

della partecipazione a concorso»⁷⁴. La giurisdizione, in relazione a tale tipologia di controversie, appartiene, quindi, al giudice ordinario, venendo in rilievo posizioni di diritto soggettivo.

La questione controversa attiene alla giurisdizione in ordine agli atti regolamentari che definiscono le modalità generali di accesso alle graduatorie.

Un primo orientamento ritiene che, in relazione a tali atti, sussista la giurisdizione del giudice ordinario, in quanto gli stessi vengono in rilievo in via incidentale e, pertanto, possono essere disapplicati dallo stesso giudice ordinario⁷⁵.

Un secondo orientamento ritiene, invece, che in questi casi la giurisdizione spetti al giudice amministrativo, venendo in rilievo «la stessa regola ordinatoria posta a presidio dell'ingresso in graduatoria»⁷⁶.

Questo secondo orientamento è preferibile in quanto oggetto di contestazione sono atti di macro-organizzazione. La pubblica amministrazione, infatti, con l'adozione dei provvedimenti in esame, a prescindere dalla loro natura di atti normativi o amministrativi generali, definisce le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, determinando anche le dotazioni organiche complessive.

La giurisdizione compete, pertanto, al giudice amministrativo. Né, in senso contrario, potrebbe rilevare la questione relativa all'incidenza “diretta” o “indiretta” di tali provvedimenti sui singoli rapporti di lavoro, trattandosi di un profilo che non ne muta l'intrinseca natura e, dunque, le regole di riparto della giurisdizione. Questo aspetto può, al più, assumere rilevanza ai fini della individuazione dell'ambito del potere di disapplicazione del giudice ordinario. Occorre, cioè, stabilire se esso possa essere esercitato soltanto quando il provvedimento amministrativo di macro-organizzazione rilevi in via “indiretta” ai fini della risoluzione della controversia, in linea con la regola generale posta dall'art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato E, ovvero anche quando esso venga in rilievo quale fonte “diretta” della lesione della posizione soggettiva individuale fatta valere in giudizio. In quest'ultimo caso, la disapplicazione si risolve in una cognizione diretta, e non incidentale, del provvedimento amministrativo⁷⁷ [su tale problematica si v. par. 15.2].

15.2. Potere di disapplicazione degli atti presupposti e “doppia tutela”

Gli artt. 4 e 5 della legge abolitiva del contenzioso (legge n. 2248 del 1865, Allegato E) disciplinano il potere di disapplicazione del giudice ordinario.

In particolare, l'art. 4 prevede che «quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i Tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio». L'atto amministrativo «non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle

⁷⁴ Cons. Stato, Ad. plen., 12 luglio 2011, n. 11; Cass. civ., sez. un., 8 febbraio 2011, n. 3032.

⁷⁵ Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2015, n. 3413.

⁷⁶ Cons. Stato, sez. VI, 12 marzo 2012, n. 1406; Cons. Stato, sez. VI, 2 aprile 2012, n. 1953.

⁷⁷ Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2016, n. 365; Cons. Stato, sez. VI, 30 novembre 2015, n. 5418.

competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso».

L'art. 5 della stessa legge dispone che *«in questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi».*

L'art. 4 disciplina la disapplicazione principale o diretta, la quale si ha quando l'atto determina un effetto direttamente lesivo nella sfera giuridica del privato. In questo caso, il giudice ordinario può disapplicarlo, non potendo né revocarlo né modificarlo.

L'art. 5 disciplina la disapplicazione incidentale o indiretta, la quale si ha quando il provvedimento non ha una incidenza diretta nella sfera giuridica del privato.

A seguito della istituzione del giudice amministrativo e avuto riguardo al criterio esposto di riparto della giurisdizione, l'ambito applicativo dell'art. 4 risulta fortemente ridotto. Infatti, in presenza di un provvedimento, ancorché illegittimo, che produce effetti direttamente lesivi, si realizza l'effetto di degradazione e il diritto si "trasforma" in interesse legittimo, con la conseguenza che la giurisdizione spetta al giudice amministrativo [per maggiori approfondimenti si rinvia al cap. 5, par. 6].

La questione che rileva in questa sede è se, in presenza di un atto presupposto di macro-organizzazione, il sindacato spetti solo al giudice ordinario con la tecnica della disapplicazione ovvero se spetti anche al giudice amministrativo mediante la tecnica dell'annullamento di tale atto.

Secondo un primo orientamento, preferibile, è configurabile la cd. doppia tutela o tutela concorrente, per cui: *i)* il lavoratore o i soggetti estranei al rapporto di lavoro possono impugnare gli atti di macro-organizzazione, che in via riflessa incidono sul rapporto, innanzi al giudice amministrativo, venendo in rilievo posizioni di interesse legittimo, al fine di ottenere il loro annullamento; *ii)* il lavoratore può agire innanzi al giudice ordinario, anche contemporaneamente, per l'accertamento del suo diritto, chiedendo la disapplicazione dell'atto di macro-organizzazione⁷⁸.

Questa tesi si basa: *i)* sul dato letterale dell'art. 63, comma 1, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che, prevedendo che *«l'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo»*, ammette implicitamente la doppia tutela; *ii)* sul piano sistematico, ritenendo necessario prevedere forme di annullamento con effetti *erga omnes*, per assicurare una tutela effettiva al lavoratore, soprattutto quando venga, ad esempio, in rilievo un atto di soppressione di un ufficio che occorre eliminare per consentirgli la concreta permanenza in esso.

La Corte di Cassazione, in alcune sentenze, ha ritenuto, finanche – concentrando la tutela innanzi al giudice amministrativo – che spettano a quest'ultimo *«le controversie nelle quali, pur chiedendosi la rimozione del provvedimento di conferimento di un incarico dirigenziale, previa disapplicazione degli atti presupposti, la contestazione*

⁷⁸ Tra le altre, Cass. civ., sez. un. ordinanza 7 novembre 2008, n. 26799; Cass. civ., sez. un., ordinanza 1° aprile 2003, n. 6220; Cass. civ., sez. lav., 5 marzo 2003, n. 3252.

investa direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo mediante la deduzione della non conformità a legge degli atti di macro organizzazione attraverso cui le amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici ed i modi di conferimento della titolarità degli stessi»⁷⁹.

Secondo un diverso orientamento, invece, non è configurabile la doppia tutela.

In particolare, si ritiene che gli atti presupposti, i quali incidono direttamente nella sfera giuridica del lavoratore, possono essere oggetto di contestazione solo innanzi al giudice ordinario, che li può disapplicare. Il giudice ordinario ha, pertanto, giurisdizione in ordine al singolo atto di gestione del rapporto e, nella definizione della singola controversia, può disapplicare l'atto presupposto produttivo di effetti diretti nell'ambito del rapporto stesso. Così, ad esempio, il provvedimento di macro-organizzazione di modifica della pianta organica viene privato di efficacia nei confronti del dipendente, con la conseguenza che diventa inefficace anche l'atto di gestione rappresentato dalla revoca dell'incarico disposto a seguito della modifica della pianta organica, con diritto del dirigente alla riassegnazione delle funzioni svolte in precedenza⁸⁰.

L'esclusione della doppia tutela comporta che l'atto presupposto, oggetto di disapplicazione, continua ad avere efficacia nei confronti delle parti diverse da chi ha proposto l'azione innanzi al giudice ordinario, avendo la disapplicazione valenza soltanto per quel determinato giudizio in cui è effettuata⁸¹.

In definitiva, stando a quest'ultimo orientamento, deve rilevarsi come l'esistenza del potere di disapplicazione incida sul riparto di giurisdizione, nel senso di escludere la giurisdizione del giudice amministrativo sugli atti presupposti nel caso in cui gli stessi "incidano" anche sul rapporto di lavoro. Si configura così una vera e propria giurisdizione esclusiva del giudice ordinario.

La giurisdizione del giudice amministrativo è, in quest'ottica, configurabile soltanto nel caso in cui l'impugnazione provenga da soggetti diversi dal lavoratore (ad esempio una organizzazione sindacale) ovvero dal lavoratore in relazione ad atti presupposti che non hanno una incidenza diretta sul rapporto di lavoro⁸².

⁷⁹ Cass. civ., sez. un., 27 febbraio 2017, n. 4881.

⁸⁰ Cass. civ., sez. un., ordinanza 13 marzo 2009, n. 6058; Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2009, n. 3677.

⁸¹ E.A. Apicella, *I nuovi orientamenti nella giurisdizione sulle controversie di lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1363.

⁸² La giurisprudenza ha, però, ampliato il novero degli atti presupposti che hanno tale incidenza indiretta. Essi sono quelli che «consentono nuovi inquadramenti del personale e ne fissano le decorrenze, che costituiscono uno dei modi di definizione dell'assetto organizzativo degli uffici; consentono il conferimento degli incarichi dirigenziali al di fuori dalla dotazione organica, o determinano di affidare l'incarico a soggetto esterno, anziché limitare la scelta nell'ambito del personale di ruolo; determinano le dotazioni organiche o il numero delle supplenze negli istituti scolastici; determinano le modalità di copertura dei posti vacanti nel periodo di vigenza della graduatoria di un precedente concorso: ciò, sia quando l'interessato censuri la scelta dell'amministrazione di provvedere alla copertura mediante scorrimento della graduatoria, anziché indizione di un nuovo concorso, sia quando, viceversa, il riconoscimento del diritto all'assunzione è consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento che bandisce il concorso in vigenza della

sovrappone a quella dei limiti esterni. Si è, infatti, affermato che le azioni possessorie sono «*esperibili davanti al giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione quando il comportamento della medesima non si ricolleggi ad un formale provvedimento amministrativo, emesso nell'ambito e nell'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali ad essa spettanti, ma si concreti e si risolva in una mera attività materiale, non sorretta da atti o provvedimenti amministrativi formali; ove risulti, invece, sulla base del criterio del petitum sostanziale, che oggetto della tutela invocata non è una situazione possessoria, ma il controllo di legittimità dell'esercizio del potere, va dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, competente essendo il giudice amministrativo*»²⁸¹.

L'intervento del giudice ordinario è escluso solo quando si chiede un provvedimento d'urgenza che incide direttamente su un provvedimento amministrativo o sulla sua esecuzione²⁸².

È bene aggiungere, infine, che, una volta ritenuta ammissibile l'adozione di una determinata sentenza, non sussistono ostacoli ad imporre all'amministrazione di porre in essere una determinata attività amministrativa, se essa è necessaria per dare esecuzione alla sentenza stessa²⁸³.

39. Potere di disapplicazione

Gli artt. 4 e 5 della citata legge n. 2248 del 1865, sopra riportati, prevedono due forme di disapplicazione: la cd. disapplicazione principale e la cd. disapplicazione incidentale.

L'art. 4 disciplina la disapplicazione principale o diretta, la quale si ha quando l'atto determina un effetto direttamente lesivo nella sfera giuridica del privato. In questo caso, il giudice ordinario può disapplicarlo, non potendo né revocarlo né modificarlo.

L'art. 5 disciplina la disapplicazione incidentale o indiretta, la quale si ha quando il provvedimento non ha una incidenza diretta nella sfera giuridica del privato.

Si ritiene che tale potere possa essere esercitato nell'ambito di una controversia tra privati nell'ambito della quale rileva la legittimità di un atto amministrativo. Si pensi ad una controversia tra proprietari avente ad oggetto la distanza tra costruzioni e la valutazione incidentale della legittimità di un regolamento edilizio che stabilisca quali debbano essere le distanze.

²⁸¹ Cass. civ., sez. un., 21 giugno 2012, n. 10285.

²⁸² A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 124, che sottolinea come, ad esempio, non è possibile chiedere al giudice ordinario di ordinare all'amministrazione di astenersi dall'occupare un terreno per il quale sia efficace un decreto di occupazione.

²⁸³ A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 124, che riporta il caso della sentenza di un giudice ordinario che condanna l'amministrazione a demolire una costruzione realizzata su suolo altrui senza titolo.

[Per la possibile disapplicazione dei casi di controversie tra privati e pubblica amministrazione si veda il successivo paragrafo].

Chiarito ciò, occorre stabilire quale sia il rapporto tra il potere di annullamento del giudice amministrativo e il potere di disapplicazione diretta di cui all'art. 4. Bisogna accertare, infatti, a fronte di un provvedimento in grado di produrre effetti diretti nella sfera giuridica del destinatario dell'azione amministrativa, se sia possibile la cd. doppia tutela: innanzi al giudice amministrativo la tutela di annullamento, innanzi al giudice ordinario la tutela disapplicativa.

La questione in esame è strettamente correlata al riparto di giurisdizione, in quanto il giudice ordinario può procedere alla disapplicazione di cui all'art. 4 soltanto nei casi in cui ha la giurisdizione, secondo il criterio del *petitum* sostanziale [cap. 5, *Parte Seconda*].

A seguito della istituzione del giudice amministrativo e avuto riguardo al criterio esposto di riparto della giurisdizione, l'ambito applicativo dell'art. 4 risulta fortemente ridotto. Infatti, in presenza di un provvedimento, ancorché illegittimo, che produce effetti direttamente lesivi, si realizza l'effetto di degradazione e il diritto si trasforma in interesse legittimo, con la conseguenza che la giurisdizione spetta al giudice amministrativo. Nella diversa prospettiva della "coesistenza" di diritto e interesse legittimo è quest'ultimo che dialoga con il potere pubblico. In altri termini, il giudice ordinario non dovrebbe avere giurisdizione in presenza di un provvedimento che incide direttamente sui diritti soggettivi.

L'unico spazio per la disapplicazione diretta si avrebbe nei casi di provvedimento nullo perché, solo in queste ipotesi, esiste la giurisdizione del giudice ordinario [cap. 5, par. 17.2.2]. Tuttavia, a rigore, in tali casi non si tratterebbe di vera e propria disapplicazione perché, come è noto, il provvedimento nullo non è in grado di produrre effetti e, quindi, non si sarebbe in presenza di una disapplicazione in senso tecnico.

In questa prospettiva, non sarebbe ammissibile la cd. doppia tutela innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo: in presenza di un provvedimento annullabile il privato deve ricorrere al giudice amministrativo.

In definitiva, pertanto, l'unica forma di disapplicazione che rimane in concreto è quella di natura incidentale.

Quanto alle modalità di esercizio di detto potere di disapplicazione, esso può essere esercitato d'ufficio in presenza di qualsiasi vizio di legittimità, compreso il vizio di eccesso di potere, anche in presenza di atti divenuti inoppugnabili per decorso del termine entro il quale proporre ricorso innanzi al giudice amministrativo. Rimane fermo, anche in relazione a tale potere, il principio di separazione dei poteri per cui la disapplicazione non può essere disposta per vizi di merito e cioè per aspetti che rientrano nella esclusiva valutazione della pubblica amministrazione [cap. 10, par. 3].

39.1. Atto amministrativo presupposto e disapplicazione nelle controversie tra privati e pubblica amministrazione. Disapplicazione nel rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione: rinvio. Disapplicazione degli atti presupposti regolamentari delle Autorità amministrative indipendenti e sanzioni amministrative

Nell'ambito dei rapporti tra privato e pubblica amministrazione è controverso se il giudice civile, che ha giurisdizione in relazione ad una specifica vicenda amministrativa, possa disapplicare un atto presupposto adottato dalla stessa amministrazione.

L'orientamento prevalente della Corte di Cassazione è nel senso che in questa tipologia di controversie non sia consentito al giudice ordinario disapplicare l'atto presupposto in quanto, in relazione ad esso, venendo in rilievo interessi legittimi, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo. Se si ritenesse ammissibile la disapplicazione si consentirebbe, infatti, al privato di ottenere lo stesso risultato che avrebbe dovuto ottenere mediante l'impugnazione dell'atto amministrativo, entro stringenti termini perentori, innanzi al giudice amministrativo²⁸⁴. In applicazione di questo criterio si è, ad esempio, affermato che nell'ambito di una controversia relativa ai canoni dovuti alla pubblica amministrazione per l'occupazione di spazi pubblici non è possibile chiedere la disapplicazione della delibera comunale che fissa i criteri per la determinazione dei suddetti canoni²⁸⁵. Allo stesso modo nell'ambito di un giudizio sull'indennità di espropriazione non è consentita la disapplicazione degli atti di pianificazione urbanistica che, assegnando una certa destinazione al bene di proprietà del privato, incidono sull'entità di tale indennità.

La dottrina²⁸⁶ ha messo in rilievo come tale orientamento della Corte di Cassazione non sia sempre seguito in modo coerente. Così, ad esempio, nell'ambito delle controversie relative all'applicazione di sanzioni amministrative si ammette non solo la sindacabilità degli atti amministrativi strumentali rispetto all'accertamento della violazione (quale, ad esempio, l'omologazione delle apparecchiature utilizzate per l'accertamento), ma anche la sindacabilità dell'atto amministrativo la cui violazione abbia determinato l'applicazione della sanzione²⁸⁷. Con specifico riferimento alle

²⁸⁴ Cass. civ., sez. un., 2 novembre 2018, n. 28053, era stata enunciata già da Cass. civ., sez. un., 6 febbraio 2015, n. 2244, che aveva richiamato a sua volta Cass. civ., sez. I, 13 settembre 2006, n. 19659 e Cass. civ., sez. III, 22 febbraio 2002, n. 2588.

²⁸⁵ Cass. civ., sez. un., 10 dicembre 2001, n. 15603 ha affermato che «la disapplicazione – il cui specifico oggetto sono, oltre ai regolamenti, proprio i provvedimenti amministrativi in senso stretto (costitutivi e discrezionali) – presenta particolari problemi quando viene sollecitata nei confronti della stessa amministrazione che ha emanato un atto applicativo di un atto (proprio o di altra amministrazione) a contenuto generale, normativo o non normativo. Viene posto l'accento, in questi casi, sul pericolo che, attraverso la disapplicazione, il privato intenda ottenere, praticamente, lo stesso risultato che dovrebbe essere conseguito attraverso l'impugnazione dell'atto generale in sede giurisdizionale amministrativa: si verificherebbe, in altre parole, un superamento dei limiti – non derogabili tracciati dalle regole sul riparto della giurisdizione».

²⁸⁶ A. Travi, *La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile in alcuni recenti interventi della cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2020.

²⁸⁷ Cass. civ., sez. II, 10 aprile 2018, n. 8796 (che precisa che la disapplicazione dell'atto “presuppo-

violazioni in materia di circolazione stradale, si consente la disapplicazione del provvedimento illegittimo che abbia introdotto il divieto non rispettato dal cittadino. In questi casi, si ammette la doppia tutela, riconoscendo la concorrenza della tutela di impugnazione innanzi al giudice ordinario²⁸⁸.

In questo ambito si collocano due questioni specifiche, relative a due diversi settori, in relazione alle quali si registrano contrastanti orientamenti della giurisprudenza ordinaria e amministrativa.

Il primo settore rilevante è quello relativo alla disapplicazione dell'atto presupposto di macro-organizzazione nelle controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione [tale questione è stata già oggetto di trattazione nel cap. 8, par. 15.3 a cui si rinvia].

Il secondo settore rilevante è quello relativo alle sanzioni amministrative irrogate dalle Autorità amministrative indipendenti.

Come già rilevato [par. 12], a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale, la giurisdizione in ordine alle sanzioni amministrative spetta al giudice ordinario.

La controversia riguarda la giurisdizione e i confini del potere di disapplicazione degli atti presupposti regolamentari di disciplina delle suddette sanzioni in mancanza di una norma che espressamente riconosca al giudice ordinario il potere di disapplicazione.

Sul punto, si sono formati due contrapposti orientamenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato.

Secondo un primo orientamento, seguito dalla Corte di Cassazione, la giurisdizione in ordine agli atti regolamentari, nella specie, della Consob spetta al giudice ordinario che li conosce mediante la tecnica della disapplicazione.

In particolare, la Corte, dopo avere ribadito che il criterio di riparto della giurisdizione si fonda sulla *causa petendi*, ha affermato che «*il sindacato del giudice del provvedimento sanzionatorio si estende, in ossequio al principio accessorium sequitur principale, alla validità sostanziale del rapporto presupposto, concernendo tutte le fasi procedurali in cui lo stesso si scandisce nonché gli atti presupposti e regolamentari posti a fondamento dell'emissione del provvedimento impugnato, i quali delineano il modus di esercizio della potestas iudicandi*». Lo stesso concetto è espresso con le seguenti affermazioni: *i) «la cognizione degli atti presupposti che hanno condotto all'emissione del provvedimento di relativa adozione spetta al giudice che in ordine al medesimo ha giurisdizione, costituendo essi la concreta e diretta ragione giustificativa della potestà sanzionatoria nel caso esercitata»; ii) «la valutazione dell'esercizio dei poteri da parte dell'Autorità spetta al giudice che ha giurisdizione sul provvedimento finale, che di tali poteri costituisce espressione»; iii) «la valutazione da parte di tale giudice va infatti estesa agli atti e ai regolamenti presupposti e funzionalmente collegati all'ado-*

sto" può concorrere con l'impugnazione di tale atto avanti al giudice amministrativo); Cass. civ., sez. II, 24 gennaio 2013, n. 1742; Cass. civ., sez. II, 1° giugno 2010, n. 13344; Cass. civ., sez. un., 20 ottobre 2006, n. 22518.

²⁸⁸ Cass. civ., sez. II, n. 8796 del 2018, cit.

zione, pretesamente illegittima, del provvedimento sanzionatorio finale, costituendone l'imprescindibile ragione giustificativa, quali specifici presupposti ed elementi costitutivi del rapporto giuridico dato (...) e non già elementi da quest'ultimo avulsi, quali beni della vita su cui possa configurarsi tutela autonoma e diversa da quella assicurata dalla loro eventuale disapplicazione»; iv) «il *petitum* sostanziale va propriamente ravvisato nella caducazione del provvedimento avente ad oggetto la sanzione amministrativa, in quanto asseritamente deliberata e irrogata in base ad atti amministrativi e regolamentari dei quali si è lamentata l'illegittimità e per questi ultimi il contrasto con normativa di rango superiore, e non già concernente una lesione direttamente derivante dai suddetti atti presupposti, i quali assumono rilevanza concreta se e in quanto abbiano come nella specie dato luogo all'irrogazione della sanzione amministrativa, di cui è stata appunto richiesta l'eliminazione». Lo strumento utilizzato è quello della disapplicazione «che costituisce modalità di piena tutela delle posizioni di diritto soggettivo incise dal provvedimento amministrativo illegittimo garantita dal giudice ordinario».

Un secondo orientamento, seguito dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, ritiene che il potere di disapplicazione del giudice ordinario non escluda anche il potere di annullamento da parte del giudice amministrativo²⁸⁹. Si ammette, pertanto, la doppia tutela. A sostegno di tale orientamento si riportano le seguenti ragioni.

In primo luogo, in mancanza di una previsione di legge che configuri una giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, trovano applicazione le regole generali di riparto della giurisdizione. In presenza di un potere regolamentare che stabilisce le modalità di esercizio della funzione sanzionatoria, la situazione giuridica del privato è di interesse legittimo e non di diritto soggettivo.

In secondo luogo, il potere di disapplicazione, svolgendosi in via incidentale, determina effetti soltanto nel giudizio civile e, non entrando nel giudicato, non fa sorgere neanche un obbligo di annullamento da parte della pubblica amministrazione. Il sistema di tutela si completa, pertanto, mediante l'esercizio del potere di annullamento da parte del giudice amministrativo, al fine di consentire alla parte di ottenere una tutela demolitoria che elimini l'atto, impedendo così anche all'amministrazione il riesercizio del potere individuale ponendo nuovamente a base della decisione l'atto presupposto.

39.2. Disapplicazione nel settore dell'immigrazione: rinvio

Il rapporto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, con l'ambito di operatività del potere di disapplicazione del primo, è stato già esaminato nella parte dedicata alla trattazione dei profili sostanziali di disciplina dell'immigrazione [cap. 25, par. 8-13].

²⁸⁹ Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2020, n. 6792, che dà espresso atto dell'esistenza di tale contrasto interpretativo; si v. anche Cons. Stato, sez. VI, 31 luglio 2017, n. 3822; Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595.

39.3. Disapplicazione del giudice penale

La questione che si è posta è se la norma generale sulla disapplicazione sia applicabile anche nel giudizio penale.

Alla luce della premessa svolta, occorre esaminare se anche il giudice penale possa svolgere un sindacato sull'attività amministrativa con relativo potere di disapplicazione.

Questa evenienza si verifica nel caso in cui il provvedimento amministrativo venga richiamato dalla norma incriminatrice. Il provvedimento costituisce, infatti, sul piano della formulazione della disposizione, un "elemento normativo" della fattispecie che rinvia a fonti esterne di diritto amministrativo ai fini della eterointegrazione del precetto. In alcuni casi, in ragione della natura del rinvio, si tratta di norme penali in bianco²⁹⁰.

Tale tecnica di redazione della norma pone due problemi.

Il primo attiene al rispetto del principio di determinatezza della fattispecie penale [in generale, sul principio di determinatezza, si v. cap. 4, par. 21].

Il secondo, connesso, attiene alle modalità di esercizio del sindacato giurisdizionale.

A quest'ultimo proposito, sul piano sostanziale, occorre distinguere due diverse categorie di casi.

La prima categoria di casi viene in rilievo quando la norma richiede, ai fini dell'integrazione della fattispecie incriminatrice, che il provvedimento sia illegittimo e, quindi, il giudice penale deve effettuare un sindacato sul provvedimento soltanto per verificare se è stata integrata detta fattispecie. Ne consegue che dalla illegittimità non deriva la "disapplicazione" dell'atto, ma la sua "applicazione"²⁹¹.

La seconda categoria di casi viene in rilievo quando la norma integrativa presuppone che venga effettuato un giudizio di validità del provvedimento al fine di stabilire se è stata integrata o meno la fattispecie incriminatrice.

In questi casi, parte della dottrina e della giurisprudenza sostiene la teoria della disapplicazione. In tale prospettiva, a seconda delle ipotesi, "mettendo da parte" il provvedimento, risulterà o meno integrata la fattispecie incriminatrice.

Altra parte della dottrina e della giurisprudenza, per le ragioni che verranno indicate oltre, sostiene la teoria della cd. "tipicità". In tale prospettiva, il giudice penale

²⁹⁰ Si tratta di norme che lasciano "in bianco" il contenuto del precetto che viene "riempito" da una fonte sublegislativa.

²⁹¹ Si pensi al reato di abuso di ufficio in cui l'illegittimità dell'atto è uno degli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice. L'art. 323 cod. pen. prevede che «salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni».

deve limitarsi a verificare se sia stata integrata la fattispecie incriminatrice²⁹².

Sul piano processuale, l'art. 2 cod. proc. pen. prevede che: i) «il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito»; ii) «la decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione civile, amministrativa o penale non ha efficacia vincolante in nessun altro processo».

Ai fini dell'analisi della tematica in esame, si deve distinguere il binomio “provvedimenti restrittivi – disapplicazione *in bonam partem*” dal binomio “provvedimenti ampliativi – disapplicazione *in malam partem*”.

A) In relazione al primo rapporto, vengono in rilievo norme penali che puniscono condotte aventi quale presupposto la “disobbedienza” ad un provvedimento restrittivo dell'amministrazione.

Si pensi alla fattispecie di cui all'art. 650 cod. pen., il quale prevede che «*chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a duecentosei euro*».

Si pensi ancora alla fattispecie di cui all'art. 255 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Codice dell'ambiente), il quale prevede la pena dell'arresto fino ad un anno per chiunque non ottemperi all'ordinanza del Sindaco che dispone di rimuovere rifiuti abbandonati, ripristinando lo stato dei luoghi.

Si tratta di norme penali in bianco.

In relazione al rispetto del principio di determinatezza, esse si caratterizzano per il fatto che la legge affida alla fonte integratrice la determinazione delle condotte punibili, il che pone problemi di compatibilità con tale principio. La giurisprudenza costituzionale ha ritenuto, però, che tali tipologie di norme siano legittime in quanto «*la materialità della contravvenzione è descritta tassativamente in tutti i suoi elementi costitutivi*»²⁹³. Più in generale, si è affermato che le norme penali in bianco non violano il principio di legalità quando sia una legge dello Stato, anche diversa da quella incriminatrice, ad indicare i caratteri, i presupposti, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità amministrativa. La dottrina ha osservato, criticamente, che in questo modo, da un lato, si sovrappone il profilo della tassatività con quello della legalità, e, dall'altro lato, l'apporto dell'atto dell'amministrazione «*non si limita a specificare elementi di un precetto posto dalla legge, ma si estende sino al punto di porre esso stesso la regola di comportamento da osservare in concreto*»²⁹⁴.

In ordine al possibile sindacato del giudice penale su tale provvedimento si sono formati due orientamenti²⁹⁵.

Secondo un primo orientamento, il giudice penale può disapplicare, ai sensi del-

²⁹² Per l'esposizione di questi due argomenti si v. V. Cingano, *L'inottemperanza al provvedimento amministrativo di rimozione dei rifiuti e i poteri del giudice penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 325 ss.

²⁹³ Corte cost. n. 168 del 1971.

²⁹⁴ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2019, 60-61.

²⁹⁵ Per l'esposizione di questi due argomenti si v. V. Cingano, *L'inottemperanza al provvedimento amministrativo di rimozione dei rifiuti e i poteri del giudice penale*, cit.

l'art. 5 della legge abolitiva del contenzioso, l'ordine amministrativo se ritenuto illegittimo, con effetti *in bonam partem* per il reo. Quest'ultima espressione non evoca il concetto tecnico di analogia nel diritto penale, avendo solo valenza descrittiva.

Secondo un diverso e prevalente orientamento, che sostiene la tesi della tipicità, non è necessario ricorrere alla tecnica della disapplicazione, dovendo il giudice penale accertare soltanto se il fatto concreto ha integrato la fattispecie tipica. Si sostiene, infatti, che è la stessa norma penale a richiedere che l'atto amministrativo sia legittimo e ciò può farlo sia espressamente, come è nel caso del reato di cui all'art. 650 cod. pen., sia implicitamente, come è nel caso del reato di cui all'art. 255 del decreto legislativo n. 152 del 2006.

B) In relazione al rapporto tra provvedimenti ampliativi ed effetti *in malam partem* vengono in rilievo, in particolare, i reati edilizi.

L'art. 44 del decreto legislativo 6 giugno 2001, n. 380 prevede che, salvo che il fatto costituisca più grave reato, si applica l'arresto fino a due anni e l'ammenda (modulata a seconda della gravità del fatto) nei casi di esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso o di prosecuzione degli stessi nonostante l'ordine di sospensione.

Si tratta di accertare se possa essere equiparata alla mancanza del permesso di costruire la sua illegittimità e, dunque, se possa essere disposta dal giudice penale una disapplicazione questa volta *in malam partem*.

In tali casi la "disapplicazione" dell'atto e, dunque, l'accertamento incidentale della sua invalidità serve per accertare se la fattispecie di reato sia stata integrata.

Un primo orientamento, seguito negli anni Ottanta dalle Sezioni unite della Cassazione²⁹⁶, vigente una disciplina analoga a quella sopra riportata, ritiene che il giudice penale non possa disapplicare il permesso di costruire illegittimo, in quanto la disapplicazione di cui agli artt. 4 e 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo sarebbe consentita soltanto in presenza di atti amministrativi restrittivi che incidono su diritti soggettivi.

Ne consegue che il sindacato del giudice penale è possibile unicamente se ricorre alternativamente uno di questi presupposti: *i*) vi sia una esplicita previsione legislativa che preveda tale potere; *ii*) l'illegittimità dell'atto costituisca elemento essenziale della fattispecie criminosa; *iii*) l'atto sia adottato da un organo privo di potere ovvero sia il risultato di attività criminosa del soggetto pubblico che lo rilascia o del soggetto privato che lo consegue.

Questo orientamento si fonda sulla valorizzazione del principio di legalità e del suo corollario della tassatività. La norma che contempla il reato edilizio fa riferimento soltanto alla "mancanza" del permesso di costruire e non anche alla sua illegittimità. Tale mancato richiamo non potrebbe essere supplito dalla norma generale che consente la disapplicazione degli atti amministrativi, in quanto si ritiene, come sottolineato, che essa operi soltanto in presenza di provvedimenti restrittivi di posizioni di diritto soggettivo.

²⁹⁶Cass. pen., sez. un., 31 gennaio 1987, n. 3.

Le fattispecie, sopra indicate, in relazione alle quali si ritiene integrato il reato, si caratterizzano per il fatto di basarsi su specifiche previsioni di legge che prevedono quale elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice l'esistenza di un atto illegittimo ovvero su fattispecie concrete che si caratterizzano per il fatto che l'atto amministrativo debba considerarsi giuridicamente inesistente.

Parte della dottrina²⁹⁷ segue un orientamento ancora più rigoroso per assicurare il rispetto del corollario della tassatività, ritenendo che non sia neanche possibile equiparare la mancanza dell'atto amministrativo alla sua illegittimità.

Un secondo orientamento, seguito negli anni Novanta dalle Sezioni unite della Cassazione²⁹⁸ e consolidatosi negli anni successivi, ritiene che il giudice penale possa sindacare il permesso di costruire ai fini del giudizio di illegittimità, ma senza dovere ricorrere allo strumento della disapplicazione.

In particolare, si ritiene che sia la stessa norma, nel fare riferimento al permesso di costruire, a richiedere che esso non sia illegittimo. Per pervenire a tale risultato si valorizza il bene giuridico. A tale proposito si distingue: *i*) una concezione statica-formale, che individua «*il bene tutelato dalle norme penali urbanistiche nel rispetto formale e strumentale del controllo dell'attività edificatoria da parte della pubblica amministrazione*» e secondo la quale, dunque, l'oggetto della tutela penale risiede «*nel mero interesse al controllo preventivo da parte dell'autorità amministrativa*»; *ii*) una concezione dinamica-funzionale, secondo la quale l'oggetto della tutela è rappresentato dall'ordinato assetto del territorio e dai plurimi interessi che su di esso insistono²⁹⁹. In questa prospettiva, è possibile procedere ad una interpretazione estensiva del precetto penale.

In realtà, si potrebbe pervenire al medesimo risultato ricorrendo all'istituto della disapplicazione. La tesi contraria che limita il ricorso alla disapplicazione ai casi di atti sfavorevoli che incidono sui diritti soggettivi non ha fondamento legale. Si potrebbe, pertanto, anche ritenere che la base legale generale che consente la disapplicazione sia rappresentata dagli artt. 4 e 5 della legge abolitiva del contenzioso. In questo caso, la disapplicazione permette di “mettere da parte” il permesso di costruire illegittimo, il quale viene considerato come non adottato e, quindi, in coerenza con quanto prescritto dalla norma incriminatrice, “mancante”.

Nonostante in una isolata sentenza la Corte di Cassazione³⁰⁰ sembrasse essere tornata a sostenere il primo orientamento, la stessa Corte ha confermato il secondo orientamento esposto³⁰¹.

La dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere che la disapplicazione

²⁹⁷ M. Gambardella. *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 742 ss.

²⁹⁸ Cass. pen., sez. un., 12 novembre 1993, n. 11635.

²⁹⁹ Cass. pen., sez. III, 7 giugno 2018, n. 49687.

³⁰⁰ Cass. pen., sez. III, 18 dicembre 2014, n. 7423.

³⁰¹ Cass. pen., sez. III, 4 dicembre 2017, n. 38856; Cass. pen., sez. III, n. 49687 del 2018, cit.

sia possibile nel caso in cui l'atto amministrativo non attenga alla condotta, ma concorra ad integrare una causa di giustificazione.

La difficoltà applicativa di tale ultima ricostruzione risiede nel fatto che non è agevole individuare quali siano le condotte che possono venire in rilievo in presenza di una ampia varietà di tipologie di illegittimità [sull'analoga difficoltà in relazione al regime di nullità dei contratti aventi ad oggetto immobili abusivi si v. cap. 19, par. 11.1]. Sotto altro aspetto, la diversità tra “mancanza” e “illegittimità” può riemergere in relazione ad un altro piano che è quello della colpevolezza.

Analoga evoluzione giurisprudenziale si è avuta in materia di lottizzazione abusiva.

Le Sezioni unite della Cassazione hanno ritenuto che la lottizzazione materiale sia un reato a consumazione alternativa che è integrato sia dalla mancanza dell'autorizzazione sia dalla sua illegittimità [cap. 19, par. 10.1]³⁰².

40. Esecuzione forzata nei confronti dell'amministrazione

L'esecuzione forzata è una tematica connessa alle forme di tutela delle posizioni soggettive [cap. 5, par. 4] e a quella delle obbligazioni [cap. 15, par. 4].

L'art. 474 cod. proc. civ. dispone che l'esecuzione forzata «*non può avere luogo che in virtù di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile*» e tra i titoli esecutivi include, tra gli altri, «*le sentenze, i provvedimenti e gli altri atti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva*».

Essa si distingue in esecuzione in forma generica o per espropriazione e in esecuzione diretta o in forma specifica.

La prima comporta l'espropriazione di un bene di proprietà del debitore a fronte del suo inadempimento all'obbligo di pagamento di una somma di denaro (artt. 483 ss. cod. proc. civ.).

La seconda, invece, si ha: *i*) in presenza di una sentenza di condanna alla consegna di beni mobili o al rilascio di beni immobili (artt. 2930 cod. civ. e 605-611 cod. proc. civ.); *ii*) in presenza di una sentenza di condanna per violazione di un obbligo di fare o di non fare (artt. 2931 cod. civ. e 612-614 cod. proc. civ.).

In relazione all'esecuzione in forma generica, non sono suscettibili di essere oggetto di tale procedura i beni demaniali [cap. 9, parr. 5-5.1] e i beni del patrimonio indisponibile [cap. 9, parr. 6-6.1]³⁰³. Gli unici beni aggredibili in questa fase sono, pertanto, i beni del patrimonio disponibile [cap. 9, par. 7].

Per quanto attiene al denaro, l'orientamento più risalente riteneva che potessero essere oggetto di procedura esecutiva soltanto le somme iscritte nei capitoli di spesa

³⁰² Cass. pen., sez. un., 28 novembre 2001, n. 5115.

³⁰³ L'art. 514, comma 1, n. 5, cod. proc. civ. dichiara impignorabili i beni necessari «*per l'adempimento di un pubblico servizio*»; vi rientrano, pertanto, i beni indisponibili.