**Il controllo giudiziale, amministrativo e penale, dell’Amministrazione[[1]](#footnote-1)**

**Sommario. 1. L’approccio classico al tema del controllo giudiziale dell’amministrazione: pienezza *vs* separazione tra poteri. 2. Controllo dell’amministrazione e esigenze di prevedibilità della decisione giudiziale. 3. Le distinte coordinate costituzionali e le diverse logiche del controllo giudiziale di legalità dell’azione amministrativa. 3.1. La dimensione soggettiva del sindacato del giudice amministrativo e il principio di legalità dell’azione ammnistrativa. 3.2. Controllo del giudice penale, principi di legalità del reato e di prevedibilità e separazione tra giurisdizione e amministrazione. 4. Il problema comune ai due controlli giurisdizionali: forme, intensità e limiti del sindacato della discrezionalità, amministrativa e tecnica. 5. L’eterogeneità delle opzioni del giudice amministrativo. 6. Le opzioni del giudice penale. 6.1. Fattispecie di violazione dell’ordine legittimo dell’amministrazione. 6.2. Fattispecie nelle quali la verifica di illegittimità dell’atto (pure rilasciato) può produrre effetti *in malam partem*: costruzione in assenza di permesso e lottizzazione abusiva. Il caso Ilva: cenni. 6.3. Fattispecie nelle quali l’esercizio della funzione amministrativa concorre ad integrare la condotta esecutiva: l’abuso di ufficio. 7. Conclusioni.**

***Abstract***

Per quanto distinte siano le *basi costituzionali* e le stesse *logiche* delle forme di controllo demandate al giudice amministrativo e a quello penale, il tema dei rapporti tra sindacato giudiziale e amministrazione pubblica è stato tradizionalmente affrontato per entrambi in una *medesima prospettiva*, intesa a verificare se e come siano conciliabili due contrapposte esigenze che da sempre si fronteggiano: da un lato, quella di un efficace *controllo giudiziale* dell’operato dell’amministrazione; dall’altro, la necessità di salvaguardare, in omaggio al principio di separazione, la riserva dell’amministrazione nel bilanciamento di interessi pubblici contrapposti o nell’individuazione della soluzione preferibile tra più giudizi tecnici o scientifici, tutti logici e razionali. Si è da sempre alla ricerca, infatti, di un *difficile punto di equilibrio* tra *pienezza ed effettività del controllo dei giudici e* cosiddetta *riserva di amministrazione*. Il tema merita tuttavia un esame anche in un’*ulteriore* *prospettiva*. C’è da chiedersi, infatti, se a condizionare le modalità del controllo dell’amministrazione non debba concorrere quell’esigenza di *prevedibilità delle decisioni giudiziali* che negli ultimi anni è sempre più avvertita e valorizzata dalla giurisprudenza sovranazionale e interna nel definire vicende ormai notissime (da *De* *Tommaso* a *Taricco* a *Contrada*); un’esigenza certo non nuova perché già sottesa ai principi costituzionali di *soggezione del giudice alla legge* e, nel diritto penale, di *legalità dei reati*, *personalità della responsabilità*, *finalismo rieducativo della pena*. Se, infatti, un primo potenziale *vulnus* alle esigenze della prevedibilità è dovuto alle *tecniche di redazione della legge* (con un ricorso crescente ad *elementi elastici o a concetti giuridici indeterminati* o, più in generale, a *fattispecie a basso coefficiente di precisione descrittiva*), un secondo elemento di rischio è connesso proprio alle possibili modalità con cui i giudici controllano quel segmento di attività amministrativa connotato, entro certi limiti, da un nucleo inevitabile di *libertà o opinabilità*: sono i casi frequentissimi e inevitabili in cui la legge assegna all’amministrazione il dovere e il compito di *scegliere* -tra più soluzioni, tutte legittime, perché logiche, ragionevoli e proporzionali- quella più *opportuna* o *preferibile*. Sono quindi esaminate talune prassi interpretative seguite dal giudice amministrativo e da quello penale in sede di controllo della discrezionalità dell’amministrazione per verificarne la coerenza con le esigenze di separazione e prevedibilità.

Administrative and criminal judicial review of the administration
Traditionally, the relationship between judicial control and the public administration has
focused on two opposing needs: on one hand, that for incisive judicial control of administrative
actions; and on the other, in accordance with the principle of separation between the
jurisdiction and the administration, the need to reserve, to the administration, the function of
balancing conflicting public interests or of identifying the administrative solution (from among
several technical or scientific options, which may all be logical and rational) to be preferred.
The subject has always been approached from the same perspective, with reference to both
administrative and the criminal courts, even though the forms of control applied by each
category differ significantly in terms of the relevant constitutional grounds and functional logic
applied. However, in both fields, the system has always sought to strike a complex balance
between full and effective judicial control, on one hand, and the so-called reservation to the
administration on the other. Yet, the issue should also be examined from another perspective. Namely, it should be ascertained whether and how the need for predictability, which is
increasingly felt and valued by supranational and national courts when deciding well-known
cases (from De Tommaso to Taricco to Contrada), can and should limit the control that judges
are called upon to exercise over a segment of administrative activity. In reality, this need is far from new, as it is already enshrined in the constitutional principle of the judges’ submission to
the law and, in criminal law, in the principles of the legality of criminal offences, of personal
liability and of the re-educational purpose of punishment. In fact, while the need for
predictability may first be affected by the use of certain techniques of legislative drafting
(which is increasingly characterized by flexible formulations or indeterminate legal concepts
and, in criminal law, by the definition of crimes with little descriptive accuracy), a second risk
factor lies in how administrative and criminal courts check those exercises of administrative
activity that are necessarily free and discretionary, albeit within certain limits: that is, the
frequent and unavoidable cases in which the law entrusts the administration with the duty and
task of choosing solutions from among different options that are all legitimate, insofar as they
are all logical, reasonable and proportionate. Then, the essay analyses a number of interpre-
tative practices followed by administrative and criminal courts when checking administrative discretion, to assess their compliance with the requirements of separation and predictability.

1. **L’approccio classico al tema del controllo giudiziale dell’amministrazione: pienezza *vs* separazione tra poteri.**

Il tema dei rapporti tra giudice e amministrazione è stato tradizionalmente esaminato verificando se e come siano conciliabili due distinte esigenze.

Da un lato, quella, avvertita in modo via via crescente, di una *pienezza del controllo giurisdizionale sull’amministrazione*, funzionale, per il giudice amministrativo, alla *effettività della tutela delle posizioni soggettive* fatte valere in giudizio, e, per quello penale, all’*efficacia* *del controllo di legalità* dell’azione amministrativa allo stesso talvolta demandato; dall’altro, quella a che il giudice si mantenga nei limiti, per l’appunto, di un *controllo* dell’operato dell’amministrazione, volto a verificarne la legittimità anche per orientarne in modo corretto l’azione nella medesima o in ulteriori vicende, senza tuttavia che si abbia una *sostituzione giudiziale* in ambiti riservati alla stessa, perché attinenti alle *scelte* che la legge le assegna di adottare o all’*ambito* *di opinabilità* che di frequente sussiste tra più soluzioni tecniche, tutte logiche e razionali.

Nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale il problema dei rapporti tra funzione amministrativa e giudice si è posto, quindi, in termini tendenzialmente analoghi per il giudice amministrativo e quello penale*[[2]](#footnote-2)*.

Per l’uno e l’altro giudice, per quanto distinte siano le *basi costituzionali* e le stesse *logiche* delle forme di controllo loro demandate, il problema è stato storicamente impostato contrapponendo al bisogno (anche nella società sempre più avvertito) di un *sindacato penetrante* dell’operato dell’amministrazione pubblica l’esigenza che sia rispettato il *principio di separazione tra giurisdizione e amministrazione*, volto a garantire che sia quest’ultima -senza ingerenze se non quelle dovute al controllo di legittimità- a *contemperare interessi pubblici contrapposti* (per esempio, quelli di politica industriale e ambientale, per evocare uno dei casi giudiziari nei quali il tema è venuto con evidenza in considerazione, ossia quello Ilva) o ad *individuare la soluzione preferibile* tra più giudizi tecnici o scientifici tutti logici e razionali (come accade, per esempio, nei concorsi per professori universitari o nelle vicende scolastiche).

Se non c’è dubbio che quello indicato sia l’approccio più corretto al tema, essendo sistemici i rischi di un’indebita ingerenza e al contempo mai trascurabili le esigenze di effettività e pienezza del controllo giurisdizionale, il medesimo tema merita di essere tuttavia esaminato anche in un’ulteriore prospettiva, destinata ad affiancarsi a quella tradizionale cui si è fatto cenno e, ancora una volta, comune ai due giudici, quello amministrativo e quello penale.

1. **Controllo dell’amministrazione e esigenze di prevedibilità della decisione giudiziale.**

Se certo è vero che, come si indicherà oltre, sono differenti le basi costituzionali e le logiche stesse del controllo di legalità dell’amministrazione svolto dai due giudici, non è men vero che per l’uno e per l’altro si pone, infatti, una *comune esigenza di prevedibilità delle decisioni*, destinata non poco a condizionare modello, tecniche e intensità del sindacato dell’azione amministrativa demandato ad entrambi.

Più nel dettaglio, se quell’esigenza di prevedibilità trova la sua base giuridica per il giudice penale nei principi -specifici di quel settore- di legalità del reato di cui all’art. 25, co. 2, Cost. e 7 Cedu, e di personalità della responsabilità penale di cui all’art. 27 Cost., la stessa esigenza si pone nondimeno più in generale per le decisioni di qualsiasi giudice quale corollario applicativo del principio di soggezione dello stesso alla legge di cui all’art. 101 Cost.[[3]](#footnote-3)

Non vi è dubbio, infatti, che quest’ultimo principio sia storicamente diretto a neutralizzare il rischio che il giudice prenda le sue decisioni *a propria discrezione*: la legge rappresenta, quindi, un vincolo che condiziona l’operato del giudice, tracciando i binari lungo i quali deve orientarsi il suo percorso decisionale.

In tale prospettiva e considerata la rilevanza sempre più significativa assunta dal diritto giurisprudenziale[[4]](#footnote-4), anche la *prevedibilità delle decisioni giudiziali* è corollario del principio di legalità, anch’essa essendo diretta ad assicurare che possano essere indirizzati ex ante i comportamenti dei consociati e degli stessi poteri pubblici[[5]](#footnote-5).

L’aspetto che si intende allora esaminare è se e come quel bisogno di prevedibilità e calcolabilità possa e debba condizionare il controllo che istituzionalmente il giudice amministrativo e in talune ipotesi il giudice penale sono chiamati a svolgere di un segmento di attività amministrativa che, entro certi limiti, presenta un *connotato di libertà o opinabilità*: è quanto accade quando vengono in considerazione le valutazioni di *autentica opportunità* proprie della discrezionalità amministrativa o gli *apprezzamenti tecnici opinabili* (per quanto ragionevoli e non pretestuosi) propri della c.d. discrezionalità tecnica.

Criticità potrebbero, infatti, emergere se il giudice (amministrativo e penale) dovesse *sostituirsi* del tutto all’amministrazione, anziché limitarsi a condurre un sindacato anche *pieno ed intrinseco* della discrezionalità esercitata da questa. Quando si entra nella sfera delle *opinioni*, con *sostituzione* dell’*opinione* (e non del giudizio di illegittimità) *del giudice a quella dell’amministrazione*, si è già infatti nel campo dell’*imprevedibile*; il rischio, quindi, non è più solo che il *giudice si sostituisca all’amministrazione*, ma che le decisioni giudiziali diventino *incalcolabili*, con pregiudizi sistemici evidenti, anche per gli impatti paralizzanti che possono determinarsi sul sistema economico. E’ quanto talvolta accade nel contenzioso amministrativo sugli *atti sanzionatori di talune Autorità indipendenti* o, quanto al giudice penale, in vicende relative al *diritto penale del territorio o dell’ambiente*.

Si intende quindi verificare se, ferma la necessità di assicurare che il controllo giurisdizionale sia condotto con pienezza ed effettività, una ridefinizione del perimetro entro il quale va svolto il sindacato giudiziale dell’azione amministrativa e, in specie, della discrezionalità non sia oggi suggerita, oltre che dal tradizionale principio di separazione tra giurisdizione e amministrazione, dal rafforzamento in atto del principio di prevedibilità.

Tralasciando quindi di prendere in considerazione i punti di frizione tra principio di prevedibilità e talune tecniche sempre più diffusamente caratterizzanti la *legislazione*, in specie quella del ricorso ad *elementi elastici o a concetti giuridici indeterminati* e nel penale a *fattispecie a basso coefficiente di precisione descrittiva*[[6]](#footnote-6), si passeranno in rassegna talune prassi interpretative seguite dal giudice amministrativo e da quello penale in sede di controllo della discrezionalità per verificarne la coerenza con le indicate esigenze di separazione e prevedibilità.

1. **Le distinte coordinate costituzionali e le diverse logiche del controllo giudiziale di legalità dell’azione amministrativa.**

Prima ancora è opportuno evidenziare che, come accennato, non sovrapponibili sono i referenti costituzionali del sindacato dell’azione amministrativa demandato rispettivamente al giudice amministrativo e al giudice penale; differenti, inoltre, sono le logiche sottese al controllo dell’uno e dell’altro giudice.

* 1. **La dimensione soggettiva del sindacato del giudice amministrativo e il principio di legalità dell’azione ammnistrativa.**

Quanto al giudice amministrativo, viene in primo luogo in considerazione il principio di *legalità dell’amministrazione e della sua azione***.**

Un principio che, attraversato da una profondaevoluzione dovuta all’affermarsi di un’accezione di tipo *sostanziale o forte* di legalità e al ripudio, quindi, dell’accezione c.d. *debole*, impone non solo che l’azione amministrativa si basi su una previa norma *attributiva* del potere pubblico, ma anche che il parametro normativo la *regoli*, specificandone cioè contenuto, modalità di esercizio e limiti. E’ quanto affermato, per esempio, da *Corte cost. 7 aprile 2001, n. 115*, che, intervenuta in riferimento a norma attributiva di un potere sindacale *extra ordinem*, ha sostenuto che il principio di legalità dell’azione amministrativa è volto a *dare protezione al privato*, rispetto a possibili discriminazioni e arbitri dell’amministrazione, assoggettandola al parametro legislativo e consentendo che si chieda al giudice di verificare che l’amministrazione a quel parametro si sia attenuta. Ecco, dunque, il collegamento tra *legalità dell’amministrazione e controllo giurisdizionale*: la base costituzionale del sindacato che al giudice amministrativo compete sull’azione amministrativa, pertanto, è non solo nell’art. 97 Cost., ma anche negli art. 24 e 113 Cost[[7]](#footnote-7).

Questi ultimi riferimenti normativi, d’altra parte, hanno costituito la base costituzionale delle profonde trasformazioni che hanno interessato negli scorsi due decenni la nozione stessa di interesse legittimo e il ventaglio degli strumenti rimediali azionabili, riconducendo in modo più solido il sindacato del giudice amministrativo ad una *logica di tutela soggettiva* delle ragioni fatte valere dal ricorrente, non già certo di *tutela oggettiva dell’ordinamento*.

* 1. **Controllo del giudice penale, principi di legalità del reato e di prevedibilità e separazione tra giurisdizione e amministrazione.**

L’esercizio della funzione amministrativa è, al contempo, di frequente al centro delle *verifiche di tipicità del reato* proprie del giudice penale.

Sono le ipotesi nelle quali, per effetto della descrizione legislativa della fattispecie, l’azione amministrativa costituisce *presupposto della condotta esecutiva[[8]](#footnote-8)* oppure *integra la condotta stessa* (abuso di ufficio) o una *causa di giustificazione* (è il caso dell’ordine dell’autorità, per es. contingibile e urgente*,* che autorizzi un comportamento altrimenti sanzionato penalmente).

In altri reati, peraltro, il rilievo penale dell’atto amministrativo sussiste nonostante lo stesso *non sia componente interna* alla fattispecie: sono i casi in cui l’atto assume un *rilievo penale di tipo esterno*, per esempio condizionando, sul versante processuale, la procedibilità.

In tutte queste ipotesi, da sempre ci si chiede se il giudice penale *possa sindacare la legittimità dell’atto amministrativo* destinato ad assumere rilievo ai fini della decisione sulla integrazione del reato e se, nel farlo, debba avvalersi del *potere c.d. di disapplicazione* riconosciuto al giudice ordinario dall’art. 5 della legge 2248/1865, all. E, ovvero debba ricorrere ad altra tipologia di operazione logico-processuale, in specie quella consistente nel verificare la riconducibilità alla fattispecie astratta delineata dalla norma penale del fatto concreto sottoposto al suo vaglio.

Strettamente connessa a tale problematica è quella afferente la *tipologia dei vizi rilevabili dal giudice in sede penale*: escluso almeno sul piano dommatico il controllo sul *merito* dell’azione ammnistrativa, e pertanto ristretta la questione al sindacato di legittimità, si è a lungo discusso circa l’ammissibilità del sindacato sotto il profilo dell’*eccesso* *di potere*, stante la stretta contiguità di tale vizio di legittimità con l’area della discrezionalità e del merito amministrativo. Ci si è chiesti, in particolare, a fronte di atti discrezionali dell’amministrazione, che intensità il sindacato del giudice penale debba avere, oscillandosi tra soluzioni di tipo *estrinseco*, soluzioni di tipo ben più *intenso ed intrinseco* e opzioni di tipo del tutto *sostitutive* rispetto alle posizioni espresse dall’amministrazione.

Se il problema della definizione delle tecniche e dell’intensità del sindacato del giudice penale sull’azione amministrativa non è teoricamente dissimile da quello che si è posto e si pone nel sistema di giustiziaamministrativa, non coincidente è tuttavia*la logica*sottesa alle due forme di controllo.

Se il controllo del giudice amministrativo, invero, si muove in una dimensione *soggettiva*, di tutela delle ragioni del ricorrente, il controllo demandato al giudice penale è volto *a verificare che sia integrata la fattispecie astratta* di cui in qualche modo, almeno nei casi di c.d. rilievo interno dell’atto amministrativo, l’atto entra a far parte.

Più che la *legalità dell’azione amministrativa* di cui all’art. 97 Cost. qui viene in considerazione dunque (e occorre verificarne il rispetto) *il principio di legalità del reato* di cui all’art. 25, co. 2, Cost.

Il giudice penale, infatti, dovendo attenersi alla descrizione che la legge fa del reato, è chiamato a verificare che nel fatto concreto siano presenti gli elementi della fattispecie astratta come delineata dalla norma incriminatrice; quando (e nei limiti in cui) la legge, nel definire cosa è reato, vi include l’atto amministrativo, il giudice penale deve estendere il suo sindacato sull’atto amministrativo nel condurre la verifica di tipicità del reato che gli compete.

Diversamente dal giudice amministrativo, pertanto, il giudice penale è tenuto talvolta a controllare l’amministrazione perché lo impone la descrizione che la legge fa del reato: distinti sono quindi tanto il presupposto costituzionale del sindacato (da rinvenire nel principio di legalità e tassatività del reato) quanto la logica allo stesso sottesa, di tipo rigorosamente oggettivo, perché diretto a riscontrare la rispondenza del fatto concreto alla norma incriminatrice.

Senonché del principio di legalità del reato è ormai fondamentale corollario applicativo - attesa la valorizzazione degli *aspetti qualitativi* che di quel principio é stata ripetutamente fatta soprattutto nella giurisprudenza sovranazionale[[9]](#footnote-9)- quello di *prevedibilità*, intesa come possibilità per il consociato di prevedere che la sua condotta possa essere considerata penalmente illecita, oltre che le conseguenze penali della stessa.

Come anticipato, anche tale principio di prevedibilità è destinato a condizionare la definizione delle modalità di sindacato della funzione amministrativa ad opera del giudice penale. Da un lato, infatti, quel principio impone che il controllo di legittimità dell’azione amministrativa sia previsto dalla disposizione incriminatrice o sia, quanto meno, giustificato alla stregua di una consentita interpretazione anche estensiva della stessa, e che non sia quindi la conseguenza di una non ammessa applicazione analogica *in malam partem*; dall’altro, quello stesso principio si affianca a quello di separazione tra giurisdizione e amministrazione imponendo di verificare la sostenibilità di forme di controllo che, comportando una sostituzione del giudice nella valutazione di opportunità amministrativa (in ipotesi di discrezionalità amministrativa) o nel margine di opinabilità (in caso di discrezionalità tecnica), sono destinate a rendere inevitabilmente *incalcalcolabile* e *imprevedidibile* *l’esito dell’accertamento giudiziale*.

1. **Il problema comune ai due controlli giurisdizionali: forme, intensità e limiti del sindacato della discrezionalità, amministrativa e tecnica.**

Un ultimo chiarimento concettuale si impone prima di procedere all’analisi delle posizioni assunte nella giurisprudenza dei due giudici.

Quando la legge attribuisce all’Autorità amministrativa un certo margine di apprezzamento in ordine a taluni aspetti (*an*, *quid*, *quomodo*, *quando*) della decisione da assumere, l’Amministrazione dispone di *discrezionalità amministrativa*. La discrezionalità presuppone l’attribuzione di uno spazio decisionale all’Autorità amministrativa, abilitata, nel rispetto dei confini fissati dalla legge, ad individuare il modo migliore per perseguire l’interesse pubblico: il *proprium* della discrezionalità amministrativa è, infatti, nella scelta della soluzione amministrativa più opportuna, da effettuare dopo aver comparato tutti gli interessi rilevanti e nel rispetto dei principi di logicità, ragionevolezza e proporzionalità. L’area riservata alle scelte di merito è, quindi, quella affidata alla *libertà dell’Amministrazione* una volta rispettati tutti i parametri legali che sovrintendono all’esercizio della discrezionalità: essa è sottratta (salvi i tassativi casi di giurisdizione estesa al merito) al sindacato del giudice amministrativo, così come, per quel che attiene ai giudizi di responsabilità amministrativa, al controllo della *Corte dei Conti* che, per l’appunto, incontra, ai sensi dell’art. 1, co. 1, l. 14 gennaio 1994, n. 20, il limite insuperabile della “*insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali*”.

Il che comporta l’insindacabilità ad opera del giudice della scelta amministrativa ogni qual volta questa sia in linea con l’interesse pubblico primario e sia coerente con le regole di logicità, ragionevolezza e proporzionalità, ancorché non si tratti della scelta più opportuna e conveniente per la realizzazione di quello stesso interesse[[10]](#footnote-10).

Ben diversa la c.d. *discrezionalità tecnica*, non implicante un potere di scelta dell’Amministrazione, solo chiamata a verificare che ricorrano i presupposti di legge per l’adozione di una determinazione già definita in via legislativa, facendo applicazione tuttavia di regole tecniche e specialistiche dall’*esito* *incerto ed opinabile*.

Pur difettando un potere di scelta, è da tempo oggetto di un vivace confronto, soprattutto con riguardo al sindacato del giudice amministrativo, il tema della penetrabilità giudiziale del margine di opinabilità che caratterizza l’esercizio della discrezionalità tecnica: ferma la possibilità che il sindacato non si esaurisca nel verificare che ci siano indizi esterni e sintomatici di un esercizio non corretto della discrezionalità tecnica (sindacato *estrinseco*) e la possibilità, quindi, di accedere direttamente al fatto nonché di riscontrare la correttezza del criterio tecnico applicato dall’amministrazione e del procedimento applicativo dalla stressa seguito (sindacato *intrinseco*), ci si chiede, cioè, se il giudice debba limitarsi a prendere atto che la decisione amministrativa, *pure opinabile*, non possa dirsi *inattendibile* o se, invece, gli sia consentito spingersi oltre, non arrestandosi di fronte alla riscontrata *non inattendibilità* ma dovendo apprezzare che sussista una soluzione tecnica *più attendibile* di quella individuata dall’amministrazione fino a sostituirsi alla stessa.

1. **L’eterogeneità delle opzioni del giudice amministrativo.**

Le posizioni espresse al riguardo dalla giurisprudenza amministrativa non sono sempre omogenee[[11]](#footnote-11).

Se certo da decenni è stato superato sul piano teorico l’assunto dell’*afferenza* *al merito amministrativo* della discrezionalità tecnica ed è stata conseguentemente ammessa la sindacabilità della stessa, si registrano tuttora forti diversità di approccio nel definire l’intensità di quel sindacato.

La posizione più d’avanguardia nella direzione della pienezza della tutela e, quindi, dell’intensità del sindacato si registra nel contenzioso riguardante gli atti adottati dalle Autorità indipendenti in seno a procedimenti sanzionatori nei quali va apprezzata la sussumibilità di fatti concreti in fattispecie astratte delineate dal legislatore ricorrendo a concetti giuridici indeterminati ( è il caso dell’abuso di posizione dominante o dell’intesa restrittiva cui ha riguardo la normativa *antitrust*). In tale segmento di contenzioso amministrativo, infatti, ferma la natura intrinseca del sindacato ammesso, è emerso un indirizzo (allo stato ancora minoritario) in forza del quale il giudice amministrativo, lungi dal dover respingere il ricorso ogni qualvolta la determinazione amministrativa contestata risulti *attendibile ancorché opinabile*, deve apprezzare che sia ipotizzabile una soluzione della vicenda amministrativa *più attendibile* di quella in concreta adottata dall’Amministrazione, così esercitando un *sindacato molto prossimo a quello di tipo sostitutivo[[12]](#footnote-12)*.

E’ utile, peraltro, mettere in evidenza che la accennata tendenza a innalzare il livello di intensità del controllo è stata in quel settore di contenzioso non poco condizionata dall’esigenza di c.d. *full iurisdiction* espressa da noti indirizzi della giurisprudenza della Corte Edu (*Menarini* e *Grande Stevens*) che -riconosciuta natura sostanzialmente penale alla stregua dei criteri *Engel* alle attività formalmente amministrative talvolta espletate dalle nostre Autorità indipendenti e ritenuta conseguentemente la necessità che nei relativi procedimenti sia assicurato il rispetto del pieno contraddittorio, inteso quale corollario del principio dell’equo processo *ex* art. 6 Cedu- ha sostenuto che la compromissione di quel principio nel procedimento che si svolge innanzi all’Autorità possa essere recuperata in sede processuale a condizione tuttavia che il processo possa considerarsi un *continuum* del procedimento, il giudice disponendo in quello di poteri di apprezzamento e definizione di intensità quasi pari a quella dell’Amministrazione.

Al di fuori di quel settore del contenzioso *prevalgono*, invece, atteggiamenti di tendenziale cautela della giurisprudenza amministrativa quanto al tasso di intensità del sindacato della discrezionalità tecnica.

Così, per esempio, nel settore delle gare pubbliche, è stato sostenuto che “*il controllo del giudice della legittimità sugli apprezzamenti tecnici dell'Amministrazione deve essere svolto "extrinsecus", nei limiti della rilevabilità "ictu oculi" dei vizi di legittimità dedotti, essendo diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di invalidità e non alla sostituzione dell'Amministrazione”, integrando questa “uno sconfinamento vietato della giurisdizione di legittimità nella sfera riservata alla p.a.*”[[13]](#footnote-13).

Parimenti, nel contenzioso riguardante i concorsi pubblici, si è affermato che, disponendo l'Amministrazione di un'ampia discrezionalità in ordine all'individuazione dei criteri per l'attribuzione ai candidati dei punteggi spettanti per i titoli da essi vantati nell'ambito del punteggio massimo stabilito dal bando, l'esercizio di “*discrezionalità sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che il suo uso non sia caratterizzato da macroscopici vizi di eccesso di potere per irragionevolezza, irrazionalità, illogicità o arbitrarietà oppure da errori nell'apprezzamento di dati di fatto non opinabili*”[[14]](#footnote-14).

Un atteggiamento quindi in linea con le esigenze sottese non solo al principio di separazione tra giurisdizione e amministrazione, ma anche, come osservato in apertura, a quello di prevedibilità delle decisioni del giudice amministrativo. Un approccio, d’altra parte, che non per questo reca con sé un abbattimento del tasso di sindacato giudiziale della discrezionalità, perché di frequente accompagnato alla tendenza del giudice amministrativo a confinare meglio l’oggetto vero della opinabilità amministrativa non sindacabile escludendo dal suo ambito i presupposti in fatto e diritto della decisione amministrativa, il metodo tecnico applicato, la completezza del quadro istruttorio posto dall’amministrazione a base della determinazione impugnata: è quel che di frequente accade nei giudizi concorsuali, nei quali la predefinizione amministrativa di dettagliati criteri e subcriteri e la conseguente verifica giudiziale di coerenza rispetto agli stessi delle valutazioni amministrative circoscrive sensibilmente il perimetro del margine di opinabilità insindacabile riservato alle commissioni. Similmente accade di frequente nei giudizi riguardanti le determinazioni amministrative sulla anomalia dell’offerta economica, ove il giudice procede ad individuare *le componenti rigide ed oggettivamente verificabili* del costo stimato dal concorrente (gli approvvigionamenti essenziali che concorrono alla produzione del bene o del servizio; gli standard minimi, quantitativi e qualitativi, della forza lavoro richiesta; i livelli retributivi minimi di legge), in tal modo confinando il margine di opinabilità amministrativa non sindacabile all’apprezzamento di sostenibilità economica espresso dall’amministrazione con riguardo alle *componenti di costo più elastiche*, riguardanti le performance e i livelli di efficienza della singola organizzazione aziendale ovvero le capacità di maggiore o minore ottimizzazione dei fattori della produzione.

**6. Le opzioni del giudice penale.**

Una *eterogeneità* di non minore consistenza si registra nelle opzioni assunte dal giudice penale quanto ai suoi rapporti con l’attività amministrativa e al tipo di controllo da condurre[[15]](#footnote-15). E’ utile passarle in rassegna verificando se le stesse siano coerenti con esigenze non solo di separazione tra giurisdizione e amministrazione, ma anche con quelle indicate nei precedenti *par. 2* e *3* quale precipitato del principio di prevedibilità.

Anticipando le conclusioni, può dirsi che:

* profili di maggiore frizione si sono posti con riguardo a fattispecie ruotanti attorno all’*assenza* *del provvedimento amministrativo* o comunque nelle quali la verifica giudiziale di illegittimità dell’atto pure rilasciato può produrre effetti *in malam partem* (come, non di rado, accade nel diritto penale del territorio e dell’ambiente);
* non pare, viceversa, si stiano ponendo tensioni con quei principi per effetto delle opzioni interpretative seguite in relazione a quelle fattispecie nelle quali *la verifica di illegittimità può ridondare a favore dell’accusato* il reato consistendo nella *violazione dell’ordine legittimo dell’amministrazione*;
* per quanto non manchi un dibattito anche vivace sul punto, non paiono comportare un *vulnus* ai richiamati principi di separazione e prevedibilità le prassi applicative *prevalentemente* seguite in sede giudiziale con riguardo alle *fattispecie nelle quali l’esercizio della funzione amministrativa concorre ad integrare la condotta esecutiva* (è il caso dell’abuso di ufficio).

**6.1. Fattispecie di violazione dell’ordine legittimo dell’amministrazione.**

Nelle fattispecie che consistono nella *violazione dell’ordine legittimo dell’amministrazione*, il cui paradigma è dato dall’art. 650 c.p., la valutazione di illegittimità che il giudice penale dovesse fare *ridonda a vantaggio dell’imputato*: consistendo il reato nella violazione dell’atto amministrativo legittimo, il riscontro di illegittimità comporta infatti che il giudice deve o disapplicarlo concludendo per la mancata integrazione della fattispecie astratta ovvero (secondo altra impostazione), senza far luogo a disapplicazione, escludere la tipicità del fatto[[16]](#footnote-16).

Al riguardo, l’atteggiamento del giudice penale è di frequente parso di *spiccata cautela se non timidezza*, lo stesso arrestandosi molto al di qua della linea di confine tra legittimità e merito.

E’ il caso del reato di *disobbedienza del foglio di via obbligatorio* adottato dal Questore ai sensi dell’art. 2 del Codice antimafia sulla base dell’apprezzata pericolosità per la sicurezza pubblica.

La giurisprudenza di legittimità invero –valorizzando i rischi di sconfinamento del giudice penale nelle valutazioni di merito di pertinenza dell’amministrazione- non solo esclude costantemente che il giudice penale possa *sostituirsi* al Questore nella valutazione della pericolosità, ma circoscrive il sindacato di legittimità al riscontro dell’incompetenza, della non conformità del foglio di via alle prescrizioni di legge e del *difetto assoluto di motivazione per mancanza di nesso tra presupposti di fatto e conclusioni*: si tratta, quindi, di un sindacato *estrinseco* sulla motivazione, peraltro *blando* perché volto ad accertare l’assoluta incongruenza tra presupporti di fatto e conclusioni[[17]](#footnote-17).

Per talune fattispecie appartenenti alla tipologia che si esamina, l’atteggiamento di timidezza del giudice penale nel controllo della funzione amministrativa è peraltro ancor più marcato, sostenendosi che il provvedimento amministrativo sia *insindacabile per motivi di legittimità* il giudice potendo riscontrare solo che sia stato adottato in *carenza di potere*.

E’ quanto la giurisprudenza ha sostenuto con riguardo al reato di *non ottemperanza all’ordine del sindaco di rimuovere rifiuti illecitamente abbandonati, stoccati e depositati*.

La fattispecie è prevista dall’art. 255, co. 3, d. lgs. 152 del 2006, che incrimina il fatto di chi non osserva l’ordinanza del sindaco *ex* art. 192, co. 3, a tenore del quale chiunque viola i divieti di abbandono o deposito incontrollato è tenuto a procedere alla rimozione, all'avvio a recupero o allo smaltimento dei rifiuti ed al ripristino dello stato dei luoghi in solido con il proprietario e con i titolari di diritti reali o personali di godimento sull'area, *ai quali tale violazione sia imputabile a titolo di dolo o colpa*, in base agli accertamenti effettuati, in contraddittorio con i soggetti interessati, dai soggetti preposti al controllo.

Nonostante il reato presupponga la violazione di un’ordinanza che, sul riscontro dell’imputabilità a titolo di dolo o colpa al proprietario della violazione di abbandono o deposito controllato, abbia allo stesso ordinato la rimozione, la giurisprudenza penale tende a considerare quell’ordinanza *mero presupposto fattuale* della incriminata condotta di inottemperanza, sicché si esclude che il giudice penale possa sindacarne la legittimità salvo che sia l’imputato a provare in giudizio di non essere proprietario o responsabile: per l’imputato residua la possibilità peraltro di impugnare l’ordinanza sindacale innanzi al giudice amministrativo. Più in generale si afferma che il giudice penale non può sindacare l’esercizio scorretto del potere sotto il profilo del difetto di competenza o dell’eccesso di potere (per esempio, per eccessiva stringatezza dei termini assegnati per la rimozione), ma solo la carenza di potere per assenza dei presupposti[[18]](#footnote-18).

Si tratta di posizioni che, se certo non compromettono le esigenze di separazione tra giurisdizione e amministrazione e quelle indicate ai *par. 2* e *3* quali corollari del principio di prevedibilità, rischiano tuttavia di comportare un abbassamento dell’intensità della tutela dell’accusato laddove limitano oltre modo il controllo del giudice penale sull’atto amministrativo richiesto perché la condotta integri reato.

Quali le ragioni delle descritte opzioni pretorie?

Come sostenuto, le stesse sono spesso il frutto non già di una consapevole esigenza di *self restraint* nei rapporti con la funzione pubblica, quanto piuttosto della necessità di assicurare la più intensa tutela a quel che il giudice penale considera l’oggettività giuridica presidiata dalla norma incriminatrice[[19]](#footnote-19).

Emblematico, in tale prospettiva, sarebbe l’atteggiamento della giurisprudenza penale in tema di inottemperanza delle ordinanze di rimozione dei rifiuti: ritenuta la superiorità del bene rappresentato dalla spedita rimozione dei rifiuti si considera subvalente rispetto allo stesso quello a carattere patrimoniale di cui è titolare il proprietario del fondo, interessato a che il giudice penale accerti l’illegittimità dell’ordinanza sindacale.

**6.2. Fattispecie nelle quali la verifica di illegittimità dell’atto (pure rilasciato) può produrre effetti *in malam partem*: costruzione in assenza di permesso e lottizzazione abusiva. Il caso Ilva: cenni.**

Ben diverso è lo scenario applicativo se si volge lo sguardo alle fattispecie nelle quali la verifica di illegittimità dell’atto (pure rilasciato) può produrre effetti *in malam partem.*

Assoluta centralità ha assunto, al riguardo, nella definizione giurisprudenziale dell’intensità del controllo che il giudice penale è chiamato a fare sulla funzione pubblica, *e prima ancora sulla estensione applicativa della stessa fattispecie incriminatrice*, la ricostruzione del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice: è il caso del reato di *costruzione in assenza di permesso di costruire***[[20]](#footnote-20)**.

Come è noto, nel dare soluzione alla questione della possibilità di equiparare all’assenza del titolo l’illegittimità dello stesso acclarata in giudizio dal giudice penale, le Sezioni Unite, nel 1987, con la nota *sentenza Giordano* - ritenuta la non utilizzabilità dell’istituto della disapplicazione sull’assunto per cui gli articoli 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo (20 marzo 1865 n. 2248 allegato E) lo introdussero quale rimedio giurisdizionale in caso di atti amministrativi che illegittimamente comprimano diritti soggettivi, non anche quindi per gli atti amministrativi che, al contrario, rimuovono un ostacolo al libero esercizio di un diritto soggettivo (nulla osta, autorizzazioni ) o addirittura lo costituiscono (concessioni)- si chiesero se a quell’equiparazione si potesse pervenire sulla base di un’interpretazione della disposizione incriminatrice orientata dalla considerazione del bene giuridico protetto.

La tesi fu quella per cui anche quando l’illegittimità dell’atto amministrativo non è espressamente contemplata dalla disposizione incriminatrice quale componente del reato è consentito ritenere che l’illegittimità sia elemento essenziale della fattispecie all’esito di una ricostruzione in via interpretativa della stessa che valorizzi l’oggettività giuridica presidiata.

Proprio applicando tali concetti al caso di specie le Sezioni Unite sostennero che “*in tanto potrebbe ritenersi valida la (effettuata) equiparazione tra «mancanza di concessione» e «concessione illegittimamente rilasciata», in quanto fosse possibile ritenere che la disposizione di cui al citato art. 17, lett. b), l. 28 gennaio 1977 n. 10 (ora art. 20, lett. b, l. 28 febbraio 1985 n. 47) sia funzionale alla tutela dell’interesse all’osservanza delle norme di diritto sostanziale che disciplinano l’attività edilizia*”. Conclusero, quindi, escludendo tale equiparazione sull’assunto secondo cui “*l’interesse tutelato da tale norma è quello pubblico di sottoporre l’attività edilizia al preventivo controllo della pubblica amministrazione*”; muovendo da tale ricostruzione, esclusero che il giudice penale potesse sindacare la legittimità del titolo abilitativo chiesto ed ottenuto.

Ad esito differente pervennero le stesse Sezioni unite nel caso *Borgia*[[21]](#footnote-21) le quali, seppure investite della questione inerente non già il reato di costruzione abusiva di cui all’art. 20*, lett. b, l. cit.,* ma la diversa (e residuale) ipotesi di cui alla *lett. a* del medesimo articolo[[22]](#footnote-22)*,* pervennero a importanti conclusioni, tuttora seguite dalla giurisprudenza prevalente.

Si tratta di pronuncia che segna uno *spartiacque* nell’evoluzione della giurisprudenza penale e che in qualche modo rappresenta, sul piano dei rapporti tra giudice penale e amministrazione, il precedente di posizioni più recenti assunte dalla giurisprudenza penale su casi molto noti, tra cui quello Ilva.

Muovendo dall’assunto secondo cui il bene giuridico protetto dalla disposizione incriminatrice non è quello *formale e strumentale* a garantire che l’intervento edificatorio sia preceduto da un preventivo controllo pubblico ma quello *sostanziale* alla salvaguardia degli usi pubblici e sociali del territorio e alla coerenza, quindi, dell’assetto del territorio con la normativa urbanistica., le Sezioni unite conclusero sostenendo che compete al giudice penale “*accertare la conformità tra ipotesi di fatto (opera* eseguenda *o eseguita) e fattispecie legale, in vista dell’interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela, nella quale gli elementi di natura extrapenale suddetti convergono organicamente, assumendo un significato descrittivo”*.

Successivamente, peraltro, è stato espressamente sostenuto che i principi affermati in Borgia, intervenuta come rilevato con riguardo alla previsione dell’allora vigente art. 20, lett. a), hanno valore e portata generale in relazione a tutte le tre fattispecie attualmente previste dall’art. 44, D.P.R. 380/20001 (inclusa, quindi, quella della costruzione in assenza di permesso), poiché esse tutte tutelano il medesimo interesse sostanziale dell’integrità del territorio.

Alla luce di questa nuova “lettura” delle norme urbanistiche, era naturale, peraltro, che a conclusioni analoghe si pervenisse anche in relazione al reato di cui alla lettera c) del citato art. 44, ossia la *lottizzazione abusiva[[23]](#footnote-23)*.

Alla stregua di *Cass., Sez. un., 8 febbraio 2002*, n. 5115, la lottizzazione abusiva è reato a *consumazione alternativa*, nel quale il giudice deve verificare tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, ivi compresa la legittimità (*id est*: la conformità allo strumento urbanistico e alla legge) dei provvedimenti autorizzatori, senza alcuna limitazione, perché non si tratta di disapplicare l’atto amministrativo, bensì di verificare gli elementi della fattispecie penale.

Secondo le Sezioni Unite, è la “*descrizione normativa del reato di lottizzazione abusiva, che impone un riscontro diretto di tutti gli elementi che concorrono a determinare la condotta criminosa; di tal che il giudice penale, nel valutare la liceità di un intervento edilizio, deve verificarne la conformità a tutti i parametri di legalità fissati dalla legge, dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dalla concessione edificatoria, indipendentemente dalla circostanza che la lottizzazione sia o meno autorizzata*”.

Il bene giuridico protetto, infatti, secondo le Sezioni unite, non è quello a che sia garantita la *riserva pubblica di programmazione territoriale*, ma, essenzialmente, *la concreta conformazione del territorio.*

Sono noti i dubbi suscitati dalla svolta interpretativa segnata dalla sentenza Borgia e dai seguiti che si registrarono tanto con riguardo al reato di costruzione in assenza di permesso quanto con riferimento alla fattispecie di lottizzazione abusiva.

In linea con i dubbi espressi nel *par. 3*, occorre chiedersi -su un primo versante- se con l’indirizzo illustrato la giurisprudenza si mantiene nei limiti dell’*interpretazione* *estensiva*, teleologicamente orientata, o non trasmodi in una non consentita *operazione analogica* *in malam partem* riportando nell’ambito applicativo della disposizione che incrimina il reato di *costruzione in assenza del titolo* l’ipotesi in cui la *costruzione sia realizzata sulla base di un titolo richiesto ed ottenuto*, ancorché il giudice reputi non osservata la più ampia regolamentazione di settore. Dubbio destinato ad assumere una rafforzata consistenza alla luce del rilievo via via crescente che l’ordinamento assegna, soprattutto per effetto degli influssi sovranazionali, a quel corollario del principio di legalità costituito dal principio di precisione e dalla sue implicazioni applicative[[24]](#footnote-24).

Su un secondo fronte, ancor più problematico nella prospettiva dei rapporti tra giudice penale e amministrazione, si è sostenuto che, per effetto della posizione espressa in Borgia, il giudice, lungi dal sindacare anche in modo intenso ed intrinseco l’esercizio del potere, *bypassa* del tutto l’amministrazione e *si sostituisce* a quella[[25]](#footnote-25).

Si è sostenuto che, così operando, il giudice penale rischia di esercitare egli stesso la funzione (*concorrente, se non confliggente con quella dell’amministrazione*) di pianificatore (postumo), svolgendola peraltro al di fuori delle garanzie e delle regole del procedimento amministrativo e con effetti peraltro fino a qualche anno fa gravosissimi, se si considera la decennale giurisprudenza nazionale in punto di *confisca urbanistica* prima che la Corte Edu intervenisse ad assegnarle natura afflittiva e a pretendere, quindi, per la relativa applicazione, l’accertamento penale di tutti gli elementi costitutivi del reato, non solo di quello materiale.

Si tratta del passaggio evolutivo della giurisprudenza in tema di rapporti tra funzione ammnistrativa e giudice penale che forse più merita una seria ed equilibrata riflessione.

Se certo va apprezzato l’impegno del sistema di giustizia penale ad accertare reati in contesti di illegalità diffusa e talvolta molto grave, non può non rimarcarsi il rischio che, per effetto di un controllo di tipo sostitutivo, implicante una rivalutazione giurisdizionale della questione definita in sede amministrativa, si determini una compromissione, non solo del principio di separazione tra giurisdizione e amministrazione, ma anche -come chiarito in premessa- delle esigenze di prevedibilità.

Si tratta, del resto, del punto più controverso esaminato nella delicatissima vicenda *Ilva*, dove ad essere contestati erano e sono, tra l’altro, gravissimi *reati ambientali*. E’ l’aspetto colto da *Corte cost*., *9 maggio 2013, n. 85*, chiamata dal G.I.P. di Taranto a valutare la legittimità del d.l. 3 dicembre 2012, n. 207, con cui il Governo dispose che - nonostante il sequestro giudiziario dell’impianto siderurgico tarantino, qualificato *di interesse strategico nazionale* - l’attività industriale potesse proseguire per un certo arco temporale, a condizione che fossero rispettate le prescrizioni contenute nell’AIA (Autorizzazione integrata ambientale), peraltro già riesaminata in seguito al sequestro. Ha sostenuto la Corte che “le *opinioni del giudice*, anche se fondate su particolari interpretazioni dei dati tecnici a sua disposizione, *non possono sostituirsi alle valutazioni dell’amministrazione* sulla tutela dell’ambiente, rispetto alla futura attività di un’azienda”; l’“individuazione del *bilanciamento*, che dà vita alla nuova AIA, ... non può essere contestato *nel merito delle scelte compiute* dalle amministrazioni competenti, *che non possono essere sostituite da altre nella valutazione discrezionale* delle misure idonee a tutelare l’ambiente ed a prevenire futuri inquinamenti, *quando l’esercizio di tale discrezionalità non trasmodi in un vizio denunciabile nelle sedi giurisdizionali competenti*. ...”.

**6.3. Fattispecie nelle quali l’esercizio della funzione amministrativa concorre ad integrare la condotta esecutiva: l’abuso di ufficio.**

Come si è accennato, non paiono comportare invece un *vulnus* ai richiamati principi di separazione e prevedibilità le prassi applicative *prevalentemente* seguite in sede giudiziale con riguardo alle *fattispecie nelle quali l’esercizio della funzione amministrativa concorre ad integrare la condotta esecutiva*: è il caso del reato di abuso di ufficio.

Come è noto, per effetto della riforma del 1997, l’integrazione del delitto di abuso di ufficio richiede che l’agente pubblico, “*in violazione di norme di legge o di regolamento*” (ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti), intenzionalmente procuri a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arrechi ad altri un danno ingiusto: il riferimento alla violazione di norme di legge o regolamento fu introdotto dal legislatore del 1997 con il dichiarato intento di innalzare il livello di precisione descrittiva della disposizione incriminatrice, tacciata di eccessiva genericità, e di attenuare i rischi di sconfinamento del giudice penale nella sfera discrezionale della pubblica amministrazione, escludendo quindi che il giudice penale sindachi la sussistenza del vizio di eccesso di potere, quello cioè che, distinto dal merito da una linea di confine in sede applicativa labile, più degli altri innesca il pericolo di ingerenze.

Senonché, dopo primi arresti volti ad escludere la sindacabilità dell’eccesso di potere in sede di riscontro del reato di abuso di ufficio, la giurisprudenza si è consolidata nel ritenere che il delitto previsto dall’art. 323 c.p. “*è configurabile non solo quando la condotta si ponga in contrasto con il significato letterale, o logico-sistematico di una norma di legge o di regolamento, ma anche quando la stessa contraddica lo specifico fine perseguito dalla norma attributiva del potere*, *esercitato per realizzare uno scopo personale od egoistico, o comunque estraneo alla P.A., concretandosi in uno “sviamento” produttivo di una lesione dell’interesse tutelato dalla norma incriminatrice*”[[26]](#footnote-26).

Si è quindi sostenuto che la locuzione *violazione di legge* va valutata non solo in senso *formale*, ma anche sotto il profilo *teleologico*, rientrandovi pertanto l’eccesso e lo sviamento di potere.

Non pare, al riguardo, che così opinando la giurisprudenza determini una deviazione dal principio di legalità del reato, atteso che all’inclusione nella nozione penale di violazione di legge dell’ipotesi dello sviamento può pervenirsi all’esito di un’interpretazione estensiva della disposizione incriminatrice; parimenti, non pare sacrificata l’esigenza di non ingerenza del giudice penale negli spazi riservati all’amministrazione, sempre che il sindacato sia davvero volto a riscontrare lo sviamento e non trasmodi nell’apprezzamento della scelta di opportunità dell’amministrazione o, trattandosi di discrezionalità tecnica, nella valutazione del margine di opinabilità.

Certo, è stato messo in evidenza il rischio, insito nell’approccio interpretativo riportato, che il giudice penale si faccia interprete della funzione amministrativa e degli scopi per i quali la stessa è dal legislatore assegnata all’amministrazione[[27]](#footnote-27).

Si tratta, tuttavia, dell’*in* *sé* del controllo di legittimità che la giurisdizione è chiamata a svolgere sulla discrezionalità amministrativa, per l’appunto volto, attraverso il riscontro del vizio di sviamento, a verificare che la funzione amministrativa discrezionale non sia stata esercitata per perseguire un interesse diverso da quello per il quale la legge ha attribuito il potere: il rischio, se mai, è nella possibilità che il giudice assegni rilevanza a violazioni di legge solo formali o procedimentali, quelle cioè che, nel sistema di giustizia amministrativa, sono sanabili attraverso il meccanismo di cui all’art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241 del 1990, laddove emerga che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso qualora la violazione non vi fosse stata.

Sicché, ferma la necessità di riscontrare gli altri elementi costitutivi della fattispecie, non ultimo l’intenzionalità del dolo, il problema consiste, invece, nel verificare se tale controllo non conduca il giudice a sostituirsi all’amministrazione nella parte libera della scelta di opportunità o nella sfera opinabile dell’apprezzamento tecnico.

Quanto alle ipotesi di discrezionalità tecnica, pare tuttavia che la giurisprudenza penale si mantenga di frequente nei binari del sindacato non sostitutivo, seguendo un approccio coerente con l’esigenza di assicurare che, fermo il rispetto dei canoni di logicità, ragionevolezza e non pretestuosità, all’Amministrazione sia riservata in via esclusiva una sfera di apprezzamento tecnico libero, perché non inattendibile ancorché opinabile.

E’ quanto si registra laddove -in ipotesi di contestazione del reato di abuso di ufficio con riguardo all’attività svolta dai componenti di commissioni di concorso per professori universitari- ha in primo luogo escluso che competa al giudice penale la “*rinnovazione comparativa dei titoli*”, sostenendo che, in “*presenza di valutazioni che comportano giudizi .. aventi ad oggetto dati concretamente non apprezzabili secondo canoni di verifica obiettiva, è da escludersi che detto controllo possa esorbitare fino a valutare il ‘merito’ del giudizio espresso dalla commissione esaminatrice*”.

La consapevolezza dei limiti del controllo penale pare netta, peraltro confermata dal successivo passaggio della decisione nel quale si afferma che “*di fronte alla discrezionalità scientifica (culturale, di scuola etc.) …, l’esame della bontà intrinseca del giudizio (…) non può essere rinnovato in .. sede giurisdizionale … cosicché l’accusa avrebbe dovuto provare* aliunde *quei fatti storici di favoritismo (..) che avrebbero potuto costituire, nei congrui elementi, … l’abuso*..”[[28]](#footnote-28).

1. **Conclusioni.**

La rassegna di alcuni degli indirizzi interpretativi seguiti dal giudice amministrativo e da quello penale conferma quanto non sia semplice individuare un *punto di equilibrio* tra *pienezza ed effettività del controllo* giurisdizionale e rispetto della c.d. *riserva di amministrazione*.

Anche nel dibattito pubblico, del resto, è stato in modo oscillante mosso ai giudici, talvolta, un *rilievo di eccessiva cautela e timidezza nel controllo*, talaltra di *sconfinamento e indebita sostituzione*, sostenendosi a quest’ultimo riguardo che, con il loro sindacato, i giudici hanno finito per *divenire essi stessi amministrazione*, con un’ingerenza considerata impropria nella definizione di indirizzi di politica industriale e ambientale, di scelte urbanistiche o di apprezzamenti tecnici riservati all’amministrazione, per esempio quella universitaria o scolastica.

Nello stesso dibattito pubblico, del resto, si tende talvolta ad individuare nella imprevedibilità delle decisioni dei giudici un fattore di debolezza del sistema se non di freno dello sviluppo economico[[29]](#footnote-29).

La prevedibilità può diventare, allora, una bussola per i giudici alle prese con il controllo della discrezionalità dell’Amministrazione.

Da un lato, infatti, quel controllo non può in alcun modo perdere in *incisività*, dovendosi estendere alla logicità, ragionevolezza, proporzionalità della decisione discrezionale dell’Amministrazione fino a riguardare, in casi di discrezionalità tecnica, la correttezza dei presupposti in fatto e in diritto assunti a base della determinazione amministrativa, l’adeguatezza del metodo tecnico applicato, la completezza del quadro istruttorio posto dall’amministrazione a base dell’atto adottato.

Dall’altro, il compito demandato alla giurisdizione deve arrestarsi di fronte all’autentica libertà di scelta e apprezzamento tecnico esercitata dall’Amministrazione: un ambito, questo, nel quale l’Amministrazione esprime *opinioni libere* *alle quali il giudice non può sostituirsi*, pena la compromissione non solo del principio di separazione, ma anche di quello di prevedibilità delle decisioni giudiziarie e di certezza dell’ordinamento.

**Roberto Garofoli**

**Presidente di Sezione del Consiglio di Stato**

Pubblicato il 14 settembre 2020

1. Testo, rivisto e ampliato, dell’intervento tenuto al Convegno *Il fatto illecito nel diritto amministrativo e nel diritto penale: la garanzia della prevedibilità,* fondazione Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano, 29 novembre 2019.

Il saggio è stato pubblicato su *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 2020, fasc. 2. [↑](#footnote-ref-1)
2. Per una riflessione di ampio respiro, S. Cassese, *Cosa resta dell’amministrazione?*, in *RTDP*, 2019, 1 ss. Per una recente disamina del diverso tema delle interferenze tra politica e amministrazione, L. Casini, *Politica e amministrazione*: “the italian style”, *Id*., 13 ss.; B.G. Mattarella, *Burocrazia e riforme*, Bologna, 2017. [↑](#footnote-ref-2)
3. A. Carleo, Calcolabilità giuridica, Bologna, 2017; A Carleo, *Il vincolo giudiziale del passato. I precedent*i, Bologna, 2018; . A. Carleo, *Decisione robotica*, Bologna, 2019. Con specifico riferimento al settore penale, F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in [*www.penalecontemporaneo.it*](http://www.penalecontemporaneo.it); V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali,* Roma, 2012. [↑](#footnote-ref-3)
4. L’importanza e la centralità della giurisdizione è un fenomeno certo non nuovo, ancorché negli ultimi tempi sempre più imponente. Di “*svolta della giurisdizione*” parlò nel lontano 1985, con riflessioni che paiono oggi di grandissima attualità, F. Galgano, *L’interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, 3, 1985, 701 ss., il quale così riassumeva i rapporti tra legge e attività giurisdizionale: “*Continuiamo a proclamarci interpreti della legge e a elaborare teorie sulla sua interpretazione; ma ci troviamo di fatto a operare, sempre più frequentemente, come interpreti della sentenza (e del contratto). La legge, nel senso pieno dell’espressione, è ormai una specie alquanto rara, e la funzione di adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà è sempre largamente svolta dal giudice (o è svolta dalla modellistica contrattuale). Constato da qualche tempo che gli avvocati, nei loro atti defensionali come nei loro pareri, non citano più i codici, ma la giurisprudenza sui codici*”. Si tratta di un fenomeno, del resto, che attraversa tutte le branche dell’ordinamento, anche quella penale, come noto coperta da una robusta riserva di legge. Di “*età della giurisdizione*” parla al riguardo, G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 79 ss., in part. 97, sostenendo che “*può apparire plausibile persino rispetto al diritto penale affermare che oggi viviamo nell’età della giurisdizione o, detto altrimenti, nell’epoca del giudice*”. [↑](#footnote-ref-4)
5. F. Patroni Griffi, *T*ecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa, in A. Carleo, Calcolabilità giuridica, Bologna, 2017, 183 [↑](#footnote-ref-5)
6. Un approccio critico rispetto alle tendenze legislative in atto, in specie con riguardo alle fattispecie di reato contro la P.A., è in V. Manes, *Corruzione senza tipicità*, *RIDPP*, 2018, 1126 ss., il quale parla di declino della tassatività e di fattispecie a “tipicità ubiquitaria”. In tema, anche per una visione comparatistica, G.L. Gatta, *La repressione della corruzione negli Stati uniti. Strategie politico-giudiziarie e crisi del principio di legalità*, in *RIDPP*, 2016, 2016, 1281 ss. [↑](#footnote-ref-6)
7. Per un’analoga accezione sostanziale del principio di legalità dell’azione amministrativa, più di recente, Corte cost., 24 luglio 2019, n. 195, intervenuta a dichiarare l’illegittimità costituzionale del comma 7 *bis* dell’art. nell’art. 143 del t.u. enti locali che, inserito dal d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, assegna al Prefetto il potere di sostituirsi ai consigli comunali e provinciali allorché emergano “*situazioni sintomatiche di condotte illecite gravi e reiterate, tali da determinare un’alterazione delle procedure e da compromettere il buon andamento e l’imparzialità delle amministrazioni comunali o provinciali, nonché il regolare funzionamento dei servizi ad esse affidati*”; la Corte ha, infatti, ritenuto l’assoluta genericità e vaghezza della definizione legislativa del presupposto positivo del potere sostitutivo introdotto dalla disposizione censurata, non compatibile con l’esigenza che ogni potere amministrativo sia “*determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell’azione amministrativa*”. [↑](#footnote-ref-7)
8. E’ quel che accade nei reati nei quali l’atto amministrativo è presupposto *positivo*, dovendo sussistere perché la fattispecie penale possa essere integrata, come nell’ipotesi di cui all’art. 650 c.p., o presupposto *negativo*, come accade laddove la norma incriminatrice assegna rilievo penale alla condotta *solo se posta in essere in assenza dell’atto*: è il caso del reato di costruzione senza permesso di costruire di cui all’art. 44 del Testo unico dell’edilizia. [↑](#footnote-ref-8)
9. La prevedibilità convenzionale, peraltro, nella giurisprudenza della Corte EDU, non è riferita alla sola tecnica di redazione della legge, di cui pretende un certo tasso di precisione descrittiva, ma anche al momento interpretativo: è stato, così, tratto dal principio di prevedibilità il divieto di applicazione retroattiva dei *revirements* giurisprudenziali estensivi e sfavorevoli, allorché *non ragionevolmente prevedibili* al momento della condotta (in giurisprudenza, Corte EDU, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*). Per l’impatto del principio di prevedibilità sui doveri di precisione descrittiva del legislatore fondamentale è l’elaborazione giurisprudenziale degli ultimi anni relativa al sistema nazionale di prevenzione, personale e patrimoniale: Cedu, 23 febbraio 2017, *De Tommaso,* cui ha fatto seguito Corte cost. 27 febbraio 2019, nn. 24 e 25. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sulla distinzione tra legittimità e merito, R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 188 ss. [↑](#footnote-ref-10)
11. Per un’ampia disamina, L. Torchia, *Il giudice amministrativo e l’amministrazione: controllo, guida interferenza*, in *RTDP*, 2019, 189 ss. Per un’analisi degli indirizzi pretori, G. Sabbato, *La* full jurisdiction *nella giurisprudenza nazionale. Un quadro complesso in evoluzione.* [↑](#footnote-ref-11)
12. Cfr., anche per un quadro delle posizioni interpretative sul tappeto, Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n, 4990. [↑](#footnote-ref-12)
13. Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2013, n. 978. [↑](#footnote-ref-13)
14. Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1218. [↑](#footnote-ref-14)
15. Per una puntuale analisi, B. Tonoletti, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *RTDP*, 2019, 77 ss. [↑](#footnote-ref-15)
16. Si consideri che la necessità che l’atto sia legittimo è in giurisprudenza ritenuta non solo con riguardo alle fattispecie nelle quali tale legittimità è espressamente indicata dalla disposizione incriminatrice (come nel caso dell’art. 650 c.p.), ma anche in quelle nelle quali, pur mancando tale esplicito riferimento, è consentito considerare in via interpretativa la legittimità stessa quale requisito implicito della fattispecie. [↑](#footnote-ref-16)
17. Cass. Pen., sez. 13 dicembre 2007, n. 248. Ben più penetrante appare l’atteggiamento del giudice amministrativo secondo cui il foglio di via deve essere sorretto da motivazione che, attesa l’incisione di un diritto fondamentale, espliciti, sulla base di riscontri oggettivi, le ragioni in base alle quali la presenza del prevenuto in una determinata località possa integrare la condizione di pericolosità sociale per la sicurezza pubblica (Cons. Stato, sez. III, 6 novembre 2019, n.7575). [↑](#footnote-ref-17)
18. Cass. Pen., III, 16 gennaio 2015, n. 9228. [↑](#footnote-ref-18)
19. B. Tonoletti, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *RTDP*, 2019, 77 ss., in part. 96 ss. [↑](#footnote-ref-19)
20. Per una ricostruzione, F. Prete, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell’abuso d’ufficio e nei reati edilizi*, in *wwww.penalecontemporaneo.it* [↑](#footnote-ref-20)
21. 21 dicembre 1993 n. 11635. [↑](#footnote-ref-21)
22. Si tratta della fattispecie che punisce *“l’inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dalla presente legge, dalla l. 17 agosto 1942, n.1150 (…)”*, ora prevista dall’art. 44, lett. *a),* d.P.R. 380/2001. [↑](#footnote-ref-22)
23. Si tratta di fattispecie oggetto di contestazioni processuali in crescita esponenziale negli ultimi anni; per significativi dati quantitativi, G.D. Comporti, E. Morlino, *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa*, in *RTDP*, 2019, 129 ss. [↑](#footnote-ref-23)
24. Si consideri che posizioni di dubbia riconduzione al meccanismo dell’interpretazione *estensiva* ed evolutiva e più agevolmente collocabili nel paradigma *analogico* vanno via via emergendo in giurisprudenza. E’ quanto si è da taluni ritenuto con riferimento alle opzioni di recente assunte in merito all’estensione della disciplina della responsabilità del direttore del periodico su carta *ex* art. 57 c.p. al direttore del giornale telematico (Cass., 11 gennaio 2019, n. 1275) o, prima che il legislatore intervenisse nel 2015, alla tendenza giurisprudenziale a sussumere nella fattispecie di disastro innominato *ex* art 434 c.p. ipotesi di disastri ambientali privi del c.d. requisito dimensionale dell’avvenimento straordinario intervenuto in un contesto spazio-temporale immediato (Cass., 17 maggio 2006, n. 4675, Porto Marghera). [↑](#footnote-ref-24)
25. Con toni critici è stato detto che si esce dallo schema norma-potere-fatto tipico dell’amministrazione, sostituito da quello norma-fatto tipico della giurisdizione, B. Tonoletti, *cit*., 113, il quale cita, quale esempio di ulteriore applicazione dello schema “norma-fatto tipico della giurisdizione”, l’orientamento giurisprudenziale seguito in tema di sanatoria di opere abusive realizzate su aree soggette a vincolo paesaggistico, in forza del quale il rilascio della valutazione paesaggistica ad opera dell’amministrazione non determina per ciò solo la non punibilità per l’opera contestata dovendo il giudice accertare l’impatto della stessa sull’originario assetto paesaggistico per stabilire se persista o meno una compromissione ambientale; tanto muovendo dall’assunto per cui il bene giuridico presidiato non è quello strumentale a che sia esercitata la funzione amministrativa di controllo di compatibilità, ma quello sostanziale alla tutela del paesaggio (Cass. Pen., 28 novembre 2017, n. 16697). [↑](#footnote-ref-25)
26. Cass., Sez. Un., 29 settembre 2011, n. 155. [↑](#footnote-ref-26)
27. B. Tonoletti, *cit*., 117. [↑](#footnote-ref-27)
28. Cass. Pen., sez. VI, 17 febbraio 1998, in *Foro it*., 1999, 103. [↑](#footnote-ref-28)
29. S. Rossi, *Controtempo-L’Italia nella crisi mondiale*, Bari, 2009, 163. [↑](#footnote-ref-29)