemmeno in questo caso di fronte all'imbarazzo di disapplicare un atto improduttivo d'effetti – dovendo egli valutare al limite la riconoscibilità del vizio da parte dell'imputato in funzione scriminante – risulta però assorbente la notazione per cui le ipotesi concrete di mancanza di requisiti essenziali dell'atto o carenza assoluta di potere, così come i casi di inesistenza ontologica del provvedimento assentivo, abbiano un'incidenza assolutamente marginale – per non dire nulla – nella casistica penale.

Il fenomeno viene tendenzialmente letto sotto una luce che evidenzia il fatto che la “prassi” dei crimini dei colletti bianchi consista ormai di una fenomenologia in cui gli abusi sono per lo più coperti da atti amministrativi esistenti, formalmente e apparentemente perfettamente legittimi – con ciò escludendo anche le due ipotesi che danno luogo ad annullabilità, cioè la violazione di legge e l'incompetenza – constatazione da cui è nata l'etichetta, molto in voga fra gli operatori, degli “abusi o illeciti in bianco”⁽³⁷¹⁾.

Questa impostazione, che sottende un pregiudizio – pur trovando dei riscontri empirici molto significativi – spiega perché l'attenzione di una buona parte della giurisprudenza continui a focalizzare la propria attenzione sull'unica categoria di invalidità che gli consenta di scavare al di sotto dell'apparente rispondenza ai canoni legislativi che esplicitamente informano la spendita di potere amministrativo.

⁽³⁷¹⁾ Per un approfondimento del tema, sotto un punto di vista pratico, si vedano M. SANTOLOCI-V. STANTUFFI, *Guida pratica contro gli “illeciti ambientali in bianco”*, Piacenza, 2008.

Il riferimento va evidentemente alla figura dell'eccesso di potere che, se in taluni casi, viene apertamente considerata scrutinabile dal giudice penale, come avviene con riferimento alla fattispecie dell'abuso d'ufficio, in molti altri casi viene ammantata sotto il velo della più volte menzionata macroscopica illegittimità.

3.1 L'inettitudine definitoria della formula della "macroscopica illegittimità".

Goethe, attraverso le parole ironiche di Mefistofele, travestito da Faust, disvela il pericolo che si cela dietro alle parole: *"Proprio là, dove mancano concetti, s'insinua al momento opportuno una parola. Con parole si può discutere bene, con parole si può costruire un sistema, alle parole si può credere perfettamente"*.

Per bocca del diavolo, il poeta illuminista mette in guardia dal pericolo dello *iurare in verba magistri* e, più in generale, della coltivazione delle scienze che si risolvono in costruzioni puramente verbali, presentate come fossero assiomi importanti.

La scienza giuridica, ben più di altre, è esposta al rischio di farsi catturare dal fascino diabolico e tentatore delle parole e dei concetti giuridici indeterminati, quelli cioè vivono dell'impossibilità di ricevere una determinazione contenutistica precisa ed esaustiva, e che possono perciò assumere significati e sfumature diverse a seconda dell'utilizzo richiesto dal caso concreto.

Ma non è solo la scienza giuridica che si espone a tale rischio.

Si è già detto che allorquando sia il legislatore a fare ricorso a questi stessi, seppur contraddicendo il disposto dell'art. 12 delle preleggi, a norma del quale "nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole", egli facultizza l'interprete a riempire di contenuto un recipiente assiologico che egli ha volutamente lasciato vuoto – indipendentemente dal fatto che ciò avvenga per

necessità o per una precisa scelta – che risponde a esigenze di adattamento della fattispecie astratta a quella concreta ⁽³⁷²⁾.

Ben diverso – nel senso di più criticabile – è però il caso in cui sia l'interprete concreto a costruirsi e confezionare un concetto giuridico astratto attraverso il quale pretende di interpretare la realtà giuridica. Tale evenienza, più che alle parole di Goethe, fa pensare a quel celebre dialogo che Lewis Carroll immagina avvenire fra Alice e Humpty Dumpty ⁽³⁷³⁾, ove quest'ultimo, in tono sprezzante, spiega che l'uso che egli fa delle parole dipende esattamente dal significato che decide di attribuirgli.

Il concetto della macroscopica illegittimità incorpora il peggio della teologia descritta dal Faust e del nominalismo arbitrario di Humpty Dumpty.

La giurisprudenza che fa ricorso a tale formula – o a suoi succedanei – è ben conscia di allontanarsi dagli stretti ranghi definiti dalle Sezioni Unite del 1997, ritiene di dover circoscrivere il sindacato del Giudice penale del merito in ordine alla ritenuta non conformità a legge, inferendo che tale valutazione non sarebbe ammissibile *tout court*, bensì dovrebbe trovare una soglia di arresto di fronte a quelle illegittimità che non si manifestino come macroscopiche, al fine di salvaguardare la sfera delle scelte riservate alla discrezionalità amministrativa.

Il costrutto viene perciò proposto da quella stessa giurisprudenza come rimedio di per sé idoneo a far salvo non solo il principio di separazione dei poteri e il riparto di giurisdizione fra giudice amministrativo e penale, ma anche e soprattutto il bilanciamento fra libero esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione e il principio di legalità.

Il fondamento teorico della categoria poggerebbe infatti sull'idea che nelle corrispondenti ipotesi non vi sarebbe il bisogno di svolgere alcun tipo di accertamento/sindacato, poiché sarebbe l'evidenza dei fatti a postulare ontologicamente l'esistenza di vizi di illegittimità tali da tener luogo

⁽³⁷²⁾ Per gli approfondimenti in punto, si rimanda alle riflessioni già svolte nel § 1, capitolo I, parte prima, spec. pp. 28-33.

⁽³⁷³⁾ ««Quando io uso una parola» disse Humpty Dumpty in tono alquanto sprezzante, «questa significa esattamente quello che decido io... né più né meno.» «Bisogna vedere» disse Alice «se lei può dare tanti significati diversi alle parole.» «Bisogna vedere» disse Humpty Dumpty, «chi è che comanda... è tutto qua.»». L. CARROLL, *Attraverso lo specchio*, trad. it., Milano, 1978, ora in *Le avventure di Alice nel paese delle meraviglie*, Milano, 2010, pp. 203-204.

all'inesistenza dell'atto. *Re ipsa loquitur, contra factum non datur argomentum.*

Ma il vero *vulnus*, come si è già avuto modo di affermare ⁽³⁷⁴⁾, è costituito proprio dall'indeterminatezza del limite che la formula pretenderebbe di incorporare, diventando così suadente e pernicioso, se si considera che – per come viene concepita e configurata – nasconde sotto al velo di Maya una “clausola di salvaguardia”, costituita appunto dalla possibilità di ricorrere allo strumentario diagnostico dell'eccesso di potere.

Dovendo il giudice di merito districarsi nella ricerca di un significato da dare in concreto a quella “macroscopica illegittimità” egli dovrà considerare come tale qualcosa che è sì più della “mera illegittimità”, ma comunque non corrispondente all'illiceità conclamata, intesa come vizio afferente l'esercizio di attività criminosa del privato e della P.A. concedente, per cui si imporrebbero ragionamenti differenti che rimandano al tema del concorso di norme penali. Escluse le ipotesi di nullità e di inesistenza, ma anche i vizi di incompetenza e violazione di legge in senso stretto per i motivi già evidenziati, l'interprete concreto non avrà altro a disposizione se non la possibilità di indirizzare l'accertamento verso il merito delle scelte dell'amministrazione.

Il tema dell'inclusione della categoria dell'eccesso di potere nello spettro del giudizio penale costituisce peraltro un nodo interpretativo tutt'altro che estraneo alle aule di tribunale, giacché ampiamente vagliato con riferimento al delitto di abuso d'ufficio ⁽³⁷⁵⁾.

⁽³⁷⁴⁾ Si rimanda alle conclusioni già tratte nel capitolo I, prima parte, *sub* §§ 3 e 3.1.

⁽³⁷⁵⁾ Non è qui concesso lo spazio per una digressione in argomento. Per un confronto fra le diverse prospettive, fra i tanti, si rimanda alla lettura di: A. FANELLI, *Sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa alla luce del disegno di legge sulla modifica dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. amm.*, 1996, 827; A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 107 e ss.; M. PARODI GIUSINO, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio e la controversa rilevanza penale dell'eccesso di potere in atti amministrativi*, in C. PARANO (a cura di), *Pubblica amministrazione, diritto penale, criminalità organizzata*, Milano, 2008, 25 e ss.; D. F. G. TREBASTONI, *Il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa nell'abuso d'ufficio*, in C. PARANO (a cura di), *op.ult. cit.*, p. 72 e ss.

3.2 L'indefinibile ampiezza della figura dell'eccesso di potere.

Come spesso accade nell'inverarsi degli imperscrutabili piani di un destino baro e beffardo, la costruzione della figura dell'*excès de pouvoir* è nata dalla necessità di identificare il vizio che affliggeva i casi di sconfinamento del potere giudiziario nel campo riservato a quello legislativo o a quello esecutivo⁽³⁷⁶⁾.

Estesa poi agli atti dell'autorità giudiziaria invasivi della sfera riservata ad altra Corte, ovvero emessi in violazione delle regole volte a garantire la correttezza dei giudizi, la figura dell'eccesso di potere, completamente sovvertita nella propria dimensione odierna, rappresenta nell'ordinamento attuale il compendio degli strumenti che consentono al giudice amministrativo di esercitare il controllo della discrezionalità di cui dispone la pubblica amministrazione. Attraverso questo gli è cioè consentito di verificare che l'amministrazione compia le scelte che le sono riservate assicurando la realizzazione dell'interesse pubblico.

L'eccesso di potere si differenzia dagli altri due vizi che danno luogo a annullabilità del provvedimento amministrativo – incompetenza e violazione di legge – proprio perché non è ancorato alle norme generali e astratte sull'azione amministrativa, ma piuttosto a uno statuto di regole che non sono ravvisabili in via preventiva e astratta in modo assolutamente puntuale, giacché riguardano la funzione amministrativa per come viene concretamente esercitata attraverso l'atto stesso⁽³⁷⁷⁾.

⁽³⁷⁶⁾ Sulle origini dell'istituto dell'eccesso di potere si confrontino, *ex multis*: F. BASSI, *Lo straripamento di potere (Profilo storico)*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1964, p. 245 e ss, spec. p. 249; P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 124 e ss.; G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Noviss. dig. it., App.*, vol. III, 1982, 219 e ss.; O. ABBAMONTE, *L'eccesso di potere. Origine giurisdizionale del concetto nell'ordinamento italiano*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 68 ss.; F. MODUGNO-M. MANETTI, voce *Eccesso di potere*, II) *Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 2; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pp. 469 e ss. .

⁽³⁷⁷⁾ Cfr. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, op. ult. cit., pp. 487-502, ove, oltre a una amplissima bibliografia, si può rinvenire altresì una compiuta e preziosa ricostruzione dell'evoluzione della teoria dell'eccesso di potere come vizio della funzione in prospettiva concreta.

Si correla cioè a un cattivo svolgimento della funzione amministrativa in concreto: perché il potere amministrativo possa dirsi validamente esercitato non è sufficiente che tutte le norme che lo riguardano siano rispettate, è altresì necessario che le scelte riservate all'amministrazione siano prese in modo da assicurare la realizzazione dell'interesse pubblico.

La figura consente perciò di verificare che, nel processo di formazione e di attuazione di quelle scelte che spettano all'esercizio discrezionale del potere amministrativo non vi siano circostanze che dimostrino o inducano a ritenere che l'interesse pubblico non sia stato correttamente perseguito.

In altri termini, il sindacato sull'eccesso di potere, presupponendo che ci si trovi già in un ambito in cui sia predicabile la conformità dell'atto amministrativo alla legge, è ciò che consente di indagare l'eventuale svolgimento anomalo della funzione amministrativa, ossia, più in particolare, la concreta ed effettiva deviazione rispetto allo scopo per cui il potere poteva essere esercitato.

La funzione pubblica deve svolgersi avendo come parametro di riferimento la "globalità dell'azione amministrativa" e tutti gli interessi in gioco, primari e secondari, che emergono nella sequenza procedimentale, nel rispetto di una coerenza tra una valutazione e le altre: emerge quindi la necessità che le singole valutazioni discrezionali siano intrinsecamente giustificate e razionali e rispetto alla causa o allo scopo tipico, e rispetto alla funzione nel suo complesso ⁽³⁷⁸⁾.

La nozione di eccesso di potere, nel suo significato più attuale, è quindi legata a doppio filo a quella di discrezionalità amministrativa, in quanto espressivo di un complesso di tecniche di controllo, le cosiddette figure sintomatiche, elaborate dalla giurisprudenza amministrativa – e congegnate sulla base di risultanze empiriche – per verificare il modo in cui l'amministrazione compie le scelte che le sono riservate.

Le figure sintomatiche esprimono perciò la razionalizzazione e schematizzazione dell'inverarsi del mal funzionamento della funzione amministrativa, letto alla luce dei principi generali che la regolano. In presenza di esse, il vizio non riguarda un elemento dell'atto, ma la funzione, intesa come concretarsi del potere in quel singolo atto amministrativo.

⁽³⁷⁸⁾ Così, Cons. Stato, sez. IV, Sent. 27 dicembre 2006, n. 7974.

Si tratta di vizi che affliggono l'attività amministrativa discrezionale, ossia lo spazio in cui l'amministrazione è chiamata a operare scelte che presuppongono una pluralità di alternative, senza che esse possano considerarsi del tutto libere: nello scegliere liberamente l'amministrazione non può contraddirsi, non può operare disparità di trattamento, deve motivare compiutamente le proprie decisioni – sebbene oggi i vizi che riguardano la motivazione siano parzialmente attratti nella violazione di legge per effetto dell'art. 3 l. 241/1990 – deve tenere conto di determinati interessi e non di altri, in nome della *logica e giustizia* della propria decisione.

Il vero punto cruciale, per quel che interessa qui, è che il vizio della funzione definito sotto l'etichetta dell'eccesso di potere possa abbracciare una casistica così vasta e variegata di ipotesi di irregolarità più o meno gravi che rischiano di essere confuse fra di loro in un unico monolite, sotto il cui nome si può far ricadere una sommatoria di indizi parcellizzati privi di una intrinseca valenza dimostrativa.

Così, per esempio, l'eccesso di potere può essere qualificato come sviamento di potere, cioè l'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione per perseguire un fine diverso da quello in vista del quale il potere è stato attribuito, ma che potrebbe essere anche conforme ad altri interessi pubblici e perciò in sé lecito⁽³⁷⁹⁾. Viceversa, può esprimere il *nomen* amministrativo di quelle che sono ipotesi di vero e proprio abuso di potere o di fatti corruttivi che in sede penale avrebbero una propria autonoma rilevanza.

Si noti che la giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di eccesso di potere per sviamento è molto rigorosa nel richiedere che la censura del ricorrente sia supportata da precisi e concordanti elementi di prova, idonei a dar conto delle divergenze dell'atto dalla sua tipica funzione istituzionale, non ritenendo invece sufficienti semplici supposizioni o indizi che non si

⁽³⁷⁹⁾ Sul punto cfr. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, op. ult. cit. p. 503; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F. A. ROVERSI MONACO-F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, pp. 830-831.

traducano nella dimostrazione dell'illegittima finalità perseguita in concreto dall'organo amministrativo ⁽³⁸⁰⁾.

Il giudice amministrativo, che si muove su un piano cognitivo in cui la regola di giudizio è rappresentata dal criterio del *più probabile che non*, richiede, per poter ritenere la censura di sviamento di potere fondata, che gli elementi emersi rivelino in modo indubbio il dissimulato scopo dell'atto ⁽³⁸¹⁾, vizi che devono emergere dal medesimo atto amministrativo nonché dagli atti del procedimento, non potendosi invece desumere da atti e o comportamenti dell'amministrazione ulteriori, distinti o privi di connessione con il provvedimento impugnato ⁽³⁸²⁾, ovvero da elementi estranei all'atto del quale si chiede che venga rilevata la patologia.

Sempre secondo il Consiglio di Stato, la gravità della censura di sviamento impone che le prospettazioni del ricorrente siano supportate da precisi e concordanti elementi di prova, idonei a dar conto delle divergenze dell'atto dalla tipica funzione istituzionale, ritenendo insufficienti semplici supposizioni o indizi che non si traducano nella dimostrazione dell'illegittima finalità perseguita in concreto dall'organo amministrativo ⁽³⁸³⁾.

Il paradosso è che, invece, sul piano dell'accertamento penale, ove la regola di giudizio dovrebbe essere quella dell'*al di là di ogni ragionevole dubbio*, per tramite della figura della macroscopica illegittimità si finisce per ritenere ammissibile un abbassamento dello *standard* probatorio che è implicito nell'essenza del costrutto stesso, giacché se vi fosse la prova provata della illiceità delle condotte degli agenti concreti che hanno determinato la formazione dell'atto che si afferma viziato si discuterebbe di ipotesi di reato differenti.

Il confronto con le figure sintomatiche dell'eccesso di potere si presta a un confronto fra la macroscopica illegittimità e le due declinazioni del vizio che dà luogo ad annullabilità che avvicina più di altre il sindacato del giudice

⁽³⁸⁰⁾ Così, *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, sent. 8 gennaio 2013 n. 32; Cons. Stato, sez. V, sent. 11 marzo 2010 n. 1418; Cons. Stato, sez. V, sent. 15 ottobre 2009 n. 6332.

⁽³⁸¹⁾ Così Cons. Stato, sez. IV, sent. 21 settembre 2015 n. 4392; Cons. Stato, sez. IV, sent. 27 aprile 2005 n. 1947; Cons. Stato, sez. V, sent. 13 febbraio 1993 n. 245.

⁽³⁸²⁾ Così Cons. Stato, sez. IV, sent. 19 gennaio 2012 n. 222.

⁽³⁸³⁾ Cons. Stato, sez. IV, 8 gennaio 2013 n. 32; Cons. Stato, sez. V, sent. 11 marzo 2010 n. 1418; Cons. Stato, sez. V, sent. 15 ottobre 2009 n. 6332.

amministrativo a quello di merito, fino giungere quasi alla sovrapposizione del proprio ragionamento discrezionale a quello svolto dall'amministrazione.

L'esistenza di tali estremi, che sono le ipotesi della *illogicità* e della *ingiustizia manifesta*, è giustificata dall'idea che il vizio sia così palese, così manifesto da non implicare un addentrarsi del ragionamento del giudice nei meandri delle scelte di opportunità, arrestandosi lo stesso alle soglie segnate dall'evidenza del vizio della funzione, esattamente come si pretende avvenga in relazione al rilievo della macroscopica illegittimità nell'ambito penale.

La prima figura, nella specie, consisterebbe nell'individuazione di un contrasto insanabile interno al procedimento logico seguito nell'adozione del provvedimento amministrativo ⁽³⁸⁴⁾.

Si ritiene, in particolare, nel ristretto campo delle pronunce giurisprudenziali che hanno affermato l'esistenza di tale vizio ⁽³⁸⁵⁾, che costituisca eccesso di potere soltanto il vizio logico che comporti, non solo un risultato asseritamente non corrispondente, ma di segno contrario rispetto alla logica della funzione per la quale il potere è stato attribuito all'autorità amministrativa ⁽³⁸⁶⁾, dovendosi concludere cioè che l'opzione di segno contrario sarebbe stata, per quanto opinabile, ragionevole rispetto a quella in concreto adottata.

Il punto è che per giungere a queste conclusioni il giudice amministrativo deve valutare non solo il contesto complessivo dell'azione amministrativa, ma deve spingere il proprio ragionamento fino alla soglia della sostituzione del ragionamento dell'amministrazione, giacché deve presupporre l'illogicità della sua manifestazione concreta, ma prefigurarsi quale sarebbe stata almeno una delle opzioni che si sarebbero invece potute ritenere logiche.

Un estremo ancora più vicino al giudizio di opportunità, individuato dalla giurisprudenza amministrativa che si è occupata della costruzione dell'eccesso di potere, è la figura sintomatica dell'ingiustizia manifesta, la cui

⁽³⁸⁴⁾ Sul tema si confrontino su tutti R. VILLATA-M. RAMAJOLI, op. ult. cit., pp. 539-542, ove invero gli Autori distinguono ulteriormente l'ipotesi di perplessità da quella di illogicità.

⁽³⁸⁵⁾ Cfr. sul punto: V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001, p. 619 e ss., che sostiene si tratti di una figura piuttosto rara nella giurisprudenza, mentre F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2008, p. 114 e ss., lamenta un ricorso eccessivo alla categoria.

⁽³⁸⁶⁾ Sul punto cfr., di recente, Cons. Stato, sent. 6 settembre 2007 n. 4678.

essenza è stata ravvisata nella violazione di criteri di equilibrata e ragionevole proporzione nella scelta degli interessi secondo la correlazione tra quelli espressi dalle norme primarie ⁽³⁸⁷⁾.

Tale figura sintomatica identifica quegli atti che, sebbene non discriminatori – perché non contrastanti con atti opposti emessi nei confronti di soggetti che si trovavano nella stessa situazione – sono ritenuti comunque espressione di grave iniquità.

Ciò che la differenzia dalla disparità di trattamento, che si fonda sui principi di uguaglianza e imparzialità, presupponendo che più soggetti siano stati trattati in modo immotivatamente diverso, l'ingiustizia manifesta trova il proprio referente in una valutazione di equità ed è configurabile nei confronti di un solo soggetto, senza che venga in gioco il confronto con la posizione di altri soggetti ⁽³⁸⁸⁾.

Si capisce dunque, per rilevare il vizio, come il giudice debba seguire un proprio percorso logico autonomo, finendo per sostituirsi all'amministrazione, valutando elementi che l'amministrazione non aveva in alcun modo preso in esame.

Si comprenderà dunque come l'ampiezza delle due figure "manifeste" dipenderà sostanzialmente dalla sensibilità dell'interprete concreto nell'individuazione di un percorso alternativo di svolgimento della funzione amministrativa *manifestamente* più logico o più equo rispetto alle modalità concrete in cui essa si è già inverte.

Calando il discorso nell'ambito dell'accertamento penale, parimenti l'uso delle due figure sintomatiche in esame può prestarsi alle medesime valutazioni da parte del giudice che sarà portato a stabilire secondo la propria sensibilità cosa sia macroscopicamente illegittimo per manifesta illogicità o ingiustizia.

L'accostamento dei due concetti indeterminati dell'essere manifesto e macroscopico potrebbe risolversi in un appiattimento delle due tipologie di vizio su un unico piano, avvicinando perciò sensibilmente l'ingiustizia e

⁽³⁸⁷⁾ Così, Cons. Stato, sez. IV, sent. 23 aprile 1990, n. 463, in Cons. Stato, 1990, p. 611 e ss. .

⁽³⁸⁸⁾ Si confrontino in punto, nuovamente, R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento cit.*, pp. 547- 549.

illogicità manifesta a quello che si è già definito come un “gradino” poco al di sotto della rilevanza penale.

4. Possibile rilevanza differenziata dei provvedimenti amministrativi di secondo grado.

Il tema della riedizione del potere da parte delle pubbliche amministrazioni, o, se si preferisce, dei cosiddetti provvedimenti di secondo grado, appartiene storicamente alla teoria generale del diritto amministrativo ⁽³⁸⁹⁾.

Che l’Amministrazione goda, entro certi limiti, di un regime privilegiato che ammette l’esercizio in seconda battuta del potere da cui promana l’atto di primo grado, è un’affermazione che può dirsi ormai pacifica, poggiando sulle peculiarità dei fini perseguiti dall’amministrazione, la cui essenza giustifica il conferimento di un potere di incidere unilateralmente su un assetto di interessi già prefigurato dalla stessa autorità procedente.

La materia, a un certo punto, è stata ricondotta al più generale tema dei poteri di autotutela, che accosterebbe cioè la riedizione del potere amministrativo alla facoltà che la stessa ha di dar corso alle proprie pretese anche coattivamente, senza la necessità di rivolgersi a un giudice per la fase dell’esecuzione ⁽³⁹⁰⁾.

A fronte di un mai sopito dibattito teso a identificare i lineamenti e principi dell’azione amministrativa che potessero giustificare il perpetuarsi e non esaurirsi del potere amministrativo, la nota l. 15/2005 è intervenuta anche sul punto, recependo alcuni approdi cui erano giunte le costruzioni pretorie e dottrinali precedenti. Ciò, in particolare, è avvenuto con l’introduzione degli artt. 21-*quinquies* 21-*nonies* della legge n. 241/90 che attualmente

⁽³⁸⁹⁾ Si veda in particolare O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, spec. pp. 137 e ss.; G. MIELE, *In tema di annullamento d’ufficio di atti amministrativi illegittimi*, in *Giur. comp. Cass. civ.*, 1947, I, pp. 1132 ss. .

⁽³⁹⁰⁾ Sul punto cfr. F. BENVENUTI, (voce) *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, vol. V, pp. 537 e ss. .

disciplinano la revoca, l'annullamento d'ufficio e la convalida dei provvedimenti, ossia quelli che possono a buona ragione definirsi "i più importanti provvedimenti amministrativi di secondo grado" ⁽³⁹¹⁾.

Nei suoi tratti odierni l'argomento si può ridurre, forse un po' brutalmente, alla tensione tra due profili contrapposti: da un lato la protezione dell'affidamento, riferito al campo dei rapporti fra l'amministrazione procedente e il privato beneficiario dell'atto che viene rimesso in discussione, o, più in generale l'interesse individuale del singolo alla persistenza di un quadro giuridico sulla cui base può aver assunto delle scelte conseguenti, dall'altro la necessità di mantenere una certa duttilità del potere posto in capo all'autorità amministrativa, quadro a cui lo stesso legislatore ha cercato di fornire delle risposte di armonizzazione.

Benché sotto diversi profili, il tema del legittimo affidamento – e si vuole porre l'accento sull'aggettivo "legittimo" – assume (o dovrebbe assumere) una certa rilevanza anche trasladando il tema nel piano dell'accertamento penale.

Procedendo però con ordine, si devono anzitutto porre in evidenza le modalità attraverso cui, astrattamente, i provvedimenti amministrativi di secondo grado potrebbero interferire con il piano dell'accertamento penale.

Una prima distinzione andrebbe operata fra i possibili momenti nei quali i provvedimenti secondari possono essere emanati, che potrebbe, per esempio, precedere totalmente l'avvio del procedimento penale, intervenire nel corso di questo, o al suo esito, cioè dopo il passaggio in giudicato della sentenza penale.

Ciò che si può certamente affermare è che, allorquando la sentenza penale dovesse passare in giudicato, attesa la ristrettezza delle ipotesi di revisione di cui si è già avuto occasione di parlare ⁽³⁹²⁾, difficilmente potrà prefigurarsi un ruolo significativo per la riedizione del potere amministrativo, fosse anche in senso "assolutorio" rispetto alle condotte per le quali il soggetto interessato è stato definitivamente condannato, per quanto tali situazioni possano dar luogo a un problema di coerenza fra ordinamento amministrativo e penale.

⁽³⁹¹⁾ Sul punto cfr. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, op. ult. cit., p. 624.

⁽³⁹²⁾ Sul punto si rimanda ai passaggi conclusivi del § 7, capitolo I, parte prima.

Un altro momento significativo che segna una cesura nel procedimento penale è la cristallizzazione del capo d'imputazione, e dunque dell'oggetto del processo penale, che è ricompresa nella richiesta di rinvio a giudizio nelle ipotesi dibattimentali, o nell'atto che instaura il singolo procedimento nei riti speciali ⁽³⁹³⁾.

Indipendentemente dalle modalità concrete in cui si svolga la rilevanza del provvedimento di primo grado, pare potersi affermare con una certa sicurezza che, in ogni caso, la sopravvenienza di un provvedimento di secondo grado rispetto al momento del "congelamento" degli addebiti potrà avere una rilevanza variabile che attiene comunque al tema probatorio. Il fatto cioè che, per esempio, l'amministrazione abbia deciso di annullare d'ufficio il provvedimento che nell'ambito della contestazione operata dal Pubblico Ministero sia ritenuto illegittimo, certamente potrà essere valutato come argomento rafforzatore delle prospettazioni dell'accusa, viceversa corroborerà le tesi difensive il provvedimento secondario che presuppone la legittimità dell'atto presupposto, come la revoca o la conferma.

Rimangono da analizzare, per quello che è il tema scelto, quelle ipotesi di interazione che presuppongono l'esistenza del provvedimento di secondo grado che preceda l'instaurarsi del procedimento penale o comunque l'avvio della discussione dibattimentale.

Ciò solo dopo un'ulteriore precisazione.

Partendo dall'idea che un problema d'interferenza fra valutazioni compiute nei provvedimenti secondari e valutazioni proprie del giudice penale in ordine alla legittimità/illegittimità dei provvedimenti amministrativi può porsi solo allorché le due sfere si pongano in contrasto fra di loro, cioè nel caso in cui il giudicante ritenga illegittimo l'atto e al contrario l'amministrazione ritenga lo stesso legittimo e viceversa, pare altrettanto

⁽³⁹³⁾ Non vi è qui evidentemente lo spazio per approfondire il tema, si rimanda pertanto, senza pretese di esaustività, alla lettura, *mutatis mutandis*, di: L. SANSÒ, *La correlazione tra imputazione contestata e sentenza*, Milano, 1953, spec. p. 261 e ss.; G. B. CONSO, (voce) *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 340 e ss.; PERCHINUNNO, (voce) *Imputazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. V, Roma, 1989; F. CORDERO, *Considerazioni sul principio di identità del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 935 e ss.; G. RICCIO, *Fatto ed imputazione*, in *Quaderni di Scienze Penali*, 2005, p. 11 ss.; D. ROCCHI, *Sul principio della correlazione tra accusa e sentenza nel prevalente orientamento della Corte di cassazione*, in *Giur. it.*, 2002, p. 141 e ss. .

evidente che i profili critici di questa interazione riguardino soltanto quelle ipotesi in cui l'affermazione della legittimità/illegittimità dell'atto amministrativo potrebbe (astrattamente) ridurre o escludere l'area di ciò che è penalmente rilevante – rimuovendo un atto che imponeva restringeva la sfera giuridica dell'interessato ponendo in capo allo stesso obblighi violati dall'indagato/imputato, ovvero sanando la illegittimità di atti ampliativi – e invece il giudice penale decidesse di mantenere salda una posizione punitiva opposta.

Evidentemente, nelle ipotesi contrarie, quando cioè il giudice penale dovesse assolvere l'imputato e l'amministrazione continuasse a ritenere l'illegittimità/legittimità dell'atto pure in segno contrario rispetto a quanto deciso in sede penale non si tratterebbe necessariamente di una situazione di conflitto logico, se si valuta il rapporto di "specialità" che sussiste fra "sanzione" amministrativa e punizione penale, visto quest'ultima dovrebbe incidere su ipotesi di illegittimità più gravi e dal raggio maggiormente ridotto.

4.1 Provvedimenti conservativi.

Così circoscritto l'ambito di rilevanza più significativo dell'interazione fra provvedimenti secondari e accertamento penale, un'analisi puntuale può a buon diritto cominciare dalle ipotesi in cui l'atto di riedizione del potere intervenga al fine di mantenere in vita un atto precedente, di eliminare un vizio di legittimità con effetti retroattivi senza modificarne il contenuto, oppure di accertarne o confermarne la validità.

Possiede tale carattere conservativo senz'altro la convalida ⁽³⁹⁴⁾, provvedimento con il quale l'amministrazione interviene rimuovendo un vizio di legittimità che inficia l'atto, al fine di consolidarne gli effetti. L'istituto è oggi disciplinato dall'articolo 21-*nonies*, co. 2, della l. 241/1990.

⁽³⁹⁴⁾ Per un approfondimento sul tema si rimanda, *ex multis*, alla lettura di: L. MAZZAROLLI, (voce) *Convalida, II) Convalida dell'atto amministrativo*, in *Enc. Giur.*, vol. IX, Roma, 1988, 2; G. GHETTI, (voce) *Conferma, convalida e sanatoria degli atti amministrativi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. III, Torino, 1989, p. 347 e ss.; e ancora R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, op. cit., pp. 692-702.

La convalida potrà quindi essere emanata dallo stesso organo che ha emanato il primo provvedimento, o da altro espressamente indicato dalla legge, entro un termine ragionevole, sempre che sussistano le ragioni di interesse pubblico alla conservazione del provvedimento annullabile, che dovranno ritenersi prevalente rispetto agli altri interessi in gioco.

Si ritiene che la convalida espliciti i propri effetti *ex nunc*, considerazione che la assimila cioè all'annullamento d'ufficio, di cui rappresenta il corrispettivo naturale, ma che la differenzia per esempio dalla ratifica ⁽³⁹⁵⁾.

Tale provvedimento consiste nell'espressione tradizionale del potere dell'autorità competente di far proprio il contenuto della decisione adottata da un organo incompetente, con la precisazione che, pur essendo anche la convalida idonea a rimuovere un vizio di incompetenza relativa, nel caso della ratifica la pubblica amministrazione competente non realizza il proprio scopo conservativo eliminando il vizio, ma facendo proprio l'atto emanato da un organo incompetente, circostanza che si ritiene non produca alcuna soluzione di continuità, operando con efficacia *ex tunc* al fine di stabilizzarne in modo definitivo gli effetti.

Ciò che preme rilevare, al netto di ogni considerazione più specifica in ordine ai regimi peculiari di tali provvedimenti, è che gli stessi vadano tenuti distinti dalle ipotesi di condono o di permesso di costruire in sanatoria, poiché in tali casi si tratta di provvedimenti di primo grado che intervengono a sanare situazioni comportamentali illegittime tenute dai private.

Il parallelo pare necessario poiché nella giurisprudenza penale è ormai ben consolidato un orientamento che ritiene che la sopravvenuta sanatoria edilizia non dispieghi la propria efficacia estintiva dei reati se valutata illegittima nell'ambito di un accertamento incidentale da parte del giudice penale. In ambito urbanistico, in particolare, si ritiene che l'estinzione dei reati contravvenzionali possa essere pronunciata solo in ipotesi di "doppia conformità", ossia solo nel caso in cui l'opera realizzata sia conforme alla normativa vigente, ancorché non previamente autorizzata, ma soprattutto il

⁽³⁹⁵⁾ Per un approfondimento si rimanda a: L. MAZZAROLLI, (voce) *Convalida*, II) *Convalida dell'atto amministrativo*, cit.; G. SANTANIELLO, (voce) *Ratifica (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 706 e ss.; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, op. ult. cit., pp. 702-706.

provvedimento concessorio rilasciato *ex post* deve essere valutato come legittimamente rilasciato dall'autorità competente⁽³⁹⁶⁾.

È di tutta evidenza che si tratti di un orientamento che, pur negando di dar corso alla disapplicazione a norma della legge abolitrice del contenzioso, dia luogo a dei casi di “cripto-disapplicazione” che non sfuggono alle conclusioni che si sono già tratte in tema di “inapplicabilità” per macroscopica illegittimità, quanto meno sotto i profili che riguardano l'opportuno atteggiamento di *self restrain* cui dovrebbe attenersi il giudicante d'ambito penale.

Per quel che qui interessa, ogni rilievo in ordine agli aspetti critici del sindacato di legittimità che si ritiene esercitabile dal giudice penale è ulteriormente rafforzato nelle ipotesi in cui, in luogo di un provvedimento di sanatoria *ex post*, ci si trovi innanzi a provvedimenti di secondo grado, che intervengono cioè facendo salvi provvedimenti di primo grado che la stessa amministrazione precedente, o altra diversa individuata dalla legge, abbia ritenuto illegittimi.

La riedizione del potere amministrativo, cioè l'assommarsi di un'altra vicenda autonoma di spendita del potere, dovrebbe infatti comportare un aggravamento dell'onere motivazionale e probatorio in ordine alla

⁽³⁹⁶⁾ Così di recente Cass., sez. III, 10 ottobre 2017, n. 46477; Cass., Sezione III (up), sent. 27 settembre 2005, n. 34376; V. Cass. pen., Sez. III, 20/5/2005 (ud. 15/2/2005), n. 19236, Scollato, in *Riv. pen.*, 2006, p. 848 e ss.; Cass. pen., Sez. III, 12/12/2003, n. 3992, Russetti, in *C.E.D.*, Rv. 227558; Cass. pen., Sez. III, 24/2/2001, in *Urb. e app.*, 2001, p. 1262 e ss. (con nota di C. ROSSI, *Sindacato del giudice penale e concessione in sanatoria*); Cass. pen., Sez. I, 25/5/2000, Lagrande, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3516 e ss.; Cass. pen., Sez. III, 13/10/1997, n. 117, Daniele, in *Urb. e app.*, 1999, 261; Cass. pen., Sez. III, 15/10/1996, n. 1953, Nocera, in *Cass. pen.*, 1997, 3545. Qualche pronuncia di segno contrario è rinvenibile nella giurisprudenza meno recente, cfr. Cass., 10/7/1990, Pugliese, in *C.E.D. Cass.*, n. 185042; In dottrina critico nei confronti dell'orientamento della “doppia conforme”, sostenendo invece che l'estinzione della contravvenzione vada pronunciata a prescindere dalla legittimità del provvedimento sanante sotto il profilo del diritto amministrativo, G. COCCO, *op. cit.*, p. 462 e ss. . Contra, invece, M. GAMBARDELLA, *La disapplicazione*, cit., 779 ss., che avalla l'orientamento maggioritario della Cassazione, riconducendo il sindacato esercitato dal giudice penale in ordine alla legittimità del permesso in sanatoria all'ambito delle prerogative proprie dell'accertamento della sussistenza degli elementi propri delle fattispecie criminose interessate.

contestazione delle scelte discrezionali di stabilizzazione degli effetti di un atto precedentemente emesso, seppur viziato da illegittimità.

4.2 Provvedimenti con esito demolitorio.

Ad analoghe conclusioni pare di potersi pervenire nelle ipotesi in cui l'amministrazione decida di tornare sui propri passi neutralizzando gli effetti di un atto precedentemente emanato.

Si tratta in entrambi i casi di attività provvedimento finalizzata a una migliore realizzazione dell'interesse pubblico ⁽³⁹⁷⁾, in linea con il principio della continuità dell'azione amministrativa che impone di assicurare che gli interessi pubblici siano efficacemente perseguiti, consentendo all'amministrazione di rivedere i propri atti sotto due profili, quello della legittimità e quello, ben diverso, dell'opportunità ⁽³⁹⁸⁾.

In particolare, in tale ipotesi, conservando l'amministrazione un potere autoritativo, discrezionale di controllo sul permanere dei requisiti che giustificano l'opportunità dell'esercizio dell'azione, la valutazione circa l'assenza di una attuale rispondenza dell'atto revocando alle esigenze pubbliche consta di una nuova valutazione di opportunità ⁽³⁹⁹⁾ che, come tale,

⁽³⁹⁷⁾ Cfr. G. PALMA, *Itinerari di diritto amministrativo*, Padova, 1996, 397, il quale afferma che mediante l'esercizio dell'autotutela l'amministrazione "perviene alla consapevolezza di meglio soddisfare l'interesse specifico perseguito con l'esercizio della funzione attiva".

⁽³⁹⁸⁾ Per una ricostruzione recente della distinzione tra annullamento e revoca nella dottrina e nella giurisprudenza, si rinvia a A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016, *passim*, spec. cap. I.

⁽³⁹⁹⁾ Fra la dottrina più risalente, si segnalano, *ex multis*, R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956; A. CORPACI, (voce) *Revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Torino, 1997; E. FERRARI, voce *Revoca nel diritto amministrativo*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Torino, 1997; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; G. DI FIORE, *Il riesame del provvedimento*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, spec. p. 229 e ss.; *ivi*, S. TARULLO, *Il riesercizio del potere amministrativo nella l. n. 15 del 2005: profili problematici*, p. 237 e ss.; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, *cit.*, pp. 664-676.

non può essere posta in discussione dal giudice penale sulla base di una valutazione che ritenga meramente “peggiorativa” la situazione che si è venuta a creare con la rimozione dell’atto primario.

Lo scrutinio di legalità dovrà evidentemente arrestarsi a un vaglio formale ed esterno in ordine ai requisiti del provvedimento, a meno che non si voglia riconoscere al giudice penale la possibilità di restituire incidentalmente vitalità a un provvedimento ritrattato dalla stessa amministrazione emittente per motivi che attengono al merito.

Un discorso diverso può invece riguardare l’annullamento d’ufficio ⁽⁴⁰⁰⁾, il cui regime procedimentale di valutazione è oggi puntualmente disciplinata dall’art. 21-*nonies*.

Se i motivi di revoca per definizione non costituiscono motivi di illegittimità al momento dell’emanazione dell’atto primario, il requisito fondante del potere d’annullamento d’ufficio è invece l’illegittimità dell’atto annullando, elemento che, come tale, si presta a un vaglio di legittimità *a contrario*, che potrebbe doversi confrontare con il principio *iura novit curia*.

Così come l’amministrazione che intende procedere all’annullamento deve prospettare i motivi per i quali ritiene illegittimo l’atto in precedenza emanato, potrebbe essere astrattamente che lo stesso sia invece ritenuto rispondente a legge dal giudice penale, trattandosi di una *quaestio iuris* e non di una valutazione d’opportunità o merito.

Dall’esclusione della illegittimità dell’atto presupposto il giudice penale potrebbe astrattamente far discendere l’illegittimità dell’annullamento officioso, mentre pare debbano certamente escludersi dal novero dei requisiti sindacabili da parte del giudice penale sia la sussistenza dell’interesse pubblico all’annullamento, sia il trascorrimento di un lasso di tempo ragionevole, benché lo scadere del termine massimo di 18 mesi si trasformerebbe in un dato obiettivo liberamente apprezzabile dal giudice.

⁽⁴⁰⁰⁾ Per un approfondimento generale sul tema si confrontino, *ex multis*, nella dottrina più risalente: S. ROMANO, (voce) *Annulamento degli atti amministrativi*, in *Nuovo digesto it.*, Torino, 1937-1940, p. 478; su tale voce si veda l’aggiornamento di G. MIELE, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1957. Nella dottrina post riforma del 2005: S. TARULLO, *Il riesercizio del potere amministrativo*, cit. p. 242 e ss.; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F. G. COCCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 344 e ss.; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., pp. 628-663, cui si rimanda per la preziosa e ricchissima bibliografia riportata.

5. Lineamenti dell'amministrazione consensuale e rilevanza della disciplina degli accordi amministrativi.

Il ricorso ai moduli convenzionali nell'esercizio delle potestà amministrative costituisce uno tra i fenomeni più rilevanti dell'evoluzione recente del diritto amministrativo italiano.

In una prospettiva più generale, il fenomeno abbraccia tutte quelle ipotesi in cui l'attività amministrativa si manifesta non nelle forme dell'agire autoritativo, unilaterale, quanto piuttosto attraverso la ricerca della collaborazione e del consenso dei soggetti privati che interagiscono con l'amministrazione.

Il tema dell'accordo nell'azione amministrativa trova riscontro già alle origini del sistema, nella prassi dei soggetti pubblici, anche se solo con la legge 241/1990 ha trovato un riscontro formale nell'ordinamento positivo, assurgendo in breve tempo, un po' sorprendentemente, a modello generale di svolgimento delle pubbliche funzioni.

La legge sul procedimento amministrativo è prima intervenuta con l'introduzione di due figure generali di accordo: gli accordi procedurali di cui all'art. 11 concernenti i rapporti tra pubbliche amministrazioni e privati; gli accordi organizzativi disciplinati dal seguente art. 15 che intervengono tra soggetti pubblici per la disciplina dei reciproci rapporti.

La positivizzazione del primo modello, in particolare, ha portato a un infrangimento della barriera che tradizionalmente separava diritto pubblico e diritto privato, disgregazione che si è ulteriormente accentuata con l'ormai nota riforma della l. 15/2005, che ha dato un forte impulso ai provvedimenti sostitutivi di procedimento, sancendo il principio di atipicità degli accordi.

Nell'originaria formulazione dell'art. 11, il ricorso all'accordo sostitutivo era ammesso nei soli casi previsti dalla legge, mentre, a seguito della abolizione della cosiddetta *interpositio legislatoris* ⁽⁴⁰¹⁾ il legislatore della

⁽⁴⁰¹⁾ L'espressione è mutuata da G. TULUMELLO, *Il nuovo regime di atipicità degli accordi sostitutivi: forma di Stato e limiti all'amministrazione per accordi*, in www.giustamm.it; si confronti sul punto S. AMOROSINO, *La semplificazione amministrativa e le recenti modifiche normative alla disciplina generale del procedimento*, in *Foro amm. TAR*, 2005, p. 2635, il quale interpreta l'abolizione dell'inciso "nei casi previsti dalla legge" come portato dell'afflato "semplificativo" della riforma. Analogamente si sono espressi F. G. SCOCA, *Accordi e semplificazione*, in *Nuove aut.*, 2009, p. 557; e V.

riforma ha sostanzialmente esteso il principio di atipicità anche agli accordi sostitutivi, come d'altra parte già avveniva per quelli integrativi.

In questo contesto, dopo qualche incertezza iniziale ⁽⁴⁰²⁾ le amministrazioni locali hanno iniziato a fare un certo uso delle possibilità offerte dalla disciplina degli accordi, rendendo, mediante la negoziazione, accessibili ai privati anche i momenti più delicati della decisione pubblica. Ciò, in particolare, giungendo al ricorso degli accordi non più soltanto in funzione di determinazione del contenuto puntuale di provvedimenti amministrativi, ma anche in vista della definizione dei contenuti attuativi di regolamenti o di atti amministrativi generali, di pianificazione e programmazione.

Le trasformazioni che più di recente stanno caratterizzando l'amministrazione per accordi consentono di affermare, per esempio, che l'urbanistica regolativa tradizionale, frutto cioè della pianificazione intesa come espressione diretta del potere dell'autorità pubblica locale, abbia ormai lasciato il posto agli istituti della "urbanistica concertata", che hanno spostato quantomeno il "potere" di iniziativa sempre più verso i proprietari dei beni immobili, la cui azione è guidata evidentemente dall'interesse alla valorizzazione fondiaria. Un impulso che prima invece promanava principalmente dall'autonoma determinazione degli enti che istituzionalmente esprimono gli interessi della collettività e a cui era demandato il compito della pianificazione e della realizzazione di un assetto ordinato delle città e del territorio, corrispondente a un insieme di obiettivi d'interesse generale ⁽⁴⁰³⁾.

CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – II parte*, in *www.giustamm.it*, che ha prospettato altresì le potenzialità deflattive del contenzioso di un ricorso esteso all'istituto degli accordi procedurali.

⁽⁴⁰²⁾ In tal senso, R. CHIEPPA, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 3, p. 667, secondo il quale: "le potenzialità dello strumento dell'accordo sono tutt'oggi poco esplorate dalle amministrazioni, a cui sarebbe utile rileggere l'originaria relazione della Commissione".

⁽⁴⁰³⁾ Cfr. sul punto già in epoca risalente G. TORREGROSSA, *Il piano regolatore generale fra mito e realtà*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1992, II, 38, che parla al riguardo di "evoluzione in senso più marcatamente paritario del rapporto tra P.A. e cittadino"; X. SANTIAPICHI, *L'intervento del privato nella pianificazione urbanistica*, Rimini, 1995, 53; E. SALZANO, *Vent'anni e più' di urbanistica contrattata*, relazione al convegno di Italia Nostra "La città

L'esempio meglio noto è quello della convenzione di lottizzazione, ma, in generale, può dirsi ormai consistente un allargamento della filiera della pianificazione anche alla libera iniziativa dei privati, circostanza che ha evidentemente offuscato non solo il quadro dei poteri concernenti la definizione dello "statuto urbanistico" delle opere edilizie, ma anche la visuale della verifica della legittimità dello stesso.

Il fenomeno si inquadra in una complessiva tendenza dell'azione amministrativa che si sta spostando sempre di più verso l'introduzione di moduli consensuali, che incentivino l'emersione degli interessi privati idonei a svolgere un adeguato confronto dialettico tra P.A. e privati operatori.

In astratto ci si può interrogare sulla legittimità e sulla stessa opportunità di tali scelte, che non sempre sono necessitate, dovendosi comunque tenere in debita considerazione il fatto che interventi di riqualificazione urbanistico-ambientale ovvero di recupero di aree dismesse – stante la congiuntura economica attuale e lo stato delle casse pubbliche – difficilmente possano trovare attuazione al di fuori dell'incontro non solo fra interessi, ma soprattutto fra capitali pubblici e privati, consentendo di ovviare alla mancanza di risorse ⁽⁴⁰⁴⁾.

Altrettanto vero è che le decisioni tecniche o di merito relative alla ponderazione degli interessi concernenti il territorio finiscono sempre più spesso per essere assunte da professionisti privi di legittimazione politica, anzi meri portatori di interessi privati, surrogatisi in compiti che sarebbero di spettanza delle amministrazioni ⁽⁴⁰⁵⁾, ma ciò, di per sé, non può portare a una esclusione *tout court* della rilevanza pubblica di determinati interventi.

venduta. Vent'anni di urbanistica contrattata", Roma, 6 aprile 2011, in *Quaderni di Italia Nostra*, n. 29, Roma, 2011, 24 e ss.

⁽⁴⁰⁴⁾ Cfr. N. ASSINI-P. MANTINI, *Problemi e tendenze del diritto urbanistico*, in *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1991, p. 59, che già oltre venticinque anni fa rilevavano proprio come l'esercizio delle funzioni pubbliche nella "Etat concordataire" necessitasse di modelli flessibili di ricerca del consenso e di intese con i privati. In tal senso si è mossa la legislazione più recente, e in particolare il cosiddetto T.U. Enti Locali, che ha introdotto significativi mezzi di accelerazione e compattazione dei procedimenti. Cfr. sul punto G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2015, in particolare le considerazioni introduttive, 3 e ss. nonché p. 297 e ss.

⁽⁴⁰⁵⁾ Cfr. P. STELLA RICHTER, *L'urbanistica dopo la pianificazione*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1995, spec. p. 313, il quale rileva che "le decisioni di fondo circa la sorte del loro territorio non solo non dipendono dai cittadini, ma nella sostanza sono

Ciò a partire da una considerazione che può sembrare banale: in materia non può dirsi esistente un interesse pubblico definito o definibile a priori, in quanto l'ordinato assetto del territorio, individuato come principale interesse pubblico perseguito nell'esercizio della funzione urbanistica, è la risultante di una complessiva ponderazione di interessi contrapposti anche squisitamente privati ⁽⁴⁰⁶⁾.

La scelta legislativa di consentire, anzi favorire, l'emersione, la procedimentalizzazione e la trasparenza di negoziazioni che hanno sempre avuto comunque un certo peso nella pianificazione, e che anzi prima si svolgevano nell'ombra ⁽⁴⁰⁷⁾, non solo è insindacabile, ma pare anche ragionata.

Indiscutibilmente il tema suscita qualche preoccupazione che rimanda alla ormai acclarata crisi del principio di legalità: la diffusione di prassi che si traducono in fonti consensuali di produzione di situazioni giuridiche che possono investire, come si vedrà, non solo il singolo rapporto tra amministrazione e privato contraente, ma anche la sfera giuridica dei terzi destinatari di una disciplina che consegue alla negoziazione tra due,

sottratte anche ai loro rappresentanti, che si trovano in genere a discutere di un progetto già strutturato nei dettagli e quindi fortemente condizionante". Per una lettura in prospettiva, si veda l'opera curata dallo stesso autore, *Giudizio amministrativo e governo del territorio, Atti del XVI Convegno Nazionale, Perugia 11 e 12 ottobre 2013, La generazione dei piani senza espansione, Atti del XVII Convegno nazionale, Catanzaro, 26 e 27 settembre 2014.*

⁽⁴⁰⁶⁾ Sul punto si veda, su tutti, L. PISCITELLI, *Poteri di pianificazione e situazioni soggettive, I vincoli urbanistici*, Padova, 1990, pp. 233-234, che ha evidenziato il rischio di lasciare all'amministrazione una incontrollabile alea di "libertà tanto nelle determinazioni dei contenuti urbanistici da attribuire al territorio quanto nella strutturazione concreta del modello tipico previsto dal legislatore". Prosegue l'Autore, sottolineando come il nuovo volto della regolazione urbanistica possa aprirsi a "metodi di pianificazione e di interventi sul territorio tra loro differenti, senza che la loro utilizzazione possa ritenersi ancorata a criteri oggettivi e predeterminati".

⁽⁴⁰⁷⁾ R. MARONE, *Gli accordi di programma nella L. n. 142/1990*, in *Corr. Giur.*, 1991, 1345 ss.; R. GAMBINO, *Relazione per il XXI Congresso INU*, cit., 3, rileva come "l'approccio negoziale consiste anzi nella possibilità di evitare — portando alla luce del sole la negoziazione e le sue regole — il consueto aggiramento delle norme di piano con deroghe e varianti che privilegiano sistematicamente i poteri forti e alimentano la corruzione". Si confronti sul punto S. CECCHINI, *Linee generali del sottosistema dei reati urbanistici*, in M. ANGELINI-M. L. CAMPIONI (a cura di), *Tutela penale dell'ambiente e i reati in materia urbanistica*, Napoli, 2014, p. 183 e ss. .

abbisogna di un aggancio solido al diritto positivo e al legittimo esercizio del potere amministrativo.

Per questo motivo gli accordi procedurali si innestano nella serie procedimentale, destinata a sfociare comunque in una determinazione del soggetto pubblico, che potrà anche rinunciare ad adottare il provvedimento – nel caso di accordo sostitutivo – ma dovrà pur sempre decidere di addivenire all'adozione dello schema consensualistico corrisponde, nella visione del legislatore, all'applicazione delle regole mutate dal diritto privato, ferma restando la verifica della compatibilità delle stesse con il “contesto” pubblicistico cui l'accordo afferisce.

Tale decisione sarà evidentemente sottoponibile al controllo giurisdizionale di legalità, in sede amministrativa e, se vi fossero gli estremi, anche in quella penale, ma l'assunto da cui partire deve essere quello per cui, nel momento in cui la pubblica amministrazione si confronta con gli operatori privati, in un quadro di opportune garanzie di pubblicità e trasparenza, che consentano un effettivo controllo delle scelte da parte dell'intera collettività, deve presumersi che si sia realizzata, all'esito delle procedure previste, una sintesi che rappresenta la migliore garanzia della correttezza dell'azione amministrativa e ciò al di là di un raffronto astratto tra interesse privato e interesse pubblico, che si fondono e diventano, in linea teorica, non più distinguibili.

5.1 Rilevanza degli accordi sostitutivi di provvedimento.

Come già evidenziato, la riforma del 2005, rimuovendo dall'art. 11 l'inciso che consentiva all'amministrazione di concludere gli stessi solo nei casi predeterminati dal legislatore, ha dato un forte impulso agli accordi sostitutivi, che possono ritenersi oggi uno dei modi tipici in cui si può concludere il procedimento amministrativo ⁽⁴⁰⁸⁾, mentre gli accordi

⁽⁴⁰⁸⁾ La bibliografia in tema di accordi tra pubbliche amministrazioni e privati è pressoché sterminata. Si vedano, a titolo puramente esemplificativo, *ex multis*: R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 171 e ss.; G. SALA, *Accordi sul contenuto della discrezionalità del*

integrativi rimangono nella propria dimensione di momento di una serie procedimentale che si conclude, anche solo formalmente, con l'adozione di un provvedimento unilaterale.

A dispetto di questa differente collocazione eso- o endo-procedimentale, accordi integrativi e sostitutivi possono oggi considerarsi accomunati nei loro tratti essenziali, a partire dal fatto che, pur nell'ampia varietà di casi in cui potrà essere impiegato, in virtù del principio di atipicità, anche l'accordo sostitutivo potrà involgere soltanto profili di discrezionalità del potere, mentre si dovrà ritenere escluso rispetto ai profili vincolati di esercizio del potere provvedimentale ⁽⁴⁰⁹⁾.

L'art. 13 co. 1 stabilisce che le disposizioni contenute nel capo che disciplina gli istituti di partecipazione, gli artt. da 7 a 12, non trovi applicazione "nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione". Essendo l'art. 11 incluso nel capo di

provvedimento e tutela delle situazioni soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 206; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 133; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996; M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 103; F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 35; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998; P. L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, 1998; B. CAVALLO, *Procedimento amministrativo ed attività pattizia*, in B. CAVALLO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2000; R. CARANTA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2000; S. COGNETTI, "Quantità" e "qualità" della partecipazione, Milano, 2000; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001; F. G. SCOCA, *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato. A margine di un recente disegno di legge*, in *Annuario AIPDA*, 2002, Milano, 2003, p. 43; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; Id., *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 413; F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004.

⁽⁴⁰⁹⁾ Parte della dottrina, invero, rileva come vi siano stati casi in cui la giurisprudenza abbia ammesso l'accordo in situazioni in cui l'esercizio del potere era divenuto interamente vincolato in concreto. Si veda Cons. St., IV, 10 dicembre 2007, n. 6344, in *Foro amm. Cds*, 2007, p. 425.

riferimento, pare evidente che tale esclusione operi anche nei confronti degli accordi integrativi e sostitutivi del procedimento, dovendosi pertanto ritenere che l'ambito applicativo degli stessi non sia dissimile da quello previsto per l'obbligo di motivazione, cui si è già avuto modo di fare riferimento nel corso del capitolo precedente ⁽⁴¹⁰⁾.

In passato sulla base della stessa disposizione si era dubitato della necessità che gli accordi fossero espressamente motivati, in linea di contiguità con la mancanza di oneri espressi di motivazione che riguarda la disciplina civilista dei contratti.

D'altro canto, nelle ipotesi di accordi integrativi la motivazione sarebbe comunque saldata a quella del provvedimento finale, mentre nel caso di accordo sostitutivo non vi sarebbe alcun obbligo di motivazione espressa, mancando un provvedimento soggetto alla disposizione dell'art. 3 l. 241/1990.

Inquadrando la funzione della motivazione in termini di garanzia per il destinatario delle determinazioni contenute nell'accordo, non vi sarebbe necessità di esternare i motivi che hanno indotto la pubblica amministrazione a concludere un accordo con un soggetto che ne ha concordato personalmente il contenuto. Quest'ultimo sarebbe infatti sufficientemente garantito dalla disciplina della partecipazione al procedimento, cosa che non può invece affermarsi in riferimento ai soggetti estranei al momento consensuale dell'accordo, i quali potrebbero aver partecipato al procedimento amministrativo come no ⁽⁴¹¹⁾.

Il problema è stato definitivamente risolto dal legislatore che, con l'art. 1, comma 47 della legge 6 novembre 2012, n. 190 – recante “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione” – ha modificato il comma 2 dell'art. 11, aggiungendo un ulteriore periodo che rimanda agli obblighi motivazionali dell'art. 3 anche gli accordi disciplinati dall'articolo stesso, che devono perciò essere obbligatoriamente motivati.

⁽⁴¹⁰⁾ Si rimanda al § 2.1, capitolo IV, parte seconda, spec. nota n. 216.

⁽⁴¹¹⁾ Sui profili relativi alla motivazione degli accordi precedenti le più recenti riforme si vedano F. CANGELLI, *Art. 11, commi 1 e 4 bis*, in N. PAOLANTONIO-A. POLICE-A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, pp. 265 ss.

La scelta, evidentemente, valutata la sistematica del testo legislativo con cui è stata attuata la modifica, è quella di applicare all'attività consensuale delle pubbliche amministrazioni un istituto proprio dell'esercizio autoritario del potere, assoggettandolo a un sindacato che incida più profondamente sul momento discrezionale.

Ne discende perciò, nel caso di accordo integrativo, che lo stesso dovrà essere motivato al pari del provvedimento finale che lo seguirà, mentre l'accordo sostitutivo riporterà un'unica motivazione, che dovrà contenere un *quid pluris* rispetto alla motivazione della determinazione della pubblica amministrazione che autorizza e stabilisce i limiti della negoziazione, pure assoggettata all'obbligo generale di motivazione di cui all'art. 3.

A ben vedere si tratta di una estensione particolare dell'obbligo di motivazione se si considera la natura bilaterale dello strumento previsto dall'art. 11, che è ulteriormente assoggettato – nei limiti di compatibilità – ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, secondo i quali vale il principio della tendenziale irrilevanza dei motivi. La scelta legislativa sembra quindi orientata a far emergere la motivazione al solo fine di dare visibilità ai motivi appartenenti al soggetto pubblico, e non anche quelli del soggetto privato.

La circostanza è solo corroborata dalla previsione dell'art. 11 comma 3, che fin dalla sua introduzione dispone che gli accordi sostitutivi di provvedimenti siano assoggettati ai medesimi controlli previsti per questi ultimi, motivo per il quale deve ritenersi che solo per questa categoria di accordi sia consentito un vero e proprio controllo sui motivi che hanno determinato la pubblica amministrazione a concludere l'accordo, attraverso la categoria dell'eccesso di potere, esattamente come avviene per il provvedimento amministrativo. Nel caso degli accordi integrativi, il controllo sui motivi sarà invece "schermato" dall'interposizione del provvedimento finale.

A questo punto, pare necessario tornare alle parole con cui si è chiuso il precedente paragrafo, ove si è fatto cenno all'idea che l'accordo fra autorità e pubblica amministrazione rappresenti – in via astratta – la sintesi fra correttezza dell'azione amministrativa, interesse pubblico e interesse privato che si con-fondono diventando in qualche modo non più distinguibili nella loro dimensione individuale.

L'affermazione merita infatti una precisazione: è propria della teoria del negozio giuridico l'idea che le volontà delle parti si fondano in misura tale da dare origine a un atto, il contratto, che ha una propria causa, indipendente rispetto ai motivi che hanno mosso le singole parti.

D'altro canto, però, gli accordi di diritto pubblico sono oggetto del particolare controllo che l'ordinamento richiede nei confronti dei motivi "pubblici", sicché non solo la causa sarà un elemento rilevante dell'accordo, ma autonomamente ed indipendentemente da questa i motivi che hanno mosso la parte pubblica continueranno a essere oggetto di interesse da parte dell'ordinamento. Proprio per tale fine sono assoggettati all'obbligo di motivazione sia le determinazioni ad accordarsi, sia i contenuti dell'accordo.

Negli accordi conclusi fra due amministrazioni, a norma dell'art. 15 l. 241/1990, la motivazione condenserà le singole cause che hanno spinto le amministrazioni ad addivenire all'accordo, rispetto agli accordi conclusi con i privati, per cui invece è necessario operare alcuni distinguo.

Il fatto che l'obbligo di motivazione dell'amministrazione ricada distintamente sui momenti precedenti la stipulazione dell'accordo e su quelli veri e propri di determinazione del contenuto consensuale che sostituisce il provvedimento fa sì che i motivi della parte pubblica continuino a essere rilevanti anche dopo la conclusione dell'accordo.

La motivazione dell'accordo sostitutivo sarà comunque unica, non sarà cioè necessario che ogni singola parte, privata o pubblica, faccia emergere la propria spiegazione sul perché si è determinata a contrarre, ciò significa che i motivi di entrambe le parti potrebbero venire più o meno in rilievo, in ragione delle modalità secondo cui sarà redatta in concreto la motivazione dell'accordo.

5.2 Patologia dell'accordo fra regime amministrativo e disciplina compatibile del codice civile.

Prima di affrontare quello che è il complesso regime “patologico” dell'accordo amministrativo, è necessario spendere qualche parola a proposito della natura giuridica dell'istituto in esame.

La dottrina si è invero a lungo spesa sul punto, divisa tra individuazione dei tratti idonei ad acclararne la matrice privatistica ⁽⁴¹²⁾, ovvero identificarne

⁽⁴¹²⁾ La tesi della natura contrattuale e privatistica degli accordi è stata poi sostenuta, pur con vari argomenti e accenti, tra gli altri, da: G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, p. 75 e ss.; B. CAVALLO, *Accordi e procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso (L. 7 agosto 1990, n. 241)*, Napoli, 1991, spec. pp. 81-82; F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, 1993, spec. pp. 238 ss. e 243 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997, spec. pp. 147 ss.; Id., *Funzione amministrativa, uso del diritto privato e privatizzazione*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 2001, pp. 44-45; Id., *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 463 ss.; C. MAVIGLIA, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002, spec. pp. 41 ss., 72 ss. e 107 ss. Successivamente all'entrata in vigore della L. n. 15/2005, si vedano: S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, spec. 101 ss.; L. MONTEFERRANTE, *La nuova disciplina degli accordi procedurali: profili di tutela giurisdizionale*, in AA.VV. *Riforma della l. 241/1990*, www.lexitalia.it, p. 40 ss.; G. MANFREDI, *La nuova disciplina degli accordi tra amministrazione e privati e le privatizzazioni dell'azione amministrativa*, in *Foro amm. CdS*, 2007, pp. 334 ss.; D. SORACE, *Accordi amministrativi e accertamenti con adesione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 140.

la natura pubblicistica ⁽⁴¹³⁾, fino ad arrivare alla qualificazione come contratto di diritto pubblico ⁽⁴¹⁴⁾.

⁽⁴¹³⁾ Si sono attestati su tale tesi, *ex multis*: E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, 63 ss.; F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 41 ss.; Id., *Autorità e consenso*, in AA.VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Atti del XLVII Convegno di Studi, Varenna-Villa Monastero, 20-22 Settembre 2001, Milano, 2002, spec. pp. 32-33 e 36-37; F. BENVENUTI, *Disegno della Amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, spec. pp. 187-188, 193-194, 218 e 264-265; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, spec. 171 ss.; P. L. PORTALUPI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998, spec. 185-186 e 194 ss.; E. PICOZZA, *Gli accordi tra privati e pubbliche amministrazioni: art. 11 legge 7 agosto 1990, n. 241*, in F. P. PUGLIESE (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo. Legge 7 agosto 1990 n. 241. Prospettive di alcuni istituti*, Milano, 1999, 14 ss.; F. CANGELLI, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati*, in *Dir. amm.*, 2000, 303 ss., 309 ss. e 316 ss.; A. TRAVI, *Accordi fra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro it.*, 2002, V, pp. 278 ss.. Dopo l'entrata in vigore della L. n. 15/2005, si vedano: F. CANGELLI, *Articolo 11, commi 1 e 4 bis. Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto Amministrativo, I, Principi*, Milano, 2005, 355 ss.; N. BASSI, (voce) *Accordi amministrativi*, in S. CASSESE, *Diz. dir. pubbl.*, Milano, 2006, I, spec. 88 ss.; Id., *Accordi amministrativi verticali e orizzontali: la progressiva ibridazione dei modelli*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007, 466; A. MASSERA, *I contratti*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2009, p. 350 e ss. .

⁽⁴¹⁴⁾ Una posizione intermedia, secondo cui gli accordi sarebbero contratti, ma non di natura privatistica, è invece assunta, pur con ricostruzioni tra loro in parte differenti da: E. BRUTILIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996, spec. 45 ss., 70 ss., 113 ss. e 157 ss.; Id., (voce) *Accordi pubblici*, in *Enc. dir., Agg.*, V, Milano, 2001, spec. 6 ss., 12 ss. e 16 ss.; M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, 136 ss.; Id., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, spec. 142 ss.; G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, spec. 381-382, 389 ss. e 394 ss.; Id., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2004, 99-154, 165-187 e 295-298; Id., *Accordi amministrativi e principio di legalità*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di Studi, Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 2007, Milano, 2008, spec. p. 432 ss.; Id., *Gli accordi amministrativi*, in G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2008, spec. p. 149 e ss. .

Il dato che qui interessa rilevare, è quello che accomuna le diverse teorie prospettate dalla dottrina amministrativista, cioè l'evidenza per cui l'accordo sostitutivo di provvedimento non possa considerarsi né assimilarsi a un provvedimento, mancando di una caratteristica essenziale propria di quest'ultimo, ossia l'unilateralità, la capacità dell'atto di costituire, la modificare o estinguere le situazioni giuridiche dei soggetti privati «*indipendentemente dal concorso e dalla collaborazione del soggetto che lo subisce*»⁽⁴¹⁵⁾.

Da questa conclusione, se ne può trarre una ulteriore, ossia che non trattandosi di un provvedimento amministrativo, l'accordo sostitutivo dovrà seguire un proprio regime giuridico, soprattutto in tema di invalidità e di nullità, non potendosi a quest'ultimo riferire anzitutto le conclusioni tratte in tema di elementi essenziali del provvedimento che riguardano l'applicazione dell'art. 21-*septies* l. 241/1990.

Del resto, lo stesso articolo 11 comma 2 dispone una prima specifica ipotesi di nullità, che si collega alla previsione secondo cui gli accordi con i privati debbano essere stipulati “a pena di nullità per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti”.

Più problematica resta l'interpretazione del periodo successivo di quel comma secondo che, come già ricordato, specifica che “ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili”.

Il tema dell'invalidità dell'accordo si intreccia però strettamente, forse anzi in via di pregiudizialità logica, con un altro profilo.

Se infatti la l. n. 15/2005 ha abolito, come già ricordato, il rinvio a casi prestabiliti dalla legge per la stipula di accordi sostitutivi, ampliando quindi in astratto la platea degli accordi “validi”, la stessa riforma ha altresì

⁽⁴¹⁵⁾ In questi termini si è espresso M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., pp. 713-714. Ha però notato Scoca che, poiché il consenso dell'interessato assumerebbe rilevanza solo nelle ipotesi di atti negativi, “sembra lecito concludere che l'autorità del provvedimento consiste nella sua idoneità a modificare situazioni giuridiche altrui, senza necessità dell'altrui consenso; e che l'imperatività si manifesta in modo pregnante soltanto nella vicenda descritta come degradazione e affievolimento dei diritti soggettivi; negli altri casi essa si manifesta semplicemente come esecutività del provvedimento”. Così, F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit., p. 261.

introdotto un comma 4-*bis* all'art. 11 che dispone, “a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa”, che l'organo competente alla conclusione dell'accordo adotti una determinazione che preceda la stipula di quest'ultimo ⁽⁴¹⁶⁾.

L'introduzione di tale previsione ha sostanzialmente spostato l'attenzione della dottrina dal tema della natura giuridica dell'accordo a quello della natura della determinazione preliminare all'accordo.

Secondo un certo orientamento quest'ultima andrebbe qualificata come vero e proprio provvedimento amministrativo, che ricalcherebbe il procedimento per la stipula dei contratti a evidenza pubblica, avendo cioè lo stesso ruolo della deliberazione a contrarre ⁽⁴¹⁷⁾, mentre secondo una diversa impostazione si tratterebbe di atto endoprocedimentale, come tale non provvedimentale ⁽⁴¹⁸⁾.

Indipendentemente dalle diverse tesi sostenute dalla dottrina, ciò che rileva è che nelle intenzioni del legislatore – unanimemente ricostruite in tal senso – la determinazione di cui al comma 4-*bis* dovrebbe evidenziare le ragioni di pubblico interesse che l'amministrazione intende perseguire attraverso la

⁽⁴¹⁶⁾ Sulla disciplina degli accordi dopo le modifiche introdotte dalla l. n. 15/2005 si vedano, ex multis: E. STICCHI DAMIANI, *Gli accordi amministrativi dopo la legge 15/2005*, in *Foro amm. TAR*, 2006, p. 27; N. SAITTA, “005: licenza di sostituire” (a proposito del “nuovo” art. 11 della legge n. 241), in www.giustamm.it; G. TULUMELLO, *Il nuovo regime di atipicità degli accordi sostitutivi: forma di Stato e limiti all'amministrazione per accordi*, cit.; L. MONTEFERRANTE, *La nuova disciplina degli accordi procedurali: profili di tutela giurisdizionale*, in *Foro amm. TAR*, 2006, p. 39.

⁽⁴¹⁷⁾ In questo senso, fra molti, si veda V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – II parte*, cit., *passim*. Analoga la posizione di N. SAITTA, “005: licenza di sostituire” (a proposito del “nuovo” art. 11 della legge n. 241), cit., secondo cui “per legittimare la conclusione di qualsiasi procedura convenzionale, da che mondo e mondo, è sempre occorsa una preliminare determinazione dell'amministrazione contraente”. Sostiene invece la tesi dello “atto terminale di una fase di evidenza pubblica”, G. TULUMELLO, *Il nuovo regime di atipicità degli accordi sostitutivi: forma di Stato e limiti all'amministrazione per accordi*, cit., riprendendo la soluzione ipotizzata, sia pure con toni critici e, in epoca precedente la riforma del 2005, da G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., p. 156.

⁽⁴¹⁸⁾ Si assesta su questa seconda impostazione G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., p. 200 ss., secondo il quale ci si trova in presenza di un “previo atto”, nel quale l'amministrazione non fa altro che “anticipare la medesima volontà contrattuale, che sarà poi ripetuta in sede di conclusione dell'accordo”.

stipula dell'accordo sostitutivo o integrativo, esternando cioè la propria "causa" funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico. Ma, nei contratti a evidenza pubblica, la deliberazione a contrarre è logicamente imprescindibile dal momento che il contratto privatistico, per definizione, è neutro rispetto agli interessi che le parti intendono concretamente perseguire⁽⁴¹⁹⁾.

Viceversa nell'accordo sostitutivo il problema di far emergere le ragioni di pubblico interesse che l'amministrazione tende a realizzare non dovrebbe porsi, giacché dovrebbe essere lo stesso interesse pubblico che l'amministrazione avrebbe realizzato adottando il provvedimento sostituito, così come nella cessione volontaria del bene espropriando la determinazione preliminare non è necessaria, poiché essa è la stessa del provvedimento di espropriazione.

Negli accordi integrativi la causa che deve emergere dalla determinazione consiste nella necessità di ampliare il contenuto tipico del provvedimento, attraverso l'inserimento di clausole che l'amministrazione, agendo d'*imperio*, non potrebbe imporre⁽⁴²⁰⁾.

Se nei contratti a evidenza pubblica la deliberazione a contrattare serve a evidenziare l'interesse pubblico che l'amministrazione intende realizzare attraverso la stipula del contratto, nel caso degli accordi la determinazione

⁽⁴¹⁹⁾ Sul ruolo della deliberazione a contrattare nei contratti a evidenza pubblica si vedano, *ex multis*, R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, p. 280 ss.; per una più completa disamina delle problematiche connesse alla natura giuridica della deliberazione a contrarre, M. IMMORDINO, *I contratti della pubblica amministrazione*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 424; per un parallelo fra i due istituti si veda G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., spec. p. 402-403.

⁽⁴²⁰⁾ Sul punto cfr. G. CORSO-F. TERESI, *Il procedimento amministrativo e il diritto di accesso ai documenti*, Rimini, 1990. In giurisprudenza Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636, che evidenzia: "l'accordo procedimentale rivela la sua peculiare funzione non nella semplice determinazione dell'esito favorevole o sfavorevole dell'istanza del privato ma nella determinazione del contenuto del provvedimento, nei casi in cui detto provvedimento sia controverso o controvertibile, o contenga clausole che, in difetto di accordo, non sarebbero facilmente accettate dal privato"; si veda altresì TAR Sicilia, Catania, sez. III, 27 ottobre 2004, n. 2985, secondo cui "l'accordo che regola l'eventuale corrispettivo della sottrazione momentanea di un bene per effetto di un provvedimento autoritativo è astrattamente configurabile quale accordo integrativo, tante volte quante risulti la chiara intenzione delle parti di completare l'atto amministrativo".

preliminare consente all'amministrazione di esplicitare il perché l'amministrazione ha deciso di addivenire all'accordo in luogo di agire spendendo il proprio potere autoritativo, motivo per il quale la determinazione è ritenuta non necessaria negli accordi tipici, in riferimento ai quali è lo stesso legislatore a esprimere una preferenza per il modulo consensuale.

Non è invece funzionale a evidenziare l'interesse pubblico che l'amministrazione persegue attraverso l'accordo, perché tale interesse è lo stesso del provvedimento che l'accordo sostituisce o precede. La determinazione preliminare all'accordo, indipendentemente dalla qualificazione che si vuol dare in ordine alla sua natura giuridica, è l'atto con cui, a conclusione dell'istruttoria procedimentale, l'amministrazione manifesta e motiva la propria volontà di concludere l'accordo ⁽⁴²¹⁾.

Si perdonerà questa riduzione un po' semplicistica, ma pare potersi essenzialmente affermare che la qualificazione come atto provvedimentale o come atto meramente endoprocedimentale sia funzionalizzata, sul piano del diritto amministrativo, ad affermare o escludere l'applicazione dello statuto tipico del provvedimento e di tutte le garanzie che ne costituiscono corollario naturale: sottoposizione ai principi generali della l. 241, possibilità per l'amministrazione di agire in autotutela, ma, soprattutto, l'autonoma impugnabilità in sede giurisdizionale.

Il profilo più rilevante, che riguarderebbe la soggezione all'obbligo motivazionale di cui all'art. 3, sembra peraltro superato dal richiamo effettuato dal comma secondo dell'art. 11 letto in combinato disposto con il comma 4-bis, la cui formulazione lascia intendere la necessità che la determinazione preliminare all'accordo debba essere portatrice del contenuto motivazionale che si è già evidenziato.

Resta aperta la questione se anche alla determinazione sia applicabile o meno il regime di nullità previsto dall'art. 21-septies, questione che assume

⁽⁴²¹⁾ In argomento si veda M. C. CAVALLARO, *Sulla configurabilità degli accordi tra pubblica amministrazione e privati come strumento di semplificazione*, in *Nuove aut.*, 2008, p. 569. Cfr. lo stesso V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni*, cit., secondo cui nella determinazione si cristallizza "il contenuto dell'accordo, sul quale deve essere raccolto il l'assenso del privato", ma "nel contempo, in essa si manifesta la volontà dell'amministrazione circa la sua adesione al contenuto dell'accordo".

vieppiù rilevanza se si considera l'orientamento prevalente che ritiene che la mancanza o l'invalidità della determinazione preliminare comporti una invalidità derivata destinata a incidere sull'accordo successivo.

Tutte questioni che, per quel che riguarda l'ambito qui d'interesse, ossia quello dell'accertamento penale, rimandano a un unico profilo problematico, che concerne la tendenza della giurisprudenza penale a valutare la vicenda "accordataria" non come un percorso complesso e articolato di formazione di una volontà congiunta che compia l'interesse pubblico tanto quanto quello privatistico, che andrebbe come tale valutato momento per momento, soppesando separatamente l'*iter* procedimentale che porta alla determinazione della autorità e la fase "consensuale".

Tali valutazioni finiscono invece per essere "comprese" in apprezzamenti fattuali sulla vicenda complessiva da cui si inferisce l'ormai nota macroscopica illegittimità, prescindendo da un'analisi radicata sul raffronto con la puntuale disciplina legislativa.

5.3 Ampiezza del sindacato del giudice amministrativo e possibili (quanto deprecabili) riflessi nella giurisdizione penale.

L'ultimo comma dell'art. 11, che oggi si specchia anche nell'art.133, comma 1, lett. a) n. 2, del codice del processo amministrativo, fissa la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in relazione alle controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi.

Si tratta evidentemente di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva *sui generis*, in quanto non fondata sul criterio della materia, quanto piuttosto sulla natura dell'atto di esercizio del potere, nel senso che è definita in base all'inerenza della lite all'uso di un determinato strumento giuridico, con il risultato di dar vita a un'ipotesi trasversale rispetto al consueto criterio di riparto ⁽⁴²²⁾.

⁽⁴²²⁾ In questi termini si esprime G. GRECO, *Gli accordi*, op. cit., 2004, p. 280. In giurisprudenza, Cass., SS.UU., 11 agosto 1997, n. 7452 che sottolinea: "la circostanza che questa norma sulla giurisdizione esclusiva non attribuisca alla cognizione del giudice

Ciò che rileva, ai fini del radicamento della giurisdizione esclusiva, è che su quella data materia sia intervenuto un accordo tra privato e pubblica amministrazione inquadrabile nella disciplina di cui all'art. 11 l. 241/1990⁽⁴²³⁾.

La previsione non è peraltro incoerente rispetto al tratto caratterizzante delle controversie ricondotte usualmente a tale ambito, ove sono ricomprese vertenze in qualche modo sganciate dal meccanismo d'impugnazione dell'atto, il cui oggetto dell'accertamento inerisce invece a rapporti intersoggettivi regolati secondo gli schemi del diritto comune.

La devoluzione alla giurisdizione esclusiva delle controversie inerenti l'esecuzione degli accordi fa sì, per esempio, che sia esercitabile davanti al giudice amministrativo l'intera gamma delle azioni civilistiche previste a presidio dei rapporti obbligatori, tra le quali assumono particolare importanza le azioni previste a favore del contraente leso dall'inadempimento della controparte.

Tale considerazione offre lo spunto per introdurre un tema problematico della giurisdizione esclusiva, ossia la necessità che la stessa si atteggi a "tutela piena" delle pretese del ricorrente, per evitare che le ragioni del riparto di giurisdizione si risolvano in una tutela diminuita rispetto a quella apprestata dal giudizio civile.

Questo aspetto, soprattutto in passato, prima che il c.p.a. ampliasse significativamente i poteri istruttori del giudice amministrativo e il ventaglio delle azioni disponibili, ha portato a un consistente orientamento della giurisprudenza che talvolta ha esteso il più possibile gli stretti ranghi del proprio sindacato per assicurare a una tutela più effettiva possibile per il privato ricorrente, talaltra per difendere la posizione di contraente privilegiato dell'amministrazione.

amministrativo una classe di rapporti individuata attraverso un riferimento di materia, bensì situazioni soggettive che sul presupposto dell'esercizio di una pubblica funzione amministrativa sono regolate attraverso un accordo, dà luogo a reazioni circa l'ambito di applicazione delle altre norme attributive della giurisdizione, generale di legittimità o esclusiva, che ne risulta ampliato".

⁽⁴²³⁾ Cfr. Cass., SS.UU., 12 marzo 2001, n. 105, ove si afferma che "ciò che rileva è che il soddisfacimento dell'interesse pubblico sia perseguito mediante il peculiare strumento dell'accordo, restando indifferente la materia sulla quale incide il provvedimento finale, il cui contenuto è determinato dall'accordo".

Ebbene, pare evidente che tali motivi di “sostanzializzazione” del sindacato del giudice sugli accordi, che possono oggi ritenersi superati anche sul piano processuale amministrativo, non possano vieppiù essere traslati nell’ambito dell’accertamento penale.

Anzi, si ritiene di dover affermare che in tale ambito il sindacato di legittimità sugli accordi non possa essere in alcun modo assimilato a quello che il giudice penale pretende di poter esercitare nei confronti dei provvedimenti, giacché egli non si trova di fronte a un istituto qualificabile come provvedimento.

Detto in altri termini, anche volendo ammettere astrattamente la ammissibilità del costrutto della disapplicazione/inapplicabilità per macroscopica illegittimità, si vuole significare che il giudice penale non potrà comunque decidere prescindendo dall’accordo trattandolo come un provvedimento, allorquando lo ritenga illegittimo.

Egli potrà semmai ritenere inapplicabile la determinazione preliminare, ma da tale elemento non potrà inferire ragionevolmente profili di colpevolezza tali da giungere a una pronuncia di condanna se non asserendo – e dimostrando – che l’intera vicenda che fa capo alla conclusione dell’accordo sostitutivo di provvedimento sia riconducibile a un *pactum sceleris* autonomamente qualificabile come penalmente rilevante, cioè un abuso d’ufficio o un fatto di corruzione che finirebbe perciò con l’assorbire le condotte satellitari costituenti reato meno grave.

Si tratta, in definitiva, di un altro elemento che testimonia l’assoluta fragilità della traslazione del meccanismo della disapplicazione in ambito penale, in ogni sua declinazione.

Quel che è certo è che non possono ritenersi invece giustificate iniziative della magistratura penale volte a ridimensionare la portata dell’amministrazione consensuale ⁽⁴²⁴⁾, che traggano spunto da una

⁽⁴²⁴⁾ Si confronti l’opinione ormai risalente di S. AMOROSINO, *Cinquant’anni di leggi urbanistiche (1942/1992). Spunti preliminari ad una riflessione*, in *Riv. giur. ed.*, 1993, II, p. 97, il quale significativamente rilevava che “l’urbanistica contrattata o concertata ha infatti un’immagine assai deteriorata, in relazione alle note vicende di intreccio e collusione tra promotori di operazioni immobiliari e decisori amministrativi. Il danno maggiore che ne è derivato è stato il diffondersi di una cultura del sospetto e dell’irrazionale opposizione a qualsiasi intervento (per definizione inteso come speculativo e oggetto di corruzione)”, con le conclusioni di U. CASSESE, *Tra piano comunale e strumenti negoziali. Una riflessione*

contrattazione finanche sbilanciata verso l'interesse privato, qualora la stessa non sia viziata da sintomi manifesti di una gestione criminosa.

Pare ormai inconfutabile che la sostituzione dell'autorità giudiziaria a quella amministrativa nell'attività di pura prevenzione o di cura dell'interesse pubblico che non sia finalizzata al contestuale accertamento di un reato, debba ritenersi esorbitante rispetto alle funzioni costituzionalmente affidate alla magistratura penale.

La prerogativa è invece demandata e spetta esclusivamente alla Pubblica Amministrazione, alla cui discrezionalità è affidata la tutela bilanciata di tutti gli interessi in gioco, attività di contemperamento che discutibilmente può essere posta in essere all'interno del giudizio penale ⁽⁴²⁵⁾.

Come si è già avuto modo di ricordare ⁽⁴²⁶⁾, il legislatore ha approntato uno strumentario precipuo a corredo delle politiche attive di contrasto ai fenomeni corruttivi, e questo trova la propria naturale collocazione nel titolo del codice penale riservato ai delitti contro la pubblica amministrazione.

La ricerca di strade alternative non può che essere interpretata come un uso distorto dell'arma penale, che chiama in supponenza discipline contravvenzionali dettate a presidio di altri beni giuridici, magari per giustificare ipotesi accusatorie altrimenti difficilmente sostenibili ⁽⁴²⁷⁾.

sulle nuove forme di ordinarietà nelle pratiche di intervento sul territorio, in L. BARBIERA (a cura di), *Urbanistica contrattata e tutela dell'ambiente*, Bari, 2007, p. 163 e ss.; M. MANGINI, *Sviluppo sostenibile e governance partecipata*, in L. BARBIERA, *Urbanistica contrattata e tutela dell'ambiente*, op. cit., p. 269 e ss.; A. POLICE, *Governo e mercato dei diritti edificatori*, in A. BARTOLINI-A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori, esperienze regionali a confronto*, Napoli, 2009, p. 21 e ss.; S. STANGHELLINI, *Il principio perequativo nel piano urbanistico*, in A. BARTOLINI-A. MALTONI, op. cit., p. 39 e ss. .

⁽⁴²⁵⁾ Ancora più netto il giudizio di M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione, apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, cit. in particolare p. 220 e ss., che sostiene strenuamente la ragion d'essere di un giudice speciale che "ratione materiae" sorvegli l'applicazione del regime pubblicistico, costituendo la presenza del giudice amministrativo una garanzia significativamente più efficace nella tutela dei cittadini verso la P.A. di quanto non potrebbe esserlo il Giudice ordinario (civile).

⁽⁴²⁶⁾ Si rimanda spec. alle conclusioni del § 3.2 capitolo I, parte prima.

⁽⁴²⁷⁾ Si confrontino, molto significativamente, in tal senso, le conclusioni della Sent. Cass., Sez. III, 11 maggio 2016, n. 30410.

CONCLUSIONI, OVVERO FUTURIBILI.

All'esito di un percorso così intenso risulta difficile rassegnare delle conclusioni che non rischino di riproporre una sinossi sommaria delle osservazioni già svolte e delle risposte che si sono già tratte.

Anziché guardare a quanto scritto, si tenterà perciò di guardare in avanti.

Il diritto amministrativo, del resto, sta vivendo un periodo peculiare della propria storia, una fase di trasformazione e accelerazione improvvisa e centrifuga, che lo sta portando ad allontanarsi dai propri capisaldi, su tutti il principio di legalità ⁽⁴²⁸⁾.

Nel corso della trattazione non si è potuto dare spazio a un'analisi che abbracciasse anche le nuove frontiere verso cui il diritto amministrativo si sta aprendo, il cui peso nell'ambito penale comincerà forse a sentirsi quando il ruolo di questi istituti sarà meglio definito sul piano operativo del diritto amministrativo vivente.

Un giorno sarà forse necessario inquadrare il ruolo della *soft law* ⁽⁴²⁹⁾ nell'ambito dell'accertamento penale, con uno sguardo privilegiato alle linee guida dell'ANAC, che pur divisibili fra vincolanti e non, possiedono una

⁽⁴²⁸⁾ In punto, sia consentito rimandare alle considerazioni già svolte nel § 1, capitolo I, parte prima, spec. pp. 24-26, nel § 3.2 capitolo II, spec. *sub.* nota n. 145.

⁽⁴²⁹⁾ Per un approfondimento, senza pretese di esaustività, si rimanda alla lettura, fra tanti, di: R. BIN, *Soft law no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, p. 31 ss.; G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, Editoriale in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, 2, p. 1 e ss.; ivi M. RAMAJOLI, *La soft regulation nei mercati finanziari*, p. 53 e ss., che definisce “cripto-hard” gli effetti della *soft regulation*.

chiara efficacia innovativa nell'ordinamento, che si accompagna ai caratteri di generalità e astrattezza delle disposizioni ivi previste⁽⁴³⁰⁾.

Ci si può chiedere qui se vi sarà un domani concordia o discordia tra le visioni dell'*authority* e quelle della magistratura penale, tenuto conto che, prevedibilmente, a capo della prima non vi sarà sempre un *ex* magistrato. Forse si dovrà parlare della loro disapplicazione, forse prevarrà la natura normativa e la composizione gerarchico-normativa delle antinomie, forse non si porrà nemmeno il problema.

Anche l'amministrazione consensuale sembra destinata a erodere ulteriormente il terreno dell'agire autoritativo, come del resto auspicato dalla prima grande riforma della l. 241/1990, intervenuta nel 2005.

Si intravede all'orizzonte l'emersione di nuove forme concertate di gestione della cosa pubblica che possono passare da un progressivo allargamento delle forme atipiche degli accordi sostitutivi, ma anche dalla riscoperta di fattispecie che erano previste nello schema del disegno di legge redatto dalla Commissione Nigro, poi sparite dalla trama definitiva della l. n. 241/1990.

Il riferimento va in particolare ai cosiddetti accordi normativi fra pubblica amministrazione e privati⁽⁴³¹⁾, il cui abbandono non sembra precludere la

⁽⁴³⁰⁾ Per una panoramica generale sul tema, si vedano, senza pretesa di esaustività alcuna: G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, *Diritto amministrativo*, 2016, 3, p. 273 e ss.; V. MARCHIANÒ, *ANAC e potere di regolazione*, in *Appalti & Contratti*, 2016, 7-8, p. 52 e ss.; A. AMORE, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, in *Urb. e App.*, 2017, 6, p. 765 e ss.; C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in *federalismi.it*, 2017, fasc. 2, p. 2 e ss.; M. DELLE FOGLIE, *Verso un "nuovo" sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 5 luglio 2017. Più specificamente, sulle prospettive di eventuale rilevanza penale, si veda il contributo di V. NERI, *Note minime sulla disapplicazione delle linee guida ANAC da parte del giudice amministrativo e sulla rilevanza penale della loro violazione*, in *Urb. e App.*, 2018, 2, p. 145 e ss. .

⁽⁴³¹⁾ Fra i primi Autori ad aver introdotto il tema, con riferimento agli accordi fra Regioni o Stato e Regioni si vedano, *ex multis*: G. SANVITI, *Convenzioni e intese nel diritto pubblico*, Milano, 1978; G. D'ORAZIO, *Gli accordi prelegislativi tra le Regioni (uno strumento di cooperazione interregionale)*, in *Giur. cost.*, 1977, p. 956 e ss.; S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971,

possibilità di un loro ritorno, anche alla luce della loro presenza in altri Paesi europei, ma soprattutto del consolidamento di forme che si avvicinano molto a essi, come nel caso degli accordi di pianificazione.

Il tema degli accordi normativi riporta al discorso che riguarda in generale le evoluzioni il sistema delle fonti, che sembra tutt'altro che indirizzato verso una ricomposizione, ma anzi destinato a stratificazioni ulteriori che non possono far altro che complicarne la decodificazione da parte degli operatori e degli interpreti, con tutto ciò che può conseguire in termini di certezza e prevedibilità del diritto.

L'attrazione dei capitali privati, unitamente agli sforzi di modernizzazione della pubblica amministrazione, pare il faro che deve illuminare il cammino futuro dell'amministrazione che voglia contrastare la recessione economica, garantire la coesione sociale, la competitività delle imprese.

Il colpevole è stato spesso individuato nella burocrazia, che rallenta e appesantisce, ma le stesse critiche vengono mosse nei confronti della giustizia italiana, i cui tempi sono biblici e i cui risultati sono, con frustrazione di tutto quello che si può auspicare, imprevedibili ⁽⁴³²⁾.

84 ss.; E. DE MARCO, *La negoziazione legislativa*, Padova, 1984; A. QUARANTA, *Il principio di contrattualità nell'azione amministrativa e gli accordi procedurali, normativi e di organizzazione*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contributi alle iniziative legislative in corso*, in *Atti del XXXII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Varenna 18-20 Settembre 1986, Milano, 1989, 194; A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000, p. 76 e ss. . Più di recente, sono tornati sul tema: F. BENELLI-C. MAINARDIS, *La negoziazione delle competenze fra Stato e Regioni e il suo seguito giurisprudenziale*, in A. BARBERA-T. F. GIUPPONI, *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, p. 469 ss.; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e la collaborazione con il potere*, Pisa, 2011, spec. p. 562 e ss.; M. DE NONNO, *Nuove prospettive del principio di consensualità nell'azione amministrativa: gli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privati*, relazione al Convegno AIPDA: *Decisioni amministrative e processi deliberativi. Panel – Decisioni amministrative e contratti pubblici*, Università degli studi di Bergamo, 5-7 ottobre 2017, ora in www.federalismi.it, 14 marzo 2018.

⁽⁴³²⁾ Sul punto si veda, di recente, il prezioso contributo di M. RAMAJOLI, *Quale cultura per l'amministrazione pubblica?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 2, pp. 187-192.

Il legislatore, dal canto proprio, più inerte (o impotente) rispetto ai problemi della giustizia, si è mosso – o ha cercato di farlo – sul fronte della stabilizzazione degli effetti dell’atto amministrativo, cercando di rinvigorire il sostrato normativo che presidia il legittimo affidamento del privato.

In direzione totalmente opposta è andato però il movimento di una certa giurisprudenza penale, che ha dato l’idea di voler mantenere un’ultima parola sulla legittimità dell’azione amministrativa, anche travalicando i confini delle funzioni proprie.

Ci si deve chiedere se non si rischi così di procedere verso una nuova teoria della gradazione della definitività dell’atto, ove bisogna mettere cioè in conto che eventuali procedimenti penali potrebbero incidere sulle vicende amministrative rispetto ai quali sarebbero venuti meno i termini d’impugnazione davanti al giudice amministrativo.

Dopo aver criticato l’elefantiasi e la stratificazione normativa diviene arduo invocare l’intervento del legislatore o avanzare proposte *de lege ferenda*, anche e soprattutto perché il legislatore ha dimostrato di non volersi assumere certe responsabilità, preferendo lasciare che le colpe delle sue mancanze ricadano su chi il diritto non può non interpretarlo e applicarlo.

E in questa posizione non si trova solo il giudice, che non può denegare giustizia, ma anche l’amministrazione che, con i propri limiti e se non con titubanza, deve comunque fornire delle risposte concrete alla cittadinanza.

L’unica situazione che sembra di poter definire “alla portata” è che la pubblica amministrazione e la magistratura ricomincino a dialogare, ponendosi su un piano di parità e proficua collaborazione, piuttosto che di subordinazione.

Per fare questo è necessario che si superi il pregiudizio che risale ormai, mi pare di poterlo affermare senza timore di smentita, agli anni di Tangentopoli, il pregiudizio da cui è sorta di recente la necessità di creare un super-supervisore dell’agire amministrativo, quale è l’ANAC.

È necessario poi trovare un canale di comunicazione, o forse una legenda, per rimanere agganciati alla metafora della mappa, che consenta di decifrare in quali direzioni si muove l’amministrazione e perché, per distinguere quando agisce in modo lecito e quando invece in modo illecito.

L'invito che si vuole qui proporre non è quello a non indagare o non procedere, a chiudere gli occhi, in nome delle ragioni e della speditezza dell'economia, ma piuttosto quello a ricorrere agli strumenti razionalizzanti offerti dal diritto amministrativo, per padroneggiare le regole del mutamento del relativo ordinamento e indagare di più e meglio, con maggiore precisione e accuratezza, per capire però anche quale debba essere la soglia innanzi a cui l'arma penale deve arrestarsi.

Inutile dire che qualora il dialogo fra pubblica amministrazione e magistratura trovasse nelle categorie del diritto amministrativo un canale di intermediazione efficace, lo stesso si gioverebbe anche del contributo della dottrina e della giurisprudenza amministrativista, che non hanno rinunciato al proprio compito di fonti razionalizzanti.

L'instaurazione di un solido rapporto di collaborazione che miri alla progressione di una buona amministrazione e, congiuntamente, di una buona giustizia, non può che giovare a entrambe le componenti coinvolte.

RINGRAZIAMENTI

L'elenco completo delle persone cui sono debitore e alle quali io, che sono solo un apprendista del diritto, dovrei tributare i più sentiti ringraziamenti sarebbe troppo lungo.

Mi limiterò perciò a ringraziare Chi assolutamente non potrei mai tralasciare. Il primo imprescindibile “*grazie*” va alla Prof.ssa Margherita Ramajoli, che prima ancora di aver scritto le molte pagine di diritto amministrativo che hanno innervato, ispirato e consentito di sviluppare la mia ricerca, ha ri-scritto tante *voci* del mio dizionario personale, insegnandomi nuovi orizzonti delle parole *disponibilità, gentilezza, pazienza* e, ultima, solo per ordine imposto dal vocabolario, *umanità*. Pagine che non possono raccontarsi in una nota a piè pagina, o in bibliografia, ma soprattutto non si possono compendiare in poche righe, così come la mia gratitudine.

Non posso non nominare la Prof.ssa Monica Delsignore, che, con sorriso sincero, mi ha incoraggiato in ogni periodo e in ogni momento della mia ricerca, il Prof. Alfredo Marra che non si è mai sottratto dall'incoraggiarmi, soprattutto in quest'ultima affannosa rincorsa verso l'obiettivo, il Prof. Alessandro Squazzoni, che per me sarà sempre il Correlatore della mia tesi di laurea, anche oggi, che ho il privilegio di interrogare al suo fianco, senza smettere di imparare.

Ci sono poi, ovviamente, i colleghi più cari: Luca Galli, che con una battuta è sempre riuscito ad anestetizzare i peggiori momenti di sconforto, come ad allietare i migliori giorni, Ludovica Tavassi, con cui ho condiviso molte strade di questo mio percorso di tre anni, Annamaria Briamonte, che ha anche premurosamente contribuito all'ultima fase di revisione, con tutto il suo entusiasmo, Luca Belviso, che non mi ha negato il suo aiuto quando ne ho avuto bisogno, Nadia Spadaro, Nicola Canzian, Jessica De Vivo, Michela Cappelletti, Giacomo Pirotta, Francesca Balbi, Silvia Vimercati, Martina

Gualtieri, Alessandro Tropea, Filomena Caserta, Gaia Borloni e Francesca Varesano, tutti amici sinceri e autentici, tutti sorprendentemente conosciuti lì, per caso, nella grigia Greco-Pirelli.

Fuoriuscendo idealmente dalle mura della Bicocca, il primo pensiero va alla dott.ssa Federica Centonze che, dopo avermi mostrato il volto concreto della giustizia e quello umano delle Corti e dei Tribunali, ha inconsapevolmente tenuto le parti della magistratura in quel dialogo interiore che ha animato le mie giornate (e notti) di ricerca e studio. Non dimentico la dott.ssa Angela Colella, che mi ha sempre spronato, mostrandomi il lato più dolce del rigore. Oltre i confini del diritto, devo ringraziare ancora le persone cui questo lavoro e questi miei sforzi sono dedicati.

Mia mamma Giovanna, che sostiene ogni mia possibilità, mia sorella Federica, che fa sempre tanto per me, in cambio di poco, mia nonna Dora, che ancora tramanda saggezza, ma soprattutto Debora, che mi ha sopportato in questi *ultimi lunghissimi cinque mesi*, contribuendo anche materialmente alla realizzazione di questa tesi, di cui ha curato personalmente gran parte della bibliografia, con ciò dimostrandomi non solo le sue molte capacità, ma soprattutto quanto io sia fortunato.

*“Tu non ricordi la casa di questa
mia sera. Ed io non so chi va e chi resta”.*

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Atti IX Convegno di Varenna*, Milano, 1964.

AA.VV., *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna 1994.

AA.VV., *Il giudice ordinario e il controllo di legittimità sugli atti della pubblica amministrazione*, in *Quaderni del CSM*, 1987, 1.

AA.VV., *La semplificazione*, in *Nuove Autonomie*, 2008, nn. 3 e 4.

AA.VV., *La semplificazione amministrativa*, Bologna, 1999.

AA.VV., *Semplificazione e consenso nell'azione amministrativa: esperienze a confronto*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, p. 28 ss.

AA.VV., *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996.

AA.VV., *Studi Guicciardi*, Padova, 1975.

G. ABBAMONTE, *Completezza ed effettività della tutela giudiziaria secondo gli articoli 3, 24, 103 e 113 della Costituzione*, in AA. VV., *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996, p. 40 e ss.

G. ABBAMONTE, *L'eccesso di potere. Origine giurisdizionale del concetto nell'ordinamento italiano*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 68 ss.

M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2010.

R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956.

R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1978.

R. ALESSI, *Rilievi in tema d'applicazione d'atti amministrativi non conformi alle leggi da parte del giudice ordinario*, in AA.VV., *Studi Guicciardi*, Padova, 1975, p. 121 e ss.

R. ALESSI, *Spunti in tema di pregiudizialità nel processo amministrativo*, in Id., *Il processo amministrativo*, Milano, 1979.

T. ALIBRANDI, *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Napoli, 1969.

T. ALIBRANDI, *L'incidenza del rilascio della licenza nelle contravvenzioni edilizie*, in *Foro Amm.*, 1977, p. 1664 e ss.

M. ALLENA, *L'art. 6 Cedu come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli stati membri dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, 2, p. 267 ss.

G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006.

A. AMORE, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, in *Urb. e App.*, 2017, 6, p. 765 e ss.

S. AMOROSINO, *Achille e la tartaruga. Semplificazione amministrativa e competitività del sistema "Italia"*, Milano, 2006.

S. AMOROSINO, *Cinquant'anni di leggi urbanistiche (1942/1992). Spunti preliminari ad una riflessione*, in *Riv. giur. ed.*, 1993, II, p. 97 e ss.

S. AMOROSINO, *La semplificazione amministrativa e le recenti modifiche normative alla disciplina generale del procedimento*, in *Foro amm. TAR*, 2005, p. 2635 e ss.

S. AMOROSINO, *Note in tema di impugnabilità degli atti di indirizzo e programmazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 650 e ss.

A. AMORTH, *Impugnabilità e disapplicazione dei regolamenti e degli atti generali*, in *Atti IX Conv. Varenna*, Milano, 1964, p. 55 e ss.

A. AMORTH-O. RANELLETTI, (voce) *Atti politici (o di Governo)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. I, Torino, 1958, p. 1511 e ss.

- M. ANDREIS, *La conclusione inespressa del procedimento*, Milano, 2006.
- F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.
- M. ANNUNZIATA, *Azioni esperibili nei confronti della pubblica amministrazione e poteri del giudice ordinario*, Napoli, 1970.
- S. ARBIA, *Provvedimenti di polizia*, in *Noviss. dig. it.*, app. VI, Torino 1986.
- N. ASSINI e P. MANTINI, *Problemi e tendenze del diritto urbanistico*, in *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1991, p. 59 e ss.
- M. ATELLI, *Attività non autoritativa: largo al diritto privato*, in *Guida al diritto*, 2005, 10, p. 49 e ss.
- M. ATIENZA- J. RUIZ MANERO, *Tre approcci ai principi del diritto*, in *Analisi e diritto*, 1993, pp. 9-29.
- P. ATZORI-S.P. FRAGOLA-G. SCANDONE, *Lineamenti del diritto di polizia*, Padova, 1993.
- A. AULETTA, *Il principio dispositivo nel processo amministrativo, tra (attuale) specialità del sistema e (presunte) spinte verso la "tribunalizzazione" del G.A.*, in *De iustitia*, 2015, 1, p. 37 e ss.
- F. BACCO, *Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1165 e ss.
- E. BAFFI, *Abuso d'ufficio*, in S. FIORE (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004, p. 261 ss.
- R. BAJNO, *In tema di sindacato sull'ordine delle autorità nell'adempimento di un dovere ex art. 51 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1981, p. 546 e ss.
- R. BAJNO, *La tutela penale del governo del territorio*, Milano, 1980, p. 88 e ss.

G. BALLADORE PALLIERI, *Appunti sulla divisione dei poteri nella vigente Costituzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1952, p. 811

A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963.

A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, p. 443 e ss.

C. BARBATI, *Semplificazioni e processi decisionali nei sistemi multilivello*, in *Nuove Autonomie*, 2008, p. 435 e ss.

M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto 2004*, Torino, 2005, p. 1 ss.

E. M. BARBIERI, *La giustizia amministrativa sulla via dell'effettività*, in *Foro amm.*, 2000, p. 1551 e ss.

A. BARDUSCO, (voce) *Polizia locale*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, 1990.

P. BARILE, (voce) *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959.

S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 84 e ss.

N. BASSI, (voce) *Accordi amministrativi*, in S. CASSESE, *Diz. dir. pubbl.*, Milano, 2006, I.

N. BASSI, *Accordi amministrativi verticali e orizzontali: la progressiva ibridazione dei modelli*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007, p. 466 e ss.

N. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, p. 17 e ss.

F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2008.

- F. BASSI, *Lo straripamento di potere (Profilo storico)*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1964, p. 245 e ss.
- A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Parigi, 1868, VII, p. 402 e ss.
- S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 1, p. 47 e ss.
- G. BECCACECI, *In tema di requisiti formali delle domande di estradizione*, in *Giur. it.*, 2002, 01, p. 137 e ss.
- M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, p. 596 e ss.
- F. BENELLI, C. MAINARDIS, *La negoziazione delle competenze fra Stato e Regioni e il suo seguito giurisprudenziale*, in A. BARBERA-T. F. GIUPPONI, *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, p. 469 ss.
- C. BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Padova, 2016.
- L. BENVENUTI, *Breve divagazione in tema di merito amministrativo. A proposito di un libro recente*, in *Diritto pubblico*, 2016, 2, p. 795 e ss.
- F. BENVENUTI, *Disegno della Amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996.
- F. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002.
- F. BENVENUTI, (voce) *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, vol. V, p. 537 e ss.
- A. BERNARDI, *Commento all'articolo 7*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 64 e ss.

A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, I, 2004, p. 5 e ss.

A. BERNARDINI, *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milano, 1966.

A. BERTHÉLEMY, *The Conseil d'Etat in France*, in *Journal of Comparative Legislation*, 1930, p. 23 ss.

G. BERTI, *Art. 113 Cost*, in G. BRANCA, *Commentario alla Costituzione*, Roma-Bologna, 1987, 4, p. 287 e ss.

G. BERTI, *Le antinomie del diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2, 1996, p. 273 e ss.

L. S. BERTONAZZI, *Il giudizio sul silenzio*, in *Il Codice del processo amministrativo*, B. SASSANI-R. VILLATA (a cura di), Torino, 2012, 905-993.

L. S. BERTONAZZI, *La natura di atto politico, immune dal sindacato giurisdizionale, del rifiuto governativo di avviare trattative finalizzate alla conclusione di intese per regolare i rapporti con confessioni religiose: considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 52/2016*, in *www.giustamm.it*, 2016, 5.

L. S. BERTONAZZI, *Note sull'impugnabilità dei bandi, aspettando l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it*, 2018,1.

E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949.

E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971, p. 310 e ss.

C. A. BIGGINI, *Dei principi generali dell'ordinamento giuridico fascista (Contributo alla loro formulazione)*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943, XVIII, p. 381 e ss.

F. BILANCIA, *Ancora sull'atto politico e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Giur. cost.*, 2012, 2, p. 1148 e ss.

P. BILANCIA-F. G. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004.

R. BIN, *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, rel. *Convegno CUIA, Principi generali del diritto: un ponte giuridico tra Italia e Argentina*, Brescia, 9 e 10 maggio 2013, ora in AA.VV., *Roma e America. Diritto romano comune*, 2013, 34, p. 220 e ss.

R. BIN, *Lo stato di diritto*, Bologna, 2004.

R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, pp. 33-37.

F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, 2006.

G. BIONDI, *Piccoli passi della Corte di Cassazione verso una nuova disciplina della modifica della qualificazione giuridica del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 614 e ss.

N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965.

N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979.

N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, pp. 146 ss.

G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, 1990.

E. BONICHI, *Le leggi di pubblica sicurezza*, Roma, 1994-1995.

S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *L'Indice penale*, 2003, p. 491 e ss.

M. BONTEMPELLI, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano, 2009.

E. BOSCOLO, *Il perimetro del silenzio-assenso tra generalizzazioni, eccezioni per materia e norme previgenti*, in *Urb. App.*, 2009, p. 454 e ss.

M. BRACCI, *L'atto amministrativo inoppugnabile ed i limiti dell'esame del giudice civile*, in AA.VV. *Studi in onore di Federico Cammeo*, I, Padova, 1933, p. 149 e ss.

F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965.

F. BRICOLA, *Carattere 'sussidiario' del diritto penale e oggetto della tutela*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, I, Milano, 1984, p. 99 e ss.

F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, dello Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Questione criminale*, 1980, p. 191 e ss.

F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative*, in M. DE ACUTIS-G. PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984, p. 3 e ss.

F. BRICOLA, (voce) *Teoria generale del reato*, in *Nuoviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973.

D. BRUNELLI, (voce) *Fedeltà e difesa militare (disposizioni comuni)*, *Dig. Disc. Pen.*, vol. V, Torino, 1991.

D. BRUNELLI, (voce) *Violazione di ordinanze o provvedimenti militari*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993.

E. BRUTI LIBERATI, (voce) *Accordi pubblici*, in *Enc. dir., Agg.*, V, Milano, 2001, p. 6 ss.

E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996.

M. BRUTTI, (voce) *Invalidità (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972.

E. BULYGIN-C. E. ALCHOURRON, *Incompletezza, contraddittorietà e indeterminatezza degli ordinamenti normativi*, in G. DI BERNARDO (a cura di), *Logica deontica e semantica*, Bologna, 1977, p. 291 e ss.

A. CABIALE, *Il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica: da garanzia difensiva (nella Cedu) a strumento di legittimazione della prassi (in Cassazione)*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 225 e ss.

I. CACCIAVILLANI, *Il silenzio concludente e il delitto di omissione di atti d'ufficio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, p. 1233 e ss.

A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale, Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999.

A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale, Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014.

V. CAFERRA, *La Giustizia e i suoi nemici*, Bari, 2010.

G. CAIA, *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2000, I, p. 157 e ss.

G. CAIA, *Le forze di polizia nell'amministrazione della pubblica sicurezza*, in AA.VV., *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996, p. 1745 ss.

M. CAIANELLO, *Relazione al convegno Giudice ordinario (civile e penale) e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1983, I, p. 2072 e ss.

P. CALAMANDREI, *Della cosiddetta oratoria forense*, in Id., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, [1935], Milano, 1989.

P. CALAMANDREI, *Diversità del fatto e modifica dell'imputazione nel codice del 1988*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, p. 634 e ss.

P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, Milano, 1920, II.

P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, pp. 599 e ss.

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, p. 587 e ss.

G. CALESINI, *Leggi di pubblica sicurezza, illeciti amministrativi*, Roma, 2010.

M. CAMELLI, *Amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Annuario AIPDA*, 2002, Milano, pp. 107 ss.

F. CANGELLI, *Contaminazioni e suggestioni amministrativistiche nel quadro dogmatico delle Sezioni unite sulle valutazioni tecniche*, in *Arch. Pen.*, 2018, 1, Quesiti, p. 1-27.

F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004.

F. CANGELLI, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 303 e ss.

E. CANNADA-BARTOLI, *Annullamento di ufficio ed inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi (nota a Cons. Stato, sez. VI, 30 settembre 1964 n. 654)*, in *Foro amm.*, 1964, p. 143 e ss.

E. CANNADA-BARTOLI, *Ente pubblico e immunità: discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale*, in *Foro amm.*, 1967, p. 26 e ss.

- E. CANNADA BARTOLI, *In tema di motivazione di atti a contenuto generale*, in *Foro amm.*, 1995, p. 1088 e ss.
- E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, p. 206 e ss.
- E. CANNADA BARTOLI, *L'inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1962, p. 24 e ss.
- E. CANNADA-BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964.
- E. CANNADA BARTOLI, *Recenti interpretazioni dell'art. 5 della legge sul contenzioso amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 335 e ss.
- F. CANGELLI, *Art. 11, commi 1 e 4 bis*, in N. PAOLANTONIO-A. POLICEA. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, pp. 265 e ss.
- F. CANGELLI, *Articolo 11, commi 1 e 4 bis. Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto Amministrativo, I, Principi*, Milano, 2005, p. 355 e ss.
- F. CARINGELLA, *Limiti interni e poteri del g.o.*, in F. CARINGELLA-S. MAZZAMUTO-G. MORBIDELLI (a cura di), *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, 2011, p. 1499 e ss.
- F. CARINGELLA-R. MARINO, *Diritto di polizia*, Napoli, 1992.
- P. CARLUCCIO, *Caso ILVA: tutela dell'ambiente, bilanciamento fra diritti fondamentali e riserva di giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 7, p. 750 e ss.
- F. CARNELUTTI, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, p. 292 e ss.

E. CAPACCIOLI, *Il merito amministrativo: prospettive recenti*, in *Impresa, amb. e pubblica amm.*, 1980, p. 71 e ss.

E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, pp. 302 e ss.

G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 14 e ss.

A. CAPONE, *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, 2010.

P.A. CAPOTOSTI, *Ordinamento costituzionale e autorizzazione a procedere per i reati di vilipendio politico*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano 1977, p. 67 e ss.

M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984.

F. CARACCIOLI, (voce) *Esercizio del diritto (dir. Pen.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 2292 e ss.

R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012.

R. CARANTA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2000.

B. CARAVITA DI TORRITTO, *La "disapplicazione" dell'atto amministrativo da parte del Giudice Penale*, in AA.VV., *Quaderni del CSM*, gennaio 1991, p. 45 e ss.

G. CARBONI, *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, p. 454 e ss.

C. CARDIA, *Carta dei valori, dialogo tra culture*, in www.federalismi.it, 2008, 2.

P. CARETTI-U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1994.

- L. CARLASSARE, *L'atto politico tra "qualificazione" e "scelta": i parametri costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 554 e ss.
- L. CARLASSARE, (voce) *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990, p. 2 e ss.
- L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966.
- L. CARLASSARE, (voce) *Regolamento (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 621 e ss.
- L. CARLASSARE, (voce) *Legge (riserva di)*, in *Enc. Giur* XVIII, Roma, 1990, p. 7 e ss.
- F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, pp. 81 e ss.
- F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, p. 424 ss.
- P. CARONI, *Saggi sulla storia delle codificazioni*, Milano, 1998.
- M. CARTABIA, *Semplificazione amministrativa, riordino normativo e delegificazione nella "legge annuale di semplificazione"*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 385 e ss.
- C. CARUSO, *I casi "Speciale", "Petroni", "Sgarbi": sindacabilità dell'atto politico?*, in *Quad. cost.*, 2009, 2, pp. 381-384.
- G. CARUSO, *"Paradigmi" epistemologici del processo penale tra modello accusatorio ed inquisitorio*, appendice a U. PAGALLO, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, Padova, 2001.
- D. CARUSO INGHILLERI, *Atto politico e giurisdizione amministrativa*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1915, p. 66 e ss.
- E. CASETTA, (voce) *Attività amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. I, Torino, 1987, p. 521 e ss.

E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1957, p. 328 e ss.

E. CASSETTA, (voce) *Autorizzazione a procedere*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, p. 522 e ss.

E. CASSETTA, *La difficoltà di “semplificare”*, in *Dir. amm.*, 1998, 3-4, p. 335 e ss.

E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011.

E. CASSETTA, (voce) *Provvedimento amministrativo e atto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. XII, Torino, 1997, p. 243 e ss.

A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell’attività amministrativa*, Padova, 2013.

S. CASSESE, *Che cosa vuol dire “amministrazione di risultati”?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 941 e ss.

S. CASSESE, *Giannini e la rinascita del diritto amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1997, 6, pp. 580-89.

S. CASSESE, *Ipotesi sulla fortuna all’estero de “L’ordinamento giuridico” di Santi Romano*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2015, p. 177 e ss.

S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l’orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1998, p. 699 e ss.

S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003.

U. CASSESE, *Tra piano comunale e strumenti negoziali. Una riflessione sulle nuove forme di ordinarietà nelle pratiche di intervento sul territorio*, in L. BARBIERA (a cura di), *Urbanistica contrattata e tutela dell’ambiente*, Bari, 2007, p. 163 e ss.

S. CASSESE-G. GALLI (a cura di), *L’Italia da semplificare – Le Istituzioni*, Bologna, 1998.

- G. CATELANI, *I rapporti internazionali in materia penale*, Milano, 1995.
- M. CATENACCI-G. HEINE, *La tensione tra diritto penale e diritto amministrativo nel sistema tedesco di tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 940 e ss.
- P. CAVALERI, *L'autorizzazione a procedere ex art. 313, comma 3, c.p. nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.* 1971, I, p. 2072 e ss.
- M.C. CAVALLARO, *Sulla configurabilità degli accordi tra pubblica amministrazione e privati come strumento di semplificazione*, in *Nuove aut.*, 2008, p. 569 e ss.
- B. CAVALLO, *Accordi e procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso* (L. 7 agosto 1990, n. 241), Napoli, 1991.
- B. CAVALLO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2000.
- B. CAVALLO, *Provvedimenti amministrativi e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, vol. III, Padova, 1993, p. 20 e ss.
- R. CAVALLO PERIN, (voce) *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, 1999, p. 616 e ss.
- V. CAVANNA, *Caso ILVA e conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato* (nota a C. cost., ord. 13.2.2013, nn. 16 e 17), in *Ambiente e sviluppo*, 2013, 4, p. 326 e ss.
- V. CAVANNA, *ILVA, criterio di ragionevolezza e bilanciamento dei diritti* (nota a Corte cost., n. 85/2013), in *Ambiente e sviluppo*, 2013, 7, p. 631 e ss.

S. CECCHINI, *Linee generali del sottosistema dei reati urbanistici*, in M. ANGELINI-M. L. CAMPANI (a cura di), *Tutela penale dell'ambiente e i reati in materia urbanistica*, Napoli, 2014, p. 183 e ss.

C. CELONE, *Accesso, segreto investigativo, silenzio-rifiuto, omissione di atti d'ufficio: interferenze tra diritto amministrativo e diritto penale*, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 3349 e ss.

A. CELOTTO-C. MEOLI, *Semplificazione normativa (dir. pubbl.)*, in *Dig. pubbl.*, Agg. III, Torino, 2008, p. 806 e ss.

A. CERRI, (voce) *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur. treccani*, XXIII, Roma, 1990.

V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 55 e ss.

V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – II parte*, in www.giustamm.it

V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti "di alta amministrazione"*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 101 e ss.

V. CERULLI IRELLI-F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 617 e ss.

A. CERVATI, *Artt. 70-72*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1985, p. 180 e ss.

E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961.

E. CHELI, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, in *Riv. trim. dr. pubbl.*, 1959, p. 512 e ss.

O. CHESSA, *Interpretazioni del pluralismo. Il diritto costituzionale tra stabilità e mutamento*, Milano, 2005.

- A. CHIAPPETTI, (voce) *Polizia (dir. pubbl.)*, voce in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 120 e ss.
- A. CHIAPPETTI, (voce) *Polizia (forze di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1990.
- A. CHIAPPETTI-G. CAIA, *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, Tomo I, Milano, 2003, p. 281 e ss.
- M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2658 e ss.
- R. CHIEPPA, *Art. 21-septies*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, p. 933 e ss.
- R. CHIEPPA, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 3, p. 667 e ss.
- R. CHIEPPA-R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017.
- A. CHILIBERTI, *Azione civile e nuovo processo penale*, Milano, 2006, pp. 1045-1047.
- P. CHIMIANTI, *Diritto costituzionale fascista*, Torino, 1933.
- G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, Bologna, 1903, poi in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, p. 3 e ss.
- P. CHIRULLI, *Impugnabilità e disapplicazione dei bandi di gara: giurisprudenza «conservativa» e fermenti innovativi*, in *Giust. civ.*, 2004, p. 547 e ss.
- A. CHIZZONITI, *Abuso d'ufficio. Il Senato volta pagina*, in *Queste istituzioni*, XXV, 1997, p. 95 ss.

A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, Padova, 2003.

A. CIAMPI, *La garanzia e la disciplina del controllo giurisdizionale sulla richiesta di revoca o sostituzione delle misure cautelari disposte a fini di estradizione*, in *Cass. pen.*, 2003, 10, p. 2985 e ss.

F. CINTIOLI, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2003, p. 43 e ss.

F. CINTIOLI, *La disapplicazione*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2015, pp. 1428 e ss.

F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, Torino, 2007, p. 269 e ss.

A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. Amm.*, 2006, p. 99 ss.

S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, p. 101 e ss.

S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997.

S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione amministrativa, uso del diritto privato e privatizzazione*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 2001, pp. 44-45.

S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. Pubbl.*, 2003, 2, p. 405 e ss.

M. CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte Costituzionale 5 luglio 2004 n. 204*, in www.giustizia-amministrativa.it.

- M. CLARICH, *Le azioni*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2010, p. 1127 e ss.
- M. CLARICH, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 679-97.
- M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995.
- G. COCCO, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari, 1996.
- M. COCCONI, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 707 e ss.
- N. COCO, *L'atto di potere politico negli odierni atteggiamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1927, p. 277 e ss.
- G. COGLIANDRO, *Rule of law. La possibilità del contenuto morale del diritto*, Milano, 2012.
- S. COGNETTI, *"Quantità" e "qualità" della partecipazione*, Milano, 2000.
- G. COLAIACOVO, *Appunti in tema di estradizione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2012, 11, p. 3806 e ss.
- P. COMANDUCCI (a cura di), *Assaggi di metaetica due*, Torino, 1997.
- G. D. COMPORTE, *Verso un modello di polizia locale di tipo situazionale*, in F. CARRER (a cura di), *Dal controllo del territorio alla certezza della pena*, Milano, 2010, p. 27 e ss.
- G. B. CONSO, (voce) *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 340 e ss.
- A.G. CONTE, *In margine all'ultimo Kelsen*, 1967, ora in R. GUASTINI (a cura di), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1980, p. 197 e ss.
- G. CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979.

G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione dopo la riforma*, in *Quaderni del CSM.*, 1992, n. 59, p. 16 e ss.

G. CONTENUTO, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi, con particolare riferimento agli atti discrezionali*, in *Quaderni del CSM*, 1991, 1, p. 13 e ss.

G. CONTENUTO, *Il sindacato del giudice penale sugli atti e sulle attività della pubblica amministrazione*, in A. M. STILE (a cura di), *Riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1987, p. 81 e ss.

G. CONTENUTO, *Il sindacato del giudice penale sui "nulla osta" amministrativi*, in *Amm. e pol.*, 1982, p. 7 e ss.

A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000, p. 76 e ss.

F.P. CONTUZZI, (voce) *Atti del Governo*, in *Dig. It.*, Torino, 1899, vol. IV, p. 169 e ss.

G. CORAGGIO, (voce) *Merito amministrativo*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 131 e ss.

P. CORCIULO, *Attività interna della P.A. e reato di rifiuto di atti d'ufficio*, in *Riv. dir. pen. econ.*, 1993, 4, p. 545 e ss.

F. CORDERO, *Considerazioni sul principio di identità del «fatto»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, p. 932 e ss.

A. CORPACI, (voce) *Revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubb.*, Torino, 1997.

C. CORRADINI, *Diritto amministrativo militare*, in V. E. ORLANDO, *Primo trattato completo di Diritto amministrativo italiano, vol. X, Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1890.

M. CORSALE, *La certezza del diritto*, Milano, 1970.

- A. CORSARO, *Giudizio di ottemperanza ed effettività della tutela*, in *Foro amm. CdS*, 2007, 3, p. 1053 e ss.
- G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969.
- G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA*, 2002, Milano, pp. 127 e ss.
- G. CORSO, (voce) *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, 2006, Milano, p. 3492 e ss.
- G. CORSO, (voce) *Validità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993.
- G. CORSO-F. TERESI, *Il procedimento amministrativo e il diritto di accesso ai documenti*, Rimini, 1990.
- F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, in P. BONETTI, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Torino, 2012, p. 74 ss.
- P. COSTA, *Il "nuovo" delitto di omissione d'atti d'ufficio: verso la "procedimentalizzazione" degli illeciti penali*, in *Giur. di merito*, 1992, p. 928 e ss.;
- P. COTZA, *Il merito amministrativo*, Napoli, 2012.
- G. CREPALDI, *La motivazione degli atti di alta amministrazione*, in *Foro amm. Cons. Stato.*, 2003, 12, p. 3688 e ss.
- V. CRISAFULLI, (voce) *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 238 e ss.
- C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008.

C. CUDIA, *L'efficacia «dimensionale» dell'atto amministrativo: il caso dei destinatari degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2016, 4, p. 719 e ss.

C. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973.

M. CUNIBERTI, *La Consulta rigetta le questioni di costituzionalità sul c.d. 'decreto ILVA'*, in *Ambiente e sviluppo*, 2013, 6, p. 505 e ss.

F. CUOCOLO, (voce) *Alta amministrazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, p. 1 ss.

C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012.

F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Torino, 1934.

E. D'APUZZO, *Autorizzazione e libertà nella disciplina del commercio*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, 3, p. 919 e ss.

A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio. La legge di riforma 16 luglio 1997, n. 234*, Milano, 1997.

G. D'ELIA, (voce) *Polizia giudiziaria*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento, vol. II, Torino, 2005.

G. D'ORAZIO, *Gli accordi prelegislativi tra le Regioni (uno strumento di cooperazione interregionale)*, in *Giur. cost.*, 1977, 956 ss.

M. D'ORSOGNA-P. LOMBARDI, *Il silenzio-assenso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, p. 801 e ss.

G. DARAIIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in L. KALB (a cura di), *«Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano*, Torino, 2012, p. 539 e ss.

G. DARAIO, *Le rogatorie internazionali*, in G. SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, VI, *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, Torino, 2009, p. 617 e ss.

F. DASSANO, *Il nuovo delitto di rifiuto e omissione d'ufficio*, Torino, 1993.

A. DE CESARIS, *Il miraggio della semplificazione* (nota a Cons. St., sez. V, 6 dicembre 1993, n. 1262), in *Riv. giur. amb.*, 1994, p. 669 e ss.

E. DE CRISTOFARO, *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, in *Quaderni fiorentini* XXXVI, 2007, p. 1031 e ss.

S. DE FLAMMINEIS, *La tutela penale contro il silenzio amministrativo: "modi" e "tempi" di un'interconnessione disciplinare*, in *La giustizia penale*, 2009, 11-2, p. 656 e ss.

P. DE LISE, *Introduzione*, in G. PELLEGRINO (a cura di), *Le nuove frontiere del giudice amministrativo*, Milano, 2008, p. VII e ss.

P. DE LISE, *Relazione sull'attività della Giustizia Amministrativa*, Roma, 1 febbraio 2012.

E. DE MARCO, *La negoziazione legislativa*, Padova, 1984.

L. DE MATTEIS, *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa e tutela del diritto di difesa*, in A. BALSAMO- R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, p. 217 e ss.

M. DE PAOLIS, *La motivazione del provvedimento amministrativo*, Padova, 2002.

A. DE PETRIS, *La rappresentanza nell'era della tecnopolitica*, in N. ZANON – F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, 2001, p. 205 e ss.

D. DE PRETIS, *L'atto amministrativo autoritativo nell'esperienza tedesca*, in AA. VV., *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, *Annuario AIPDA 2011*, Napoli, 2012, p. 298 e ss.

G. DE SANTIS, *Diritto penale dell'ambiente, Un'ipotesi sistematica*, Milano, 2012.

M.R. DE SIMONE, *Il codice civile austriaco nel dibattito per l'unificazione legislativa italiana*, ora in *Percorsi del diritto tra Austria e Italia (secoli XVII-XX)*, Milano, 2006, p. 223 e ss.

M.R. DE SIMONE, *L'ABGB e il dibattito per la riforma del codice civile italiano nei primi anni del Novecento*, in M. ROSA DI SIMONE, *Percorsi del diritto tra Austria e Italia (secolo XVII-XX)*, Milano, 2006, p. 315 e ss.

A. DE VALLES, *Regolamenti ministeriali e ordinanze generali*, in *Foro it.*, 1951, IV, p. 97 e ss.

A. DE VALLES, *Sulla teoria degli "atti politici"*, in *Ann. Macerata*, 1929, V, p. 1 ss.

P. DE VISSCHER, *Les nouvelles tendances de la Démocratie anglaise. L'expérience des pouvoirs spéciaux et des pleins pouvoirs*, Parigi, 1947, p. 191 e ss.

M. DEGANELLO, *I criteri di valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale*, Torino, 2005.

C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padova, 1983.

G. DELLA MONICA, *L'efficacia del giudicato penale in altri procedimenti*, in U. CARNEVALI (a cura di), *Commentario del codice civile, Dei fatti illeciti*, vol. I, Torino, 2011, p. 44 e ss.

M. DELLE FOGLIE, *Verso un "nuovo" sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 5 luglio 2017.

A. DELL'ORCO, *Potestà di disapplicazione e provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, p. 743 e ss.

V. DEL POZZO, *Decorrenza del termine, lesione dell'interesse e disapplicazione dell'atto nel diritto processuale amministrativo*, in *Foro amm.*, 1952, I-2, p.146 e ss.

G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000.

A. F. DELITALA, *Il giudice dell'ottemperanza come «giudice naturale dell'esecuzione della sentenza»*, nota a sent. Cons. St., Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2, in *Foro Amm. CdS*, (II) 2013, 7-8, p. 1846 e ss.

M. DELSIGNORE, *Commento all'art. 31 Regio Decreto 26 giugno 1924, n. 1054*, in A. ROMANO-R. VILLATA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2009, p. 1484 e ss.

P. DELLO SBARBA, *Il silenzio-assenso e la tutela dei beni costituzionalmente rilevanti*, in *Urb. e app.*, 2009, p. 747 e ss.

G. P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1665-1669.

C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in *federalismi.it*, 2017, fasc. 2, p. 2 e ss.

S. DETTORI, *Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Stato su "L'atto politico"*, in *Nuove aut.*, 2009, p. 267 e ss.

E. DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile: il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Burgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, Torino, 2000.

M. DI BENEDETTO-M. MARTELLI-N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011.

M. L. DI BITONTO, *Profili dispositivoivi dell'accertamento penale*, Torino, 2004.

G. DI CHIARA, (voce) *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, p. 890 e ss.

G. DI FIORE, *Il riesame del provvedimento*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, p. 229 e ss.

V. DI FRANCO, *Diritto di polizia e politiche di sicurezza*, Napoli, 2003.

G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, Milano, 1984, p. 32 e ss.

O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?*, Torino, 2009.

A. R. DI LANDRO, *La Responsabilità per attività autorizzata nei settori ambiente e territorio*, Torino, 2018.

A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in DI MARTINO A. – BONDI A. – FORNASARI G., *Reati contro la pubblica amministrazione*, II ed., Milano, 2008, p. 246 e ss.

M. DI RAIMONDO, *Diritto di polizia*, Rimini, 1995.

F. R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003.

F. DINACCI, *Criteri di priorità nella formazione dei ruoli d'udienza e rinvio dei processi in corso*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il decreto sicurezza*, Torino, 2008, p. 225 e ss.

M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982, p. 29 e ss.

M. DOGLIANI, *Riserva di Amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, p. 675 e ss.

- E. DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 16 e ss.
- E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 395 e ss.
- V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e disapplicazione dell'atto amministrativo invalido*, in *Jus*, 1983, p. 172 e ss.
- M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.
- M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 141 e ss.
- F. DORO, *SCIA e DIA. Denuncia, dichiarazione e segnalazione certificata di inizio attività dopo i dd. ll. 78/2010, 70/2011, 138/2011 e 83/2012*, Padova, 2012.
- P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, Sirey, Parigi, 1935.
- G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif/ appliqué*, Parigi, 1885.
- M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.
- P. DUSI, *Discorso giuridico penale e cultura della società*, in M. DE ACUTIS-G. PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale, alternative di tutela*, Padova, 1984, p. 161 e ss.
- C. ESPOSITO, *Elementi soggettivi e oggettivi degli «atti aventi forza di legge»*, in *Giur. cost.*, 1959, p. 1078 e ss.
- C. FABIO, *Il decreto 'salva-ILVA'*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 4, p. 369 e ss.
- G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2016.

A. FANELLI, *Il sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa*, in *Riv. amm.*, 1995, II, p. 833 e ss.

A. FANELLI, *Sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa alla luce del disegno di legge sulla modifica dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. Amm.*, 1996, p. 827 e ss.

G. FARES, *Ordine pubblico, sicurezza e incolumità pubblica, polizia locale*, in G. CORSO E V. LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali. Parte speciale*, Vol. I, Milano, 2006, pp. 588 e ss.

M. FARINA, *Silenzio significativo della pubblica amministrazione e omissione di atti di ufficio*, in *Dir. pen. e processo*, 2002, 5, p.621 e ss.

L. FASCIO, *L'attività di alta amministrazione nelle Regioni italiane*, Torino, 2014.

L. FASCIO, *Le intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica tra atti politici e discrezionalità tecnica. Il caso dell'U.A.A.R. (Unione degli Atei e degli Agnostici)*, in *Foro amm.*, 2012, 5, p. 1024 e ss.

G. FASSÒ, (voce) *Giusnaturalismo*, in N. BOBBIO-N. MATTEUCCI-G. PASQUINO (diretto da), *Dizionario di politica*, 1983, *ad vocem*.

E. FAZZALARI, (voce) *Tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 403 e ss.

P. FELICIONI, *Correlazione tra accusa e sentenza: il principio *Iura novit curia* e la sentenza *Drassich c. Italia**, in GAITO-CHINNICI (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Padova, 2016, 187 e ss.

L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in AA.VV., *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente e ipotesi del futuro*, Padova, 2001, p. 43 e ss.

L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, *Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale*, 1985, 3, p. 493 e ss.

L. FERRAJOLI, *La giustizia penale nella crisi del sistema politico*, in E. BRUTI LIBERATI-A. CERETTI-A. GIANSAANTI (a cura di), *Governo dei Giudici*, Milano, 1996, p. 70 e ss.

L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Questione giustizia*, 2015, 3, p. 106 e ss.

L. FERRARA, *Dia (e silenzio-assenso) tra autoamministrazione e semplificazione*, in *Dir. amm.*, 2006, pp. 759-771 e in L. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, pp. 167 e ss.

R. FERRARA, *Il procedimento amministrativo visto dal "terzo"*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del convegno di Palermo 27-28 febbraio 2003, Torino, 2004, p. 242 e ss.

R. FERRARA, *Le «complicazioni» della semplificazione: verso un'Amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 323 e ss.

M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, p. 189 e ss.

M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000.

E. FERRARI, *Contro la banalità della semplificazione normativa*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Atti del convegno Roma 17-18 marzo 2005, Milano, 2005, p. 141 e ss.

E. FERRARI, (voce) *Revoca nel diritto amministrativo*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Torino, 1997.

G. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 139 e ss.

G. FIANDACA, nota a sent. C. Cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.*, 1988, I, p. 1385 e ss.

G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico*, in *Foro It.*, 2000, V, c.138.

G. FIANDACA., *Il diritto penale tra Legge e Giudice*, Padova, 2002.

G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale e il ruolo della Cassazione*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, p. 239 e ss.

G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 e ss.

G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2014.

S. FIENGA-A. MUOLLO, *La semplificazione del procedimento nelle pronunce dei giudici amministrativi*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2012, 12, p. 1224 e ss.

S. FIORE, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004.

S. FOIS, *Il modello costituzionale del giusto processo*, in *Rass. Parl.*, 2000, p. 569 e ss.

S. FOIS, (voce) *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 665 e ss.

G. FONDERICO, *Il nuovo tempo del procedimento, la d.i.a. e il silenzio assenso*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, p. 1017 e ss.

G. FONTANA, *C'era una volta il principio iura novit curia, (ovvero considerazioni critiche su una peculiare lettura del principio iura novit curia operata dal Consiglio di Stato)*, nota a Parere della Seconda Sezione del Consiglio di Stato, 24 ottobre 2007 n. 1677, in www.giurcost.it.

S. FORASASSI, *Rassegna della giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali su "L'atto politico"*, in *Nuove aut.*, 2009, p. 289 e ss.

U. FORTI, (voce) *Atto (di governo)*, in *Enc. It. Treccani*, Milano, 1930, vol. V, p. 290 e ss.

F. S. FORTUNA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2010.

F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998.

F. FRACCHIA, *Vizi formali, semplificazione procedimentale, silenzio-assenso e irregolarità*, *Dir. Ec.*, 2002, p. 429 e ss.

C. FRANCHINI, *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1957, p. 337 e ss.

C. FRANCHINI, *Giudice penale e sindacato dell'attività amministrativa (teoria e prassi nell'esperienza di un recente caso in materia di opere ferroviarie)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, p. 686 e ss.

V. FROSINI-F. RICCOBONO (a cura di), *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, Milano, 1994.

F. FRENI-F. DE LUCA, *Effettività della tutela e giusto processo amministrativo*, Roma, 2011.

A. FURGIUELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, Torino, 2007.

G. GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e Giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa italiana*, Milano, 1990.

C. E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, p. 26 e ss.

M. GAMBARDELLA, *Considerazioni sulla 'violazione di norme di legge' nel nuovo delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, in *Foro it.*, 1998, II, p. 258 e ss.

M. GAMBARDELLA, (voce) *Disapplicazione degli atti amministrativi (dir. Pen.)*, in *Enciclopedia giur. Treccani*, XI, Roma, 2004.

M. GAMBARDELLA, *Disapplicazione in bonam partem e divieto per il giudice penale di sostituirsi all'amministrazione nell'emanazione di atti amministrativi negoziali*, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 3552 e ss.

M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002.

R. GAMBINO, *Relazione per il XXI Congresso INU*, Bologna, 1995, p. 3 e ss.

A. GARAPON, *I custodi dei diritti*, Milano, 1997.

V. GARINO, (voce) *Disobbedienza nel diritto penale militare*, *Dig. Disc. Pen.*, IV, 1990, p. 140 e ss.

G. GARRONE, (voce) *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1987, vol. I, p. 544 ss.

P. GASPARRI, (voce) *Eccesso di potere*, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 124 e ss.

G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino, 1959.

M. P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Napoli, 2009.

G. GHETTI, (voce) *Conferma, convalida e sanatoria degli atti amministrativi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. III, Torino, 1989, p. 347 e ss.;

- A. GHIARA, *Artt. 651-652*, in M. CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. VI, Torino, 1991, p. 446 e ss.
- L. GIANI, *Articolo 20. Silenzio assenso*, in N. PAOLANTONIO-A. POLICE-A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, p. 411 ss.
- M. S. GIANNINI, (voce) *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 157 e ss.
- M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993.
- M. S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1960.
- M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950.
- M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, Sassari, 1940, ora in *Quaderni fiorentini*, 1973, p. 179 e ss.
- M. S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, p. 9 e ss.
- M. S. GIANNINI-A. PIRAS, (voce) *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1970, vol. XIX, p. 289 e ss.
- D. GIORGIO, *Precetto penale e precetto amministrativo a confronto per la individuazione di una diversa rilevanza giuridica della inerzia della pubblica amministrazione*, in *Tribunali amministrativi regionali*, 1996, 9, p. 245 e ss.
- B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013.
- E. GRANDE, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?*, in *Pol. dir.*, 1996, p. 469 e ss.
- P. G. GRASSO, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur. cost.*, 1981, I, p. 808 e ss.

G. GRASSO, *L'indipendenza delle Autorità amministrative indipendenti tra forma di Stato, forma di governo e trapasso dei sistemi elettorali. Un'indagine comparata*, in AA. VV., *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, 1999, p. 101 e ss

G. GRECO, *Accordi amministrativi e principio di legalità*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di Studi, Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 2007, Milano, 2008, p. 432 e ss.

G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2004.

G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 413

G. GRECO-M. CAFAGNO-M. RAMAJOLI-D.U. GALETTA-M. SICA, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2017.

G. GRECO, *Gli accordi amministrativi*, in Id., *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2008, pp. 149 e ss.

G. GRECO, *La scia e la tutela dei terzi al vaglio dell'adunanza plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, p. 359 e ss.

G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 380 e ss.

P. GROSSI, *Crisi delle fonti e nuovi orizzonti del diritto*, Napoli, 2009.

P. GROSSI, *Della interpretazione come invenzione, La riscoperta post-moderna del ruolo inventivo della interpretazione*, Lezione tenuta il 23 ottobre 2017 presso la Scuola Superiore della Magistratura, nell'ambito del corso "L'interpretazione nel diritto del lavoro".

P. GROSSI, *Indipendenza del pubblico ministero e soggezione dei giudici alla legge*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1964, p. 559 e ss.

P. GROSSI, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, in P. GROSSI-E. CHELI-G. ALPA, *Piero Calamandrei. Garanzie e limiti del potere giudiziario. Relazioni e interventi all'Assemblea costituente*, Genova, 2016, p. 14 e ss.

P. GROSSI, *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, in *Annuario AIPDA*, 2014, p. 5 e ss.

P. GROSSI-A. ROMANO, *Nota bibliografica su Santi Romano*, in E. RIPEPE (a cura di), *Ricordando Santi Romano in occasione dell'inaugurazione dei corsi dell'a.a. 2010-2011 nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa*, Pisa, 2012, pp. 80-85.

V. GROSSO, *I reati previsti nell'art. 17 della l. 10 del 1977 e successive modificazioni e integrazioni (difficoltà interpretative e prospettive di riforma)*, in *Cass. Pen.*, 1984, p. 743 e ss.

G. GRÜNER, *L'impossibile rivincita del merito sulla fiducia e le garanzie del procedimento nei rapporti tra politica e amministrazione*, nota a sent. Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2006, n. 1554, in *Foro amm. CDS*, 2007, p. 280 e ss.

A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016, *passim*, spec. cap. I

G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione della legge illegale*, in *Jus*, 1951, p.356 e ss.

G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994.

G. GUARINO, *Profili costituzionali, amministrativi e processuali delle leggi per l'Altopiano silano e sulla riforma agraria e fondiaria*, in *Foro it.*, 1952, IV, p.73 e ss.

- C. GUARNIERI, *Pubblico ministero e sistema politico*, Padova, 1984.
- R. GUASTINI, *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 1992.
- R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992.
- R. GUASTINI, (voce) *Art. 101 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma, 1994, p.168 e ss.
- R. GUASTINI, (voce) *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1994, IX, p. 85 e ss.
- R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995.
- R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998.
- R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004.
- R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, 2006.
- G. GUCCIONE, *Il ricorso avverso il silenzio-inadempimento dell'amministrazione: breve ricostruzione storica dell'istituto ed applicazioni giurisprudenziali del rito ex art. 2 della L. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 1083 e ss.
- M. GULLINO, *Le condizioni di procedibilità: compatibilità con il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Diritto & formazione*, 2002, p. 1240 e ss.
- E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, p. 265 e ss.
- E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1994.
- W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Testo e diritto, Ars interpretandi*, 1997, II, p. 190 e ss.

- M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997.
- M. IACUANIELLO, *Abusivismo edilizio e provvedimenti illegittimi*, in *Riv. Giur. Edil.* 1978, II, p. 160 e ss.
- G. IADECOLA, *L'abuso d'ufficio*, in FORTUNA (a cura di) *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2002, p. 99 ss.
- L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in C. PINELLI (a cura di), *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, 2000, Torino, p. 37 e ss.
- L. IANNOTTA, *L'adozione di atti autoritativi secondo il diritto privato*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, p. 131 e ss.
- P. IANNUCELLI, nota a sent. Trib. Milano, 17 giugno 2000, in *For. Amm.* 2001, p. 99 e ss.
- M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 103 e ss.
- M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999.
- M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 336 e ss.
- M. IMMORDINO, *I contratti della pubblica amministrazione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 414 e ss.
- V. INGLETTI, *Diritto di Polizia Giudiziaria*, Roma, 2010, p. 505 e ss.
- N. IRTI, *Nichilismo e concetti giuridici. Intorno all'aforisma 459 di "Umano, troppo umano"*, Napoli, 2005.

I. KANT, *La metafisica dei costumi*, note e commenti a cura di G. VIDARI, Roma-Bari, 2016.

I. KANT, *Metaphysik der Sitten, Metafisica dei costumi (1797)*, Testo tedesco a fronte, a cura di G. LANDOLFI PETRONE, Milano, 2006, p. 216 e ss.

A. KAUFMANN, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars Interpretandi*, 2001, 6, pp. 319-332.

H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, 1960, trad. it. 1966, Torino, 2000.

R. E. KOSTORIS, *Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 875 ss.

T. KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *L'atto politico (e il "politico")*, nota a sent. TAR Lazio, sez. III, 8 novembre 2007, n. 11271, in *Giust. civ.*, 2008, pp. 509 e ss.

M. LA MONICA-G. MARINI-L. MAZZA-S. RIONDATO, *Manuale del diritto di polizia*, Milano, 1993.

E. LAFERRIÈRE, *Traité de la jurisdiction administrative*, Parigi, 1887, II, p. 30 e ss.

G. LANZEL- LOTTO-L. ZANDRI, *Manuale di pubblica sicurezza*, Rimini, 1996.

S. LARICCIA, *Santi Romano: l'ordinamento giuridico*, in *Ritorno al diritto*, 2008, 7, pp. 82-109.

P. LASLOCKY, (voce) *Rogatoria - dir. proc. pen.*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 121 e ss.

C. LATINI, *«L'araba fenice». Specialità delle giurisdizioni ed equità giudiziale nella riflessione dottrinale italiana tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini*, 35, 2006, II, pp. 595 e ss.

G. LATTANZI, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali in una circolare della presidenza del consiglio*, in *Foro it.*, 1985, 5, p. 251 e ss.

F. LAURENT, *Principi di diritto civile*, Trad. it., Milano, 1904, I.

M. LAVATELLI, *La cassazione si pronuncia sul potere del giudice penale di sindacare la legittimità degli «atti amministrativi dal contenuto normativo» che regolano il rilascio dei permessi di costruire*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 3, pp. 1096-1157.

P. LAZZARA, *I procedimenti ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/1990) alla direttiva "servizi" (2006/123/CE)*, Napoli, 2008.

P. LAZZARA, *La semplificazione dell'azione amministrativa ed il procedimento tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Nuove autonomie*, 2008, p. 475 e ss.

P. LAZZARA, *Contributo al dibattito sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-octies, L. 241 del 1990*, in *Foro amm. CdS*, 2009, pp. 190-208.

P. LAZZARA, (voce) *Nullità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir. Treccani online*, 2013, pp. 1-18.

P. LAZZARA, *Annulabilità del provvedimento*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, pp. 838-868.

P. LAZZARA, *L'evoluzione del procedimento nell'ultimo decennio*, in *Foro Amm.*, 2017, 7/8, p. 1771 e ss.

F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 133 e ss.

E. LEHNER, *Il caso Petroni: luci ed ombre della sentenza n. 69 del 2009*, in *Giur. cost. n. 2/2009*, p. 646 e ss.

B. LEONI, *La libertà e la legge*, Macerata, 2010 (ristampa).

S. LESSONA, *La divisione dei poteri (appunti terminologici)*, in Id., *Scritti minori*, II, Milano, 1958, p. 1147 e ss.

F. LIGUORI, *L'attività non autoritativa tra diritto privato e diritto pubblico. A proposito del comma 1 bis*, in AA.VV., *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo*, 2007, p. 20 ss.

M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, *Dir. Amm.*, 2003, p. 292 e ss.

B. LIUZZI, *Sulla nozione di atto di governo*, in *Foro amm.*, 1927, p. 71 e ss.

A. LOLLI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico*, Milano, 2000.

N. LONGOBARDI, *Attività economiche e semplificazione amministrativa. La "direttiva bolkenstein" modello di semplificazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2009, 3, p. 695 e ss.

F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, (1942), nuova ed. a cura di G. ASTUTI, Milano, 1968.

G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2004.

A. LUCARELLI, *Stato di diritto e principio di legalità nel processo di evoluzione della forma di stato europea: il convegno di Napoli del 6 aprile 2004*, in *Rass. parl.*, 2004, IV, p. 891 ss.

M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 2014, 4, p. 13 e ss.

M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Vol. I, Milano, 1999, p. 880 e ss.

- P. M. LUCIBELLO, *Il giudice penale e la pubblica amministrazione*, Rimini, 1994.
- R. LUCIFREDI, *In tema di principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, in *Stato e Diritto*, I, 1940, p. 312 ss.
- C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano 1990.
- G. MAJONE, *From the positive to the Regulatory State: Causes and consequences of Changes in the Mode of Governance*, in *Journal of Public Policy*, 1997, p. 141 e ss.
- C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, XXIV ed., Torino, 2015.
- V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2, 1997, p. 1202 e ss.
- V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1219 e ss.
- V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012.
- G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001.
- G. MANFREDI, *La nuova disciplina degli accordi tra amministrazione e privati e le privatizzazioni dell'azione amministrativa*, in *Foro amm. CdS*, 2007, p. 334 e ss.
- S. MANGIAMELI, *La polizia locale urbana e rurale: materia autonoma o potere accessorio e strumentale?*, in *Giur. Cost.*, 1996, p. 457 e ss.
- A. MANGIARACINA, *L'esecuzione condizionata della richiesta di estradizione e le assicurazioni offerte dal nostro sistema processuale nell'ipotesi di condanna in absentia*, in *Cass. pen.*, 2005, 4, p. 1310 e ss.

M. MANGINI, *Sviluppo sostenibile e governance partecipata*, in L. BARBIERA, *Urbanistica contrattata e tutela dell'ambiente*, Bari, 2007, p. 269 e ss.

L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, p. 288 e ss.

F. MANTOVANI, (voce) *Esercizio del diritto*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966 (b), p. 627 e ss.

F. MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile e inexcusabile*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1990, p. 39 e ss.

M. MANTOVANI, *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, 2003, in particolare 167 e ss.

D. MARAFIOTI, *La supplenza*, Milano, 1985.

D. MARAFIOTI, *Metamorfosi del giudice*, Bari, 2004.

M. R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, 2005.

T. MARCHI, *A proposito della distinzione fra atti politici e amministrativi*, Parma, 1905.

V. MARCHIANÒ, *ANAC e potere di regolazione*, in *Appalti & Contratti*, 2016, 7-8, p. 52 e ss.

D. MARCONI, *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Torino 2007.

I. M. MARINO, *Responsabilità dell'Amministrazione e risultati*, in M. IMMORDINO-A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, p. 163-164.

R. MARONE, *Gli accordi di programma nella L. n. 142/1990*, in *Corr. Giur.*, 1991, p. 1345 e ss.

- A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012.
- F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, Milano, 2011.
- M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964.
- A. MASSERA, *I contratti*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2009, p. 350 e ss.
- V. MATHIEU, *Luci ed ombre del giusnaturalismo*, Torino, 1989.
- B. G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, spec. p. 11 e ss.
- B. G. MATTARELLA, *Diritto Amministrativo Generale*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, II, p. 734 e ss.
- B. G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 469 e ss.
- B. G. MATTARELLA, (voce) *Provvedimento amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006, p. 4738 e ss.
- B. G. MATTARELLA, *La scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giorn.dir.amm.*, 2010, p. 1328 e ss.
- B. G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011.
- B. G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, p. 1 e ss.
- C. MAVIGLIA, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002.

- O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Monaco, 1914.
- O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Criminalia*, 2012, p. 363 e ss.
- N. MAZZACUVA, *Le autorizzazioni amministrative e la loro rilevanza penale*, in *Riv. it.dir. proc. pen.* 1976, p. 774 e ss.
- M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione, apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008.
- M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1, p. 143 e ss.
- M. MAZZAMUTO, *Poteri di polizia e ordine pubblico*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 441 e ss.
- L. MAZZAROLLI, (voce) *Convalida, II) Convalida dell'atto amministrativo*, in *Enc. Giur.*, vol. IX, Roma, 1988, 2.
- L. MELE, *La diversa qualificazione del fatto operata ex officio e la tutela del diritto al contraddittorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 75 e ss.
- L. MELE, *La semplificazione del procedimento amministrativo nelle leggi 15 marzo 1997, n. 59 e 15 maggio 1997, n. 127*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 4, p. 781 e ss.
- C. A. MELI, *Kant e la possibilità dell'etica: lettura critico-sistematica dei primi principi metafisici della dottrina della virtù*, Milano, 2016.
- G. MELILLO, *Decreto di estradizione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Cass. pen.* 2000, 7-8, p. 2124 e ss.
- G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana 1861-1993*, Bologna, 1996.
- R. MENDOZA, *Nota a Cass., SS.UU., sent. 12 novembre 1993 n. 11635, ric. Borgia*, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 901 e ss.

R. MENEGHELLI, *La funzione del giudice e il principio della divisione dei poteri*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3223 e ss.

L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996.

L. MENGONI-F. MODUGNO-F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2017.

A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, Napoli, 2012.

P. A. MERLIN, *Rèpertoire universale et raisoneè de jurisprudence*, Parigi, 1812.

F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.

F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2001.

F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: il caso dell'«alternanza»*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2001, p. 561 e ss.

F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, *Dir. Amm.*, 2002, p. 527 e ss.

F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007.

F. MERUSI, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo*, in *Nuove autonomie*, 2008, p. 335 e ss.

R. MESSINA, *I reati contro la fedeltà e la difesa militare*, in *Rass. Giust. mil.*, 1987, p. 202 e ss.

D. MESSINEO, *Atti politici, Stato di diritto, strumenti di verifica della giurisdizione*, in *Dir. Amm.*, 2013, I, p. 717 ss.

R. MICCÙ, *Lo Stato regolatore e la nuova Costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in P. CHIRULLI- R. MICCÙ (a cura di), *Il modello europeo di regolazione*, Napoli, 2011, p. 138 e ss.

M. MIDIRI, (voce) *Autorizzazione a procedere*, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1988, p. 5 e ss.

M. MIDIRI, (voce) *Autorizzazione a procedere*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1997, p. 5 e ss.

G. MIELE, *In tema di annullamento d'ufficio di atti amministrativi illegittimi*, in *Giur. comp. Cass. civ.*, 1947, I, p. 1132 e ss.

S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.

S. MOCCIA, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001

F. MODUGNO, (voce) *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1976, 472 e ss.

F. MODUGNO, (voce) *Sistema giuridico*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIX, Roma, 1993.

F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova, 1998.

F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2000.

F. MODUGNO-A. CELOTTO-M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla crisi della legge*, in *S. parl. pol. cost.*, 1999, p. 7 e ss.

F. MODUGNO-M. MANETTI, (voce) *Eccesso di potere*, II) *Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989.

- F. MODUGNO- D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989, p. 424 e ss.
- M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, Padova, 2012.
- L. MONTEFERRANTE, *La nuova disciplina degli accordi amministrativi*, in *Foro amm. TAR.*, 2005, *Suppl. 6*, p. 39 e ss.
- L. MONTEFERRANTE, *La nuova disciplina degli accordi procedurali: profili di tutela giurisdizionale*, in *AA.VV. Riforma della l. 241/1990*, www.lexitalia.it, p. 40 e ss.
- L. MONTEFERRANTE, *La nuova disciplina degli accordi procedurali: profili di tutela giurisdizionale*, in *Foro amm. TAR*, 2006, p. 39 e ss.
- R. MONTEFUSCO, *La motivazione degli atti di pianificazione urbanistica: atti amministrativi generali?*, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 2861 e ss.
- M. MONTINI, *Il giudice del lavoro, quale giudice naturale, delle posizioni soggettive della dirigenza pubblica «privatizzata» alle prese con gli effetti della sentenza n. 204 del 2004 della corte costituzionale*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2004, 6, p. 1081 e ss.
- L. MORBELLI, *Omissione di atti d'ufficio e silenzio della Pubblica Amministrazione*, in *Diritto penale e processo*, 1999.
- G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 680 e ss.
- G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *AA.VV., Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, I, p. 531 e ss.
- G. MORBIDELLI, *Il tempo del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati a sistema*, Napoli, 2006, p. 251 e ss.

G. MORBIDELLI, *I cinquant'anni dell'Enciclopedia del diritto*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 499 e ss.

G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, *Diritto amministrativo*, 2016, 3, p. 273 e ss.

G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, editoriale in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, 2, p. 1 e ss.

C. MORTATI, (voce) *Costituzione dello Stato, II, La costituzione italiana*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 214 e ss.

C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968.

C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, IX ed., Padova, 1976.

C. MOSCA, *Il coordinamento delle forze di polizia. Teoria generale*, Padova, 2005.

A. MOSCARINI, *Sui decreti del Governo «di natura non regolamentare» che producono effetti normativi*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 507 e ss.

E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008.

G. NACCI, *L'influenza del giudicato penale di assoluzione sul processo civile: esiste ancora la "pregiudizialità penale"?*, in *Resp. civ.*, 2007, pp. 415 ss.

U. NANUCCI, *Altre attività di polizia*, in AA.VV., *Manuale pratico della polizia giudiziaria*, Roma, 2013, p. 565 e ss.

G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, 5, p. 485 e ss.

G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, p. 102 e ss.

- A. NATALINI, *Le semplificazioni amministrative*, Bologna, 2002.
- G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e diritto penale nel periodo fascista*, in *Quaderni fiorentini XXXVI*, 2007, p. 983 e ss.
- V. NERI, *Note minime sulla disapplicazione delle linee guida ANAC da parte del giudice amministrativo e sulla rilevanza penale della loro violazione*, in *Urb. e App.*, 2018, 2, p. 145 e ss.
- M. NICOLOSI, (voce) *Fedeltà e difesa militare (reati contro la)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 1989.
- M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.
- M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976.
- M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione, Il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Problemi di amministrazione pubblica, Quad. Formez, L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Napoli, 1981, p. 21 e ss.
- M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994.
- M. NOBILI, (voce) *Art. 25, cit.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Roma-Bologna, 1981, p. 154 e ss.
- M. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 650 e ss.
- M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in Id., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 182 e ss.
- A. NOVA, (voce) *Polizia amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XI, Torino, 1996, p. 314 e ss.

P. NUVOLONE, *Valori costituzionali della disciplina militare e sua tutela nel codice penale militare di pace e nelle nuove norme di principio*, in *Rass. Giur. mil.*, 1979, p. 21 e ss.

M. OCCHIENA, *Riforma della 241/1990 e "nuovo" silenzio rifiuto: del diritto v'è certezza*, www.giustamm.it, 2005.

V. ONIDA, *Autorizzazione a procedere e principio di uguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1971, p.742 e ss.

R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008.

R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. FERRUA - F. M. GRIFANTINI - G. ILLUMINATI - R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 1999, p. 3-61.

T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. It. Di. Proc. Pen.*, 1989, p. 93

G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2015.

A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, p. 107 e ss.

C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano, 2008.

A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. Proc. amm.*, 1994, p. 453 e ss.

A. PAJNO, *Relazione di Inaugurazione dell'anno giudiziario 2017 del Presidente Consiglio di Stato*, Roma, 28 gennaio 2017.

A. PAJNO, *Massimo Severo Giannini e l'interpretazione della complessità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 3, pp. 325-331.

S. PAJNO, *Giudizi morali e pluralismo nell'interpretazione costituzionale, un percorso tra Hart e Dworkin*, Torino, 2013.

- L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996.
- F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza in diritto penale*, Padova, 1979.
- F. PALAZZO, *Principi costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione*, in AA.VV., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, I, Milano, 1991, p. 369 e ss.
- F. PALAZZO, *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in *Studium juris*, 1996, p. 67 e ss.
- F. PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 244 e ss.
- C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 430-544.
- C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari*, Padova, 1985, pp. 143-149.
- G. PALMA, *Itinerari di diritto amministrativo*, Padova, 1996.
- F. PALMISANO, *Responsabilità penale per le trasformazioni urbanistiche eseguite con concessione illegittima*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 1989, 1-2, p. 27 e ss.
- N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 365 e ss.
- V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996.
- V. PARISIO (a cura di), *Inerzia della p.a. e tutela giurisdizionale*, Milano, 2002.

M. PARODI GIUSINO, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio e la controversa rilevanza penale dell'eccesso di potere in atti amministrativi*, in C. PARANO (a cura di), *Pubblica amministrazione, diritto penale, criminalità organizzata*, Milano, 2008, p. 25 e ss.

B. PASTORE, *Controllo in Cassazione e giustificazione della decisione giudiziaria*, in *Ragion pratica*, 1, 1993, p. 223 e ss.

F. PASTORE, *Principio pluralista e diritto costituzionale comune europeo*, in M. SCUDIERO a cura di, *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli, 2002.

F. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, relazione tenuta in occasione del Premio Sandulli 2010, presso l'Avvocatura generale dello Stato, 2 dicembre 2010.

M. PELLISSIERO-C. F. GROSSO, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015

V. PERCHINUNNO, (voce) *Imputazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. V, Roma, 1989.

L. PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 809 e ss.

M. PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, 1980.

M. PETRONE, *La disapplicazione dell'atto amministrativo: aspetti penali*, in *Quaderni del CSM*, 1987, 1, p. 69

M. PETRONE, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Atti del ciclo di conferenze della Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione*, Roma, 1994, p. 91 e ss.

M. PETRONE, *L'efficacia scusante dell'ignoranza dei doveri militari*, nota a sentenza a C. cost. 24 febbraio 1995, n. 61, in *Giur. Cost.*, 1995, I, p. 2054 e ss.

- M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale, Scritti*, Milano, 2000.
- M. PETRONE, *La costruzione della fattispecie penale mediante rinvio*, in AA.VV., *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, p. 192 e ss..
- M. PERINI, (voce) *Atto politico e atto di governo (postilla di aggiornamento)*, in *Enc. Giur.*, vol. I, Roma, 2007.
- P. PERLINGIERI, *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 4 e ss.
- S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016.
- B. PEZZINI, *Presidente della repubblica e ministro della giustizia di fronte all'autorizzazione a procedere per il reato di offesa al presidente (art. 278 c.p.)*, in *Giur. cost.*, 1996, 5, p. 3286 e ss.
- E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, 1988.
- E. PICOZZA, *Gli accordi tra privati e pubbliche amministrazioni: art. 11 legge 7 agosto 1990, n. 241*, in F. P. PUGLIESE (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo. Legge 7 agosto 1990 n. 241. Prospettive di alcuni istituti*, Milano, 1999, p. 14 e ss.
- E. PICOZZA, *Il «giusto» processo amministrativo*, in *Cons. St.*, 2000, II, p. 1061 e ss.
- V. PIETROBON, (voce) *Affidamento*, in *Enc. giur.*, 1988, 1.
- C. PINELLI, *La costituzione di Santi Romano e i primi maestri dell'età repubblicana*, in *AIC, Rivista telematica giuridica dell'Associazione dei Costituzionalisti*, 2012, 2, pp. 1-26.

C. PINELLI, *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa - Possibilità e limiti di un approccio giuridico*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 355 e ss.

G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion pratica*, 2007, 1, p. 219 e ss.

P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Bari, 1964.

P. PIOVANI, (voce) *Effettività (principio di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 420 e ss.

P. PISA, (voce) *Abuso d'ufficio*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Agg. IV, 2005.

P. PISA, *Abuso d'ufficio, (postilla di aggiornamento)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Agg. IV, 2005.

L. PISCITELLI, *Poteri di pianificazione e situazioni soggettive, I vincoli urbanistici*, Padova, 1990.

L. PISCITELLI-A. MARRA, *Limiti soggettivi del giudicato di annullamento degli atti generali delle Autorità di regolazione*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2015, 1, p. 37 e ss.

P. PIZZA, *L'Adunanza plenaria e l'impugnazione diretta dei bandi*, in *Foro amm. CDS*, 2003, p. 79

A. PIZZORUSSO, *Scricchiolii sempre più forti dell'istituto dell'autorizzazione e procedere*, in *Giur. cost.* 1973, p. 100 e ss.

A. PIZZORUSSO, (voce) *Iura novit curia (Ordinamento italiano)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989.

A. PIZZORUSSO, *Principio democratico e principio di legalità*, in *Questione giustizia*, 2003, 2, p. 340 ss.

A. POLICE, *Prevedibilità delle scelte e certezza dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 697 e ss.

A. POLICE, *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 229 e ss.

A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative - gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997.

A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004.

A. POLICE, *L'adozione di atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, p. 139 e ss.

A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007, p. 135 e ss.

A. POLICE, *Governo e mercato dei diritti edificatori*, in A. BARTOLINI-A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori, esperienze regionali a confronto*, Napoli, 2009, p. 21 e ss.

A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempiuto*, in M. A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, p. 226 e ss.

A. POLICE, *L'avvocato amministrativista e il suo ruolo nella semplificazione dei rapporti con la P.A.*, in D. CERINI-F. SCARPELLI, *L'avvocato nella società contemporanea*, Torino, 2015, p. 51 e ss.

C. POLITT-K. BATHGATE-J. CAULFIELD-A. SMULLEN-C. TALBOT, *Agency fever? Analysis of an international policy fashion*, in *Journal of Comparative Policy Analyses Research and Practice*, 2001, p. 271 e ss.

C. POLLITT-C. TALBOT-J. CAULFIELD-A. SMULLEN, *Agencies: how governments do things through semi- autonomous organizations*, Basingstoke, 2004.

D. PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Milano, 2007.

B. PONTI, *Amministrazione di risultato, indirizzo politico amministrativo e dirigenza*, in F. MERLONI-A. PIOGGIA-R. SEGATORI, *L'amministrazione sta cambiando? Una verifica dell'effettività dell'innovazione nella pubblica amministrazione*, 2007, Milano, p. 148 e ss.

P. L. PORTALUPI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998.

F. PRETE, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, in *Dir. pen. cont.*, 20 settembre 2013, p. 11 e ss.

A. PROTO PISANI, *L'omissione di atti d'ufficio tra passato presente e futuri*, in *Studi senesi*, 2006, p. 295 e ss.

A. PROTO PISANI, *Controriforma dell'ordinamento giudiziario: ultimo atto?*, in *Foro it.*, 2004, p. 109 e ss.

D. PULITANO', nota a sent. C. Cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686 e ss.

D. PULITANO', *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1990, IV, p. 322 e ss.

D. PULITANÒ, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa: riflessioni a margine del caso ILVA*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, p. 47 e ss.

A. QUARANTA, *Il principio di contrattualità nell'azione amministrativa e gli accordi procedurali, normativi e di organizzazione*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contributi alle iniziative legislative in corso*, in *Atti del XXXII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Varenna 18-20 Settembre 1986, Milano, 1989, p. 194 e ss.

T. RAFARACI, *Poteri d'ufficio e contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto: la Consulta rimanda al legislatore*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1151 e ss.

K. RAHNER, *Motivazione della fede oggi*, in *Id.*, *Teologia dall'esperienza dello Spirito*, *Nuovi Saggi*, VI, Roma, 1978, p. 22-24.

M. RAMAJOLI, *Legittimitazione ad agire e rilevabilità d'ufficio della nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 999 e ss.

M. RAMAJOLI, *Nullità, legittimazione ad agire e rilevabilità d'ufficio*, relazione al convegno di Siena sulla nullità del provvedimento amministrativo del 22-23 giugno 2007, oggi estesamente cit. in F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016, p. 183 e ss.

M. RAMAJOLI, *Gli incerti confini della nozione di provvedimento amministrativo*, in *Ass. studi e ricerche parlamentari*, Torino, 2009, p. 41 e ss.

M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, p. 347 e ss.

M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in F. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2011, p. 573 ss.

M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 329-353.

M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Il diritto dell'economia*, 2012, p. 507 e ss.

M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, p. 100 e ss.

M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 709 e ss.

M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Riv. regolazione dei mercati*, 2016, 2.

M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, pp. 347-366.

M. RAMAJOLI, *La soft regulation nei mercati finanziari*, *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, 2, p. 53 e ss.

M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e postmodernità*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Bologna, 2017, pp. 199 e ss.

M. RAMAJOLI, *Quale cultura per l'amministrazione pubblica?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 2, pp. 187-192.

M. RAMAJOLI-B. E. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, p. 60 e ss.

O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934.

O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, I.

O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, parte I, concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1894, 4, p. 7 ss, oggi in *Scritti Giuridici scelti*, Vol. III, Napoli, 1992.

- N. RANGONE, (voce) *Semplificazione amministrativa*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2014.
- M. RAVERAIRA (a cura di), *“Buone” regole e democrazia*, Soveria Mannelli, 2007.
- G. REBUFFA, *La funzione giudiziaria*, Torino, 1988.
- P. RESCIGNO, *Appunti sulle «clausole generali»*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, p. 1 e ss.
- G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998.
- G. U. RESCIGNO, *Recensione a Giacinto della Cananea, Gli atti amministrativi generali*, in *Dir. pubb.*, 2001, p. 817 e ss.
- G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà nel diritto pubblico e nel diritto penale, principio di legalità, riserva di legge*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, p. 107 e ss.
- G. RICCIO, *Fatto ed imputazione*, in *Quaderni di Scienze Penalistiche*, 2005, p. 11 e ss.
- P. RICOEUR, *Diritto, interpretazione, applicazione*, in *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 1, 1996, pp. 197-198.
- P. RICOEUR, *L'atto di giudicare*, in *Id., Il giusto*, trad. it., Torino, 1998, p. 161 e ss.
- F. RIMOLI, (voce) *Pluralismo*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1997.
- S. RIONDATO, *Un diritto penale detto “ragionevole”*, Padova, 2005.
- P. P. RIVELLO, *Sanzioni sostitutive e rito penale militare*, in *Rass. Giur. mil.*, 1987, p. 344 e ss.

P. P. RIVELLO, *Il processo penale militare nell'impatto con il codice del 1988*, in *Giur. pen.*, 1990, p. 614 e ss.

P. P. RIVELLO, *Procedura e ordinamento giudiziario militare*, Torino, 2000.

P. P. RIVELLO, *Lezioni di diritto penale militare*, Torino, 2012, pp. 129 e ss.

D. ROCCHI, *Sul principio della correlazione tra accusa e sentenza nel prevalente orientamento della Corte di cassazione*, in *Giur. it.*, 2002, p. 141 e ss.

S. RODOTÀ, *Magistratura e politica in Italia*, in E. BRUTI LIBERATI-A. CERETTI-A. GIANSAANTI (a cura di), *Governo dei Giudici*, Milano, 1996, p. 27 e ss.

A. ROMANO, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 22 ss.

A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241 del 1990. Divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, *Dir. Amm.*, 2006, 489 ss.

A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, p. 231 e ss.

A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, Milano, 1993, vol. II, p. 1117 e ss.

A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in AA.VV., *Scritti in onore di E. Casetta, II*, 2001, Napoli, p. 813 ss.

A. ROMANO TASSONE, *"Atto politico" e interesse pubblico*, in A. CONTIERI-F. FRANCAIO-M. IMMORDINO-A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, p. 311 e ss.

M. ROMANO, (voce) *Atti amministrativi generali*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, I, p. 492 e ss.

M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1987.

M. ROMANO, “*Meritevolezza di pena*”, “*bisogno di pena*” e teoria del reato, in *Riv .it .dir. e proc. pen.*, 1992, p. 50 e ss.

M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Artt. 314-335 bis c.p.*, *Commentario sistematico*, Milano, 2013, p. 13 e ss.

S. ROMANO, (voce) *Annullamento degli atti amministrativi*, in *Nuovo digesto it.*, Torino, 1937-1940, p. 478.

S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930.

S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937.

S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.

S. ROMANO, *Osservazioni sulla efficacia della legge*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1947, p. 64 e ss.

S. A. ROMANO, *Riflessioni dal Convegno: autoritarità, consenso e ordinamento generale*, in AA.VV., *Annuario AIPDA 2011. L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti, Atti del Convegno di studi di Bari*, Napoli, 2012, p. 370 e ss.

R. ROMBOLI, *La professione del magistrato tra legislazione attuale e possibili riforme*, in *I magistrati e la sfida della professionalità*, Milano, 2003, p. 9 e ss.

R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l'entrata in vigore della Costituzione*, in G. CAMPANELLI (a cura di), *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, Torino, 2009, p. 31 e ss.

G. ROMEO, *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 3, p. 653 e ss.

R. ROSIN, *Osservazioni sui rapporti tra giurisdizione militare e giurisdizione ordinaria*, *Rass. Giur. mil.*, 1983, p. 557 e ss.

C. ROSSI, *Sindacato del giudice penale e concessione in sanatoria*, nota a *Cass. pen.*, Sez. III, 24 febbraio 2001, in *Urb. e app.*, 2001, p. 1262 e ss.

G. ROSSI, *I principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010.

L. ROSSI, (voce) *Poteri (divisione dei)*, in *Nss. Dig. it.*, X, Torino, 1939, p. 100 e ss.

C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015.

A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977.

A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, 2006, p. 129 e ss.

S. RUGGERI, *I rapporti fra processo penale e altri procedimenti nell'unità dell'ordinamento giuridico*, in A. RUGGERI (a cura di), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, p. 2110 e ss.

D. RUGGIU, *Prova, processo e interpretazione. Un'ipotesi di ricostruzione del giudizio*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, XVII, 2003, pp. 241-243.

G. SABATINI, *Provvedimenti di polizia*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1957.

- G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Noviss. Dig. It., App.*, vol. III, 1982, p. 219 e ss.
- R. SACCO, (voce) *Affidamento*, *Enc. dir.*, I, p. 661 e ss.
- N. SAITTA, “005: licenza di sostituire” (a proposito del “nuovo” art. 11 della legge n. 241), in *www.giustamm.it*.
- G. SALA, *Accordi sul contenuto della discrezionalità del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 206 e ss.
- A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei Governi liberi*, Torino, 1904, p. 103 ss.
- U. SALANITRO, *Il decreto ILVA tra tutela della salute e salvaguardia dell’occupazione: riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9, p. 1041 e ss.
- F. SALVIA, *La semplificazione amministrativa: tra scorciatoie procedurali e semplicismi mediatici*, in *Nuove autonomie*, 2008, p. 447 e ss.
- E. SALZANO, *Vent’anni e più di urbanistica contrattata*, relazione al convegno di Italia Nostra “*La città venduta. Vent’anni di urbanistica contrattata*”, Roma, 6 aprile 2011, in *Quaderni di Italia Nostra*, n. 29, Roma, 2011, pp. 24 e ss.
- P. SANDRO, «*Democrazia dell’alternanza*» e atto politico: *il Tar annulla la revoca del Consigliere Petroni*, nota a sent. Tar Lazio, sez. III, 16 novembre 2007, n. 11271, in *Foro amm. TAR*, 2007, p. 3134 e ss.
- A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Il Foro Italiano*, 1954, 77, 10, p. 217 e ss.
- A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, Milano, 1957, II, p. 447 e ss.

- A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1969.
- A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989.
- A. M. SANDULLI, *La semplificazione amministrativa tra riforma e restaurazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, pp. 989 e ss.;
- A. M. SANDULLI, *La semplificazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 3 p. 757 e ss.
- A. M. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, p. 1 e ss.
- M. A. SANDULLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione. Modelli europei a confronto*, Milano, 2000.
- M. A. SANDULLI, *La segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.) (artt. 19 e 21 l.n. 241 del 1990 e s.m.i.)*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.
- P. SANDULLI, *In tema di giudicato penale nel processo civile*, nota a Cass. Civ., Sez. Un., 26 gennaio 2011, n. 1768, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 991 ss.
- L. SANSÒ, *La correlazione tra imputazione contestata e sentenza*, Milano, 1953.
- G. SANTANIELLO, (voce) *Ratifica (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 706 e ss.
- X. SANTIAPICHI, *L'intervento del privato nella pianificazione urbanistica*, Rimini, 1995, p. 53 e ss.
- M. SANTOLOCI-V. STANTUFFI, *Guida pratica contro gli "illeciti ambientali in bianco"*, Piacenza, 2008.
- G. SANVITI, *Convenzioni e intese nel diritto pubblico*, Milano, 1978.

- B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 269 e ss.
- F. SATTA, (voce) *Atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988.
- F. SATTA, *Impugnativa del silenzio e motivi di merito*, *Foro amm. CdS*, 2002, p. 46 e ss.
- S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 2000.
- G. SCANDURRA, (voce) *Provvedimenti militari (violazione di)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1965.
- G. SCANDURRA, (voce) *Ordinamento giudiziario militare*, in *Noviss. Dig. It., App. V*, 1984, p. 550 e ss.
- U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965.
- C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in *Id.*, *Le categorie del "politico"*, Bologna, 1998, p. 178 e ss.
- C. SCHWARZENBERG, *Cenni di diritto amministrativo militare*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, Roma, 1992, 2, p. 23 e ss.
- G. SCIULLO (a cura di), *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione: una nuova stagione*, Bologna, 2008.
- F. G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971.
- F. G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 241 ss.
- F. G. COCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, p. 121 e ss.

F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in AA.VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Atti del XLVII Convegno di Studi, Varenna-Villa Monastero, 20-22 Settembre 2001, Milano, 2002, p. 32 e ss.

F. G. SCOCA, (voce) *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, VI, Agg., Milano, 2002, p. 76 e ss.

F. G. SCOCA, *Autorità e consenso, Relazione al convegno di Varenna*, settembre 2001, in *Dir. amm.*, 2002, 3, p. 431 e ss.

F. G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, *Dir. Proc. Amm.*, 2002, p. 245 e ss.

F. G. SCOCA, *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato. A margine di un recente disegno di legge*, in *Annuario AIPDA*, 2002, Milano, 2003, p. 43

F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017.

F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017.

F. G. SCOCA, *Accordi e semplificazione*, in *Nuove aut.*, 2009, p. 557 e ss.

F. G. SCOCA-M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, p. 436 e ss.

E. SCOTTI, *La segnalazione di inizio attività*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 583 e ss.

M. SCULCO, *Diversa qualificazione giuridica del fatto e prerogative difensive*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 633 e ss.

A. SEGRETO-G. DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999.

N. SELVAGGI, *Il decreto 'salva-ILVA'*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 4, p. 369 e ss.

- F. SGUBBI, *Diritto penale comunitario*, voce in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, p. 104 e ss.
- C. SGUBIN, *I principi del diritto comunitario tra procedimento amministrativo, attività di diritto privato della p.a. ed effettività della tutela giurisdizionale della p.a.*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 1, p. 320 e ss.
- E. SICA, *Del potere e degli atti politici*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, p. 455 e ss.
- B. SICLARI, *La giurisdizione militare nella giurisprudenza costituzionale*, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 932 e ss.
- G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012.
- C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014.
- G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi*, Bari, 2009.
- G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997.
- G. SILVESTRI, *Poteri dello stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 670 e ss.
- G. SIOTTO-PINTOR, *Intorno al concetto del "potere politico"*, in *Foro it.*, 1927, p. 1076 e ss.
- A. SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Londra, 1904, I.
- A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009.
- D. SORACE, *Accordi amministrativi e accertamenti con adesione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 140 e ss.

D. SORACE, (voce) *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010, pp. 46 e ss.

D. SORACE, *Buona amministrazione e qualità della vita, nel 60° anniversario della costituzione*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, Napoli, 2008.

D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce «atto amministrativo»*, in AA.VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, p. 758 e ss.

B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna: amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987, p. 123 e ss.

F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2001, p. 3 e ss.

F. SORRENTINO, (voce) *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, p. 1218

G. SPADEA, *Il giusto processo amministrativo secondo l'art. 6 della CEDU e con cenni al caso italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 367 e ss.

B. SPAMPINATO, *Sull'evoluzione del principio di legalità amministrativa*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Bassi*, Napoli, 2015, I, p. 251 e ss.

B. SPAMPINATO., *Sulla «crisi» di legalità e di certezza del diritto in campo amministrativo*, in *Federalismi*, 2017, 11, p. 2 e ss.

M. R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm. TAR*, 2010, p. 3041 e ss.

M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, 2004, Torino.

G. SPINA, *La semplificazione amministrativa come principio dell'essere e dell'agire dell'amministrazione - Studio sull'evoluzione delle logiche di semplificazione amministrativa in Italia dal 1990 ad oggi*, Napoli, 2013.

S. STANGHELLINI, *Il principio perequativo nel piano urbanistico*, in A. BARTOLINI-A. MALTONI (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori. Esperienze regionali a confronto*, Napoli, 2009, p. 39-53.

P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970.

P. STELLA RICHTER, *L'urbanistica dopo la pianificazione*, in AA.VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1995, p. 307 e ss.

P. STELLA RICHTER, *Postilla sulla stessa nozione di atto amministrativo*, nota a sent. TAR Lazio, sez. III, 8 novembre 2007, n. 11271, in *Giust. civ.*, 2008, pp. 509 e ss.

P. STELLA RICHTER (a cura di), *Giudizio amministrativo e governo del territorio, Atti del XVI Convegno Nazionale, Perugia 11 e 12 ottobre 2013, La generazione dei piani senza espansione, Atti del XVII Convegno nazionale, Catanzaro, 26 e 27 settembre 2014.*

E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992.

E. STICCHI DAMIANI, *Gli accordi amministrativi dopo la legge 15/2005*, in *Foro amm. TAR*, 2006, p. 27 e ss.

L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significato e prospettive*, p. 1313 e ss.

G. TACCOGNA, *Giusto processo amministrativo e integrazione della motivazione dell'atto impugnato*, in *Dir. porc. Amm.*, 2005, 3, p. 696 e ss.

P. TANDA, *Abuso d'ufficio, eccesso di potere e violazione di legge o regolamento*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2119 ss.

P. TANDA, *Attività amministrativa e sindacato del giudice penale*, Torino, 1999.

P. TANDA, *I reati urbanistico-edilizi*, Padova, 2016.

L. TARANTINO, *Giudizio amministrativo e silenzio della pubblica amministrazione*, in F. CARINGELLA-M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000 n. 205*, Milano, 2001, p. 81 e ss.

G. TARELLO., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991.

S. TARULLO, *Il Giusto processo amministrativo: studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004.

S. TARULLO, *Il riesercizio del potere amministrativo nella l. n. 15 del 2005: profili problematici*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, p. 237 e ss.

S. TASSONE, *I poteri del giudice ordinario nei confronti della p.a.*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2011, p. 73 e ss.

F. TERRUSI, (voce) *Rapporti tra giudicato penale e giudizio amministrativo*, in *Dig. delle Disc. Pen.*, IV ed., vol. XI, Torino, 1996, p. 39 e ss.

R. TOMMASINI, (voce) *Nullità*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 866 e ss.

R. TONIATTI, *Le interazioni della giurisdizione ordinaria con la giurisdizione costituzionale e con le giurisdizioni europee comunitaria e convenzionale*, in G. DI FEDERICO (a cura di), *Manuale di ordinamento giudiziario*, Padova, 2004, pp. 229-260.

B. E. TONOLETTI, *Oggetto del giudizio contro il silenzio rifiuto della Pubblica amministrazione: orientamenti giurisprudenziali*, in *Studium iuris*, 1996, p. 609 e ss.

B. E. TONOLETTI, (voce) *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl. IV*, 1999, vol. XIV, p. 159 e ss.

B. E. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001.

B. E. TONOLETTI, *Commento all'art. 2 (Ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione)*, in A. TRAVI (a cura di), *Legge 21 luglio 2000, n. 205, Disposizioni in materia di giustizia amministrativa*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, p. 574 e ss.

B. E. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in AA.VV., *Annuario AIPDA 2015, Le fonti del diritto amministrativo*, Napoli, 2016, p. 84 e ss.

L. TORCHIA, *Si scrive semplificar, si legge ridurre e rispettare i tempi*, in *Amministrazione civile*, 2008, 2, pp.123-127.

L. TORCHIA, *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *Dir.amm.*, 1998, p. 404 e ss.

G. TORREGROSSA, *Il piano regolatore generale fra mito e realtà*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1992, II, p. 38 e ss.

G. TRANCHINA, *Il giudicato penale*, in D. SIRACUSANO-A. GALATI-G. TRANCHINA-E. ZAPPALA', *Diritto processuale penale*, vol. II, Milano, 2006, p. 600 e ss.

C.E. TRAVERSO, *Considerazioni sul concetto di polizia locale urbana e rurale*, in AA.VV., *Regioni e polizia locale*, Milano, 1975, p. 15 e ss.

A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985.

A. TRAVI, *Tecniche di semplificazione e riforma amministrativa in Italia*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, I, Napoli, 2001, p. 533 e ss.

A. TRAVI, *Accordi fra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro it.*, 2002, V, p. 278 e ss.

A. TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Foro amm. TAR*, suppl. *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo*, 2005, VI, p. 17 e ss.

A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 912 e ss.

D. F. G. TREBASTONI, *Il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa nell'abuso d'ufficio*, in C. PARANO (a cura di), *Pubblica amministrazione, diritto penale, criminalità organizzata. Pubblicazione atti del convegno*, Milano, 2008, p. 72 e ss.

R. TREVES, *Giustizia e giudici nella società italiana*, Bari, 1972.

M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, Pisa, 2013.

F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 238 e ss.

F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 35 e ss.

G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, 3, p. 329 e ss.

G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Napoli, 2010.

C. TUBERTINI, *Atti politici e di alta amministrazione*, in AA. VV., *Dizionario di diritto pubblico*, S. Cassese (a cura di), Milano, 2006, I, p. 516 ss.

- G. TULUMELLO, *Il nuovo regime di atipicità degli accordi sostitutivi: forma di Stato e limiti all'amministrazione per accordi*, in www.giustamm.it.
- G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979.
- G. UBERTIS, *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992.
- G. UBERTIS, *La prova penale: profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995.
- G. UBERTIS, *Fatto prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ragionevole dubbio)*, in Id., *Argomenti di procedura penale*, III, Milano, 2011, p. 178 e ss.
- G. UBERTIS (a cura di), *Argomenti di procedura penale*, III, Milano, 2011.
- G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, p. 1573 ss.
- L. VANDELLI, *Tendenze e difficoltà della semplificazione amministrativa*, in *Nuove autonomie*, 2008, p. 417 ss.
- D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996.
- D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002.
- D. VAIANO, *Gli atti politici*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2005, p. 207 e ss.
- G. VANACORE, *Efficacia del giudicato penale nel processo civile di danno: la condanna e l'assoluzione*, in *Resp. civ.*, 2009, 6, p. 498 e ss.
- L. VANDELLI, *La sicurezza urbana: profili di coordinamento e di integrazione tra Stato e autonomie*, in F. CARRER (a cura di), *Dal controllo del territorio alla certezza della pena*, p. 21 e ss.

G. VASSALLI, Voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 282 e ss.

R. VENDITTI, (voce) *Fedeltà e difesa militare (delitti contro la)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVII, Milano, 1968.

G. VERDE, *Rimozione degli atti amministrativi ed effettività di tutela*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1984, p. 56 e ss.

M. VERONELLI, *Azione diretta e immediata avverso il silenzio della Pubblica Amministrazione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2003,1, p. 45 e ss.

L. VERRIENTI, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione*, (voce), in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1991, p. 478 e ss.

G. VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 655 e ss.

G. VESPERINI (a cura di), *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, Milano, 2006.

G. VESPERINI, *Note a margine di una recente ricerca sulla semplificazione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 203 ss.

G. VESPERINI., *La fatica di semplificare*, in *Gior. di dir. amm.*, 2013, p. 345 e ss.

G. VICICONTE, *Riserva di legge in materia penale e fattispecie in rapporto di integrazione con atti amministrativi*, in E. DOLCINI-T. PADOVANI-F. PALAZZO (a cura di), *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle regioni*, Milano, 1994, p. 79 e ss.

P. VICO, *Diritto penale formale militare*, Milano, 1917.

F. VIGANO', *Commento all'art. 51 c.p. (Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere)*, in E. DOLCINI-G. L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, *ad vocem*.

A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto: i confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009.

A. VIGNUDELLI, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in *Dir. E soc.*, 2006, 4., p. 657 e ss.

S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo. Decostruire concetti per ordinare frammenti*, Torino, 2014.

R. VILLATA, *“Disapplicazione” dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980.

R. VILLATA, *Le sezioni Unite della Cassazione penale mettono fine alla c.d. “disapplicazione” della concessione edilizia (asserita) illegittima nel processo penale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1987, p. 407 e ss.

R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 171 e ss.

R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F. A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, pp. 830-831.

R. VILLATA, *Un problema non ancora (o, forse meglio, erroneamente) risolto dalla giurisprudenza della Cassazione penale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 3, p. 1152 e ss.

R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006.

R. VILLATA-M. RAMAJOLI, (voce) *S.C.I.A.*, in *Il libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, 2012, p. 269 e ss.

R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.

P. M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990.

- P. VIRGA, *La potestà di polizia*, Milano, 1954.
- F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, pp. 366-375.
- L. VIOLANTE, *La giustizia militare*, in AA.VV., *Le istituzioni militari e l'ordinamento costituzionale*, Roma, 1974, p. 165 e ss.
- L. VIOLINI, *Note sul "caso Petroni": ovvero se sia ancora necessario garantire l'imparzialità del servizio pubblico radiotelevisivo e come la si debba garantire*, in *Quad. cost.*, 2008, p. 375 e ss.
- P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 2003, p. 52 e ss.
- R. VOLANTE, *Il soft law come norma di diritto privato. Un tentativo di definizione*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, p. 174 e ss.
- F. A. VON HAYEK, *La società libera*, Trad. italiana, Soveria Mannelli, 2007.
- T. VORMBAUM, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, p. 51 e ss.
- S. VUOTO, *Commento all'art. 109*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Torino, 2006, pp. 76 ss.
- G. ZACCARIA (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, 1989.
- G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, 1984.
- G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, Torino, 1987
- G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1988.

- G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992.
- G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2002, 31, pp. 865-897.
- G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio*, Roma-Bari, 2007.
- G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bari, 2008.
- G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1947.
- G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958.
- N. ZANON-L. PANZERI, *Art. 101 Cost.*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, 2006, p. 1962 e ss.
- M. A. ZUMPANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, Torino, 2000.