

DIBATTITI

MELANIA D'ANGELOSANTE

***Il sindacato dell'atto amministrativo
nell'esercizio della giurisdizione penale,
fra garanzie dell'imputato e tutela dell'amministrazione e del suo giudice***

Il lavoro propone una analisi del sindacato dell'atto amministrativo nell'esercizio della giurisdizione penale, in specie con riferimento all'uso del potere di disapplicazione, per verificare se, rispetto alla norma di attribuzione del potere, esso sia concretamente svolto in modo coerente, più ampio o più ristretto: l'obiettivo centrale è quello di rintracciare eventuali disallineamenti e di individuarne le ragioni, come presupposto per possibili interventi correttivi.

The exam of the administrative act in the criminal jurisdiction, as a merging point between the guarantees of the accused party and the protection of the public administration and its judge

This paper focuses on the exam of the administrative act in criminal jurisdiction, especially with reference to the use of the power of disapplication. Its first aim is to check whether, taking into account the source of law giving the power, the latter is concretely carried out in a coherent way, broader or narrower: the central objective is to find possible misalignments and to identify their reasons, as a starting point for possible corrective actions.

SOMMARIO: 1. Oggetto, ragioni, struttura e obiettivi dello studio. - 2. Il diverso ruolo dell'atto amministrativo per le fattispecie penalmente rilevanti. - 3. Variabili sul piano degli effetti: la disapplicazione *in bonam partem* e *in malam partem*. - 4. La disapplicazione normativa dei regolamenti. - 5. Presupposti e caratteristiche del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo nell'esercizio della giurisdizione penale. - 6. Considerazioni di sintesi sulla ridefinizione del potere nella prassi del suo svolgimento.

1. *Oggetto, ragioni, struttura e obiettivi dello studio.* Questo lavoro propone una analisi dell'esercizio del potere di *disapplicazione* del contenuto degli atti amministrativi da parte del giudice ordinario in sede penale.

L'esigenza di svolgere uno studio di questo tipo nasce dalla intenzione di indagare come il potere venga materialmente esercitato rispetto alle indicazioni delle norme legittimanti, in un contesto ove peraltro il tema della disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice ordinario è poco trattato, e riguarda comunque soprattutto la sede civile del contenzioso.

La finalità è di comprendere e valutare se, in raffronto alle norme che attribuiscono al g.o. il potere disapplicativo, tale potere sia poi concretamente svolto in modo coerente rispetto al fondamento legislativo - denotando almeno

qualche profilo di adeguatezza di tali norme -, oppure se sia svolto in modo più ampio - denotando così una inadeguatezza di quella attribuzione rispetto alle esigenze che l'esercizio della giurisdizione esprime -, o, infine, se sia svolto in modo limitativo. L'eventuale riscontro soprattutto degli ultimi due scenari richiederebbe a sua volta di provare a individuarne le ragioni.

In questa prospettiva, lo studio sarà articolato in una prima parte sul diverso ruolo dell'atto amministrativo e della sua disapplicazione per le fattispecie penalmente rilevanti, una seconda sugli effetti della disapplicazione (*in bonam* o *in malam partem*), una terza sulla disapplicazione normativa dei regolamenti, una quarta sulla individuazione dei presupposti e delle caratteristiche del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo in sede penale, e una conclusiva dedicata alle considerazioni di sintesi.

2. *Il diverso ruolo dell'atto amministrativo per le fattispecie penalmente rilevanti.* Conviene premettere che la disapplicazione comporta la paralizzazione degli effetti di un atto amministrativo in un caso specifico. Si tratta di una tecnica processuale introdotta con le leggi di unificazione amministrativa del Regno d'Italia per rispondere alla necessità di conciliare (a) le esigenze di tutela del cittadino avverso l'amministrazione e (b) la separazione fra il potere giurisdizionale e quello amministrativo. Questa è la ragione per cui in quel contesto si è attribuito al giudice ordinario il potere di ignorare *inter partes* gli effetti dell'atto amministrativo viziato, senza determinare conseguenze più stabili e impattanti sull'esercizio della funzione amministrativa. Il potere è stato attribuito in origine dalla legge al solo giudice ordinario, e in seguito parzialmente anche a quello tributario. Almeno per il giudice ordinario, l'attribuzione del potere disapplicativo è però avvenuta per ragioni del tutto indipendenti dal processo di integrazione europea, come testimoniato anche dalla ampia antecedente temporale.

*In ambito comunitario*¹ il processo di integrazione europea ha invece generato la diversa forma di disapplicazione che si riferisce ad alcuni atti autoritativi

¹ Sul piano terminologico, e per convenzione linguistica in parte resistente alle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, in questa sede si continuerà a fare riferimento all'ordinamento dell'Unione europea

nazionali in contrasto rispetto all'ordinamento dell'Unione, al fine di garantire la primazia di questo sugli ordinamenti nazionali. Gli atti disapplicabili erano individuati originariamente nelle fonti primarie, ma in un secondo momento l'ambito oggettivo è stato esteso anche ad ulteriori atti normativi, e infine ad atti autoritativi di altro genere. Questa ulteriore forma di disapplicazione ha peraltro influenzato in vario modo lo sviluppo della disapplicazione di genesi domestica, determinandone una estensione in relazione alle autorità titolari del potere di disapplicare, ma anche agli atti da queste disapplicabili. Fra le due forme si rintracciano infatti punti di contatto sul piano degli *effetti*, soprattutto con riferimento alla disapplicazione di atti che non sono fonti del diritto.

In ambito nazionale l'evoluzione e le trasformazioni dell'ordinamento hanno determinato l'emersione di più tipi di disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo, a volte di creazione giurisprudenziale, e pure in presenza di poteri di annullamento dell'autorità disapplicante sull'atto da disapplicare.

In questo contesto, l'esercizio del potere di disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice penale ha una legittimazione normativa che affonda le proprie radici proprio nella legge di abolizione del contenzioso amministrativo, e si esprime in declinazioni differenziate alla luce della circostanza che per la fattispecie incriminatrice tali atti possono assumere rilievo sotto diversi profili.

In primo luogo l'atto amministrativo può costituire un *elemento della fattispecie*, quando *la sua violazione oppure la sua inesistenza ne rappresentano uno dei requisiti*: si pensi ad alcuni tipi di trasformazioni del territorio in assenza di titolo o in difformità da esso².

anche utilizzando il vocabolo *comunitario* e i vocaboli con la medesima radice.

² Cass., Sez. III, 18 giugno 1999, n. 2304, in *Cass. pen.*, 2000, 3411; Cass., Sez. III, 28 giugno 2000, n. 10960, in *Cass. pen.*, 2001, 3515; Cass., Sez. III, 12 giugno 1996, n. 7310, in *Cass. pen.*, 1997, 1858; Cass., Sez. III, 12 maggio 1995, n. 1756, in *Cass. pen.*, 1997, 3143; Cass., Sez. III, 4 aprile 1995, in *Cass. pen.*, 1997, 1862. Sulla limitazione della disapplicabilità del provvedimento ai casi in cui la sua (in-)esistenza e la sua (il-)legittimità rilevino per l'integrazione degli elementi oggettivi del reato, si v. Pret. Fermo, 7 aprile 1986, in *Riv. giur. scuola*, 1989, 806.

In altri casi, invece, l'atto è lo *strumento di realizzazione della condotta criminosa*, e ciò ne esclude la disapplicabilità o l'utilità di disapplicazione: si pensi agli atti che possono integrare la condotta di abuso d'ufficio³.

Ancora, l'atto può rilevare quale *causa di esclusione dell'elemento soggettivo* del reato, a meno che non sia macroscopicamente invalido⁴: si pensi alla idoneità del nulla osta illegittimo a escludere l'elemento soggettivo richiesto per l'integrazione del reato paesaggistico⁵.

Può altresì rilevare quale *elemento esterno alla fattispecie*, come accade quando *l'esistenza di un ordine o di un assenso dell'amministrazione esclude l'applicazione della pena oppure esclude la punibilità* della condotta⁶, integrando la scriminante dell'esercizio di un diritto⁷. In via speculare, inoltre, anche *l'assenza del potere amministrativo esclude talvolta la punibilità*: si pensi alla resistenza a pubblico ufficiale, la quale, ai sensi dell'art. 393 *bis* c.p., non si determina se realizzata nei confronti di agente che abbia operato in difetto di attribuzione.

Infine, esso può rilevare quale *causa di estinzione del reato*, come nelle ipotesi di rilascio del titolo in sanatoria rispetto al reato edilizio.

In questo scenario il fondamento e i limiti del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice sono ricondotti, oltre che alla legge di abolizione del contenzioso amministrativo, anche all'art. 2 del c.p.p. vigente.

³ Si v. Cass., Sez. VI, 24 giugno 2014, n. 37373, in *Cass. pen.*, 2015; GAMBARDELLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 2, 742 ss., che riferisce a queste ipotesi i reati di abuso di ufficio e di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio. Si v. inoltre Cass., Sez. III, 13 gennaio 1999, n. 1907, in *Cass. pen.*, 2000, 1394; Cass., Sez. III, 23 febbraio 2004, n. 13979, in *Giur. it.*, 2005, 588.

⁴ Si v. Cass., Sez. III, 24 giugno 1992, in *Mass. pen. cass.*, 1993, 11, 47 (sulla idoneità del titolo edificatorio in sanatoria non macroscopicamente invalido a escludere l'elemento soggettivo del reato edilizio); Cass., Sez. III, 28 novembre 1995, n. 390, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, 1120 (sulla idoneità del nulla osta amministrativo non macroscopicamente invalido a escludere l'elemento psicologico del reato di uso di locali sotterranei o semisotterranei quali luogo di lavoro).

⁵ Si v. App. Napoli, Sez. I, 13 gennaio 2016, n. 273, in *Red. Giuffrè*, 2016.

⁶ Si v. Cass., Sez. III, 23 novembre 1981, in *Giust. pen.*, 1982, III, 580; Cass., Sez. III, 10 febbraio 1987, in *Cass. pen.*, 1990, I, 1287; Cass., Sez. III, 19 settembre 2000, in *Urb. e app.*, 2001, 107.

⁷ Si v. a es. Cass., Sez. I, 3 aprile 1989, in *Cass. pen.*, 1989, 1747. Per un approfondimento, anche sui profili critici riconducibili a questa ipotesi, nonché sulle ipotesi precedenti, si v. VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980, 109 ss., 167 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti. Si v. inoltre 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, 3, 682 ss.

L'art. 2 consente in particolare al giudice di risolvere "ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito", ed esclude l'efficacia vincolante, per qualsiasi altro processo, della sua decisione incidentale su "una questione civile, amministrativa o penale". L'art. 479 fa tuttavia salvo il suo potere di sospendere il processo in pendenza di giudizio civile o amministrativo su questione complessa rilevante per quello penale.

Da parte sua, la legge di abolizione del contenzioso amministrativo aveva limitato dall'esterno la giurisdizione ordinaria verso la p.a. ad alcune materie specifiche, consistenti in origine nelle sole "cause per contravvenzioni", e l'aveva in generale limitata alle controversie riguardanti "un diritto [...] leso da un atto dell'Amministrazione", ai sensi dell'articolo 2 della stessa legge. Aveva poi limitato dall'interno la giurisdizione ordinaria alla cognizione degli effetti dell'atto "in relazione all'oggetto dedotto in giudizio", escludendo la possibilità di revocarlo o modificarlo, in base all'articolo 4, e invece consentendo di applicare gli atti amministrativi solo se conformi alla legge, in questo come "in ogni altro caso", secondo l'articolo 5.

È evidente tuttavia che quanto più interessa in riferimento a tutte le richiamate disposizioni è soprattutto capire come esse vivano nella applicazione che materialmente il giudice ordinario in sede penale ne svolge.

Da questa analisi si ricava peraltro un atteggiamento di *self restraint*, pur se limitato ad alcune specifiche situazioni.

Un *primo limite* individuato dal giudice penale riguarda l'esistenza di un *giudicato amministrativo* sulla legittimità del provvedimento rilevante per la fattispecie⁸. In relazione a questo specifico atteggiamento, vale tuttavia la pena di

⁸ Sul carattere non vincolante del giudicato civile o amministrativo per il giudice penale si v. GAMBARDILLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, cit., e ivi gli ulteriori riferimenti, primo fra tutti quello all'art. 3 della *Relazione preliminare* al codice di procedura penale del 1988, che fa salvi i soli effetti costitutivi, modificativi o estintivi di situazioni giuridiche soggettive ricondotti dalla legge alla decisione del giudice civile o amministrativo, oltre che ai casi di efficacia vincolante delle decisioni eteronome espressamente previsti dalla legge. La salvezza di tali effetti, come a es. quelli riconducibili all'annullamento dell'atto amministrativo, non vincola tuttavia il giudice penale ad 'apprezzare' l'atto nello stesso modo realizzato dal giudice che ha proceduto a determinarli, si v. Cass., Sez. VI, 23 gennaio 2004, n. 12237, Rv. 228378. Questa soluzione non è peraltro unanimemente condivisa, essendosi in altri contesti negato il potere del giudice penale di valutare la legittimità delle decisioni emanate nell'esercizio di un'altra giurisdizione, tanto più

precisare che, a fronte del rigetto della domanda di annullamento da parte del giudice amministrativo, non sussisterebbe una dichiarazione di legittimità suscettibile di assoluta stabilizzazione, se non altro perché l'annullamento si sarebbe astrattamente potuto pronunciare per motivi non adottati, e invece il giudice può esprimersi solo su quelli adottati⁹. Questa posizione andrebbe inoltre interpretata in modo sistematico rispetto a quella che tende invece a estendere il giudicato al dedotto e al deducibile, fissando, per le parti ricorrente e controinteressata, una preclusione processuale riferita – rispettivamente – alla proposizione dell'azione o dell'eccezione, e, per l'amministrazione, una preclusione riferita sostanzialmente alla conclusione del giudizio e solo formalmente alla introduzione dell'azione processuale¹⁰.

Il giudice penale pone peraltro una attenzione particolare ad alcuni rilevanti aspetti processuali di contesto. Ciò si evince dalla circostanza che il limite del giudicato amministrativo sia ritenuto inapplicabile non solo ai profili di illegittimità fatti valere in sede penale e tuttavia non dedotti dinanzi al g.a., né da questi decisi¹¹; ma anche ai profili di illegittimità sui quali il giudice amministrativo si sia pronunciato sulla base di rappresentazioni fattuali rivelatesi poi false in sede penale¹². In questo scenario l'atteggiamento di *self restraint* si riduce e, conseguentemente, l'esercizio del potere di cognizione sull'atto amministrativo si riespande.

Gli ulteriori limiti individuati dal giudice penale per il proprio potere di disapplicazione degli atti amministrativi saranno indicati nel prosieguo dello studio.

quando queste siano assistite dalla stabilità del giudicato, per esigenze di tutela dell'affidamento delle parti, si v. Cass., Sez. III, 11 gennaio 1996, n. 54, in *Cass. pen.*, 1996, 3450; Cass., Sez. III, 5 giugno 2003, n. 39707, in *Cass. pen.*, 2005, 153; Cass., Sez. III, 14 dicembre 2006, n. 1894, Rv. 235644. Qui emerge però qualche frizione rispetto all'art. 2 c.p.p. È fatto comunque salvo il sindacato del giudice penale sui profili di legittimità non interessati dalla cognizione del giudice amministrativo, si v. Cass., Sez. I, 11 gennaio 2011, n. 11596, Rv. 249871.

⁹ Si v. GIACCHETTI, *Disapplicazione? No grazie*, in AA.VV. *"Impugnazione" e "disapplicazione" dei regolamenti*, in *Quaderni del Consiglio di Stato*, 1998, 3, 193 ss.

¹⁰ Questa ulteriore teoria è formulata da CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 181 ss., 256 ss.

¹¹ Cass., Sez. VI, 20 marzo 2018, n. 17991, in *Cass. pen.*, 2018, 12, 4295; Cass., Sez. III, 18 luglio 2014, n. 44077, in *Cass. pen.*, 2014.

¹² Cass., Sez. III, 24 maggio 2017, n. 31282, in *Cass. pen.*, 2018, 1, 222.

3. *Variabili sul piano degli effetti: la disapplicazione in bonam partem e in malam partem.* Sul piano materiale la disapplicazione può operare producendo essenzialmente i *due diversi tipi di conseguenze* di seguito descritti.

Quando l'agente violi il provvedimento amministrativo invalido costitutivo dell'elemento oggettivo del reato, la disapplicazione dell'atto produce l'effetto di escludere tale elemento e si rivela favorevole all'imputato: è questa la c.d. disapplicazione *in bonam partem*¹³. Si tratta ovviamente di ipotesi in cui la inosservanza del provvedimento qualifica la fattispecie. Si ritiene, generalmente, che la disapplicazione debba essere disposta in via incidentale¹⁴, che possa realizzarsi d'ufficio¹⁵ e avere a oggetto anche l'atto presupposto rispetto a quello la cui violazione determina astrattamente l'integrazione del reato¹⁶.

Dall'altro lato, tuttavia, la disapplicazione del provvedimento amministrativo invalido, e la cui inesistenza connota la fattispecie come penalmente rilevante, o la cui esistenza esclude la punibilità o l'applicazione della pena, produce in sostanza - rispettivamente - l'effetto di costituire l'elemento oggettivo del reato, o di determinarne la condizione di punibilità o di applicazione della pena. La disapplicazione si rivela pertanto sfavorevole all'imputato: è questa la c.d. disapplicazione *in malam partem*¹⁷. Anche qui la disapplicazione assume

¹³ Si v., *ex multis*, Pret. Barra, 15 aprile 1982, in *Cass. pen.*, 1983, 1001; Pret. Montefalco, 12 aprile 1984, in *Riv. pen.*, 1984, 825; Pret. Firenze, 30 gennaio 1985, in *Giur. mer.*, 1985, 1150; Cass., Sez. I, 20 febbraio 2019, n. 17616, in *Dir. & giust.*, 2019. Per un approfondimento si v., inoltre, GAMBARDELLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, cit., e ivi gli ulteriori riferimenti: Cass., Sez. I, 11 febbraio 1997, in *Cass. pen.*, 1998, 239; Cass., Sez. I, 11 giugno 2009, n. 28849, Rv. 244296; CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 206 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti. Sulla riconducibilità di queste fattispecie a condotte di disapplicazione del provvedimento amministrativo realizzate da soggetti privati e legittimate dapprima dalla norma incriminatrice e in seguito dalla pronuncia assolutoria del giudice penale, si v. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 477 ss., e ivi anche la riflessione sulla circostanza che la previsione del potere di disapplicazione giurisdizionale presupporrebbe la facoltà del cittadino di violare il provvedimento che ne forma oggetto.

¹⁴ Si v. Cass., Sez. I, 10 novembre 2017, n. 29035, in *Dir. & giust.*, 2018; Cass., Sez. I, 9 luglio 2014, n. 5679, in *Dir. & giust.*, 2015; Cass., Sez. I, 7 febbraio 2012, n. 11448, in *Cass. pen.*, 2012.

¹⁵ Si v. Trib. Bari, Sez. sorv., 6 febbraio 2006, in *Giur. mer.*, n. 11, 2006, 2502.

¹⁶ Si v. Cass., Sez. I, 2 luglio 2013, n. 35021, in *Cass. pen.*, 2013.

¹⁷ Per un approfondimento si v. VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, cit., e ivi i riferimenti a: Pret. Sarpi, 15 maggio 1976, in *Nuovo dir.*, 1976, 736; GIACCHETTI, *Disapplicazione? No grazie*, cit., 193 ss., e ivi il riferimento a: Cass., Sez. III, 12 luglio 1991, n. 7467; Cass., Sez. III, 18 febbraio 1993, n. 2238; Cass., Sez. III, 25 febbraio 1995, n. 113; Cass., Sez. III, 7 ottobre 1993, n. 1406; Cass., Sez. un., 21 dicembre 1993, n. 11635, tutte in materia di reati edilizi in

generalmente una connotazione incidentale¹⁸ e può avere a oggetto l'atto presupposto cui quello di assenso si sia conformato¹⁹.

Una disapplicazione di questo secondo tipo – alla luce dei principi di legalità, tipicità, tassatività e divieto di retroattività in materia penale – andrebbe però tendenzialmente ammessa solo in presenza di una specifica ed esplicita previsione legislativa, che connoti l'illegittimità del provvedimento come elemento oggettivo della fattispecie.

Resterebbero peraltro fuori da questo limite gli atti esterni alla condotta penalmente rilevante, come quelli che rappresentano una causa di esclusione della punibilità e/o di applicabilità della pena e/o una causa di estinzione del reato²⁰. In passato, tuttavia, nei giudizi sui reati edilizi, la prassi della disapplicazione del titolo ritenuto illegittimo ha nella sostanza determinato la equiparazione della condotta della *edificazione in presenza di titolo illegittimo* a quella dell'*edificazione in assenza di titolo*²¹.

costanza di titoli edificatori illegittimi o frutto a loro volta di condotte criminose. Per un ulteriore approfondimento sulle posizioni critiche avverso tale forma di disapplicazione, si v. CARACCIOLI, *Lineamenti della disapplicazione incidentale degli atti amministrativi e dei regolamenti*, Torino, 1978, 93 ss., e ivi i pertinenti riferimenti bibliografici. Si v., inoltre, Trib. Piacenza, 8 marzo 1982, in *Riv. pen.*, 1983, 589; Cass., Sez. I, 9 aprile 1985, in *Cass. pen.*, 1986, 1934; Pret. Gagnano, 10 marzo 1988, in *Giur. mer.*, 1990, 419; Cass., Sez. III, 21 febbraio 2017, n. 12389, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 2, 518.

¹⁸ Si v. Trib. Salerno, sez. riesame, 11 maggio 2012, in *Giur. mer.*, 2012, 9, 1929.

¹⁹ Si v. VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, cit., 2 ss., e ivi il riferimento a: Pret. Milano, 23 luglio 1974, in *Cass. pen.*, 1976, 970. Si v. inoltre Cass., Sez. IV, 17 dicembre 2015, n. 2598, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 3, 1096.

²⁰ Si v. GAMBARDELLA, *op. cit.*, e ivi gli ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, in particolare in senso favorevole alla disapplicabilità del titolo edilizio in sanatoria illegittimo (Cass., Sez. III, 21 ottobre 1992, in *Cass. pen.*, 1994, 2198; Cass., Sez. III, 28 giugno 2000, n. 10960, Rv. 217580; Cass., Sez. III, 15 febbraio 2005, n. 19236, Rv. 231834; Cass., Sez. III, 27 gennaio 1997, in *Cass. pen.*, 1998, 1223), e in senso contrario (Cass., Sez. III, 7 settembre 1987, in *Riv. giur. ed.*, 1988, 499; Cass., Sez. III, 22 aprile 2008, n. 26144, Rv. 240728).

²¹ Si v. Pret. Pescara, 5 dicembre 1979, in *Giur. it.* 1981, 163; Trib. Roma, 29 ottobre 1980, in *Foro it.*, 1980, 686; Cass., Sez. III, 23 aprile 1981, in *Cass. pen.*, 1982, 1617; Cass., Sez. III, 28 novembre 1997, n. 2906, in *Riv. giur. edil.*, 1999, 182; Pret. Giulianova, 23 giugno 1982, in *Arch. pen.*, 1983, 120; Pret. Legnago, 8 aprile 1983, in *Riv. giur. edil.*, 1984, 442; Pret. Pizzo, 23 ottobre 1985, in *Riv. giur. edil.*, 1986, 290; Cass., Sez. III, 20 settembre 1988, in *Giur. it.*, 1991, 358; Pret. Lucca, 5 aprile 1989, in *Giust. pen.*, 1989, 623; Pret. Parma, 8 novembre 1990, in *Giur. mer.*, 1993, 208. Sul ricorso allo stesso tipo di disapplicazione in fattispecie diverse dai reati edilizi, si v.: Pret. Pietrasanta, 18 febbraio 1986, in *Rass. giur. Enel*, 1986, 718. Per un approfondimento si v. GAMBARDELLA, *op. cit.*, e ivi gli ulteriori riferimenti: Cass., Sez. VI, 13 maggio 1980, in *Cass. pen.*, 1981, 1633; Cass., Sez. III, 23 aprile 1981, in *Cass. pen.*, 1982, 1617.

Successivamente, anche alla luce dei principi di legalità e tassatività nella individuazione delle condotte penalmente rilevanti, ne sono stati disconosciuti o ristretti i presupposti di ammissibilità, in questo o in altri ambiti, a esempio negandola come strumento per la conversione della fattispecie²², oppure consentendola solo in caso di provvedimento macroscopicamente invalido, o emanato in carenza assoluta di potere o nella realizzazione di attività penalmente rilevante²³.

In particolare le Sezioni unite, proprio in relazione al caso specifico dei reati edilizi, e alla luce della differenza fra le fattispecie di edificazione in assenza di titolo e in base a titolo illegittimo, hanno comunque negato la possibilità di determinare, con la disapplicazione del titolo, la trasformazione della sua invalidità nella diversa condizione della sua inesistenza. Nella medesima occasione hanno ritenuto che il potere del giudice ordinario di disapplicare l'atto amministrativo sarebbe stato previsto dalla legge di abolizione del contenzioso solo per la tutela e a fronte della lesione dei diritti soggettivi, sicchè non sarebbe stato né sarebbe esercitabile rispetto ad atti attributivi di vantaggi di ogni tipo, anche nella semplice forma autorizzatoria della rimozione di un ostacolo all'esercizio di un diritto²⁴. La preclusione rispetto agli atti favorevoli e alle

²² Sulla impossibilità di impiegare la disapplicazione come tecnica per consentire la commistione delle due fattispecie, si v. Cass., Sez. III, 8 marzo 1988, in *Riv. giur. edil.*, 1990, 174; Pret. Marsala, 4 dicembre 1991, in *Foro it.*, 1992, 251; Cass., Sez. III, 24 giugno 1992, in *Mass. pen. cass.*, 1993, 11, 47.

²³ Si v. GAMBARDELLA, *op. cit.*, e ivi gli ulteriori riferimenti: Cass., Sez. III, 15 marzo 1982, n. 5089, in *Cass. pen.*, 1983, 1856; Cass., Sez. VI, 7 dicembre 1984, Rv. 167334. Si v. inoltre, anche per ambiti diversi dai reati edilizi, Pret. Cetraro, 14 giugno 1980, in *Foro it.*, 1981, 284; Trib. Teramo, 19 aprile 1983, in *Arch. pen.*, 1984, 205; Cass., Sez. III, 13 marzo 1985, in *Giust. pen.*, 1986, 700; Cass., Sez. III, 10 marzo 1986, in *Giust. pen.*, 1987, 287; Cass., Sez. III, 8 febbraio 1988, in *Riv. giur. edil.*, 1990, 175; Cass., Sez. III, 12 giugno 1996, n. 7310, in *Cass. pen.*, 1997, 1858; Pret. Agropoli, 31 ottobre 1987, in *Riv. pen. cc.*, 1989, 173; Pret. Lamezia, 26 gennaio 1990, in *Riv. giur. edil.*, 1992, 257; Pret. Vibo Valentia, 16 dicembre 1990, in *Riv. giur. edil.*, 1991, 714; Cass., Sez. III, 16 marzo 2018, n. 18530, in *Cass. pen.*, 2018.

²⁴ Si v. GAMBARDELLA, *op. cit.*, e ivi gli ulteriori riferimenti: Cass., Sez. un., 31 gennaio 1987, n. 3, in *Cass. pen.*, 1987, 1711. Sulla esclusiva ammissibilità dello stesso tipo di disapplicazione (nei confronti di atti lesivi di diritti), anche in fattispecie diverse dai reati edilizi, si v.: Cass., Sez. IV, 25 settembre 1984, in *Riv. giur. circol. trasp.*, 1986, 141; Cass., Sez. IV, 28 gennaio 1985, in *Cass. pen.*, 1986, 2010; Cass., Sez. IV, 3 febbraio 1986, in *Giust. pen.*, 1987, 295; Cass., Sez. IV, 12 luglio 1993, in *Cass. pen.*, 1994, 2524. Sulla limitazione della disapplicabilità, in via generale, agli atti afflittivi, si v. Cass., Sez. III, 17 novembre 1987, in *Giust. pen.*, 1988, 438. Sulla impossibilità di disapplicare gli atti ampliativi si v., ancora, Cass., Sez. III, 12 dicembre 1988, in *Rass. giur. Enel*, 1989, 978.

conseguenze di aggravamento della fattispecie, successivamente estesa anche al diniego di provvedimento ampliativo, produce in sostanza l'effetto di negare la disapplicabilità sfavorevole all'imputato²⁵. A questo si collegano gli ulteriori orientamenti che escludono l'esistenza di tali limiti, cumulativamente o alternativamente, a fronte di atti amministrativi macroscopicamente invalidi, o emanati nella realizzazione di condotta criminosa; a questi casi si aggiunge quello dell'esistenza di norma incriminatrice che espressamente ammetta la disapplicazione o configuri l'illegittimità dell'atto quale elemento essenziale della fattispecie²⁶: tuttavia, a ben vedere, nell'ultimo caso il giudice dovrebbe limitarsi a un accertamento del vizio, mentre nei primi le eventuali nullità o inesistenza dell'atto dovrebbero rendere la disapplicazione inutile, o privarla dell'oggetto. Infatti il vizio di nullità riconducibile al difetto di attribuzione o l'inesistenza riconducibile alla illiceità penale dovrebbero impedire la produzione di effetti giuridici, e dunque rendere superflua una disapplicazione²⁷, a meno che non si ritenga che l'atto produca qualche effetto. Si assiste invece al fenomeno della disapplicazione 'impropria', che viene sostanzialmente confusa con la dichiarazione di nullità dell'atto²⁸. L'inesistenza giuridica dell'atto dovrebbe inoltre

²⁵ Per la soluzione negativa riferita agli atti discrezionali di diniego, si v. Cass., Sez. III, 29 novembre 1995, n. 365, in *Cass. pen.*, 1997, 3551. Per la soluzione affermativa, riferita agli atti di diniego in genere, si v. invece Trib. Bari, Sez. sorv., 6 febbraio 2006, cit. (in materia di disapplicabilità del diniego opposto all'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno).

²⁶ Si v. Cass., Sez. IV, 17 settembre 2008, n. 38824, in *Cass. pen.*, 2008; Cass., Sez. III, 13 gennaio 2005, n. 3725, in *Riv. giur. edil.*, 2005, 654; Cass., Sez. III, 6 giugno 2007, n. 34899, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 2, 375; Cass., Sez. III, 31 maggio 1988, in *Giust. pen.*, 1989, 477. Per un approfondimento sulla inidoneità del titolo edilizio macroscopicamente e gravemente viziato a integrare la fattispecie di trasformazione del territorio in violazione di titolo esistente, si v. COCCO, *Dalla disapplicazione dell'atto amministrativo alla disapplicazione della fattispecie incriminatrice* - II Parte, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 2, 358 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti: Cass., Sez. III, 21 febbraio 2018, n. 56678.

²⁷ In questi termini si v. Pret. Bari, 10 febbraio 1999, in *Urb. e app.*, 2000, 321.

²⁸ Si v. VILLATA, *op. cit.*, 2 ss., e ivi il riferimento a: Pret. Treviso, 30 aprile 1974, in *Foro it.*, 1974, 322 ss. Si v. inoltre Trib. Roma, 15 dicembre 1987, in *Giur. it.*, 1987, 348. Per un approfondimento sulla evoluzione giurisprudenziale in materia di disapplicabilità degli atti amministrativi di assenso da parte del giudice penale, muovendo dagli orientamenti prevalenti che ammettevano la disapplicazione solo a fronte di vizi particolarmente gravi (illiceità, inesistenza, nullità), ma non in presenza di vizi di annullabilità, per giungere quindi agli orientamenti favorevoli anche a un sindacato più penetrante, pure in via principale, ma essenzialmente nella prospettiva della tutela dei diritti, e comunque con il limite della impossibilità di sindacare sia il merito dell'azione amministrativa sia - generalmente - le forme più lievi di eccesso di potere, si v. De LEONARDIS, *Il sindacato del giudice penale sugli atti di autorizzazione e concessione: alcune riflessioni "partendo dalla fine"*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 4, 893 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti

integrare l'elemento oggettivo delle fattispecie incriminatrici basate sull'esercizio di determinate attività in assenza di provvedimento amministrativo²⁹.

All'orientamento che circoscrive la disapplicabilità ai soli atti lesivi di diritti si collega infine quello che sostiene la disapplicabilità dei soli atti incidenti su diritti soggettivi, ma in senso sia afflittivo sia ampliativo - a es. costituendoli o rimuovendo ostacoli al loro esercizio -, consentendo quindi la declinazione sia favorevole sia sfavorevole della disapplicazione³⁰.

La Sezione III non si è tuttavia allineata alla posizione delle Sezioni unite, contestandone le limitazioni al potere di disapplicazione e l'interpretazione sottostante³¹.

Le Sezioni unite sono pertanto intervenute nuovamente sulla stessa questione, precisando il ruolo delle disposizioni incriminatrici dei reati edilizi, fondate sull'edificazione in assenza di titolo o in totale difformità, o in variante essenziale rispetto a esso, o in violazione di altri precetti urbanistici. Tali disposizioni avrebbero in sostanza una struttura tale da richiedere al giudice penale l'identificazione, la cognizione e la valutazione di tutte quelle componenti costituenti l'elemento oggettivo della condotta, inclusa la violazione di precetti finalizzati alla tutela del territorio. Sicché il giudice non sarebbe tenuto a disapplicare il provvedimento, ma solo a conoscerlo e a valutarlo per la individuazione degli elementi penalmente rilevanti della fattispecie³².

giurisprudenziali, nonché una riflessione sul fatto che l'espansione delle ipotesi di silenzio assenso potrebbe indurre il giudice penale a estendere il proprio sindacato sull'atto amministrativo tacito anche oltre i predetti limiti.

²⁹ Si v. GAMBARDELLA, *op. cit.*, e ivi gli ulteriori riferimenti: Cass., Sez. VI, 27 giugno 1995, in *Cass. pen.*, 1996, 3103; Cass., Sez. III, 11 luglio 2003, n. 38735, in *Cass. pen.*, 2005, 157.

³⁰ Si v. Cass., Sez. III, 18 giugno 1999, n. 2304, in *Riv. pen.*, 2000, 149.

³¹ Si v. GAMBARDELLA, *op. cit.*, e ivi gli ulteriori riferimenti: Cass., Sez. III, 9 gennaio 1989, in *Cass. pen.*, 1990, 135.

³² Si v. GAMBARDELLA, *op. cit.*, e ivi gli ulteriori riferimenti: Cass., Sez. un., 12 novembre 1993, in *Cass. pen.*, 1994, 901; in senso conforme anche Cass., Sez. III, 2 ottobre 2007, n. 41620, Rv. 237995; TANDA, *La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario: in particolare, l'ipotesi del permesso edilizio illegittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 2, 418 ss., e ivi il rilievo secondo il quale, quando la legittimità del provvedimento è elemento costitutivo della fattispecie, si tratterebbe di ordinaria attività interpretativa e di qualificazione della fattispecie medesima; nonché gli ulteriori riferimenti: Cass., Sez. III, 13 marzo 2019, n. 10927; nello stesso senso, con riferimento a fattispecie caratterizzate dalla illegittimità del titolo edilizio in sanatoria, o di altro titolo edificatorio, oppure dell'autorizzazione paesaggistica in correlazione al reato paesaggistico, si v. Cass., Sez. III, 27 marzo 1990, in *Cass. pen.*, 1992, 1313; Cass., Sez. III, 15 febbraio 2002, in *Riv. giur. ed.*, 2003, 873. Si v. inoltre Cass., Sez. III, 7 giugno 2018, n.

Diverso sarebbe però il caso del provvedimento che rappresenti elemento costitutivo della fattispecie dal punto di vista oggettivo e che venga disapplicato *in bonam partem*³³.

Ma il giudice penale ha continuato a disapplicare il titolo annullabile, determinando una sostanziale equiparazione della edificazione in assenza di titolo a quella realizzata sulla base di titolo illegittimo³⁴.

Una variabile ‘impropria’ della disapplicazione *in malam partem* è quella del *provvedimento amministrativo invalido legittimante l’esercizio di determinate attività, lo svolgimento delle quali è tuttavia identificato dalla legge come reato a prescindere da un eventuale assenso dell’amministrazione*, che pertanto non rappresenta un elemento di integrazione del reato³⁵.

Da questa si distinguono le *fattispecie per le quali la violazione del provvedimento rileva*, almeno nella costruzione formale della norma incriminatrice, *a prescindere dalla sua (in-)validità, oppure, al limite, solo dopo che essa sia stata verificata e trattata dal giudice munito di giurisdizione*. In questi casi, essendo la disposizione incriminatrice costruita sostanzialmente come norma penale ‘in bianco’, il necessario recupero del legame con il principio di legalità e con la riserva di legge previsti dall’art. 25 Cost. può avvenire solo nella misura in cui si ritenga che la condotta rilevante presupponga la validità del provvedimento. A diverse conclusioni dovrebbe tuttavia giungersi per quelle fattispecie che individuino la *condotta* nell’esercizio di talune *attività in assenza di un provvedimento amministrativo di autorizzazione/abilitazione*, nulla aggiungendo sulla necessità della sua validità: l’esistenza dell’atto, pure a fronte di qualche vizio, dovrebbe pertanto escludere l’elemento oggettivo del reato³⁶. E in effetti la

49687, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 6, 1657; Cass., Sez. III, 4 dicembre 2017, n. 38856, in *Cass. pen.*, 2018; Cass., Sez. III, 10 maggio 2017, n. 33051, in *Cass. pen.*, 2017. Sul carattere incidentale che assumerebbe in questi casi la cognizione dell’atto amministrativo, si v. Trib. Catanzaro, Sez. II, 15 maggio 2008, in *Red. Giuffrè*, 2008.

³³ Si v. TANDA, *op. cit.*, 418 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti.

³⁴ Si v., *ex multis*, Cass., Sez. III, 13 giugno 2019, n. 37475, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 5, 1391; Cass., Sez. III, 16 maggio 2018, n. 28787, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 4, 1149.

³⁵ Si v. VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, cit., 2 ss., e ivi il riferimento a: Pret. Massa, 30 giugno 1972, in *Giur. mer.*, 1972, 200 ss.

³⁶ Per un approfondimento si v. VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, cit., 123 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti.

giurisprudenza non ammette in questi casi la disapplicabilità in *malam partem* del provvedimento illegittimo³⁷.

4. *La disapplicazione normativa dei regolamenti.* L'esame delle decisioni del giudice ordinario in sede penale consente infine di rintracciare ipotesi di *disapplicazione normativa dei regolamenti*.

Alcuni di essi hanno *funzione scriminante* di determinate condotte. In questi casi il potere viene di regola esercitato *a favore dell'imputato, al fine di ricondurre la causa specifica di giustificazione a ipotesi più inclusive* ricavabili dalla interpretazione di norme già esistenti³⁸.

Gli altri casi di disapplicazione normativa riguardano i *regolamenti che*, in violazione della riserva di legge fondata dall'art. 25 Cost., *prevedono fattispecie incriminatrici* e sanzionatorie: anche qui il potere viene dunque esercitato a favore dell'imputato³⁹.

Ulteriori ipotesi si riferiscono a regolamenti - o ad altri atti amministrativi sostanzialmente normativi - rilevanti, per altri profili, al fine dell'integrazione del reato o dell'applicazione della pena: essi vengono disapplicati, anche parzialmente, in senso favorevole o sfavorevole all'imputato, se ritenuti illegittimi⁴⁰.

Alcuni limiti negativi alla sindacabilità degli atti normativi, e pertanto anche alla loro disapplicabilità, pur se incidentale, sono tuttavia individuati nella circostanza che l'atto sia funzionale a rendere attuabile una norma penale 'in bianco', ciò che lo renderebbe, appunto, non disapplicabile⁴¹. Sebbene in un contesto stridente rispetto all'art. 25 Cost., le condizioni a sostegno della disapplicabilità sono invece talvolta individuate nella circostanza che l'atto sia stato

³⁷ Si v. Cass., Sez. VI, 8 agosto 1986, in *Cass. pen.*, 1988, 434.

³⁸ Si v. Cass., Sez. IV, 15 gennaio 1981, in *Cass. pen.*, 1982, 1227; Cass., Sez. IV, 11 giugno 1984, in *Giust. pen.*, 1985, 351.

³⁹ Si v. Cass., Sez. III, 8 maggio 1981, in *Cass. pen.*, 1983, 301; Cass., Sez. III, 17 marzo 1987, n. 5472, in *Cass. pen.*, 1987.

⁴⁰ Si v. Pret. Dogliani, 23 aprile 1986, in *Difesa pen.*, 1987, 71; Cass., Sez. I, 28 febbraio 2019, n. 17579, in *Il penalista*, 2019; Cass., Sez. I, 22 dicembre 1995, n. 6873, in *Cass. pen.*, 1996, 1969; Pret. Brescia, 27 ottobre 1985, in *Foro it.*, 1986, 1430; Cass., Sez. IV, 1 marzo 1989, in *Cass. pen.*, 1990, 1140; Cass., Sez. III, 14 novembre 1989, in *Riv. pen. ec.*, 1991, 442; Cass., Sez. III, 12 agosto 1997, n. 9011, in *Giur. boll. leg. tec.*, 1998, 65.

⁴¹ Si v. Trib. Lecce, 12 aprile 2008, n. 158, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 3, 1551.

emanato nell'esercizio di una attività criminosa, oppure sia viziato in modo talmente grave da risultare inesistente⁴². Nell'ultima ipotesi, tuttavia, l'improduttività di effetti giuridici dovrebbe ancora una volta escludere la disapplicabilità, privandola dell'oggetto.

5. Presupposti e caratteristiche del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo nell'esercizio della giurisdizione penale. In tutti i casi riferiti l'attività di ricerca dei requisiti oggettivi del reato o dei requisiti di punibilità o di applicazione della pena previsti dalla disposizione incriminatrice⁴³ passa per (un accertamento o, più esattamente per) una valutazione della validità del provvedimento. Il giudice deve in sostanza rintracciare nella condotta non solo gli elementi di natura c.d. 'descrittiva', ma anche gli elementi di natura c.d. 'normativa', che richiedono interpretazioni e/o valutazioni fondate su disposizioni extrapenali.

La preoccupazione di evitare lo sconfinamento del potere giurisdizionale nell'ambito di quello amministrativo⁴⁴ ha peraltro indotto la giurisprudenza a individuare le condizioni legittimanti la disapplicazione - o comunque il sindacato incidentale sull'atto amministrativo - nella *violazione di legge in senso*

⁴² Si v. Cass., Sez. IV, 17 dicembre 2015, n. 2598, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 3, 1096.

⁴³ Sulla qualificazione di tale attività come esame/accertamento dei fatti non implicante alcuna disapplicazione, si v. VILLATA, *op. cit.*, 110 ss.; 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, 3, 682 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti; D'ANGELO, *La nuova disciplina normativa della patologia del provvedimento amministrativo risolve la querelle relativa alla disapplicazione in malam partem - ad opera del giudice penale della concessione (oggi permesso di costruire) in sanatoria*, in *Giustamm.*, 2006, 4, e ivi gli ulteriori riferimenti: Cass., Sez. un., 21 dicembre 1993, n. 11635, in *Riv. giur. ed.*, 1994, 405; Cass., Sez. III, 27 settembre 2005, n. 34376; Cass., Sez. III, 13 settembre 1988, n. 9178, in *Riv. pen.*, 1989, 619 (sulla qualificazione della giurisdizione penale riguardante il provvedimento amministrativo come mero esame/accertamento dei fatti non implicante alcuna disapplicazione); Cass., Sez. un., 31 gennaio 1987, n. 3, in *Foro amm.*, 1988, 14; Cass., Sez. III, 18 maggio 1982, n. 5089, in *Cass. pen.*, 1983, 1856 (sulla disapplicabilità dell'atto amministrativo la cui illegittimità rilevi per l'integrazione dell'elemento soggettivo del reato); Cass., Sez. III, 6 maggio 1981, n. 4124, in *Foro it.*, 1982, 881; Cass., Sez. III, 31 marzo 1983, n. 2806, in *Riv. giur. ed.*, 1983, 4, 1703 (sulla disapplicabilità, per motivi di legittimità in senso lato, dell'atto amministrativo anche indirettamente correlato all'elemento oggettivo del reato, al fine di ritenerlo integrato, a esempio, pure in caso di titolo edilizio illegittimo, e non solo di assenza di titolo).

⁴⁴ Una ulteriore ragione sarebbe riconducibile alla affermata difficoltà, per l'agente, di percepire il vizio di legittimità attinente al merito e di orientare conseguentemente la propria condotta. Per un approfondimento su questo aspetto si v. CARACCIOLI, *op. cit.*, 83 ss., e ivi i pertinenti riferimenti bibliografici.

*stretto, e/o macroscopica*⁴⁵, con l'esclusione dell'eccesso di potere⁴⁶, o con esclusione pure dei vizi consistenti nella violazione di norme sull'esercizio del potere⁴⁷.

È emersa tuttavia anche l'esigenza di estendere il concreto esercizio dell'azione penale a fattispecie che avrebbero rischiato di sottrarsi⁴⁸.

A questa esigenza si è aggiunta l'evidenza della diversità del rilievo che la separazione dei poteri assume a fronte dell'esercizio dell'azione penale - non potendo qui l'attività di cognizione dei fatti subire limitazioni⁴⁹ - rispetto

⁴⁵ Si v., Cass., Sez. III, 21 maggio 1993, in *Dir. e giur. agr.*, 1993, 615; Cass., Sez. III, 18 dicembre 2014, n. 7423, in *Riv. giur. edil.*, 2015, 2, 312; Trib. Napoli, 28 gennaio 2015, n. 554, in *Red. Giullrè*, 2016; Cass., Sez. I, 11 giugno 2009, n. 28849, in *Cass. pen.*, 2010, 2, 757. Per un approfondimento specifico sulla giurisprudenza in materia di condotta criminosa riconducibile all'inosservanza di provvedimento legalmente dato dall'autorità amministrativa (nel caso di specie il foglio di via) e in materia di conseguente disapplicabilità (*in bonam partem*) di tale provvedimento da parte del giudice penale solo in presenza di vizi evidenti, così da limitare il sindacato sulla discrezionalità a quello estrinseco, si v. TONOLETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2019, 1, 76 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali (Cass., Sez. VI, 18 aprile 1980), anche al diverso trattamento di ulteriori ma assimilabili provvedimenti amministrativi (nel caso di specie ordinanza sindacale per la rimozione di rifiuti), la cui disapplicabilità è ammessa solo per l'ipotesi di carenza di potere, mentre negli altri casi è esclusa in ragione dell'affermato onere di impugnazione del provvedimento dinanzi al g.a. (Cass., Sez. IV, 15 aprile 2008, n. 36873; Cass., Sez. III, 16 gennaio 2015, n. 9228). L'A. riconduce in particolare l'oscillazione giurisprudenziale riguardante alcuni casi analoghi e/o equiparabili alla attitudine del giudice penale a considerare la funzione amministrativa non in relazione allo scopo della norma che attribuisce il potere all'amministrazione, ma in relazione al bene tutelato dalla disposizione incriminatrice: ciò giustificerebbe a esempio il suo diverso atteggiamento - pur se ampiamente oscillante - rispetto alla disapplicabilità dei provvedimenti *extra ordinem* di autorizzazione alla gestione di discariche di rifiuti, considerati pienamente sindacabili (e quindi disapplicabili) dal giudice penale solo ove rappresentino uno strumento lesivo dell'interesse alla salubrità dell'ambiente (Cass., Sez. III, 17 aprile 1998, n. 6292), e non ove rappresentino uno strumento per la sua tutela in condizioni eccezionali (Cass., Sez. III, 2 aprile 1996, n. 5378).

⁴⁶ si v. CARACCIOLI, *op. cit.*, 66 ss., e ivi il riferimento a: Cass., Sez. un., 2 luglio 1955, in *Giust. pen.*, 1955, 769. Si v. inoltre GAMBARDILLA, *op. cit.*, e ivi gli ulteriori riferimenti: Cass., Sez. III, 8 ottobre 1965, in *Cass. pen. mass.*, 1966, 534; Cass., Sez. I, 14 marzo 1978, in *Cass. pen. mass.*, 1980, 1221. Si v. inoltre Cass., Sez. I, 2 febbraio 1985, in *Cass. pen.*, 1986, 1378; Cass., Sez. III, 30 settembre 1988, in *Cass. pen.*, 1990, 1155.

⁴⁷ Si v., fra le più recenti, Cass., Sez. III, 16 marzo 2018, n. 18530, in *Cass. pen.*, 2018; Cass., Sez. III, 17 marzo 2009, n. 25485, in *Cass. pen.*, 2010, 3, 1138; Cass., Sez. IV, 17 settembre 2008, n. 38824, in *Cass. pen.*, 2008.

⁴⁸ Ulteriori ragioni sarebbero riconducibili alla signoria del giudice sul sindacato del fatto per l'esercizio dell'azione penale e alla circostanza che tale sindacato possa estendersi all'atto amministrativo sempre e solo incidentalmente. Per una interpretazione critica e un approfondimento di questi profili si v. CARACCIOLI, *op. cit.*, 93 ss., e ivi i pertinenti riferimenti bibliografici.

⁴⁹ Sul controlimite della impossibilità, per il giudice penale, di arrogarsi poteri propri dell'autorità amministrativa, si v. FRANCHINI, *Giudice penale e sindacato dell'attività amministrativa (teoria e prassi*

all'esercizio della giurisdizione civile o amministrativa. Pertanto le condizioni legittimanti sono state in altri casi estese alla *violazione di legge in senso lato*, includente il sindacato sulla discrezionalità⁵⁰ e sull'eccesso di potere, soprattutto – ma non soltanto – nella forma c.d. 'estrinseca' dello sviamento dal fine, con la sola esclusione della sindacabilità del merito e degli atti politici⁵¹.

Nei vari contesti qui indicati, infine, il potere di disapplicazione o quello di sindacato incidentale sull'atto vengono spesso declinati come *doverosi*, sulla base della soggezione costituzionale degli atti dell'amministrazione a controllo

nell'esperienza di un recente caso in materia di opere ferroviarie), cit., e ivi gli ulteriori riferimenti: Corte cost., 23 dicembre 1986, n. 283, in *www.giurcost.org*. Per un approfondimento sull'incidenza della giurisdizione penale nell'esercizio del potere amministrativo, si v. invece FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2002, 140 ss.

⁵⁰ Cass., Sez. III, 28 gennaio 2009, n. 14228, in *Cass. pen.*, 2009.

⁵¹ Si v. Cass., Sez. III, 11 febbraio 1981, in *Riv. giur. edil.*, 1982, 392; Cass., Sez. III, 9 marzo 1982, in *Riv. pen.*, 1983, 167; Cass., Sez. I, 5 dicembre 2018, n. 2365, in *Dir. & giust.*, 2019. Per un approfondimento si v. CARACCIOLI, *Lineamenti della disapplicazione incidentale degli atti amministrativi e dei regolamenti*, cit., 66 ss., e ivi il riferimento a: Cass. pen., 15 novembre 1967, in *Cass. pen. mass.*, 1968, 64; Cass. pen., 18 maggio 1964, in *Cass. pen. mass.*, 1965, 129. La valutazione del merito da parte del giudice penale può invece rilevare per l'esame delle fattispecie fondate su un abuso di potere pubblico, come quella di abuso d'ufficio, ma al solo fine di indagare se l'assenza di una facoltà di scelta riconducibile al merito integri, appunto, la presenza dell'abuso, si v. GAMBARELLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, cit., e ivi gli ulteriori riferimenti, anche di segno contrario, come: Cass., Sez. VI, 17 febbraio 1998, in *Foro it.*, 1999, 103 ss.; Cass., Sez. III, 8 giugno 2010, n. 27261. In questo scenario l'abuso di ufficio (art. 323 c.p.) è stato recentemente riformato – nell'ambito della legislazione riconducibile alla gestione dell'emergenza pandemica – dall'art. 23 c. 1 del decreto legge n. 76 del 2020, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120. In particolare la fattispecie incriminatrice è stata ristretta alla violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste da fonti primarie, e la cui osservanza non comporti l'esercizio di discrezionalità, escludendo così l'eccesso di potere, la violazione di norme secondarie e la violazione di norme di organizzazione o di disposizioni recanti principi generali (incluso l'art. 97 Cost.), dalle azioni rilevanti per integrare l'elemento oggettivo del reato. Resta invece invariata l'incriminazione della inosservanza di un obbligo di astensione. La legittimità costituzionale della riforma – contestata da una ordinanza di rimessione fondata sulla lamentata violazione degli artt. 3, 77 e 97 Cost. – è stata ancor più recentemente affermata dalla Consulta, che ne ha evidenziato, con uno scrutinio a maglie larghe, i presupposti di straordinaria necessità e di urgenza, ricollegandoli alla congruenza rispetto agli altri contenuti della fonte in cui è inserita, nonché all'obiettivo di scongiurare fenomeni di 'burocrazia difensiva' e ritenenza dei pubblici funzionari o degli incaricati di pubblico servizio a svolgere i propri compiti (Corte cost., 18 gennaio 2022, n. 8, in *www.giurcost.org*). Il profilo procedurale dell'eccezione è stato pertanto ritenuto infondato. Sugli aspetti sostanziali, vale a dire sull'affermata violazione degli artt. 3 e 97 Cost., la Corte ha invece evidenziato che l'accoglimento della domanda – provocando la riviviscenza della più severa norma incriminatrice previgente – determinerebbe una violazione dell'art. 25 c. 2 della Costituzione, che riserva al Parlamento le scelte di politica criminale, e ne ha pronunciato pertanto l'inammissibilità. Per un approfondimento si v. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020*, Torino, 2020.

giurisdizionale di legalità⁵², oppure sulla base di presupposti più specifici, come la circostanza che l'atto sia stato adottato nell'esercizio di attività criminosa⁵³, pur se ciò dovrebbe indurre a ritenerlo nullo e/o inesistente. In altri casi il potere è invece declinato in concreto come *facoltà*⁵⁴. Si può tuttavia intuire che il filtro rappresentato dalla preliminare potestà del giudice di qualificare la fattispecie dovrebbe indurre la sostanziale confluenza delle diverse ipotesi verso il modello del potere-facoltà.

6. *Considerazioni di sintesi sulla ridefinizione del potere nella prassi del suo svolgimento.* Il quadro sin qui composto restituisce l'immagine di un modello di disapplicazione giudiziale dell'atto amministrativo articolato alla luce dei diversi ruoli che tale atto può assumere entro la fattispecie penalmente rilevante. L'atto può infatti rilevare in primo luogo quale *mezzo di realizzazione della condotta* criminosa. Può tuttavia anche verificarsi che il provvedimento strumentale a integrare tale condotta assuma rilievo per una *fattispecie collegata*: si pensi al rilascio del titolo edilizio in sanatoria che realizzi un abuso di ufficio e pertanto sia inidoneo a estinguere il collegato reato edilizio.

In secondo luogo l'atto amministrativo può rilevare per la integrazione degli *elementi essenziali del reato, oggettivo* (la *condotta*) e/o *soggettivo* (la *colpevolezza*).

Alla prima delle due declinazioni, ossia a quella dell'atto che rileva per la *condotta*, sono riconducibili le *fattispecie che prevedono come reato la violazione*

⁵² Per un approfondimento si v. GAMBARDILLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 2, 742 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti. Sulla doverosità si v. inoltre, Cass., Sez. III, 9 gennaio 1989, in *Giust. pen.*, 1990, 91; Cass., Sez. III, 18 marzo 2015, n. 29284, in *Dir. & giust.*, 2015; Cass., Sez. III, 13 giugno 2012, n. 25170, in *Guida dir.*, 2012, 38, 78; Cass., Sez. I, 20 febbraio 2019, n. 17616, in *Dir. & giust.*, 2019; Cass., Sez. I, 15 ottobre 2004, n. 47682, in *Riv. pen.*, 2005, 555; Cass., Sez. III, 22 gennaio 2001, n. 183, in *Studium Juris*, 2001, 954.

⁵³ Trib. Roma, 15 dicembre 1987, in *Giur. it.*, 1987, 348.

⁵⁴ Si v. Cass., Sez. I, 17 marzo 1998, n. 1599, in *Riv. pen.*, 1998, 770; Trib. Napoli, Sez. I, 10 febbraio 2015, n. 2470, in *Red. Giuffrè*, 2015; Pret. Fermo, 7 aprile 1986, in *Riv. giur. scuola*, 1989, 806; Cass., Sez. I, 3 dicembre 2013, n. 28796, in *Cass. pen.*, 2015; Cass., Sez. III, 20 settembre 2011, n. 618, in *Cass. pen.*, 2011. Si v. inoltre Cass., Sez. III, 18 dicembre 2014, n. 7423, in *Riv. giur. edil.*, 2015, 2, 312; Trib. Napoli, 28 gennaio 2015, n. 554, in *Red. Giuffrè*, 2016; Cass., Sez. I, 11 giugno 2009, n. 28849, in *Cass. pen.*, 2010, 2, 757.

di provvedimenti dell'autorità amministrativa. Esse sono però sostanzialmente costruite come fattispecie incriminatrici 'in bianco', sicché la necessità di recuperare almeno in parte il legame con i principi di *legalità, tipicità e tassatività* nella definizione delle fattispecie penalmente rilevanti richiederebbe di ritenere che la condotta possa considerarsi integrata nei soli casi in cui l'*atto* violato sia *valido*.

L'atto amministrativo e/o la sua eventuale adozione in assenza del potere possono tuttavia rilevare anche per l'integrazione di *elementi esterni al reato*, vale a dire delle condizioni di *punibilità* e/o di *applicazione della pena*.

Infine, l'atto amministrativo può rilevare quale causa di *estinzione del reato*.

In ciascuna di queste ipotesi la disapplicazione produce effetti differenti ed è pertanto ritenuta subordinata a limiti diversi.

Nella *prima ipotesi* normalmente la *si esclude*, proprio perché l'atto è lo strumento di realizzazione della condotta criminosa, e non si pone tecnicamente nessuna questione relativa alla sua disapplicabilità.

Nelle *altre ipotesi* normalmente la *si ammette* e la si realizza, pur se talvolta la si ritiene praticabile solo ove l'atto rilevi per la integrazione degli elementi essenziali del reato.

La *praticabilità* della disapplicazione è però *generalmente* individuata con contenuti *differenti* in relazione agli *effetti* che essa può produrre, i quali possono a loro volta rivelarsi favorevoli oppure sfavorevoli all'imputato.

Con riferimento a ciascuno dei due scenari – di disapplicazione *in bonam partem* e disapplicazione *in malam partem* – si rinvergono peraltro, oltre agli elementi di differenziazione dovuti ai diversi effetti della disapplicazione nell'uno e nell'altro caso, anche posizioni comuni alle due variabili di contesto, pur nella occasionale oscillazione fra un polo e l'altro.

Le *posizioni comuni* riguardano a esempio l'efficacia *incidentale* della disapplicazione o la possibilità che sia disposta *d'ufficio* e anche nei confronti di *atti presupposti* rispetto a quello direttamente produttivo di effetti per la fattispecie rilevante: su questi profili le *posizioni affermative* sono pressoché costanti a *prescindere dagli effetti favorevoli o sfavorevoli* che la disapplicazione è idonea a produrre per l'imputato.

Lo stesso è a dirsi per il rapporto fra la disapplicabilità e l'esistenza di eventuali decisioni – normalmente del giudice amministrativo – che abbiano acquisito la stabilità del *giudicato* e che siano idonee a influenzare pure la stabilità dell'atto della cui disapplicazione si tratta. Anche su questo aspetto le *soluzioni* praticate, sebbene nelle loro oscillazioni, sono *comuni ai due scenari della disapplicazione favorevole e sfavorevole*.

Le *oscillazioni* avvengono a loro volta fra due tipi di posizioni.

Per le prime *il giudicato* civile o amministrativo, ai sensi dell'art. 2 c.p.p., *non vincolerebbe* il giudice penale, fatti salvi i casi di efficacia vincolante espressamente previsti e gli effetti costitutivi, modificativi o estintivi di situazioni soggettive ricondotti dalla legge alla decisione. Sicché il giudice penale potrebbe esercitare tutti i poteri inclusi nella sua giurisdizione e, in ogni caso, apprezzare l'atto amministrativo secondo il proprio convincimento.

Le posizioni del secondo gruppo escludono invece che il giudice penale possa valutare la legittimità dei provvedimenti soggetti ad altra giurisdizione, tanto più ove essi siano assistiti dalla stabilità del giudicato. Ne consegue *l'impossibilità di disapplicare* atti la cui legittimità abbia formato oggetto di una sentenza del g.a. assistita da tale stabilità, salvo che in relazione a profili non dedotti e comunque non decisi nel giudizio amministrativo.

Ugualmente *trasversali ai contesti della disapplicazione favorevole e sfavorevole sono gli orientamenti sulla disapplicabilità degli atti normativi* o a contenuto sostanzialmente normativo (come le circolari) e che assumano a vario titolo rilievo per l'integrazione della fattispecie o per l'applicazione della pena. La *disapplicabilità è generalmente ammessa*, anche in senso parziale, e solo in alcuni casi viene limitata alle ipotesi di atti nulli o inesistenti, ciò che peraltro la renderebbe impropria nel senso già chiarito. In tutte le ipotesi la si realizza inoltre *con effetti sia favorevoli sia sfavorevoli* all'imputato, pur essendo prevalenti quelli del primo tipo. Tale prevalenza è dovuta ai *contenuti ricorrenti dei regolamenti disapplicati*, che riguardano l'introduzione di *fattispecie incriminatrici e sanzionatorie in violazione della riserva di legge di cui all'art. 25 Cost.*, oppure riguardano l'introduzione di *cause di giustificazione dall'estensione più ristretta rispetto a quella ricavabile dalla interpretazione di norme già esistenti*.

La *trasversalità* rispetto ai contesti della disapplicazione favorevole e sfavorevole riguarda anche gli orientamenti sulle *condizioni legittimanti la disapplicazione*. Questi oscillano fra le soluzioni che richiedono una *violazione di legge in senso stretto* - con esclusione dell'eccesso di potere e talvolta anche della violazione di norme sull'esercizio del potere - e quelle che estendono le condizioni legittimanti anche alla violazione di legge *in senso lato* - includente il sindacato sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere, prevalentemente nella declinazione dello sviamento, ma talvolta anche nelle sue ulteriori declinazioni. La *trasversalità* rispetto ai contesti della disapplicazione favorevole e sfavorevole riguarda infine gli orientamenti sul carattere *doveroso* o *facoltativo* del potere, una volta che ne siano stati verificati come sussistenti i presupposti e le condizioni. Le posizioni gli orientamenti dominanti si esprimono nel senso della doverosità, pur se talvolta la disapplicazione è rimessa al libero apprezzamento del giudice. Tuttavia, a ben vedere, la potestà del giudice di qualificare preliminarmente la fattispecie dovrebbe attrarre tutte le ipotesi verso il modello del potere-facoltà, componendo i contrasti apparentemente insuperabili.

Si può a questo punto passare alle *diverse caratteristiche del modello di disapplicazione in relazione alle conseguenze, favorevoli o sfavorevoli* all'imputato, che la devitalizzazione degli effetti dell'atto può produrre.

La questione che fa da sfondo alla divaricazione riguarda il *rapporto fra le conseguenze sfavorevoli e i principi di legalità e tassatività delle norme incriminatrici*. Essa si collega alla necessità, che frequentemente emerge, di negare la disapplicabilità, con effetti sfavorevoli all'imputato, di atti funzionali all'integrazione degli elementi essenziali del reato; oppure si collega alla necessità di richiedere requisiti e/o di individuare limiti più rigorosi per la sua realizzazione. Le *tesi negative* sostengono la disapplicabilità dei soli atti afflittivi e l'impossibilità di impiegare la disapplicazione per consentire l'aggravamento della fattispecie, anche alla luce del fatto che la legge di abolizione del contenzioso funzionalizzerebbe la disapplicazione alla tutela dei diritti, piuttosto che al peggioramento della posizione del cittadino. In questo caso il giudice penale aderisce agli orientamenti di maggiore rigore che limitano la disapplicabilità degli atti amministrativi da parte del g.o. a quelli lesivi di diritti o comunque incidenti su

diritti. Se si considera che tali orientamenti non sono esclusivi nel panorama più ampio della disapplicazione riferibile al g.o., ma coesistono con quelli che non ravvisano questo limite⁵⁵, si percepisce che tale posizione del giudice penale è una di quelle da cui si trae un atteggiamento di *self-restraint* nell'esercizio del potere.

Le *tesi restrittive* richiedono invece la presenza di requisiti che rilevano anche disgiuntamente. Uno di essi consiste nell'esistenza di norma incriminatrice che espressamente e specificamente ammetta la disapplicazione o configuri l'illegittimità dell'atto quale elemento essenziale della fattispecie. Non sono pertanto ritenuti disapplicabili neppure i provvedimenti invalidi che consentano l'esercizio di determinate attività, laddove la norma incriminatrice sanzioni lo svolgimento di tali attività in assenza dei provvedimenti legittimanti senza precisare che debbano essere esenti da vizi. Ulteriori requisiti consistono nella necessità che l'atto da disapplicare leda diritti soggettivi, oppure consistono nella necessità che esso sia affetto da vizi particolarmente gravi. L'ultimo requisito fa peraltro riemergere il collegamento con le ipotesi di nullità o di inesistenza dell'atto, con i limiti già evidenziati.

Alle *tesi* negative e restrittive si aggiungono ovviamente quelle *affermative*, che non escludono né subordinano a condizioni particolari la disapplicabilità con effetto sfavorevole all'imputato.

Il *punto di incontro e di annullamento del conflitto fra le posizioni negative e quelle affermative* si rintraccia nell'orientamento secondo il quale alcune norme incriminatrici hanno una struttura tale da richiedere al giudice l'identificazione, la cognizione e la valutazione di *tutte le componenti dell'elemento oggettivo* della condotta, inclusa la violazione dei precetti rilevanti, anche se contenuti in atti amministrativi. *Sicché non verrebbe in rilievo la disapplicazione del provvedimento, ma solo la sua cognizione /valutazione* per rintracciare gli elementi costitutivi della fattispecie, anche alla luce della particolare signoria del giudice penale sull'accertamento e sull'apprezzamento dei fatti.

⁵⁵ Per un approfondimento su tali orientamenti, si v. D'ANGELOSANTE, *La disapplicazione del contenuto degli atti amministrativi fra potere e prassi*, Napoli, 2022, e ivi gli ulteriori riferimenti.

I presupposti per l'esercizio del potere vengono quindi rintracciati secondo lo schema tradizionale dell'invalidità amministrativa, piuttosto che dell'antinomia di tipo gerarchico, anche quando la disapplicabilità sia riferita a norme secondarie o ad atti considerati a esse equiparabili, come le circolari. La giustificazione del potere disapplicativo dei regolamenti in ragione della necessità di risolvere una antinomia a base gerarchica ricorrendo al principio *iura novit curia* caratterizza invece la disapplicazione praticata dal giudice amministrativo. Questa è svolta però in via pretoria e in assenza di legittimazione normativa, inducendo pertanto a ritrovare presupposti e modalità di esercizio in grado di superare il difetto di attribuzione e alcune frizioni con il processo amministrativo⁵⁶. Dinanzi al giudice penale, invece, non solo uno schema siffatto non viene considerato, ma anzi l'invalidità rilevante viene in alcuni casi limitata alla violazione di legge in senso stretto, che non si estende all'eccesso di potere. Ciò denota un atteggiamento di *self restraint* rispetto al paradigma legislativo. Talvolta questo atteggiamento si esprime anche nell'escludere la disapplicabilità in ragione del contenuto dell'atto, a prescindere dalla sua natura: a esempio, come si è visto, se la disapplicazione è idonea a determinare effetti sfavorevoli all'imputato, oppure quando l'atto contribuisce a definire la fattispecie criminosa, nonostante la sua natura di norma secondaria, e pur se ciò comporta un contrasto rispetto alla riserva di legge prevista dall'art. 25 Cost.

Qualche tentativo di escludere la disapplicabilità con effetti *in malam partem*, a prescindere dalla natura normativa o non normativa degli atti da trattare, ma sulla base del loro contenuto, si rintraccia anche in riferimento a quelli impositivi e quindi con attenzione al contribuente, per ipotesi peculiari di anticomunitarietà⁵⁷.

Dall'altro lato, tuttavia, l'anticomunitarietà determina in qualche caso anche la disapplicazione delle norme primarie con effetti *in malam partem*, per l'accertamento e la sanzione della responsabilità penale⁵⁸.

⁵⁶ Per un approfondimento su questi aspetti, si v. D'ANGELOSANTE, *op. cit.*

⁵⁷ Per un approfondimento sulla tesi della disapplicabilità degli atti interni in contrasto rispetto a direttive non *self executing* solo ove ciò determini effetti *in bonam partem* per il contribuente si v. DEL FEDERICO, *Gli atti impositivi viziati per violazione del diritto comunitario*, in *Giust. trib.*, 2010, 1, 7 ss.

⁵⁸ Per l'esame di un recente caso di disapplicazione, da parte del giudice penale, della normativa primaria

Come si è accennato, la disapplicazione per anticomunitarietà, pur se riflettente una invalidità dell'atto disapplicato, non è tuttavia, a differenza di quella domestica, un mezzo per assicurare la tutela del cittadino verso l'amministrazione in condizioni di separazione dei poteri, ma affonda le proprie radici nella giurisprudenza della Corte di giustizia a presidio del primato dell'ordinamento sovranazionale su quelli nazionali: per assicurare l'attuazione del diritto unionale con il massimo grado di effettività consentito, la Corte tende ad ampliare il dovere di disapplicazione, talvolta anche nella sola forma del potere-facoltà, anche agli atti amministrativi, indipendentemente dalla loro normatività, e a quelli giurisdizionali, nonché pure soggettivamente alla p.a. Ciò determina alcune frizioni con i principi di autonomia procedurale e processuale degli Stati, che secondo la Corte devono soccombere a favore del primato quando lo richieda la necessità di osservare i principi di effettività e di equivalenza delle forme di tutela⁵⁹.

Per tornare però al fuoco del presente lavoro, e giungere ai risultati che vi si possono ricondurre, è opportuno svolgere le seguenti considerazioni.

Dall'esame del modo in cui la disapplicazione degli atti amministrativi è praticata nel *processo penale* si ricava che gli elementi utilizzabili per definire in concreto la fisionomia del potere risentono - da un lato - del *ruolo* che l'atto amministrativo può assumere entro la fattispecie e - dall'altro - degli *effetti* della stessa disapplicazione, in senso favorevole o sfavorevole all'imputato.

In relazione al ruolo, è importante rilevare che, per i reati la cui struttura richiede al giudice di identificare e valutare, fra gli elementi oggettivi della condotta, anche la violazione dei precetti rilevanti, pur se contenuti in atti amministrativi, verrebbe invece in gioco la *cognizione* dell'atto, piuttosto che la sua

nazionale disponente una proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime, in violazione della direttiva Bolkestein (nonostante la difficoltà di qualificarla come *self executing*), e con l'effetto di rendere penalmente rilevante l'attività di occupazione del demanio, in violazione del principio della irretroattività della norma incriminatrice fondato sull'art. 2 c.p., si v. BENETAZZO, "*Primazia*" del diritto U.E. e proroghe ex lege delle concessioni balneari, in *Federalismi*, 2018, 19, e ivi i riferimenti giurisprudenziali (in particolare quello a Cass., Sez. III, 14 maggio 2018, n. 21281); si v. anche AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale*, in *AIC*, 2020, 1, 1 ss., e ivi i riferimenti a ulteriore giurisprudenza conforme: Cass., Sez. III, 12 luglio 2019, n. 25993.

⁵⁹ Per un approfondimento su questi aspetti, si v. D'ANGELOSANTE, *op. cit.*

disapplicazione. I possibili effetti della disapplicazione determinano a loro volta - da una parte - un consenso generalizzato sulla disapplicabilità dell'atto amministrativo con conseguenze favorevoli all'imputato e - dall'altra - una divaricazione delle posizioni in materia di disapplicabilità con conseguenze sfavorevoli.

La divaricazione si apre in particolare fra le *tre* richiamate *tesi negativa, restrittiva e affermativa*.

La distinzione fra effetti favorevoli e sfavorevoli non incide però sulle ulteriori caratteristiche, generalmente condivise, della disapplicazione praticata dal giudice penale.

Così è a dirsi per la sua natura incidentale, per la sua autonomia dal principio della domanda, e per la sua riferibilità anche ad atti presupposti rispetto a quello rilevante per la fattispecie.

In relazione alle altre caratteristiche sussistono invece delle *oscillazioni*, ma indipendenti dalla natura favorevole o sfavorevole degli effetti.

La prima riguarda le conseguenze dell'esistenza di eventuali decisioni giudiziali, civili o amministrative, stabilizzatesi nel *giudicato* e idonee a influenzare anche la stabilità dell'atto della cui disapplicazione si tratta. La divaricazione consente di individuare soluzioni che negano la disapplicabilità, per l'impossibilità di sindacare i provvedimenti soggetti ad altra giurisdizione, il cui esercizio si sia viepiù concluso con decisione stabilizzatasi. E soluzioni che affermano la disapplicabilità, per l'inidoneità del giudicato civile o amministrativo a vincolare il giudice penale, se non nei casi espressamente previsti, e fatti salvi gli effetti costitutivi, modificativi o estintivi di situazioni soggettive ricondotti dalla legge alla decisione, secondo il modello dell'art. 2 c.p.p.

La seconda caratteristica che presenta qualche instabilità indipendentemente dagli effetti favorevoli o sfavorevoli della disapplicazione riguarda l'estensione dell'oggetto agli *atti normativi*, la quale è generalmente ammessa, e solo in alcuni casi limitata agli atti inesistenti o nulli, a fronte dei quali assumerebbe però una declinazione 'impropria'. Invece in altri casi è esclusa rispetto ad atti funzionali a rendere attuabili le norme penali in bianco, e che violino però in tal modo la riserva di legge di cui all'art. 25 Cost.

La terza caratteristica instabile indipendentemente dagli effetti favorevoli o sfavorevoli della disapplicazione riguarda la *natura dei vizi* idonei a giustificarla, oscillando le soluzioni proposte dalla violazione di legge in senso stretto a quella in senso lato.

L'ultima caratteristica instabile indipendentemente dagli effetti favorevoli o sfavorevoli riguarda la natura del potere in termini di *doverosità* o *facoltatività*, pur se le soluzioni proposte convergono prevalentemente verso la prima opzione. Ma il potere del giudice di qualificare la fattispecie in base al proprio convincimento dovrebbe fungere da fattore che favorisce una convergenza sostanziale verso il modello della facoltatività.

Nella parte introduttiva di questo studio se ne erano precisate le finalità, consistenti nell'intenzione di comprendere e valutare se l'esercizio in concreto del potere di disapplicazione da parte del giudice penale, raffrontato alle norme che lo hanno attribuito, sia svolto in modo coerente rispetto al fondamento legislativo - denotando l'adeguatezza di tali norme -, oppure in modo più ampio - denotando una inadeguatezza di quella attribuzione rispetto alle esigenze che l'esercizio della giurisdizione esprime -, o infine in modo limitativo. Si era anche ipotizzato che l'eventuale riscontro di uno degli ultimi due scenari avrebbe a sua volta richiesto di provare a individuarne le ragioni.

La situazione che prevalentemente si rileva pare quella riconducibile all'ultimo scenario richiamato. Vale a dire quello ove il giudice penale tende a non esercitare il potere con una estensione maggiore di quella stabilita dalle norme di attribuzione - come invece accade presso le giurisdizioni che se lo attribuiscono in via pretoria -, ma piuttosto in alcuni casi lo limita rispetto allo stesso paradigma normativo.

I limiti si addensano essenzialmente attorno alla *natura* della situazione giuridica lesa o comunque incisa dall'atto amministrativo, preferendosi disapplicare atti lesivi di diritti o incidenti su diritti. Questo tipo di limite si rivela però più apparente che reale, poiché le disposizioni incriminatrici sono poste unicamente a tutela di quei diritti fondamentali per i quali le scelte di politica legislativa si sono orientate verso forme rafforzate di garanzia.

I limiti si addensano tuttavia anche attorno al tipo di *vizio* che colpisce l'atto, preferendosi evitare di disapplicare atti affetti da eccesso di potere o da vizi che comportino un sindacato più penetrante sull'esercizio della funzione amministrativa. Ciò denota un atteggiamento di deferenza del giudice rispetto al potere amministrativo, in ragione verosimilmente della sua tradizionale assenza di 'consuetudine' a esaminarlo e valutarlo, ma anche di cause più importanti.

A questo difetto di consuetudine si aggiunge infatti l'attitudine del giudice penale ad assicurare l'effettività dei principi di garanzia dell'imputato, inclusi quelli sulla edificazione della fattispecie incriminatrice, che escluderebbero a esempio di fondarla su norme secondarie o sulla necessità di riconoscere i vizi più opachi dell'atto amministrativo, come, appunto, l'eccesso di potere.

Pure questa attitudine del giudice induce dunque a limitare il potere disapplicativo, i cui confini appaiono pertanto ridimensionati rispetto al paradigma legislativo ben più ampio rappresentato dalla legge di abolizione del contenzioso amministrativo e dall'art. 2 c.p.p.

Più che altrove, nel processo penale emerge in sostanza una forma di diffidenza verso la disapplicazione dell'atto amministrativo, verosimilmente perché, e nella misura in cui, se ne percepiscono due frizioni: in primo luogo rispetto alle esigenze di tutela dell'imputato; ma, secondariamente, e a ben vedere, anche rispetto alle esigenze di garanzia dell'amministrazione e del suo giudice, che sono rispettivamente a servizio del cittadino (l'una) e della legalità *nell'amministrazione* (l'altro).

Da un esame più attento del contesto complessivamente considerato si può quindi ricavare che - pure a fronte della naturale tendenza del giudice a lasciarsi influenzare dalle esigenze di risolvere il caso concreto, determinando così oscillazioni anche numerose e repentine - le limitazioni all'uso del potere disapplicativo sono frutto di una interpretazione della legge di abolizione del contenzioso amministrativo e dell'art. 2 c.p.p. coerente, e anche diacronicamente adeguata, rispetto a norme e principi di rango costituzionale e pertanto sovraordinati.

Il sistema che si compone correlando la legge del 1865 e l'art. 2 c.p.p. - da una parte - ai predetti principi e norme - dall'altra - deve in sostanza indurre,

dapprima e in astratto, a rintracciare non un solo tipo, ma diversi tipi di disapplicazione dell'atto amministrativo ipoteticamente rilevanti per la fattispecie penale; esso deve però anche indurre, secondariamente e in concreto, a valutare che alcuni soltanto di tali tipi sono praticabili in quanto conformi alle norme e ai principi di rango superiore.