

ANTONIO CASSATELLA

Professore associato di Diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza  
dell'Università di Trento

antonio.cassatella@unitn.it

## **ALTRE NOTE SULLE RIPERCUSSIONI DEL GIUDICATO AMMINISTRATIVO NEL PROCESSO PENALE**

### **FURTHER REMARKS ON THE IMPACT OF ADMINISTRATIVE JUDGMENTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS**

#### SINTESI

Il saggio ripercorre il problema dell'efficacia del giudicato amministrativo nel processo penale, apparentemente negata dagli artt. 2 e 3 c.p.p. ma sovente riconosciuta dalla giurisprudenza di Cassazione. Si considerano, dapprima, i principi che imporrebbero di attribuire efficacia preclusiva al giudicato di annullamento o di rigetto dell'azione di annullamento, qualora l'accertamento del giudice amministrativo cada sulle modalità di esercizio del potere. Si critica la tendenza a ricondurre l'efficacia alla tutela dell'affidamento del ricorrente imputato in sede penale circa la favorevole ripercussione del giudicato amministrativo; lo stesso per quella volta a giustificare ogni ripercussione sulla base del principio di non contraddizione. Si propone di risolvere il problema a partire dagli effetti della sentenza di annullamento o di rigetto: erga omnes per quanto concerne l'accertata illegittimità o legittimità della condotta dalla p.a.; inter partes per quanto concerne le conseguenze ripristinatorie e conformative del giudicato. Sulla base di questa ricostruzione si affronta il problema della ripercussione in malam partem del giudicato amministrativo, giustificandola in rapporto alla perdurante autonomia del giudice penale in ordine all'accertamento dei profili di reato concernenti l'individuazione degli apporti causali sulla formazione di atti illegittimi ed al giudizio di colpevolezza.

#### ABSTRACT

The essay deals with the issue of the effects of the judicial review of administrative acts in the criminal process. The influence of administrative sentences is apparently denied by art. 2 and 3 c.p.p. but often recognized by criminal courts. First of all, the essay analyzes the principles which would require that *res judicata* be given “preclusive effect” of administrative sentences. Both the protection of legitimate expectations as regards the favourable consequences of the administrative judgment and the principle of “non contradiction” between different sentences are criticised. It is proposed to fix the issue by the point of view of the effects of the administrative sentence: they are “*erga omnes*” in relation to the established illegality or legitimacy of the conduct by the public administration and “*inter partes*” in relation to the other consequences of the *res judicata*. The last part of essay deals with the issues of the consequences in *malam partem* of the administrative judgment, justifying it in relation to the autonomy of the criminal court with regard to the assessment of the objective and subjective profiles of the offence.

PAROLE CHIAVE: giudicato amministrativo, efficacia della sentenza, accertamento, efficacia *erga omnes*, processo penale, questioni pregiudiziali amministrative.

KEYWORDS: judicial review, *res judicata*, criminal process, legitimate expectations, public administration, due process

INDICE. 1. Il problema e gli orientamenti della giurisprudenza. 2. I fondamenti assiologici della giurisprudenza: buona fede in senso soggettivo o principio di non contraddizione? 3. La proposta ricostruttiva: l'efficacia *erga omnes* degli effetti eliminatori della sentenza di annullamento. 4. Le implicazioni assiologiche della proposta formulata: il problema della ripercussione *in malam partem* ed il perdurante valore della certezza del diritto.

## 1. Il problema e gli orientamenti della giurisprudenza

In un recente studio si sono messe in rilievo le ragioni per le quali si reputa necessario rivisitare il tema dei rapporti fra giudicato amministrativo di annullamento e processo penale<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. A. CASSATELLA, *Le ripercussioni del giudicato amministrativo di annullamento sul processo penale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2021, 492 ss., al quale si rinvia per ulteriori approfondimenti ed indicazioni bibliografiche, salvo quanto espressamente richiamato a seguire. Fra gli altri contributi sul tema, raramente approfondito in tutte le sue implicazioni, cfr. F. FRANCIOSI, *L'accertamento del fatto illecito nel giudizio amministrativo e nel giudizio penale: problemi e interferenze*, in C. PARANO, a cura

In questo contributo si intende approfondire la questione dall'angolazione relativa ai principi di diritto che, secondo una parte della giurisprudenza, possono giustificare l'effetto preclusivo del giudicato amministrativo nell'ambito del processo penale avente ad oggetto lo stesso episodio di vita.

Il precedente lavoro muoveva da un dubbio che può essere qui riproposto.

Assunto che il c.p.p. affida al giudice penale la soluzione di tutte le questioni pregiudiziali relative all'accertamento della fattispecie di reato oggetto di imputazione, ci si chiede se possa ritenersi "questione" ai fini degli artt. 2 e 3 c.p.p. anche una vicenda su cui si è formato un giudicato amministrativo di annullamento (o rigetto), che colpisce il provvedimento rilevante anche ai fini della qualificazione del reato<sup>2</sup>. In termini parzialmente sovrapponibili ci si può domandare se l'art. 5 della l. n. 2248/1865 consenta la disapplicazione di un provvedimento già annullato dal giudice amministrativo<sup>3</sup>.

Per esemplificare, va chiarito se, annullato un ordine di espulsione, la sua validità possa essere ridiscussa ai fini dell'accertamento del reato di inottemperanza agli ordini dell'autorità. Alla stessa maniera, va appurato se l'acclarata illegittimità di una sanzione edilizia possa essere rimessa in discussione ai fini dell'imputazione dei reati previsti dal t.u. edilizia<sup>4</sup>. Non diversamente, il proble-

---

di, *Pubblica amministrazione, diritto penale, criminalità organizzata*, Milano, 2008, 93 ss.; E. PICOZZA, *La rilevanza delle pronunce del giudice amministrativo nel giudizio civile ed in quello penale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 44 ss.; P. POZZANI, *Premesse per uno studio della pregiudizialità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 365 ss.; S. RUGGERI, *I rapporti tra processo penale e altri procedimenti nell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Dir. pen. con.*, 2015, 22 ss.

<sup>2</sup> Sulle modalità attraverso cui i provvedimenti amministrativi vengono in rilievo ai fini dell'integrazione della singola fattispecie di reato cfr. M. GAMBARDELLA, *La disapplicazione dei provvedimenti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 742 ss.

<sup>3</sup> Si deve prescindere, in questa sede, dall'esame della controversa questione relativa alla disapplicazione dei provvedimenti ad opera del giudice penale, anche in rapporto ai diversi orientamenti maturati nel corso dei decenni nella giurisprudenza di Cassazione. Oltre a M. GAMBARDELLA, *op. cit.*, *passim*, si rinvia al seminale studio di R. VILLATA, *"Disapplicazione" dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980, 95 ss., nonché a G. COCCO *Dalla disapplicazione dell'atto amministrativo alla disapplicazione della fattispecie incriminatrice*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2021, 12; F. DE LEONARDIS, *Il sindacato del giudice penale sugli atti di autorizzazione e concessione: alcune riflessioni "partendo dalla fine"*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2020, 893 ss.

<sup>4</sup> Cfr. Cass. pen., sez. III, 25.5.2020, n. 15752; Cass. pen., sez. III, 16.12.2019, n. 50769.

ma si pone nel caso in cui una sentenza del g.a. abbia già stabilito l'illegittimità di un provvedimento che viene in rilievo ai fini della qualificazione di un abuso d'ufficio, di un reato di falso o di una corruzione propria<sup>5</sup>.

Il dubbio non è tuttavia confinato all'esegesi del c.p.p., ma sottende un più ampio interrogativo in ordine ai rapporti fra giudici amministrativi e ordinari nell'interpretazione ed applicazione della disciplina dell'organizzazione e dell'azione amministrativa.

La tesi seguita dalla giurisprudenza maggioritaria, volta a riconoscere la piena autonomia del giudice penale rispetto agli accertamenti del giudice amministrativo, implica, infatti, la frammentazione delle interpretazioni della disciplina sostanziale e delle categorie ordinanti dell'agire pubblico, con le inevitabili conseguenze in punto di certezza del diritto e buon andamento della stessa azione amministrativa<sup>6</sup>.

Il dato potrebbe essere accettabile – pur con riserve in punto di parità di trattamento ed uguaglianza – se rapportato a controversie relative a differenti episodi di vita, ma mostra i suoi aspetti patologici se riferito alla medesima vicenda<sup>7</sup>.

La conferma della correttezza degli interrogativi formulati si è avuta dalla stessa giurisprudenza penale, che, in alcune significative occasioni, ha precisato come il giudicato amministrativo, lungi dall'essere irrilevante, possa incidere

---

<sup>5</sup> Per i casi più rilevanti, cfr. M. BONTEMPELLI, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano, 2009, 221 ss.; P. CORVI, *Questioni pregiudiziali e processo penale*, Padova, 2007, 320 ss.

<sup>6</sup> Sono ormai noti i rischi ed i costi economico-sociali derivanti dall'aumento delle fattispecie incriminatrici e dalla correlata tendenza dell'amministrazione ad assumere una posizione "difensiva", volta ad evitare decisioni ed assunzioni di responsabilità. Sul punto sia consentito un rinvio ad A. CASSATELLA, *La responsabilità di un'amministrazione posta nelle condizioni di decidere: concetti alla ricerca di un sistema*, in R. URSI, M. RENNA, a cura di, *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, 153 ss. Con riferimento alle tendenze in atto cfr. pure B. TONOLETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, 77 ss.; G. D. COMPORTE, E. MORLINO, *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, 128 ss.

<sup>7</sup> Sul problema, in termini generali, cfr. L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018, 22 ss. Con specifico riferimento all'esempio formulato cfr. F. FRANCIOSI, *Illecito urbanistico e edilizio e cosa giudicata. Spunti per una ridefinizione della regola del rapporto tra processo penale ed amministrativo*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 99.

sull'esito del processo ancora pendente innanzi al g.o. Tale incidenza non deriva dalla capacità persuasiva del giudicato del g.a. – come si potrebbe argomentare sulla base dell'art. 238 *bis* c.p.p.<sup>8</sup> – ma dalla sua stessa efficacia giuridica, ossia dalla capacità di precludere una diversa interpretazione della disciplina amministrativa da parte del g.o.

La pronuncia da cui ha preso avvio questo indirizzo interpretativo risale alla metà degli anni novanta e concerne le ripercussioni di un giudicato relativo alla legittimità di un intervento edilizio. In un contesto caratterizzato da numerose incertezze fattuali e normative, la Cassazione ha ritenuto che il pregresso accertamento circa l'esistenza dello *jus aedificandi* non potesse essere rimesso in discussione in sede penale, anche a fronte di orientamenti contrastanti<sup>9</sup>.

Sulla scia di questo precedente, una parte non secondaria della giurisprudenza tende ad attribuire efficacia preclusiva al giudicato che non si limiti ad un sindacato estrinseco della legittimità dell'azione amministrativa, ma che si spinga ad accertarne la legittimità sostanziale, in riferimento alla posizione dei privati ricorrenti e controinteressati e degli stessi titolari degli organi amministrativi cui può imputarsi l'attività degli apparati<sup>10</sup>.

## **2. I fondamenti assiologici della giurisprudenza: tutela dell'affidamento o principio di non contraddizione?**

Ai fini che maggiormente rilevano in questa sede è utile ripercorrere il ragionamento seguito dai giudici nei casi appena menzionati.

Con riferimento alla prima sentenza, in sede di merito il giudicato amministrativo era stato ritenuto del tutto ininfluenza, a fronte della «completa autonomia decisionale [del giudice penale] rispetto alla giurisdizione amministrativa, come può desumersi dagli artt. 2 e 3 c.p.p.» e dell'esistenza di un indirizzo in-

---

<sup>8</sup> Su tale disciplina cfr. S. ASTARITA, *Circolazione della prova e delle sentenze*, in *Dig. disc. pen.*, agg., Torino, 2014, 18 ss. Sull'applicazione dell'art. 238 *bis* c.p.p. alle sentenze extrapenali cfr. Cass. pen., sez. III, 25.5.2020, n. 15752; Cass. pen., sez. III, 11.3.2020, n. 9741; Cass. pen., sez. III, 19.3.2019, n. 17855; Cass. pen., sez. II, 17.12.2018, n. 56633.

<sup>9</sup> Cfr. Cass. pen., sez. III, 3.4.1996, n. 54.

<sup>10</sup> Cfr., fra le altre, Cass. pen., sez. III, 25.5.2020, n. 15752; Cass. pen., sez. III, 23.3.2020, n. 10460; Cass. pen., sez. III, 25.7.2017, n. 36807.

terpretativo che smentiva le tesi dello stesso Tar. La Cassazione disconosceva questa tesi, ritenendo che, anche a fronte di un dubbio circa la corretta argomentazione della sentenza del g.a., «tale contrasto [interpretativo] non può essere assunto dal giudice penale per sostenere la macroscopica illegittimità delle tesi sostenute dalla giurisdizione amministrativa».

Né, per la Cassazione, poteva invocarsi l'autonomia della cognizione del giudice penale rispetto alla questione controversa, in quanto essa implicava «anche la posizione reciproca, cioè l'autonoma decisionale dei giudici amministrativi rispetto ai giudici ordinari»<sup>11</sup>.

Si concludeva, pertanto, che «è proprio questa autonomia della giurisdizione amministrativa che doveva impedire al tribunale penale non solo di ritenere macroscopicamente illegittima una sentenza dei Tar coperta dal giudicato, ma soprattutto di escludere il legittimo e incolpevole affidamento della interessata in questa sentenza. Escludere questa buona fede, e quindi ritenere l'astratta configurabilità oggettiva e soggettiva del reato di costruzione senza concessione edilizia, significa né più né meno che vanificare la funzione istituzionale della giurisdizione amministrativa e quindi negare al cittadino la possibilità di tutelare per via giurisdizionale i suoi diritti e interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione»<sup>12</sup>.

Colpisce, nei passaggi richiamati, il ruolo ricoperto dalla buona fede, che non viene utilizzata nella sua dimensione oggettiva – quale garanzia di correttezza nella formazione e gestione di rapporti negoziali o nell'esercizio di funzioni amministrative, ad integrazione della disciplina codicistica o legale di riferimento – ma in quella soggettiva. Si mira a tutelare, attraverso di essa, la posizione di un soggetto a cui non possono addossarsi tutte le conseguenze di un determinato errore<sup>13</sup>.

---

11 Cfr. Cass. pen., sez. III, 3.4.1996, n. 54, punto 5.3. in diritto.

12 Cfr. sempre Cass. pen., sez. III, 3.4.1996, n. 54, ancora punto 5.3. in diritto.

13 Per questa impostazione cfr. F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, ora in ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all' "alternanza"*, Milano, 2001, 121 ss.

Se ne desume che le conseguenze penali della violazione della disciplina amministrativa, anche se accertabili dal g.o. sulla base di una nuova cognizione della fattispecie, non possono essere addossate a chi abbia riposto la propria fiducia sull'altrui condotta qualificata. Per quanto qui interessa, la fiducia è riposta sull'interpretazione del g.a. quale organo dotato delle competenze necessarie a stabilire se un'opera sia legittima o meno, tanto ai fini della sua demolizione che a quelli del sequestro preventivo disposto nell'ambito del processo penale<sup>14</sup>.

È agevole concludere come, così argomentando, sia fuorviante attribuire al giudicato amministrativo un'efficacia preclusiva dell'accertamento del g.o.: la questione non attiene, infatti, alle qualità intrinseche della sentenza, ma alle regole di condotta cui devono attenersi, sul piano istituzionale, giudici e parti.

La tesi non appare, tuttavia, del tutto convincente già sul piano della tutela dell'affidamento.

Ammesso che essa operi anche nell'ambito dell'attività giurisdizionale, resta fermo che la legittima aspettativa dovrebbe essere ingenerata dallo stesso organo che contravviene al divieto di *venire contra factum proprium*. Pare tuttavia eccessivo sostenere che il g.a. ed il g.o. che si pronunciano sulla medesima vicenda siano qualificabili come un unico organo, o, in alternativa, come espressione di un'unica funzione: la prima opzione va esclusa per evidenti ragioni organizzative ed istituzionali; la seconda prova troppo, in quanto l'affidamento non viene ingenerato dall'astratta immagine di una funzione giurisdizionale sempre coerente con altri precedenti, ma dal fatto che il ricorrente vuole far valere a sua difesa una sentenza emessa nei propri confronti, ancorché dal giudice speciale.

---

<sup>14</sup> In questi termini, pertanto, troverebbe applicazione il concetto di affidamento individuato da F. MERUSI, *op. cit.*, 127, come punto di incontro fra buona fede in senso oggettivo e soggettivo: richiamando testualmente il pensiero dell'A., l'affidamento consisterebbe «nell'aspettativa generata dall'altrui comportamento... e tutelata dal principio di buona fede che, in questo caso, prescrive che il successivo comportamento dell'affidante sia coerente con quello che, in precedenza, ha generato l'altrui fiducia».

Si potrebbe inoltre dubitare che la tutela dell'affidamento venga in rilievo ai fini del vincolo gravante sul giudice penale. Essa opera, infatti, quale criterio integrativo della condotta delle parti, sul presupposto che essa non sia compiutamente regolata dal legislatore, come avviene tanto per le attività contrattuali quanto per l'esercizio di alcune funzioni legislative ed amministrative<sup>15</sup>.

Nel caso in esame, tuttavia, gli artt. 2, 3 e 238 *bis* c.p.p. non sono affatto lacunosi: grava sul g.o. l'obbligo di valutare tutti gli elementi della condotta illecita, compresi quelli suscettibili di accertamento da parte dei giudici civili ed amministrativi, con la sola esplicita eccezione delle questioni inerenti a *status* di famiglia e cittadinanza. A tutto concedere, si potrebbe dunque richiedere un'interpretazione secondo buona fede dell'art. 238 *bis*, al fine di attribuire una particolare rilevanza probatoria alle risultanze del processo amministrativo e, dunque, onerare il giudice penale a motivare in maniera particolarmente analitica ed approfondita le ragioni per le quali non si riterrebbe persuasiva l'interpretazione emergente dal pregresso giudicato.

Ad ogni modo, i limiti della tesi sono comprovati anche dal fatto che altra parte della giurisprudenza fonda su differenti basi la ripercussione del giudicato amministrativo sul processo penale, giustificandone l'applicazione anche *in malam partem*.

In una recente sentenza, avente ad oggetto le conseguenze patrimoniali di un reato di lottizzazione abusiva, la Cassazione ha ritenuto di adeguare la propria decisione a quella del giudice amministrativo, già investito della controversia relativa alla contestata operazione immobiliare.

Si trattava di verificare se l'opera abusivamente realizzata fosse o meno conforme al piano di riferimento. Ad avviso della Cassazione, la cognizione del g.o. trovava un limite oggettivo nel pregresso giudicato. Qualora fosse «intervento sugli stessi profili di illegittimità dell'atto amministrativo che costituiscono il substrato del reato di costruzione abusiva o di lottizzazione abusiva, al giudi-

---

15 Si segue sempre l'impostazione, ancora attuale, di F. MERUSI, *op. cit.*, 251 s.

ce penale è precluso il sindacato di questi atti. Tale affermazione si pone, del resto, in coerenza con il più generale principio di non contraddizione nell'ordinamento giuridico»<sup>16</sup>.

La semantica che fa da cornice a questa sentenza non è, come nel primo caso, quella della tutela dell'affidamento, sia perché esso era pacificamente escluso dal giudizio di merito, sia perché lo scopo della Cassazione era quello di comprovare la piena coerenza fra giudicato amministrativo ed esito del processo penale, confermando l'illegittimità ed illiceità della lottizzazione.

Non si può tuttavia attribuire al principio di non contraddizione richiamato da quest'ultima pronuncia un valore idoneo a spiegare il fenomeno che si va esaminando. Se, infatti, si guarda al diritto positivo processuale, è agevole concludere come il principio invocato dalla Cassazione abbia un valore prevalentemente logico, ma non giuridico.

Le difformità fra giudicati sono infatti tollerate dal nostro ordinamento, specie se le sentenze sono state emanate da giudici di diversi plessi e fra parti diverse da quelle coinvolte nella controversia<sup>17</sup>.

La garanzia della non contraddizione fra pronunce è infatti stabilita nei limiti del *ne bis in idem* e dell'esigenza di evitare contrasti pratici fra giudicati, mediante la disciplina della litispendenza e della connessione (artt. 39 e 40 c.p.c.), della sospensione necessaria (art. 295 c.p.c.) della revocazione (art. 395 c.p.c.)<sup>18</sup>. La stessa disciplina degli artt. 2 e 3 c.p.p. conferma, da questa specifica angolazione, come la discrasia fra giudicati amministrativi e penali sia tollerabile, in quanto espressiva di un contrasto teorico e non pratico fra sentenze che sono esito di diversi tipi di processo: è possibile, in altri termini, che un atto il-

<sup>16</sup> Cfr. Cassazione penale, sez. III, 21.2.2020, n.15949.

<sup>17</sup> Diverse le conclusioni cui giunge F. FRANCIOSI, *L'accertamento del fatto*, cit., 102, secondo il quale sarebbe operante, nel nostro sistema, un principio generale «che impone coerenza e non contraddittorietà degli accertamenti giudiziali».

<sup>18</sup> Al di fuori di questi casi, volti a prevenire il fenomeno, la stessa giurisprudenza civile risolve il problema sul piano empirico, assumendo che, in caso di contrasto pratico fra giudicati contrastanti sulla medesima questione, prevalga il secondo e più recente: cfr. Cass. civ., sez. I, 4.9.2019, n. 22073; Cass. civ., sez. trib., 19.10.2018, n. 26437; Cass. civ., sez. VI, 31.5.2018, n.13804.

legittimo non integri una condotta penalmente illecita, o che l'atto ritenuto legittimo sia considerato illegittimo ed illecito dallo stesso giudice penale<sup>19</sup>.

Si ha dunque la sensazione di un circolo vizioso: la tutela dell'affidamento del ricorrente-imputato sugli effetti di un giudicato favorevole non viene in rilievo ai fini di una reinterpretazione degli artt. 2 e 3 c.p.p., quanto ai fini della valutazione della sentenza ai sensi dell'art. 238 *bis* c.p.p.; il principio di non contraddizione, nel nostro sistema, è derogato dallo stesso legislatore, che ha tolto ogni rilievo alla pregiudizialità amministrativa nel giudizio penale.

### **3. La proposta ricostruttiva: l'efficacia *erga omnes* degli effetti eliminatori della sentenza di annullamento**

A fronte del problema posto dalla giurisprudenza e della difficoltà di risolverlo attraverso argomentazioni per principi, si è tentato di elaborare una tesi che valorizzi gli orientamenti esaminati sulla base di una reinterpretazione del diritto positivo<sup>20</sup>.

Non pare infatti dubbio che le sentenze della Cassazione esprimano l'esigenza di dare equilibrio ai rapporti fra giurisdizione amministrativa e penale, correttamente rifiutando le soluzioni estreme rappresentate dall'integrale separazione fra i due giudizi e dalla loro piena sovrapposizione. Il nodo da sciogliere è come valorizzare questi orientamenti a disciplina processuale invariata.

In una prospettiva familiare agli studiosi di diritto amministrativo potrebbe innanzitutto osservarsi come la tendenza ad individuare l'oggetto del giudizio amministrativo nel "rapporto" fra cittadini e p.a. determini un arricchimento degli effetti del giudicato, anche ai fini di connessi o successivi giudizi penali inerenti allo stesso episodio<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Sulla differenza fra conflitti pratici e teorici cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, 377 s. Sulla necessità di dare soluzioni più stabili al problema, a tutela della certezza del diritto, cfr. però anche il recente studio di M. GRADI, *Il contrasto teorico fra giudicati*, Bari, 2020, specie 32 ss.

<sup>20</sup> Anche sul punto si effettua un più ampio rinvio ad A. CASSATELLA, *Le ripercussioni*, cit., 507 ss.

<sup>21</sup> Circa il dibattito relativo all'oggetto del processo amministrativo di legittimità, che qui non può essere ripercorso in tutti i suoi passaggi storici e teorici, cfr. almeno S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, 104 ss.; R. VILLATA, *Processo ammini-*

Nell'ottica anzidetta, l'accertamento del g.a. supera il diaframma rappresentato dalla mera valutazione di conformità dell'atto alla norma e cade sul modo attraverso cui si è esercitato un potere, in rapporto alle prerogative individuali. Questo spiega perché il giudicato amministrativo possa assumere efficacia preclusiva rispetto agli elementi oggettivi della fattispecie di reato, nei quali viene appunto in rilievo il modo in cui si è esercitato il potere amministrativo<sup>22</sup>.

Il vero problema della tesi in esame non concerne, tuttavia, l'oggetto del giudicato, quanto la sua efficacia soggettiva.

Contro la ripercussione sembra infatti stagliarsi l'art. 2909 c.c., che limita gli effetti del giudicato civile – e, secondo la tesi prevalente, amministrativo – alle sole parti del giudizio, con tendenziale esclusione dei “terzi”, tutelati anche in sede amministrativa dal rimedio straordinario dell'opposizione<sup>23</sup>. Da questo punto di vista, non possono che essere terze anche le Procure, in quanto estranee allo svolgimento del processo amministrativo e titolari di una funzione che non può certamente sovrapporsi a quella delle amministrazioni resistenti.

Si è dunque ritenuto che l'unica soluzione praticabile sia rappresentata dalla scissione degli effetti della sentenza di annullamento, distinguendo il piano dell'efficacia eliminativa dell'atto (*erga omnes*) da quello dell'efficacia ripristinatoria e conformativa (*inter partes*)<sup>24</sup>.

L'efficacia *erga omnes* dell'effetto eliminativo dipende dal fatto che, attraverso di esso, viene colpito l'atto quale fonte di manifestazione del potere amministrativo nella fattispecie concreta, prima ancora che come fonte di effetti a carico della controparte privata che ha assunto le vesti del ricorrente innanzi al giudice amministrativo. Determinando la rimozione della manifestazione di un

*strativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. Proc. Amm.* 2021, 369 ss.

<sup>22</sup> Restano ferme, sul punto, le osservazioni di M. NIGRO, *La giustizia amministrativa*, IV ed., Bologna, 1994, 236.

<sup>23</sup> Si tratta di un orientamento consolidato, per quanto non siano mancate voci dissonanti, come quelle di Salandra e, soprattutto, Guicciardi. Per una sintesi delle varie posizioni assunte in dottrina cfr. A. LOLLI, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, Milano, 2002, 49 ss.

<sup>24</sup> Cfr. A. CASSATELLA, *Le ripercussioni*, cit., 514 ss.

potere pubblico, l'annullamento non può che spiegare i propri effetti nei confronti di tutti i consociati, ancorché non si tratti di soggetti direttamente interessati all'esito della controversia, e, conseguentemente, di legittimati ad opporsi alla sentenza.

Viceversa, i soli effetti ripristinatori e conformativi del giudicato possono essere concepiti come fonte di obblighi riparatori a favore della parte ricorrente vittoriosa e dei relativi aventi causa, assumendo un'efficacia *inter partes* coerente con i principi desumibili dall'art. 2909 c.c. e la loro applicazione al processo amministrativo di legittimità. In tal senso si è ritenuto opportuno valorizzare l'orientamento che scinde «parte cassatoria della sentenza di annullamento — destinata a fare stato *erga omnes*, in quanto diretta ad eliminare dall'ordinamento il provvedimento amministrativo — e parte prescrittiva, che, contenendo l'accertamento di un determinato rapporto giuridico, produce effetti sempre limitati alle parti»<sup>25</sup>.

Lo stesso può specularmente affermarsi, seppure a fini più limitati, per il giudicato di rigetto nel merito. Ove, infatti, si accerti la legittimità dell'atto, in quanto espressione di un potere pubblico, dovrà ritenersi che l'efficacia della pronuncia possa spiegarsi *erga omnes*<sup>26</sup>.

Resta da chiarire come armonizzare queste conclusioni con gli artt. 2 e 3 c.p.p.

La soluzione proposta consiste nel negare che, a fronte di un giudicato di annullamento, sussista una vera e propria «questione» (pregiudiziale) di validità del provvedimento, e, dunque, la necessità di affidare al g.o. il potere di riquali-

---

25 Cfr., fra le altre, Tar Lazio, Roma, sez. II *bis*, 22.6.2017, n. 7339; Tar Lazio, Roma, sez. II *ter*, 6.3.2014, n. 2608; Cons. Stato, sez. IV, 21.5.2004, n. 3327; Cons. Stato, sez. IV, 30.6.2004 n. 4802.

26 Cfr. sempre A. CASSATELLA, *Le ripercussioni*, cit., 533 ss. Sul punto appare significativa, ancorché con la precisazione per cui processo amministrativo e civile riguardano le stesse parti, la tesi formulata dalla Cassazione in rapporto al potere di disapplicazione del provvedimento già ritenuto illegittimo da parte del g.a. Secondo la Cassazione, «la pronuncia di rigetto della domanda di dichiarativa dell'illegittimità copre il provvedimento impugnato, sia sotto l'aspetto dell'esistenza del potere dell'organo che ha emesso il provvedimento, sia della sostanza dello stesso, precludendo al g.o. ogni indagine al riguardo»: così Cass. civ., sez. III, 22.6.2005, n.13400. Cass. civ., sez. I, 3.2.1997, n. 982.

ficare la fattispecie sostanziale e di procedere ad una rinnovata interpretazione della disciplina amministrativa rilevante ai fini della configurazione del reato<sup>27</sup>.

Il concetto di «questione» implica, infatti, che una determinata situazione di fatto o di diritto si debba ritenere ancora controversa ai fini della valutazione della liceità penale della condotta dell'imputato<sup>28</sup>.

Ove, tuttavia, sulla situazione di fatto o di diritto sia già caduto il giudicato, con la sua capacità di fare «stato» *erga omnes* circa un determinato modo di esercitare il potere, non pare possa dirsi ancora sussistente una questione rispetto alla legittimità o meno dell'azione amministrativa oggettivamente intesa. Il secondo giudice potrà convenire o meno sulla soluzione data alla controversia dal g.a., ma il problema non attiene agli effetti della pronuncia, quanto alla qualità delle argomentazioni, ed è dunque irrilevante ai fini che qui interessano.

Restano ovviamente ferme le valutazioni inerenti agli ulteriori elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie penale, riservate al giudice ordinario.

#### **4. Le implicazioni assiologiche della proposta formulata: il problema della ripercussione *in malam partem* e il perdurante valore della certezza del diritto**

Nel precedente contributo dedicato al tema si è ritenuto che l'efficacia preclusiva della sentenza di annullamento o rigetto possa operare sia *in bonam* che *in malam partem*.

Nel primo caso, l'accertata illegittimità del provvedimento potrebbe escludere la contestazione e condanna per reati ricalcati sul modello generale dell'art. 650 c.p. o – nel caso in cui siano state annullate sanzioni edilizie – per reati inerenti alla costruzione di opere abusive o analoghi.

Nel secondo caso, proprio l'accertata illegittimità di un provvedimento impugnato da un terzo potrebbe invece determinare la condanna del funziona-

---

<sup>27</sup> Si deve rinviare, ancora una volta, ad A. CASSATELLA, *Le ripercussioni*, cit., 536 ss.

<sup>28</sup> Cfr. molto opportunamente L. CARLI, *Questioni incidentali (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XX-VIII, Milano, 1987, 62, secondo il termine stesso «implica il riferimento a qualcosa di dubbio che, come tale, richiede di essere risolto ed è, perciò, suscettibile di una discussione più o meno approfondita».

rio o dell'amministratore pubblico per reati propri, quali i reati di falso, corruzione propria, abuso d'ufficio, come pure quella del cittadino per reati edilizi o analoghi. Anche il giudicato di rigetto potrebbe tuttavia operare *in malam partem*, come accade in tutte le ipotesi speculari in quelle in cui la sentenza di annullamento esclude l'esistenza del reato.

Sul piano assiologico, connesso alla tutela costituzionale del diritto di azione e di difesa, l'esito del ragionamento potrebbe lasciare perplessi. Se appare ragionevole sostenere che il giudicato favorevole possa avvantaggiare il ricorrente vittorioso anche innanzi al giudice ordinario, lo è meno ritenere che il mancato accoglimento del ricorso determini una significativa contrazione delle possibilità di ottenere una sentenza favorevole in sede penale.

Ancor più delicata è la situazione che si verifica a fronte dell'annullamento di un provvedimento su ricorso del terzo controinteressato sostanziale, con ripercussioni penali sia a carico della controparte privata – che può essersi comunque difesa nell'ambito del processo amministrativo, assumendo le vesti di controinteressato processuale – sia, e soprattutto, a carico di amministratori e funzionari, che non sono qualificabili come parte necessaria di quel giudizio.

Ci si può dunque chiedere se contrasti con il principio del giusto processo – declinato in rapporto alla necessità di un contraddittorio esteso a tutti gli elementi del reato – affermare la ripercussione negativa del giudicato amministrativo in tutti i casi in cui l'imputato non sia stato parte necessaria del giudizio amministrativo, né abbia preso parte ad esso mediante un intervento *ad opponendum*<sup>29</sup>.

Il caso più rilevante riguarda, pertanto, la posizione di funzionari ed amministratori.

Nel precedente contributo si è ritenuto di risolvere il problema osservando come gli effetti del giudicato non comprimano il diritto di difesa dell'impu-

---

29 Per una risposta affermativa al quesito, basata sul rilievo per cui gli effetti del giudicato amministrativo su altri processi – compreso quello penale – avrebbero benefiche conseguenze sulla celerità della giustizia e sulla stessa certezza dei rapporti giuridici, a vantaggio dell'intera collettività, cfr. E. PICOZZA, *op. cit.*, 91 ss.

tato, dato che il funzionario e l'amministratore pubblico possono comunque contestare, in sede penale, le circostanze attinenti alle modalità attraverso cui le loro condotte hanno inciso nella formazione della decisione illegittima e, conseguentemente, hanno integrato le fattispecie di reato di volta in volta contestate<sup>30</sup>.

La questione va tuttavia approfondita.

Nella chiave di lettura prescelta, facendo sempre salve le valutazioni del g.o. in ordine all'elemento soggettivo dei singoli illeciti, possono dibattersi in sede penale anche gli apporti causali di amministratori e funzionari sulla formazione di un provvedimento o di altro atto amministrativo illegittimo.

Per esemplificare, ove si ammetta che in sede amministrativa sia stato accertato il rilascio di un titolo edilizio illegittimo, resta da stabilire in sede penale se il responsabile dell'ufficio tecnico comunale imputato di abuso d'ufficio o corruzione propria abbia direttamente ed attivamente contribuito alla formazione della decisione. Si pensi alle ipotesi in cui si sia optato per un'interpretazione della disciplina legale palesemente erronea, si sia omesso o alterato volontariamente un accertamento istruttorio, sia stato volutamente disatteso un parere legale di segno opposto o simili<sup>31</sup>.

La soluzione si spiega anche per il fatto che questo tipo di valutazioni sono tendenzialmente estranee all'oggetto del giudizio amministrativo – quand'anche lo si voglia estendere al rapporto controverso – a fronte delle categorie ricostruttive che scindono la posizione della persona fisica titolare dell'organo o di funzioni rilevanti nell'ambito del procedimento da quella dell'apparato cui si imputano gli effetti delle singole decisioni<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Cfr. sempre A. CASSATELLA, *Le ripercussioni*, cit., 532.

<sup>31</sup> Per alcune applicazioni, specie con riferimento ai reati di corruzione propria, falso ideologico ed abuso d'ufficio, Cass. pen., sez. III, 8.4.2021, n.33419; Cass. pen., sez. III, 8.9.2020, n.26834; Cass. pen., sez. VI, 20.10.2016, n.3606; Cass. pen., sez. VI, 3.2.2016, n.6677.; Cass. pen., sez. VI, 4.2.2014, n. 23354.

<sup>32</sup> Su questi aspetti cfr. da ultima C. DE NICOLA, *Illecito del dipendente e imputazione della responsabilità alla pubblica amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2021, 917 ss., nonché S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dei dipendenti pubblici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2015, 53 ss.; M.C. CAVALLARO, *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, in questa *Riv.*

Lo iato fra personalità fisica (e capacità di agire) del singolo e personalità giuridica dell'amministrazione determina due alternative: *a)* le condotte dei funzionari non entrano a far parte del materiale probatorio su cui si basa la sentenza del giudice amministrativo, concentrata sulla valutazione della legittimità del provvedimento o degli atti prodromici alla sua emanazione; *b)* le condotte entrano a far parte del materiale probatorio, ma su di esse non cade il giudicato amministrativo, avente ad oggetto, anche nelle tesi più evolute, il rapporto fra ricorrente ed amministrazione, non quello fra ricorrente e funzionari o amministratori pubblici<sup>33</sup>.

Inquadrata in questi termini, l'intera questione della ripercussione del giudicato amministrativo sul processo penale può spiegarsi in rapporto all'esigenza di garantire una maggiore certezza del diritto in rapporto all'interpretazione della disciplina amministrativa, senza sacrificare il diritto di difesa del soggetto che patisca, *in malam partem*, gli effetti della sentenza già emessa nei confronti dell'amministrazione.

L'esigenza di certezza si può cogliere, a propria volta, sotto due diversi profili.

Da un lato viene tutelata, attraverso gli effetti preclusivi del giudicato, la posizione di chi abbia fatto affidamento su di esso *in bonam partem*, così da non patire l'effetto "sorpresa" derivante dalla reinterpretazione della fattispecie da parte del giudice penale. Dall'altro, in termini più generali, sono disincentivate le pluriqualizzazioni della disciplina sostanziale relative all'episodio alla base del processo amministrativo e penale, consentendo di formulare una prognosi attendibile della conclusione del processo penale già sulla base del giudicato amministrativo.

---

*sta*, 2019, 39 ss.; M. MONTEDURO, *Il funzionario persona e l'organo: nodi di un problema*, in questa *Rivista*, 2021, 49 ss. e, se, si vuole, A. CASSATELLA, *La responsabilità funzionale nell'amministrare. Termini e questioni*, in *Dir. Amm.*, 2018, 677 ss.

<sup>33</sup> Le uniche ipotesi in cui si può ravvisare un giudizio avente ad oggetto un rapporto fra ricorrente (o, meglio: attore) ed amministratori o funzionari sono quelle in cui si contesti innanzi al g.o. la responsabilità civile dei secondi, dovuta ad un'attività svolta al di fuori del nesso di imputazione organica con l'amministrazione. Cfr. sempre C. DE NICOLA, *op. cit.*, 925 ss.

Non si tratta di un'esigenza avulsa dal nostro ordinamento.

E' noto, a questo riguardo, come Corte Costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo abbiano chiarito come le fattispecie incriminatrici e le prassi interpretative legate alla loro applicazione debbano essere formulate e seguite in maniera rigorosa, al fine di consentire alle persone di comprendere in anticipo le possibili conseguenze delle proprie condotte e di evitare l'arbitrio giudiziale<sup>34</sup>.

Ragionando nei termini anzidetti, pertanto, una rinnovata concezione dei rapporti fra giurisdizione amministrativa ed ordinaria – ossia, fra giudice specializzato nella cognizione della legittimità degli atti e giudice specializzato nella ulteriore cognizione della loro liceità – potrebbe garantire una più razionale gestione del contenzioso, se non l'inattingibile certezza del diritto.

---

34 Su questi profili cfr. G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1406 ss.; M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1599 ss.; E. LUPO, *Sistema delle fonti, diritto giurisprudenziale e legalità penale*, in *Cass. Pen.*, 2022, 404 ss.; M. PICCARDI, *L'art. 7 Cedu quale possibile limite garantistico alla giurisprudenza creativa*, in *Dir. Difi.*, 2021, 835 ss.