

CAPITOLO I

APPROCCIO AL PROBLEMA

SOMMARIO: 1. Alle origini del problema della responsabilità penale per lo svolgimento di attività autorizzata: l'abolizione del contenzioso amministrativo ed i limiti alla giurisdizione del giudice ordinario ... – 2. (Segue) ... la disapplicazione: l'art. 5 l.a.c., ed i principi costituzionali e codicistici di riferimento. – 3. I limiti al potere di disapplicazione in materia penale. È ammissibile la c.d. disapplicazione *in malam partem*? – 3.1. Argomenti a favore della disapplicazione *in malam partem*, in particolare degli atti amministrativi che costituiscono elemento tipico "interno" alla norma penale. La disapplicazione nell'ambito dei reati che prevedono espressamente l'elemento-"legittimità" dell'atto amministrativo. – 3.3. La disapplicazione *in malam partem* degli atti "esterni" alla fattispecie di reato. Gli atti che intervengono come causa estintiva del reato. – 3.4. La problematica della disapplicazione dell'atto amministrativo in funzione scriminante: dal problema della tassatività a quello della colpevolezza.

Due occasioni hanno dato il via al presente lavoro.

La prima è l'aver assistito, in sede convegnistica, ad uno stimolante dibattito segnato da una netta contrapposizione tra autorevoli rappresentanti della magistratura, della dottrina (italiana e di altri Paesi), e dell'avvocatura¹, sul tema delle possibili responsabilità penali, in campo ambientale, per lo svolgimento di attività pur rispettose di un precedente atto amministrativo autorizzativo: responsabilità in linea di massima ammessa dagli esponenti della magistratura, nonché da alcuni studiosi, e tendenzialmente avversata da parte consistente della dottrina, nonché dall'avvocatura.

In una seconda occasione è capitato di confrontarsi di nuovo a li-

¹ Ci si riferisce al convegno internazionale *La tutela dell'ambiente tra diritto e procedura penale: equilibri di sistema e spinte riformatrici*, Milano, 21-22 novembre 2014, promosso ed organizzato dalla Fondazione Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, e dall'Università di Milano; ed in particolare agli interventi di MAIWALD, GIUDICELLI-DELAGE, VIGANÒ, POMODORO L.

vello “embrionale” col tema, questa volta dietro *input* provenienti da categorie in prima persona coinvolte nelle dinamiche processuali sopra accennate, i c.d. *stakeholders* (volendo mutuare la densa terminologia anglosassone, *lett.* portatori di interessi), quali imprenditori ed associazioni di protezione ambientale. Nel corso di colloqui preparatori all’avvio di un progetto collettivo di ricerca a livello universitario, i primi in particolare ponevano in modo pressante le seguenti domande: il giudice penale, di fronte alla presenza di atti abilitativi della pubblica amministrazione (d’ora in seguito P.A.), può valutarne eventuali profili di legittimità? ovvero, una condotta previamente autorizzata dalla P.A. può, ciononostante, costituire un reato?

Avuta contezza del fatto che la giurisprudenza penale maggioritaria, in simili ipotesi, sembra ritagliarsi un margine di valutazione autonoma e diretta circa la sussistenza dell’offesa, i rappresentanti (anche sotto il profilo legale) dell’imprenditoria lamentavano la singolarità dell’esperienza giuridica italiana, al confronto con quella di altri Paesi, ed i problemi, anche economici, connessi a tale approccio giurisprudenziale. Mentre dal lato opposto, come “contro-interessati” (per così dire), le associazioni ambientaliste difendevano la tesi secondo cui l’atto amministrativo non può costituire uno “scudo” in sede giudiziaria; contestando che ciò avvenisse in altri Paesi.

Un dibattito da un lato “classico”, se vogliamo, ma che appare dall’altro lato bisognoso di rinnovata attenzione, anche comparatistica, non sembrando giunto ad una sintesi condivisa, neppure nella stessa giurisprudenza italiana: i frequenti arresti, anche delle Sezioni Unite, che si registrano sul punto paiono più il portato di una logica del “caso per caso”, che non di chiare e definite coordinate sistematiche; sicché dopo un dibattito ultraventennale, il tema appare tuttora *in progress*, alla ricerca di un approdo sicuro.

Per altro verso, il sempre più accentuato processo di integrazione europea, specie nel campo del diritto, anche penale, dell’ambiente (l’ambiente può essere ritenuto una “materia-simbolo”, per così dire, del diritto penale europeo), sembra richiedere un’analisi la quale travalichi i confini del nostro Paese, ed aiuti a comprendere pregi e difetti del sistema italiano di tutela, adottando una prospettiva non solo interna, ma anche *esterna* ad esso².

²Nel senso che «una scienza giuridica solo nazionale è una contraddizione in termini», poiché non rappresenterebbe altro che «l’ideologia pubblica o la tecnica applicativa di un sistema di potere e di governo», e sul “valore democratico” di una dogmatica comparata, v. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 189.

Tra gli istituti ed i modelli giuridici utili ad affrontare, sia *de iure condito*, sia *de iure condendo*, la problematica in oggetto, verranno presi in considerazione, in particolare, strumenti e forme di tutela presenti nel Regno Unito (con riferimento in realtà, più precisamente, all'esperienza giuridica di Inghilterra e Galles, non sempre accmunabile a quella scozzese); con qualche rapido *excursus* nella normativa di altri Paesi europei, nonché degli USA.

Quanto ai settori attraversati dalla nostra analisi, avendo quest'ultima ad oggetto specifico la responsabilità per l'attività autorizzata, essa si svolgerà trasversalmente, con riferimento non solo al diritto penale dell'ambiente *stricto sensu* inteso, cioè alle fattispecie previste nel TUA (Testo Unico Ambientale, d.lgs. n. 152/2006) e nel codice penale (artt. 452-*bis* e ss., recentemente introdotti con l. n. 68/2015), ma anche al settore dell'edilizia/urbanistica, senza escludere gli ambiti del paesaggio e delle c.d. bellezze naturali.

Un concetto di ambiente in senso lato sembra quello fatto proprio anche dal legislatore europeo (v. il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, artt. 191-192; nonché la Direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, art. 3), laddove, al concetto di ambiente in senso stretto, si affiancano l'«assetto territoriale» e la «destinazione dei suoli»; e nel quadro della c.d. criminalità ambientale sono ricompresi, oltre ai reati di inquinamento, il deterioramento di *habitat* all'interno di siti protetti, il traffico illecito di specie animali e vegetali protette, nonché di beni culturali.

Dal canto suo, il legislatore italiano pone tra le norme d'apertura del TUA una *definizione* ampia di impatto ambientale e di «ambiente, inteso come sistema di relazioni fra i fattori antropici, naturalistici, chimico-fisici, climatici, paesaggistici, architettonici, culturali, agricoli ed economici» (art. 5, lett. c); e schematicamente individua, quali fattori da tenere in considerazione nella valutazione ambientale dei progetti *ex art. 4, co. IV, TUA*: «1) l'uomo, la fauna e la flora; 2) il suolo, l'acqua, l'aria e il clima; 3) i beni materiali ed il patrimonio culturale; 4) l'interazione tra i fattori di cui sopra»³.

³ In dottrina, per una «visione unitaria» ed una trattazione della materia *ambiente* in senso ampio, v. RUGA RIVA, *Tutela penale dell'ambiente*, in PELISSERO (a cura di), *Reati contro l'ambiente e il territorio. Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo-Paliero, Torino, 2013, 5 ss.: «l'ambiente considerato dal legislatore è un luogo antropizzato e funzionale (anche) alla vita dell'uomo, ove le risorse naturali debbono convivere con il patrimonio culturale e con un determinato assetto del territorio e del paesaggio plasmato dall'uomo». Sull'ambiente

Pur alla luce di tale nozione comprensiva di ambiente, e senza rinunciare al tentativo di individuare, nel sistema penale, linee comuni per la disciplina dei fenomeni e degli istituti in considerazione, potrà rivelarsi opportuna in alcuni casi un'analisi differenziata in relazione ai diversi sotto-insiemi di reati *lato sensu* ambientali (tre, secondo le più diffuse classificazioni: inquinamento, attività edilizia abusiva e depauperamento del patrimonio culturale e paesaggistico) ⁴.

Ferma tale distinzione di massima, si proverà ad individuare, in funzione del particolare *focus* della ricerca, alcuni punti comuni alle principali fattispecie penali presenti nei settori dell'ambiente e del territorio, in ragione dell'affine struttura tecnico-giuridica delle fattispecie stesse, e della sostanziale uniformità dei problemi sollevati.

1. Alle origini del problema della responsabilità penale per lo svolgimento di attività autorizzata: l'abolizione del contenzioso amministrativo ed i limiti alla giurisdizione del giudice ordinario ...

Cominciamo coll'esaminare l'approccio del diritto penale *italiano* al tema delle possibili responsabilità per lo svolgimento di un'attività pur fondata su di un precedente atto amministrativo. Il tema viene per lo più affrontato nell'ottica del possibile *sindacato* del provvedimento amministrativo da parte del giudice penale; ovvero della *dissapplicazione* (categoria la cui ammissibilità nel sistema penale appare più controversa, pur riferendosi essa sostanzialmente allo stesso

come «bene immateriale e unitario sebbene a varie componenti ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente o separatamente, oggetto di cura e di tutela; ma tutte, nell'insieme [...] riconducibili ad unità», v. Corte cost., 30/12/1987, n. 641, in *Giur. cost.*, 1987, 3788. Sulla distinzione tra tutela dell'ambiente (degli ecosistemi naturali) e tutela dei beni ambientali (territorio, paesaggio, patrimonio culturale), v. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme a struttura "sanzionatoria"*, Padova, 1996, in particolare 4 ss. e 31; sugli aspetti classificatori, cfr. GIUNTA, voce *Tutela dell'ambiente (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento II, Milano, 2008, 1150 ss.

⁴ È, peraltro, la Costituzione stessa a distinguere, anche se ai fini specifici dell'attribuzione della competenza normativa: da un lato, la materia «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema» (art. 117, co. II, lett. s, Cost.), comprendente anche il «paesaggio» secondo la più recente giurisprudenza costituzionale (Corte cost., 23/2/2012, n. 66, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 743), e riservata alla competenza esclusiva statale (così come la materia «beni culturali»); dall'altro lato, la materia «governo del territorio» (art. 117, co. III), ricondotta invece alla competenza concorrente Stato-Regioni.

fenomeno giuridico del sindacato di legittimità) degli atti amministrativi.

Il problema, che tormenta da tempo dottrina e giurisprudenza⁵, e

⁵ Senza pretese di completezza, ma limitandosi alla dottrina recente, sui «*ri-flessi dell'illegittimità del provvedimento amministrativo elemento di fattispecie sulla sussistenza del reato*», tra i penalisti v. PALAZZO, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in *Cass. pen.*, 2012, 1610, ed in particolare 1619 s.; BERNASCONI, *Il reato ambientale. Tipicità, antigiusdizionalità, offensività, colpevolezza*, Pisa, 2008, 182 ss.; MANTOVANI M., *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, 2003, in particolare 35 ss. e 165 ss.; GAMBARELLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 742; e amplius Id., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002; DE SANTIS, *Diritto penale dell'ambiente. Un'ipotesi sistematica*, Milano, 2012, 94 ss.; GABRIELE, *La disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo da parte del giudice penale*, in CATENACCI-MARCONI (a cura di), *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Torino, 2009, 337; PONTIS, *I limiti del sindacato del giudice penale sulla autorizzazione amministrativa*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 378; CELLETTI, *La vexata quaestio dei rapporti tra giudizio penale e atto amministrativo illegittimo*, in *Giurisd. amm.*, 2007, 79; da ultimo, REYNAUD, *Questioni in tema di accertamento e riparto delle responsabilità nei reati urbanistico-edilizi. Il titolo illegittimo. Legislazione regionale e responsabilità penale*, relazione tenuta alla Scuola Superiore della Magistratura nell'incontro di studio sul tema *L'accertamento della responsabilità penale nei reati ambientali ed urbanistici*, Scandicci, 10-12/4/2017, in www.lexambiente.it, 2017; nella dottrina meno recente, *ex multis*, CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979; COCCO, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari, 1996. Nella dottrina pubblicistica, CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il confine tra illegittimità amministrativa ed illecito penale nell'esercizio delle attività discrezionali della P.A.*, in *GiustAmm.it*, 2013; TRIPODI, *La disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice penale. Profili costituzionali (a proposito di Cass. pen., I Sez., n. 10407, 24 febbraio 2010)*, in *Foro amm.: CdS*, 2010, 2017. In ambito edilizio, sull'*attività edificatoria realizzata con permesso di costruire illegittimo*, ampiamente, TANDA, *I reati urbanistico-edilizi*, Padova, 2013, 865 ss.; TUMBILOLO, *Il sindacato del Giudice penale sul titolo edilizio e paesaggistico: dal profilo formale a quello di legittimità*, in *Riv. giur. amb.*, 2013, 705; MORONE A.F., *Lottizzazione abusiva e disapplicazione dell'atto autorizzatorio illegittimo*, nota a *Cass. pen.*, Sez. III, 3/2/2011 (ud. 22/10/2010), n. 382, Legambiente Regione Sicilia, ric., in *Giur. it.*, 2011, 1616; DURANTE, *Il titolo edilizio al cospetto del giudice penale*, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, 119; FERRARO, *È preclusa al giudice penale la disapplicazione delle concessioni illegittime*, Osservazioni a *Cass. pen.*, Sez. III, 21/6/2006 (ud. 21/3/2006), n. 21487, Tantillo, in *Cass. pen.*, 2007, 2982; DE PAULI, *Lottizzazione abusiva in presenza di atti autorizzatori formalmente rilasciati*, nota a *Cass. pen.*, Sez. III, 18/5/2005 (ud. 6/4/2005), M.L. e G.e M.L., in *Riv. giur. amb.*, 2007, 315; PIGHI, "Permesso" e "norme" nella disciplina penale dell'abuso edilizio. *Il permesso di costruire tra governo del territorio ed interpretazione sostanzialistica*, Milano, 2003; FIORE E., *Lottizzazione abusiva in ipotesi di autorizzazione illegittima*, Commento a *Cass. pen.*, Sez. Un., 8/2/2002, Salvini, in *Urbanistica e appalti*, 2002, 735. In ambito paesaggistico, PINNA, *La tutela del pa-*

trova oggi nuovo alimento nel dibattito apertosi sui c.d. eco-delitti (alfine introdotti nel cod. pen.⁶), pur richiedendo di essere declinato diversamente a seconda del diverso ruolo svolto dall'atto amministrativo nell'ambito della fattispecie penale, in prima approssimazione, può essere posto nei seguenti termini: la formale esistenza dell'atto autorizzativo può rendere non punibile un'attività dannosa o pericolosa per l'ambiente; oppure il giudice penale ha il potere-dovere (la c.d. potestà) di valutare la legittimità dell'atto stesso?

Assai risalenti, e dall'incerta applicabilità al settore penale appaiono le poche norme esistenti in argomento, nel diritto italiano. Il tema dei rapporti tra giudice ordinario e pubblica amministrazione trova ancor oggi le sue coordinate fondamentali nell'Allegato E della legge abolitiva del contenzioso amministrativo del 1865 (l.a.c., ovvero l. 20/3/1865, n. 2248).

Nel quadro dell'unificazione amministrativa del Regno d'Italia, tale normativa, ispirata al modello francese e belga, pone come noto alla giurisdizione del giudice ordinario dei limiti, *esterni* da un lato, ripartendo le competenze tra quest'ultimo e il giudice amministrativo in base al criterio della *situazione giuridica lesa* (rispettivamente, di-

trimonio paesistico e ambientale ed il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice penale, nota a Cass. pen., Sez. III, 30/3/2004, n. 15299, Dalla Fior, ric., in *Dir. e giur. agr. alim. e dell'amb.*, 2006, 331.

⁶V. AMENDOLA, *Il disastro ambientale abusivo non è stato imposto dall'UE ma per introdurre nella nostra legislazione ambientale una restrizione della normale responsabilità penale delle industrie*, in www.lexambiente.it, 26/6/2015; ID., *Reati contro l'ambiente: le novità in atto ed eventuali: chi inquina non paga?*, *ivi*, 8/5/2015; ID., *La Confindustria e il disastro ambientale abusivo*, in *Quest. giust.*, 15/4/2015; ID., *Ma che significa veramente disastro ambientale abusivo?*, in www.lexambiente.it, 27/3/2015; ID., *Viva Viva il disastro ambientale abusivo*, *ivi*, 24/3/2015; ID., *Delitti contro l'ambiente: arriva il disastro ambientale "abusivo"*, *ivi*, 17/3/2015; RUGA RIVA, *Il nuovo delitto di inquinamento ambientale*, *ivi*, 23/6/2015 (ed in *I nuovi eco-reati. Commento alla legge 22 maggio 2015*, n. 68, Torino, 2015); RAMACCI L., *Prime osservazioni sull'introduzione dei delitti contro l'ambiente nel codice penale e le altre disposizioni della legge 22 maggio 2015*, n. 68, *ivi*, 8/6/2015; SANTOLOCI-VATTANI, *Il termine "abusivamente" nel nuovo delitto di "disastro ambientale": violazione di un principio generale o di una autorizzazione amministrativa specifica?*, in www.dirittoambiente.net, 1/6/2015; MOLINO, *Relazione n. III/04/2015 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, Novità legislative: Legge n. 68 del 22 maggio 2015, recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente"*, in www.penalecontemporaneo.it, 29/5/2015, 7 ss.; PLANTAMURA, *Il difficile equilibrio tra ambiente e produzione*, in *La Gazzetta del Mezzogiorno*, 28/5/2015; CIAFANI-FONTANA, *La replica di Legambiente e Libera alle critiche riguardanti l'inserimento dei reati ambientali nel codice penale*, in www.lexambiente.it, 23/3/2015; PALMISANO, *Delitti contro l'ambiente, quand'è che un disastro si può dire abusivo?*, in *IlFattoQuotidiano.it*, 23/3/2015.

ritti soggettivi e interessi legittimi⁷), salvo i casi di giurisdizione esclusiva; dall'altro lato, tale disciplina pone dei limiti *interni*, nei casi in cui il riparto di giurisdizione sia già risolto a favore del giudice ordinario, indicando di quali poteri quest'ultimo dispone con riferimento agli atti amministrativi⁸.

Aboliti i «tribunali speciali attualmente investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo, tanto in materia civile, quanto in materia penale» (art. 1), con la disposizione successiva «sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa» (art. 2).

Viene così fissata la competenza del giudice ordinario, penale e civile, anche nei procedimenti in cui sia coinvolta la pubblica amministrazione, ed in particolare nelle cause per contravvenzioni, che prima venivano giudicate dai tribunali speciali del contenzioso, ed in tutte le materie in cui vengano in questione diritti civili e politici.

A fini di garanzia dei diritti dei consociati, dal *principio della non ingerenza dell'autorità giudiziaria nell'attività amministrativa*, proprio dell'assolutismo monarchico dell'*Ancien Règime*⁹, ovvero dal divieto per l'autorità giudiziaria di conoscere degli affari amministrativi, il cui contenzioso era affidato all'autorità amministrativa stessa, si passa al nuovo principio per cui la pubblica amministrazione è sottoposta al controllo giurisdizionale di legalità.

Il limite c.d. interno ai poteri del giudice ordinario, quando la controversia verta su di un atto amministrativo lesivo di un diritto soggettivo, e ritenuto quindi illegittimo, è fissato dall'art. 4 della stessa

⁷ La giurisdizione del Giudice amministrativo nelle ipotesi di *lesione di interessi legittimi* viene in realtà introdotta con un atto normativo successivo, la l. n. 5992/1889, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato. Impostazione che verrà poi confermata nell'art. 103, co. I, Cost.: «Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi».

⁸ Sulla *tutela dei diritti soggettivi innanzi al giudice ordinario*, nella dottrina amministrativistica, v. per tutti CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, Sez. IV; tra i penalisti, per una ricostruzione dell'*origine ed evoluzione del controllo di legalità del giudice penale sull'atto amministrativo*, dal *modello francese* a quello *italiano*, GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., capp. I-V.

⁹ Per un'analisi storica, v. GAMBARDELLA, *loc. ult. cit.*; ID., *La disapplicazione degli atti*, cit., 742 ss.

legge, disposizione che più direttamente rileva ai fini del nostro studio: «1. 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.

2. L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso».

Il principio di separazione dei poteri trova così la seguente sintesi: da un lato è assicurata tutela adeguata al diritto soggettivo direttamente inciso da un atto amministrativo, dall'altro lato si evitano ingerenze eccessive del potere giudiziario nella sfera dell'esecutivo¹⁰.

La pronuncia del giudice ordinario con riferimento all'atto amministrativo non ha efficacia *erga omnes*, ma soltanto *inter partes*, per il caso specifico da decidere.

Non spetta al giudice ordinario il potere di eliminare o modificare l'atto in questione, potere devoluto dalla l. n. 2248/1865 esclusivamente all'autorità amministrativa, e successivamente al giudice amministrativo con l. n. 5992/1889.

Il giudice ordinario può conoscere degli effetti dell'atto soltanto in funzione della pronuncia che è tenuto ad emettere (c.d. *cognitio incidenter tantum*): il suo giudizio ha come oggetto non tanto la legittimità dell'atto amministrativo, quanto la lesione del diritto.

Superate le resistenze del passato, alla luce di una più comprensiva lettura del principio della tutela giurisdizionale "piena" del privato contro gli atti della pubblica amministrazione (art. 113, co. I-II, Cost.¹¹), la dottrina e la giurisprudenza amministrativa sembrano oggi ammettere il sindacato del giudice ordinario su tutti e tre i vizi di legittimità dell'atto amministrativo: non solo l'incompetenza e la violazione di legge, ma anche l'eccesso di potere¹² (per lungo tempo ritenuto insindacabile, dalla dottrina tradizionale, in quanto attinente

¹⁰ Sui poteri di cognizione e di decisione fissati per il giudice ordinario dall'art. 4 l.a.c., v. CARINGELLA, *op. cit.*, 404 ss.

¹¹ «Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.

Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti».

¹² V. Cass. civ., Sez. I, 28/7/2010, n. 17679; Cass., sez. lav., 11/11/2011, n. 23671, in *Red. giust. civ. mass.*, 2011, 11, e in CARINGELLA, *op. cit.*, 410, nota 2.

a valutazioni discrezionali della P.A.); con l'esclusione solo del merito, ovvero dei criteri di opportunità pratica e convenienza, riservati in via esclusiva alla P.A.¹³. Il punto sarà ripreso nel prosieguo del presente lavoro, in quanto fonte di annose controversie, per altre vie, in seno alla dottrina ed alla giurisprudenza penali in materia di abuso d'ufficio (v. *infra*, cap. III, parr. 3-4).

2. (Segue) ... la disapplicazione: l'art. 5 l.a.c., ed i principi costituzionali e codicistici di riferimento

Non potendo il giudice ordinario eliminare o modificare l'atto amministrativo, qual è il potere che a questi residua, di fronte ad un provvedimento ritenuto illegittimo?

Decidere la controversia sottopostagli come se il provvedimento in questione non esistesse, ricostruendo il rapporto giuridico a prescindere dagli effetti prodotti dal provvedimento stesso (*tamquam non esset*). Secondo l'art. 5 l.a.c., «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».

Si evince, *a contrario*, che il giudice ordinario può *disapplicare* atti e regolamenti non conformi alla legge, o non fondati sulla legge, operando, ai soli fini del *decisum*, una cognizione incidentale di un atto che rappresenta l'antecedente logico della decisione¹⁴.

Chi in dottrina valorizza l'inciso normativo «in questo, come in ogni altro caso» (probabilmente non dei più felici in termini di chiarezza) ritiene la disapplicazione strumento di portata generale, applli-

¹³V. Cass. pen., Sez. III, 8/3/2006 (ud. 15/2/2006), T. e F., in *Riv. giur. amb.*, 2007, 318 (con nota di DE PAULI, *Autorizzazione paesaggistica e disapplicazione da parte dell'A.G.O.*): «Non rientra nei poteri dell'autorità giudiziaria ordinaria sindacare nel merito le valutazioni della Pubblica Amministrazione, competente per la individuazione delle zone soggette a vincolo paesaggistico, al di fuori delle ipotesi normativamente stabilite; conseguentemente, deve essere annullata l'ordinanza che ha disposto la misura del sequestro preventivo di una pista da sci nel corso della cui realizzazione sia stata distrutta una cavità naturale, laddove risulti che quest'ultima non sia stata ritenuta meritevole di tutela nei provvedimenti di pianificazione ambientale e territoriale in cui avrebbe potuto essere inserita»; sulla stessa linea, cfr. Cass., sez. lav., 14/1/2002, n. 332, *C.E.D. Rv.* 551522; nella dottrina amministrativistica, CARINGELLA, *op. cit.*, 405; e in quella penalistica, GAMBARDILLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., 105.

¹⁴Nella dottrina pubblicistica, v. TULUMELLO, voce *Disapplicazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, Milano, 2006, 1980.

cabile non solo agli atti direttamente lesivi di un diritto soggettivo (di cui alla formula «in questo [caso]», riferita all'art. precedente), ma anche a procedimenti penali e civili che coinvolgono la P.A. relativamente ad atti che *non* sono fonte di lesioni a diritti soggettivi, ma sono *favorevoli* al destinatario («in ogni altro caso») ¹⁵.

Il potere di disapplicazione incidentale, secondo la giurisprudenza, può essere esercitato d'ufficio dal giudice, anche in mancanza di apposita istanza di parte, ed al di fuori dei termini decadenziali previsti dalla legge per l'impugnazione degli atti illegittimi dinanzi al giudice amministrativo: ciò motivato sulla base del fatto che la disapplicazione incidentale non conduce ad un giudicato esterno suscettibile di ottemperanza ¹⁶.

La disapplicazione è ritenuta un *criterio di risoluzione di conflitti tra norme*, in conformità al *principio di gerarchia delle fonti*, per cui «i regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni delle leggi» (art. 4, co. I, disp. prel. c.c. ¹⁷). Ed *a fortiori* non possono essere difformi dalla legge i provvedimenti amministrativi, a prescindere dal ritenerli o meno, in punto di teoria generale del diritto, fonti di norme individuali ¹⁸.

La copertura costituzionale del potere di disapplicazione del giudice ordinario pare garantita dall'art. 101, co. II, Cost., «I giudici sono soggetti soltanto alla legge»: *principio di c.d. legalità "stretta" nella giurisdizione* ¹⁹. E secondo alcuni, anche dall'art. 24, co. I, Cost. ²⁰, laddove si garantisce la tutela, e dunque il sindacato giurisdizionale, di ogni situazione giuridica soggettiva.

A livello di fonte ordinaria, sul piano processuale, si può richiamare l'art. 2 c.p.p., in tema di *cognizione del giudice*: «1. Il giudice pe-

¹⁵ V. GAMBARDELLA, *op. ult. cit.*, 75 ss. *Contra*, nel senso che la legge abolitiva del contenzioso amministrativo ha valenza limitata al giudizio civile, e non penale, COCCO, *op. cit.*, 6 ss., 28 ss. e *passim*.

¹⁶ Sui *profili processuali* della disapplicazione *ex art. 5 l.a.c.*, v. CARINGELLA, *op. cit.*, 411.

¹⁷ Ritiene tale disposizione una delle *fonti normative del potere-dovere di disapplicazione*, GAMBARDELLA, *La disapplicazione*, cit., 747 ss.

¹⁸ Sulla «*nomodinamica kelseniana*», e sulle tesi orientate in questo senso del noto gius-filosofo Guastini, v. GAMBARDELLA, *op. ult. cit.*, 90 ss.; in senso contrario, TRIPODI, *La disapplicazione*, cit., 2021 ss., nonché la dottrina e la giurisprudenza amministrativistica ivi citate.

¹⁹ V. TULUMELLO, voce *Disapplicazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, Milano, 2006; GAMBARDELLA, *op. ult. cit.*, 96.

²⁰ «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi».

nale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito.

2. La decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione civile, amministrativa o penale non ha efficacia vincolante in nessun altro processo».

Anche in tale sede pare prevista un'autonoma *cognitio incidenter tantum* del giudice penale sulle questioni amministrative pregiudiziali, senza sospensione del processo.

Il potere di sospendere il dibattimento è previsto invece dall'art. 479, co. I, c.p.p., «qualora la decisione sull'esistenza del reato dipenda dalla risoluzione di una controversia civile o amministrativa di particolare complessità, per la quale sia già in corso un procedimento presso il giudice competente [...] se la legge non pone limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa». Il procedimento rimane in questo caso sospeso «fino a che la questione non sia stata decisa con sentenza passata in giudicato».

Sembra opportuno, peraltro, precisare che tale pronuncia del giudice amministrativo, diversamente da quanto avveniva nel previgente cod. proc. pen. del 1930, non vincola in linea di massima il giudice penale, che è libero di apprezzarla e di tenerla in considerazione, alla stregua di un precedente: il giudice penale può disapplicare un atto amministrativo ritenuto illegittimo anche a fronte di un giudicato amministrativo che ne affermi, al contrario, la legittimità; il solo vincolo per il giudice penale è quello di fornire un'adeguata motivazione. Le uniche *questioni pregiudiziali* che, risolte con sentenza extrapenale irrevocabile, pongono un vincolo di giudicato per il giudice penale che ha sospeso il relativo procedimento, sono quelle sullo stato di famiglia o di cittadinanza (art. 3, co. I e IV, c.p.p.).

Secondo la Cassazione penale²¹, un limitato *effetto preclusivo* del sindacato del giudice penale, ad opera del *giudicato amministrativo* che affermi la legittimità di un provvedimento, può prodursi solo con riferimento alle questioni *dedotte* nel giudizio amministrativo stesso, non anche a tutte le altre questioni deducibili (v. *infra*, cap. III, par. 6).

In via generale, resta fermo infatti l'assunto secondo cui «le pronunce del giudice amministrativo, pur definitive, non vincolano il giudice penale ma possono soltanto essere acquisite agli atti del di-

²¹V. Cass. pen., Sez. I, 11/1/2011, n. 11596, Keller, in *C.E.D.*, Rv. n. 249871; nella dottrina recente, sui *limiti al sindacato sui titoli edilizi*, ed in particolare sull'*effetto preclusivo del giudicato amministrativo*, cfr. PRETE, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013, 15 ss.

battimento per essere liberamente considerate ai fini della decisione e tale libera autonoma valutazione ben può concludersi, se ragionevolmente argomentata [...] in modo difforme dall'assunto dei giudici amministrativi²²».

In conclusione, secondo i principi del nostro sistema penale, come recepiti dalla giurisprudenza di legittimità²³, in sede di cognizione incidentale il giudice penale può discostarsi sia dal giudicato amministrativo, relativamente ad un punto non dedotto in tale giudizio, sia da un eventuale altro giudicato riferito allo stesso atto.

Il che, evidentemente, rischia di incrinare il dogma dell'unità della funzione giurisdizionale, e dell'uniformità degli atti dei suoi organi: ma su questi principi si ritiene prevalente quello della soggezione del giudice soltanto alla legge, di cui all'art. 101, co. II, Cost.

3. I limiti al potere di disapplicazione in materia penale. È ammissibile la c.d. disapplicazione in *malam partem*?

L'originaria *ratio* di tutela dei cittadini²⁴, ed in particolare dei loro diritti soggettivi, nei confronti della pubblica amministrazione, che sembra complessivamente ispirare la legge abolitiva del contenzioso amministrativo, rende problematica l'operatività dell'istituto della disapplicazione, in sede penale, laddove possano derivarne conseguenze sfavorevoli al reo (disapplicazione c.d. *in malam partem*, o *in peius*).

Nell'ottica penalistica, una prima, essenziale distinzione da istituire è infatti quella tra: disapplicazione di atti *restrittivi* della sfera giuridica del destinatario (si pensi al classico caso del «provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene», la cui inosservanza integra la contravvenzione di cui all'art. 650 c.p.), operazione dalla quale discendono effetti *favorevoli* per l'agente (c.d. disapplicazione *in bonam partem*), e dunque compatibili col principio penalistico del *favor rei*; e disapplicazione concernente, invece, atti *ampliativi* della sfera giuridica del destinatario (come ad es. autorizzazioni, o concessioni): ritenuti illegittimi questi ultimi, le conseguenze per l'agente sono *sfavorevoli*.

²² Cass. pen., Sez. VI, 24/2/2011, Musumeci, in *C.E.D.*, Rv. n. 249592.

²³ V. Cass. pen., Sez. I, 3/7/2001, n. 29453, Bosco, in *Cass. pen.*, 2002, 3496 con nota di GAMBARDELLA.

²⁴ In questi termini, CONTENUTO, *op. cit.*, 4.

3.1. Argomenti a favore alla disapplicazione in *malam partem*

Chi ammette la disapplicazione *in malam partem* fa leva soprattutto su due argomenti:

a) un primo rilievo ermeneutico, di matrice “storico-teleologica”: la *ratio* della legge abolitiva del contenzioso amministrativo non è solo di garanzia delle posizioni giuridiche soggettive, ma anche (principalmente) quella di salvaguardare, in sede sia civile sia penale, il controllo giudiziale di legalità sugli atti amministrativi, alla luce del superiore principio di separazione dei poteri dello Stato²⁵;

b) un secondo indice, di carattere “letterale”: l’ampia formula dell’art. 5 l.a.c. («in questo, come in ogni altro caso») sembra estendere il potere di disapplicazione al di là delle ipotesi di lesione di specifiche posizioni soggettive (di cui si occupa il precedente art. 4), attribuendo alla disapplicazione un ruolo di strumento generale di tutela del diritto oggettivo, ossia della legge, quando questa sia vulnerata da un qualsiasi provvedimento, sia esso restrittivo o ampliativo.

3.2. Argomenti contro la disapplicazione in *malam partem*, in particolare degli atti amministrativi che costituiscono elemento tipico “interno” alla norma penale. La disapplicazione nell’ambito dei reati che prevedono espressamente l’elemento “legittimità” dell’atto amministrativo

Per inquadrare meglio il problema della disapplicazione *in malam partem*, nell’ottica penalistica, sembra opportuno procedere ad un’ulteriore distinzione.

a) Da un lato, gli atti amministrativi che contribuiscono a delineare il precetto della norma incriminatrice, ovvero gli atti “interni” alla norma, i quali costituiscono un elemento del fatto tipico²⁶: è il caso paradigmatico delle opere edilizie eseguite in «assenza del permesso di costruire» ex artt. 31 e 44, co. I, lett. b, d.p.r. n. 380/2001, “Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia”.

b) Dall’altro lato, gli atti amministrativi “esterni” alla norma incriminatrice, rilevanti ai fini dell’applicazione della norma stessa, ma che non costituiscono parte integrante del fatto tipico: si pensi

²⁵ Così, CARINGELLA, *op. cit.*, 413 s.

²⁶ Cfr., pur con qualche differenza tra le loro tesi, PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, Milano, 2000; GAMBARDILLA, *op. ult. cit.*, 171 ss.

all'atto che interviene come causa estintiva del reato, ad es. nel c.d. condono e nella concessione edilizia in sanatoria.

Con riferimento ai primi, il potere-dovere di disapplicazione trova, in linea di massima, ostacolo nei *principi penali costituzionali*.

Il *principio di legalità*, "consacrato" nell'art. 25, co. II, Cost., nonché nell'art. 7 CEDU e nell'art. 1 c.p., pone infatti, come presupposto indefettibile della condanna e della sanzione penale, una previa *disposizione espressa di legge*. Se la predeterminazione normativa concerne unicamente l'«assenza» dell'atto amministrativo, e non la sua illegittimità, come nel caso dell'esecuzione dei lavori in «assenza del permesso di costruire», punire un soggetto in presenza di un atto materialmente *esistente*, ancorché illegittimo, sembra una violazione del principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*: principio prevalente, nella *gerarchia assiologica* costituzionale²⁷, rispetto a quello di *legalità nella giurisdizione ex art. 101, co. II, Cost.*, fonte del potere-dovere di disapplicazione.

Si tratta, anzitutto, di una questione di *riserva di legge*; e in *secundis*, di *tassatività* e di *divieto di analogia*²⁸. Da un lato, non pare infatti ravvisabile alcuna norma che consenta di equiparare all'assenza di un atto la sua illegittimità. Né d'altro lato tale risultato sembra raggiungibile attraverso una, pur poco commendevole ma largamente accolta, interpretazione estensiva del concetto di "assenza", teleologicamente orientata al bene giuridico sostanziale (piuttosto che formale) protetto dalla norma penale (la tutela del territorio, piuttosto che la funzione di regolamentazione amministrativa): per quanto, ad un tale approccio, interpretazione estensiva ed analogia finiscano per formare un *continuum* dove può essere difficile tracciare linee di demarcazione, il concetto di "illegittimità" dell'atto sembra porsi al di fuori dell'area, per lo meno centrale, di significanza del sintagma "assenza" dell'atto, potendo rientrare, a tutto concedere, in una marginale "zona grigia", di confine (o zona di penombra, che dir si voglia), nettamente più vicina all'analogia.

²⁷ Per bibliografia costituzionalistica al riguardo, v. GAMBARDELLA, *La disapplicazione*, cit., 766 ss.

²⁸ Cfr. già FORNASARI, *Costruzione edilizia in base a concessione illegittima e ambito di rilevanza della "buona fede"*, in *Giur. merito*, 1986, 233 ss.; CASTALDO A., *Sindacato del giudice penale e sussistenza del reato di costruzione abusiva in presenza di concessione illegittima: critica*, in *Arch. pen.*, 1983, 128 ss.; ID., *Finalmente rivalutato il principio di legalità nell'ipotesi di concessione edilizia illegittima disapplicata dal giudice*, *ivi*, 1984, 210.

Vi è anche chi sostiene che, in questi casi, la disapplicazione dell'atto amministrativo ampliativo illegittimo, operata con efficacia *ex tunc*, si risolverebbe in una violazione del principio d'irretroattività in materia penale²⁹.

In termini costituzionali, nel contrasto tra principio di *legalità-tipicità* in materia penale e principio della soggezione del giudice solo alla legge, su cui si fonda la potestà di disapplicazione, la precedenza sembra dover andare al primo, in quanto saldamente connesso ai *principi fondamentali* di cui alla *prima parte* della Carta³⁰.

La disapplicazione, ovvero il potere-dovere di accertare la conformità del fatto all'ipotesi criminosa, alla luce dell'interesse sostanziale da quest'ultima protetto, potrebbe tornare ad operare nel caso in cui la fattispecie menzioni espressamente il requisito della legittimità dell'atto, tra gli elementi tipici del reato³¹.

3.3. *La disapplicazione in malam partem degli atti "esterni" alla fattispecie di reato. Gli atti che intervengono come causa estintiva del reato*

A fronte di atti amministrativi che non concorrono ad esprimere la norma, ma incidono *ab externo* sulla fattispecie incriminatrice, al giudice sembra potersi attribuire il potere-dovere di disapplicazione. È l'ipotesi degli *atti che intervengono come causa estintiva del reato*, ad es. nel c.d. "condono" e nella concessione edilizia in sanatoria, o nel provvedimento con cui si ammette il soggetto all'oblazione.

In ambito urbanistico, l'estinzione dei reati contravvenzionali viene dichiarata in presenza di entrambe le seguenti condizioni: l'opera realizzata è conforme alla normativa vigente; l'autorità competente emana il provvedimento concessorio.

Il giudice penale, cui spetta il compito di eseguire ogni accertamento rilevante per l'applicazione delle cause di estinzione, assente la prima di tali condizioni poiché l'opera appare difforme dalla norma-

²⁹ V. BERNASCONI, *op. cit.*, 189; più problematicamente, GAMBARDELLA, *op. cit.*, 157 ss.; in senso contrario, TRIPODI, *op. cit.*, 2029, nota 57.

³⁰ Nella dottrina pubblicistica, cfr. TRIPODI, *op. cit.*, 20128 ss. Di «gerarchia assiologica» parla GAMBARDELLA, *op. ult. cit.*, 162 s.; nonché ID., voce *Disapplicazione degli atti amministrativi (dir. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIII, Roma, 2005, 12.

³¹ Cfr. BERNASCONI, *op. cit.*, 188; GAMBARDELLA, *op. ult. cit.*, 213 ss.

tiva vigente, ha il potere di escludere l'imputato dal beneficio del "condono edilizio" (secondo la giurisprudenza maggioritaria³², anche costituzionale³³, nonché secondo la dottrina penalistica più recente³⁴), disattendendo il provvedimento concessorio: e ciò nel fisiologico esercizio della potestà giurisdizionale, senza indebiti sconfinamenti nelle prerogative della pubblica amministrazione.

Secondo la Corte di legittimità, «il sistema delineato dagli artt. 2 e 5 legge n. 2248/1865 assegna all'autorità giudiziaria ordinaria un generale potere di sindacato degli atti amministrativi, senza che possano validamente distinguersi quelli che modificano o estinguono diritti soggettivi in contrapposizione a quelli che invece li costituiscono od espandono, e neppure può affermarsi che detto sindacato debba limitarsi alla verifica della materiale esistenza del provvedimento e della sua provenienza dalla P.A.; ne consegue che, in materia di ordine di demolizione del manufatto abusivo impartito con sentenza penale di condanna divenuta irrevocabile, a fronte del rilascio di una concessione in sanatoria da parte della P.A., il Giudice dell'esecuzione penale ha il potere-dovere di rilevare gli eventuali vizi che inficino il provvedimento medesimo³⁵».

In un altro caso, il giudice dell'esecuzione penale, rigettando l'opposizione all'ingiunzione di rimessione in pristino conseguente alla condanna, aveva ravvisato l'insussistenza degli estremi per la sanabilità di un'opera abusiva, per cui era stata proposta istanza di sanatoria. E analogamente la Suprema Corte conclude nel senso della legittimità di tale sindacato incidentale da parte del giudice dell'esecuzione: «in tema di reati edilizi, il giudice penale, anche in sede esecu-

³² V. Cass. pen., Sez. III, 20/5/2005 (ud. 15/2/2005), n. 19236, Scollato, in *Riv. pen.*, 2006, 848; Cass. pen., Sez. III, 12/12/2003, n. 3992, Russetti, in *C.E.D.*, Rv. 227558; Cass. pen., Sez. III, 24/2/2001, Ente Autonomo Parco Nazionale dell'Abruzzo in proc. Santercole, in *Urb. e app.*, 2001, 1262 (con nota di Rossi, *Sindacato del giudice penale e concessione in sanatoria*); Cass. pen., Sez. I, 25/5/2000, Lagrande, in *Cass. pen.*, 2001, 3516; Cass. pen., Sez. III, 13/10/1997, n. 117, Daniele, in *Urb. e app.*, 1999, 261; Cass. pen., Sez. III, 15/10/1996, n. 1953, Nocera, in *Cass. pen.*, 1997, 3545; per una recente riflessione in materia, cfr. NITTI, *Illeciti in materia di gestione di rifiuti: tecniche investigative e protocolli di indagine*, relazione al corso *Il diritto penale dell'ambiente*, Scuola Superiore della Magistratura, Scandicci, 23-25/2/2015, pag. 39. In senso contrario, nella giurisprudenza meno recente, per l'estinzione della contravvenzione a prescindere dalla legittimità del provvedimento concessorio sotto il profilo del diritto amministrativo, Cass., 10/7/1990, Pugliese, in *C.E.D. Cass.*, n. 185042; e in dottrina, Cocco, *op. cit.*, 462.

³³ V. Corte cost., 22/7/1996, n. 270, in *Giur. cost.*, 1996, 2383.

³⁴ V. GAMBARDELLA, *La disapplicazione*, cit., 779 ss.

³⁵ Cass. pen., Sez. III, 24/2/2001, cit.

tiva, deve accertare la sussistenza di condizioni ostative, sospensive o estintive dell'esecuzione delle sanzioni amministrative conseguenti alla condanna e potrà non tenere conto di provvedimenti di sanatoria eventualmente emessi in situazioni di palese illegittimità³⁶».

L'orientamento che ritiene ammissibile, anzi doveroso, il sindacato del giudice penale *in malam partem* sulle cause estintive del reato, è confermato dalla Suprema Corte in tempi recenti: «Qualora un'opera venga ritenuta compatibile con l'assetto urbanistico e paesaggistico attraverso l'emanazione di atti amministrativi in sanatoria di precedenti abusi, il giudice penale ha l'obbligo di sindacare in via incidentale l'eventuale illegittimità dell'atto amministrativo, trattandosi di un provvedimento che costituisce il presupposto dell'illecito penale³⁷».

3.4. *La problematica della disapplicazione dell'atto amministrativo in funzione scriminante: dal problema della tassatività a quello della colpevolezza*

La giurisprudenza penale, anche con l'avallo della dottrina che ha affrontato il tema tramite una comparazione con l'esperienza francese, ritiene che gli atti amministrativi in funzione scriminante (*moyen de défense*, utilizzando la terminologia d'oltralpe) non concorrano ad esprimere la norma, ponendosi all'esterno di questa; con conseguente possibilità per il giudice di disapplicarli *in malam partem*³⁸.

È il caso ad es. delle *ordinanze contingibili e urgenti* in tema di gestione di rifiuti (art. 191 TUA), che consentono lo smaltimento di rifiuti o l'apertura di una discarica in deroga rispetto alle norme vigenti³⁹.

³⁶ Cass. pen., Sez. III, 25/5/2000, *cit.*

³⁷ Cass. pen., Sez. III, 9/7/2015 (ud. 18/3/2015), n. 29284, Gambrini, in *www.lexambiente.it*, 2015.

³⁸ V. Cass. pen., Sez. III, 2/12/1998 (ud. 16/10/1998), n. 12692, Schepis, in *Riv. pen.*, 1999, 181; GAMBARDELLA, *op. ult. cit.*, 187 ss.; e recentemente, NITTI, *loc. ult. cit.*

³⁹ Secondo l'art. 191, co. I, TUA: «Ferre restando le disposizioni vigenti in materia di tutela ambientale, sanitaria e di pubblica sicurezza, con particolare riferimento alle disposizioni sul potere di ordinanza di cui all'articolo 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, istitutiva del servizio nazionale della protezione civile, qualora si verificino situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente, e non si possa altrimenti provvedere, il Presidente della Giunta regionale o il Presidente della provincia ovvero il Sindaco possono emettere, nell'ambito delle rispettive competenze, ordinanze contingibili ed urgenti per consentire il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti, anche in deroga alle disposizioni vigenti, garantendo un elevato livello di tutela della salute e dell'ambiente. Dette ordinanze sono comunicate al Presidente del

Spetta al giudice verificare se tali ordinanze siano conformi alla legge, ovvero se siano adeguatamente motivate in relazione ai presupposti di necessità e temporaneità. In giurisprudenza, ad ogni modo, si precisa che il giudice non può sostituirsi al sindaco nell'esercizio del suo potere discrezionale: non può cioè effettuare egli stesso quel bilanciamento di interessi che l'ordinamento affida all'autorità amministrativa⁴⁰.

Problema analogo si è posto per la contravvenzione di *distruzione o deturpamento di bellezze naturali* (art. 734 c.p.), in ordine alla rilevanza del nulla-osta o dell'atto autorizzativo nell'ambito del procedimento penale.

Partendo dal presupposto, largamente condiviso dalla dottrina non solo italiana, che le cause di giustificazione rappresentano norme autonome appartenenti all'*intero ordinamento giuridico*⁴¹, le quali rimuovono *ab externo* l'illiceità indiziata dalla presenza del fatto tipico, se ne fa derivare la loro completa estraneità "genetica" rispetto a quest'ultimo, ed ai principi, anche costituzionali (v. *supra*, par. 3.1) che lo governano⁴². Secondo tale impostazione, di matrice tedesca, il principio di tassatività si applicherebbe solo agli elementi costitutivi del fatto, e non alle cause di giustificazione, in quanto proposizioni autorizzative *non* penali, collocate in altri rami dell'ordinamento⁴³.

Sicché sarebbe una vieta operazione analogica applicare anche ai casi di autorizzazione illegittima la norma che menziona tra i requisiti del fatto tipico unicamente l'«assenza di autorizzazione», essendo qui un chiaro «limite *esegetico*» (per utilizzare il linguaggio di Nuvolone e Bricola⁴⁴), collocato anche "topograficamente" all'interno del precetto-base; ma non si porrebbero problemi, sotto il profilo del principio di legalità-tipicità, nel caso in cui il provvedimento amministrativo intervenga nella struttura del reato in qualità di causa di giustificazione, ovvero come "limite *scriminante*", *esterno* al precetto-

Consiglio dei Ministri, al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, al Ministro della salute, al Ministro delle attività produttive, al Presidente della regione e all'ente di governo dell'ambito di cui all'articolo 201 entro tre giorni dall'emissione ed hanno efficacia per un periodo non superiore a sei mesi».

⁴⁰ V. Cass. pen., Sez. III, 2/12/1998, n. 12692, cit.

⁴¹ V. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 196 s., 267.

⁴² In questi termini, anche alla luce delle indicazioni desumibili dall'ordinamento positivo tedesco, MANTOVANI M., *op. cit.*, 37.

⁴³ Così, ID., *loc. ult. cit.*

⁴⁴ La contrapposizione tra limiti «esegetici» e limiti «scriminanti» si deve a NUVOLONE, *Il limiti taciti della norma penale*, (prima ed. Palermo, 1947) Padova, 1972, 46 s.; cfr. BRICOLA, *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 738 ss.

base. In quest'ultima ipotesi, pur constatata la formale presenza dell'autorizzazione, ben si potrebbe passare ad un secondo piano di analisi, e verificare la conformità dell'autorizzazione ai requisiti posti dal ramo ordinamentale di provenienza, *i.e.* dal diritto amministrativo, per il suo rilascio; ed accertata la sussistenza di vizi di legittimità dell'atto, ritenere inoperante la causa di giustificazione; con conseguente responsabilità del soggetto agente.

Come afferma la Cassazione in relazione al reato di distruzione o deturpamento di bellezze naturali, il giudice non deve «limitarsi a prendere atto dell'esistenza di una autorizzazione, essendo suo compito verificare, a fronte di una compromissione del paesaggio e dell'ambiente derivante da opere autorizzate dalla pubblica amministrazione, la effettiva esecuzione delle opere nei limiti in cui è stato autorizzato l'impatto territoriale nonché la liceità e legittimità (ma non l'opportunità) dei relativi atti amministrativi, in quanto l'illegittimità di tali atti potrebbe essa stessa costituire elemento essenziale della fattispecie criminosa⁴⁵».

Precisa più recentemente la Suprema Corte che «la contravvenzione di cui all'art. 734 c.p. ha natura di reato di danno, che si configura con l'effettiva distruzione o alterazione delle bellezze naturali dei luoghi protetti, evento che può essere determinato attraverso qualsiasi condotta attiva od omissiva, trattandosi di reato a forma libera. L'esistenza di una autorizzazione amministrativa all'esecuzione dell'intervento deturpante rileva relativamente, avendo il giudice penale il potere di accertamento della sussistenza dell'alterazione o distruzione dei luoghi, indipendentemente da ogni valutazione della P.A., della quale, se intervenuta, il giudice deve comunque tenere conto, ad esempio, nella valutazione dell'elemento psicologico o della gravità del reato⁴⁶».

⁴⁵ Cass. pen., Sez. III, 27/3/1996 (ud. 6/2/1996), n. 3125, Michetti, in *C.E.D.*, Rv. 205002.

⁴⁶ Cass. pen., Sez. III, 21/4/2015 (ud. 8/4/2015), n. 16625, Bonci, in *www.lexambiente.it*, 2015. Sulla stessa linea, Cass. pen., Sez. III, 30/3/2004 (ud. 3/3/2004), n. 15299, Dalla Fior, ric., in *Cass. pen.*, 2005, 34, ed in *Dir. e giur. agr. alim. e dell'amb.*, 2006, 331 (con nota di PINNA, *La tutela del patrimonio paesistico ed ambientale ed il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice penale*): «In tema di tutela del patrimonio paesistico ed ambientale, ai fini della applicabilità della ipotesi contravvenzionale di cui all'art. 734 c.p., l'accertamento della sussistenza della distruzione o alterazione delle bellezze naturali dei luoghi soggetti alla speciale protezione dell'autorità è demandata al giudice penale, atteso che trattasi di reato di danno per il quale l'accertamento dell'evento concretante la contravvenzione spetta al giudice, e ciò indipendentemente da ogni valutazione effettuata dalla pubblica amministrazione, il cui provvedimento può assumere rilevanza nella valutazione dell'elemento psicologico del reato».

Va detto che altra tesi dottrinale⁴⁷ giunge a conclusioni differenti da quelle sinora prospettate, partendo dal presupposto dogmatico dell'inquadramento delle cause di giustificazione come elementi negativi del fatto, e non dell'antigiuridicità⁴⁸; sicché, in qualità di fattori *interni* alla fattispecie penale, gli atti amministrativi in funzione scriminante non sarebbero suscettibili di disapplicazione *in malam partem*.

La soluzione di porre sullo stesso piano, in termini di responsabilità penale per l'attività autorizzata, atti amministrativi estintivi del reato ed atti amministrativi scriminanti può apparire poco convincente, tuttavia, non tanto per il diverso possibile inquadramento delle cause di giustificazione in termini di teoria generale del reato, quali elementi esterni o interni alla fattispecie (nell'ambito di una sistematica rispettivamente tripartita ovvero bipartita), quanto per il diverso momento cronologico in cui l'atto amministrativo estintivo della punibilità (da un lato) e l'atto facoltizzante (dall'altro lato) intervengono, in relazione alla condotta. La configurabilità del reato pare infatti meno problematica a fronte di un illegittimo atto amministrativo estintivo della punibilità, poiché quest'ultimo atto è *posteriore* al comportamento inosservante; mentre la responsabilità penale sembra più difficilmente ammissibile, in ordine soprattutto al principio di colpevolezza, a fronte di un illegittimo atto amministrativo scriminante, *precedente* rispetto alla condotta, e dunque tale da ingenerare l'affidamento dell'agente.

⁴⁷ V. anche per ulteriori riferimenti GAMBARELLA, *op. ult. cit.*, 197.

⁴⁸ Non è certo questa la sede per analizzare vantaggi e svantaggi della *configurazione dell'antigiuridicità come requisito autonomo del reato*, piuttosto che come *elemento negativo del fatto*, nel quadro di una teoria generale *tripartita*, piuttosto che *bipartita*, dell'illecito penale. Per la prevalente tesi secondo cui la categoria delle cause di giustificazione, in quanto ricostruita alla stregua dell'intero ordinamento giuridico, «*non* ha una funzione prettamente giuridico-penale», ma serve al contrario ad «integrare» il diritto penale nell'ordinamento giuridico generale, v. per tutti FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 199; per la minoritaria teoria bipartita, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, 103 s.

CAPITOLO II

DALLA “DISAPPLICAZIONE” AL “SINDACATO” DEL GIUDICE ORDINARIO SULL’ATTO AMMINISTRATIVO, ALLA LUCE DELL’INTERESSE SOSTANZIALE TUTELATO DALLA NORMATIVA DI SETTORE: “VINO VECCHIO IN OTRI NUOVE”?

SOMMARIO: 1. La *lett. a* dell’art. 44, T.U. n. 380/2001, ovvero il reato di inosservanza di norme e prescrizioni edilizie-urbanistiche: la valutazione della conformità della condotta (anche assentita) allo statuto di settore, e la punibilità in caso di permesso di costruire illegittimo. Il “grande assente”: il principio di colpevolezza, *sub specie* di affidamento. – 2. La *lett. b* dell’art. 44, T.U. n. 380/2001, ovvero il reato di costruzione in «assenza di permesso»; l’orientamento c.d. sostanzialistico e le tensioni col principio di legalità ... – 3. I nuovi frutti della teorica “sostanzialista”: il reato di gestione non autorizzata di rifiuti (art. 256 TUA) e la discutibile giurisprudenza sulla punibilità del titolare di autorizzazione illegittima.

1. *La lett. a dell’art. 44, T.U. n. 380/2001, ovvero il reato di inosservanza di norme e prescrizioni edilizie-urbanistiche: la valutazione della conformità della condotta (anche assentita) allo statuto di settore, e la punibilità in caso di permesso di costruire illegittimo. Il “grande assente”: il principio di colpevolezza, sub specie di affidamento*

La *lett. a* del d.p.r. n. 380/2001 sanziona, con pena esclusivamente pecuniaria (ammenda fino a E. 20.658, secondo l’incremento stabilito dalla l. n. 326/2003), «l’inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dal presente titolo [*scil.* vigilanza sull’attività urbanistico-edilizia], in quanto applicabili, nonché dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal permesso di costruire».

Focus della fattispecie è il contrasto dell’attività edilizia con le di-

sposizioni di settore, indipendentemente dalla presenza o meno di concessione edilizia/permesso di costruire.

Una tipica norma penale in bianco, dalla struttura interamente sanzionatoria, che specifica la sanzione e rinvia *aliunde* per la determinazione del precetto¹. Lettura della fattispecie fatta propria dalla Cassazione, con un consolidato orientamento: «La previsione contenuta nella norma citata configura un'ipotesi di norma penale in bianco, posto che per la determinazione del precetto viene fatto rinvio a dati prescrittivi, tecnici e provvedimenti di fonte extrapenale. Il precetto infatti comprende oltre alle parziali difformità delle opere eseguite, anche la violazione del regolamento edilizio nonché l'inosservanza delle prescrizioni della concessione edilizia e delle modalità esecutive²».

Una modalità di tipizzazione apparentemente criticabile sotto il profilo della legalità, *sub specie* di riserva di legge, per via dell'eterointegrazione della fattispecie attraverso fonti non statali; con ulteriori, possibili riserve anche sotto il profilo della determinatezza.

Si tratta di una figura incriminatrice dai contorni ampi, la quale attribuisce al giudice il compito di verificare la regolarità della condotta dell'agente alla luce non soltanto del singolo provvedimento amministrativo emanato nel caso di specie (permesso di costruire), ma anche dell'intero statuto di settore, in cui tale provvedimento si colloca; con connesso potere-dovere di accertare la legittimità del provvedimento stesso in relazione al più ampio quadro normativo e regolamentare.

Con riferimento a tale fattispecie d'inosservanza di norme e prescrizioni edilizie-urbanistiche, così come a proposito del reato di lottizzazione abusiva (v. *infra*, cap. IV, par. 1), il controllo sui profili di legittimità operato dal giudice penale, anche in presenza di un'autorizzazione formalmente rilasciata dall'autorità competente, non viene ad oggi dalla giurisprudenza più riportato nella cornice dogmatica della disapplicazione, ma giustificato nel quadro di una lettura evolutiva

¹ V. TANDA, *I reati urbanistico-edilizi*, Milano, 2013, 144 s.

² Cass. pen., Sez. III, 11/5/2006 (ud. 7/4/2006), n. 16037, Bianco, in *www.lexambiente.it*, 2006. Sulla stessa linea la celebre pronuncia della Cass. pen., Sez. Un., 21/12/1993 (ud. 12/11/1993), n. 11635, Borgia, in *Cass. pen.*, 1994, 901, con nota di MENDOZA, *Le Sezioni unite affermano la rilevanza penale della concessione edilizia emessa in difformità della normativa urbanistica e delle previsioni di piano*, ed in *Riv. giur. edilizia*, 1994, 405, con nota di MILONE; nonché Cass. pen., Sez. III, 21/5/1993, P.M. in proc. Tassarolo, in *C.E.D. Cass.*

del bene giuridico protetto, volta a valorizzarne i profili *sostanziali*.

Lo snodo giurisprudenziale fondamentale, al riguardo, è rappresentato dalla nota sentenza "Borgia" delle Sezioni Unite penali, relativa proprio alla fattispecie ad ampio spettro di cui alla lett. a del T.U. in materia edilizia-urbanistica³: «Al giudice penale non è affidato, in definitiva, alcun c.d. sindacato sull'atto amministrativo (concessione edilizia), ma – nell'esercizio della potestà penale – è tenuto ad 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».

Passaggio argomentativo centrale, nella riflessione delle Sezioni Unite, è l'individuazione del bene giuridico protetto dalla fattispecie in questione. Mentre nell'impianto della normativa pregressa l'oggetto della tutela era rappresentato dall'interesse strumentale-funzionale del controllo e della disciplina dell'uso del territorio, nel più moderno assetto legislativo l'interesse della tutela del territorio assume una coloritura più sostanziale che formale: «se l'urbanistica disciplina l'attività pubblica di governo degli usi e delle trasformazioni del territorio, lo stesso territorio costituisce il bene oggetto della relativa tutela, bene esposto a pregiudizio da ogni condotta che produca alterazioni in danno del benessere complessivo della collettività e delle sue attività, ed il cui parametro di legalità è dato dalla disciplina degli strumenti urbanistici e dalla normativa vigente».

Relativamente al reato d'inosservanza di norme e prescrizioni edilizie, ed alla particolare ipotesi del permesso di costruire illegittimo, in conclusione, secondo le Sezioni Unite «non può ritenersi che, sussistendo l'accertata aporia dell'opera edilizia rispetto agli strumenti normativi urbanistici ovvero alle norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale, il giudice penale debba ugualmente concludere per la mancanza di illiceità penale solo perché sia stata rilasciata la concessione edilizia, la quale nel suo contenuto, nonché per le caratteristiche strutturali e formali dell'atto, non è idonea a definire esaurientemente lo statuto urbanistico ed edilizio dell'opera realizzando senza rinviare al quadro delle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle stesse rappresentazioni grafiche del progetto, a seguito della cui approvazione, tale atto amministrativo viene emesso. Né il limite anzidetto al potere di accertamento penale del giudice può essere posto evocando l'enunciato dell'art. 5 l. 20 marzo 1865 n.

³ Cass. pen., Sez. Un., 21/12/1993, cit. alla nota precedente.

2248 all. E, in quanto tale potere non è volto ad incidere sulla sfera dei poteri riservati alla pubblica amministrazione, e quindi ad esercitare un'indebita ingerenza, ma trova fondamento e giustificazione in una esplicita previsione normativa, la quale postula la potestà del giudice di procedere ad un'identificazione in concreto della fattispecie sanzionata».

Dalla teoria della disapplicazione dell'atto amministrativo, alla *diretta applicazione della regola edilizia*, alla luce dell'*interesse sostanziale tutelato* – si potrebbe dire, per condensare l'evoluzione in argomento. Al giudice penale spetta accertare direttamente la corrispondenza tra l'opera in concreto eseguita e la fattispecie legale astratta, alla luce del complesso delle disposizioni legislative statali e regionali di settore, delle previsioni degli strumenti urbanistici e delle prescrizioni del regolamento edilizio⁴.

Va da sé che, sotto il profilo pratico, il risultato cui si perviene attraverso questa nuova, più moderna teorica pare sostanzialmente equivalente a quello della disapplicazione: il giudice penale può condannare anche il titolare di un permesso di costruire illegittimo.

La giurisprudenza successiva riprende in prevalenza il sopracitato orientamento delle Sezioni unite, e tende altresì ad esportarlo, dal contesto originario della fattispecie di cui alla *lett. a* dell'art. 44, T.U. edilizia, ovvero dal reato d'inosservanza di norme e prescrizioni, alle altre ipotesi criminose previste dallo stesso art. 44, ed in particolare alla più grave e specifica fattispecie di attività edilizia *in assenza del permesso di costruire*, di cui alla *lett. b* della stessa disposizione⁵.

Nel settore degli illeciti edilizi, intesi nel loro insieme – riportando la posizione aggiornata della giurisprudenza di legittimità – «non occorre fare ricorso alla disapplicazione dell'atto amministrativo, in presenza di concessione edilizia ovvero di un permesso di costruire illegittimi. D'altronde, per la configurabilità del reato di costruzione abusiva è sufficiente valutare la sussistenza dell'elemento normativo della fattispecie, posto che la conformità della costruzione e della concessione ai parametri di legalità urbanistica ed edilizia è elemento costitutivo dei reati contemplati dalla normativa urbanistica. [...] Sicché, l'interesse protetto dall'art. 20 della legge 28 febbraio 1985 n.

⁴ Cfr. DURANTE, *Il titolo edilizio al cospetto del giudice penale*, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, 119; TUMBIOLO, *Il sindacato del Giudice penale sul titolo edilizio e paesaggistico: dal profilo formale a quello di legittimità*, in *Riv. giur. amb.*, 2013, 705.

⁵ V. Cass. pen., Sez. III, 2/4/2009 (ud. 20/1/2009), n. 14504, Sansebastiano ed altri, in *www.dirittoambiente.net*, 2009.

47 (ed attualmente art. 44 del DPR n. 380/2001) non è quello del rispetto delle prerogative della pubblica amministrazione nel controllo dell’attività edilizia e perciò della regolarità delle procedure di concessione, ma quello sostanziale della protezione del territorio in conformità alla normativa urbanistica, perciò non si pone un problema di disapplicazione dell’atto amministrativo illegittimo, quanto di controllo della legittimità di un atto amministrativo che costituisce un elemento costitutivo o un presupposto del reato⁶.

Non una (criticabile) disapplicazione, dunque, ma un (doveroso) controllo di legittimità dell’atto amministrativo. Una rinnovata veste teorica, che consente di giungere ad un analogo risultato pratico.

“Grande assente”, in questa ricostruzione giurisprudenziale, il principio di colpevolezza: l’affidamento del soggetto sulla corretta interpretazione ed applicazione della normativa, da parte delle autorità istituzionalmente competenti ad interpretarla ed applicarla, può essere ritenuto, per lo meno in linea generale, degno di tutela? Quali le possibili eccezioni al principio dell’affidamento? Stupisce che questioni siffatte occupino poco (o nessuno) spazio nella riflessione giurisprudenziale.

2. La lett. b dell’art. 44, T.U. n. 380/2001, ovvero il reato di costruzione in «assenza di permesso»; l’orientamento c.d. sostanzialistico e le tensioni col principio di legalità ...

La formulazione della lett. b del citato art. 44 del T.U. in materia edilizia è significativamente più ristretta rispetto alla generale fattispecie d’inosservanza di norme e prescrizioni, di cui alla lett. a.

Sono punite ai sensi della lett. b, con la più grave sanzione dell’arresto fino a due anni e dell’ammenda da E. 10.328 a E. 103.290, le ipotesi «di esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso o di prosecuzione degli stessi nonostante l’ordine di sospensione» (corsivo nostro).

È con riferimento alla specifica fattispecie dell’*esecuzione di lavori in assenza di permesso* che sembrano porsi i maggiori problemi interpretativi: il reato può essere contestato anche in caso di permesso di costruire illegittimo?

Una *vexata quaestio*, che travalica la dimensione particolare del-

⁶ Cass. pen., Sez. III, 14/1/2011 (ud. 3/12/2010), n. 770, Lanzi, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, I, 764.

l'attività edificatoria, per coinvolgere principi basilari dell'ordinamento, di valenza anche costituzionale, quali il buon andamento e l'imparzialità della P.A., la tassatività della norma penale, il divieto di analogia *in malam partem*, ecc., arrivando a toccare la delicata problematica del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa; e volendo allargare ulteriormente la prospettiva, il rapporto tra potere giudiziario e potere esecutivo⁷.

Una prima tesi ammette il potere del giudice penale di disapplicare il permesso edilizio illegittimo, valorizzando l'ampia portata dell'art. 5 della l. sull'abolizione del contenzioso amministrativo: attraverso l'inciso «in questo, come in ogni altro caso», il legislatore avrebbe inteso riferire il potere-dovere di disapplicazione non solo agli atti amministrativi violativi di diritti soggettivi, ma anche agli atti che costituiscono diritti o rimuovono ostacoli al loro esercizio, quali ad es. concessioni od autorizzazioni.

Una posizione tuttora diffusa nella giurisprudenza. In un caso di non molti anni fa, la Cassazione conferma che il potere di disapplicazione è esercitabile *in malam partem*: «il potere di disapplicazione può avere per oggetto anche le disposizioni del piano regolatore generale. [...] Dalla congiunta lettura degli artt. 4 e 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. E, abolitiva del contenzioso amministrativo, si evince che il potere dovere del giudice penale di disapplicare gli atti amministrativi non conformi a legge si esercita con riguardo non solo a quelli, fra tali atti, che diano luogo all'estinzione o alla modifica di diritti soggettivi, ma anche a quelli, come le concessioni o le autorizzazioni, che costituiscono diritti soggettivi o rimuovono ostacoli al loro esercizio⁸».

Altro argomento spesso richiamato a favore dell'orientamento che estende al permesso edilizio illegittimo il potere di disapplicazione del giudice penale, fa leva sull'art. 101 Cost.: «non sarebbe, invero, soggetto soltanto alla legge un giudice penale che prestasse il proprio esame all'aspetto formale dell'atto [...] pur quando la concessione si riveli in palese contrasto con i presupposti legali [...] Deve, quindi, ritenersi consolidato il principio secondo cui il giudice penale può disapplicare l'atto amministrativo palesemente illegittimo⁹».

⁷ Sulle coordinate di fondo, v. TANDA, *op. cit.*, 865 ss.

⁸ Cass. pen., Sez. III, 1/4/2009 (ud. 28/1/2009), n. 14228, Caresia, in *www.dirittoambiente.net*, 2009. Nello stesso senso, cfr. Cass., Sez. IV, 17/2/2008, n. 38824, in *C.E.D. Cass.*

⁹ Cass. pen., Sez. III, 20/7/1996 (ud. 12/6/1996), n. 7310, Vené, in *Cass. pen.* 1997, 2570; in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 578; ed in *Giust. pen.* 1997, II, 510.

L'orientamento opposto limita, invece, il potere in questione alla sola disapplicazione *in bonam partem*, ritenendo che la *ratio* originaria della legge abolitiva del contenzioso amministrativo sia quella di circoscrivere tale potere ai soli casi in cui l'atto amministrativo comprime illegittimamente la sfera giuridica del cittadino, ledendo posizioni giuridiche qualificabili come diritti soggettivi; sarebbe di conseguenza preclusa la disapplicazione del permesso di costruire, quale atto ampliativo della sfera giuridica del cittadino, cui viene attribuito l'esercizio dello *ius aedificandi*.

La tesi contraria alla disapplicazione del permesso di costruire, nell'ipotesi di reato di cui alla *lett. b* dell'art. 44 T.U. edilizia, fa leva, anche e soprattutto, sulla formulazione ristretta di tale norma, che contempla testualmente solo i casi di «assenza del permesso», senza operare un riferimento alla *legittimità* del permesso in questione, come accade invece in altre norme penali in cui provvedimenti amministrativi figurano quali elementi normativi: si pensi all'art. 650 c.p., *inosservanza di provvedimenti dell'Autorità*, che punisce «chiunque non osserva un provvedimento *legalmente dato* dall'Autorità» (corsivo nostro)¹⁰. Né alla *lett. b* dell'art. citato compare una clausola di antiggiuridicità speciale rinviante al complessivo statuto di settore, sulla falsariga della fattispecie di cui alla *lett. a*, o di quella di lottizzazione abusiva (v. *infra*, cap. IV, par. 1).

Contestare il reato di costruzione *senza* permesso nelle ipotesi di permesso invalido significherebbe ampliare indebitamente i confini della fattispecie, in contrasto col principio di legalità-tassatività di cui agli artt. 1 c.p., 25 Cost. e 7 CEDU¹¹; e secondo autorevole dottrina, in contrasto anche col canone dell'irretroattività, dal momento che ritenere *tamquam non esset* l'atto amministrativo, disapplicato, significherebbe far retroagire un elemento costitutivo del reato, insussistente al momento della condotta¹².

¹⁰ Sul confronto tra art. 44, *lett. b*, T.U. edilizia, ed art. 650 c.p., v. Cass. pen., Sez. III, 24/6/1992, Palmieri, in *Riv. giur. edilizia*, 1992, 427: «il legislatore proprio per il rispetto dovuto al principio di stretta legalità in diritto penale, quando ha voluto che il giudice penale sindacasse la legittimità dell'atto amministrativo, vi ha fatto esplicito richiamo, come nel caso dell'art. 650 c.p. dove parla di provvedimento *legalmente dato*».

¹¹ V. GAMBARDELLA, *Disapplicazione in bonam partem e divieto per il giudice penale di sostituirsi all'amministrazione nell'emanazione di atti amministrativi discrezionali*, in *Cass. pen.*, 1997, 3556; MICHELI, *Giudice penale e concessione edilizia illegittima: la definitiva affermazione della portata sostanziale del "sindacato" sull'atto amministrativo*, *ibidem*, 3156.

¹² V. FORNASARI, *Sulla rilevanza penale delle costruzioni edilizie realizzate in base ad atti concessori illegittimi*, in *Foro it.*, 1986, II, 84.

Senza contare che con la disapplicazione sembra attribuirsi al giudice penale un potere superiore a quello del giudice amministrativo in sede di annullamento, essendo tale ultimo giudice condizionato, invece, dall'individuazione di una lesione attuale e diretta ad un interesse personale¹³.

L'orientamento che esclude il potere di disapplicazione *in malam partem* nei casi di cui alla *lett. b* del citato art. 44, certamente più rispettoso dei principi penali di garanzia, conosce generalmente, nella dottrina più accreditata¹⁴, un temperamento nelle ipotesi di *collusione* tra soggetto richiedente e pubblico amministratore. In questi casi, in luogo della disciplina speciale dell'edilizia, è ritenuta tuttavia preferibile l'applicazione delle norme codicistiche in tema di delitti contro la P.A.; ciò anche in ragione della maggiore efficacia deterrente, sotto il profilo sanzionatorio e dei termini prescrizionali, della normativa posta a tutela della P.A., imperniata su fattispecie delittuose, anziché contravvenzionali.

Secondo tale ricostruzione, nell'ampia sfera dell'illegittimità amministrativa residuerebbe, quale unico profilo sindacabile da parte del giudice penale, quello dell'illiceità penale.

Nella lunga e sofferta evoluzione giurisprudenziale sul tema, noto e fondamentale arresto della Cassazione è rappresentato dalla sentenza c.d. "Giordano" delle Sezioni unite¹⁵, la quale con riferimento proprio alla fattispecie di cui alla *lett. b*, art. 44, T.U. edilizia, afferma che le disposizioni della l. abolitiva del contenzioso «non introducono affatto un principio generalizzato di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi da parte del giudice ordinario (sia esso civile o penale) per esigenze di diritto oggettivo, ma che, al contrario, il controllo sulla legittimità dell'atto amministrativo è stato rigorosamente limitato dal legislatore ai soli atti incidenti negativamente sui diritti soggettivi [...] Ne consegue, pertanto, che la normativa in questione

¹³ V. TANDA, *op. cit.*, 896 s.

¹⁴ V. CASTALDO A., *Finalmente rivalutato il principio di legalità nella ipotesi di concessione edilizia illegittima disapplicata dal giudice penale*, in *Arch. pen.*, 1984, 211; GAMBARELLA, *Disapplicazione in bonam partem*, *cit.*, 3561; TANDA, *op. cit.*, 880 ss.

¹⁵ V. Cass., Sez. Un., 27/2/1987 (ud. 31/1/1987), n. 3, Giordano, in *Cass. pen.*, 1987, 1711, con nota di VIGNALE, *Concessione illegittima e contravvenzioni urbanistiche: un cerchio sempre difficile da quadrare*; e di ALBAMONTE, *Rilevanza penale dell'illegittimità della concessione edilizia alla luce della l. 28 febbraio 1985, n. 47*, *ivi*, 1987, 2095; in *Dir. proc. amm.*, 1987, 407, con nota di VILLATA, *Le Sezioni Unite della Cassazione penale mettono freno alla c.d. "disapplicazione" della concessione edilizia (asserita) illegittima nel processo penale*; ed in *Riv. giur. edilizia*, 1987, I, 328.

non può trovare applicazione per quegli atti amministrativi che, lungi dal comportare lesione di un diritto soggettivo, rimuovono, invece, un ostacolo al loro libero esercizio (nulla osta, autorizzazione) o addirittura li costituiscono (concessioni)».

L’opposta tesi attributiva del potere di disapplicazione *in malam partem*, secondo le Sezioni unite, non solo determina l’estensione ad altri casi «di una regola dettata unicamente a tutela dei diritti soggettivi, ma comporta altresì – con violazione del principio della divisione dei poteri – l’attribuzione al giudice penale di un potere di controllo e di ingerenza esterna sull’attività amministrativa e, quindi, l’esercizio di un’attività gestionale che dalla legge è, invece, demandata in esclusiva ad altro potere dello Stato».

La sentenza ricostruisce una *duplice impronta garantistica*¹⁶ della normativa sull’abolizione del contenzioso amministrativo, la quale da un lato, attribuendo al giudice il potere di disapplicazione *in bonam partem*, gli impone di eliminare le limitazioni ingiustificate imposte dalla pubblica amministrazione a danno dei privati; dall’altro lato, contenendo il potere di disapplicazione *in malam partem*, impedisce allo stesso giudice penale di condannare i destinatari di provvedimenti ampliativi della loro sfera giuridica soggettiva.

L’accertamento incidentale di legittimità, con conseguenze sfavorevoli per i privati, è secondo le SS.UU. “Giordano” possibile, anzi doveroso per il giudice penale, solo laddove l’atto amministrativo «sia frutto di attività criminosa del soggetto pubblico che lo rilascia o del soggetto privato che lo consegue e, quindi, non sia riferibile oggettivamente alla sfera del lecito giuridico, oltre la quale non è dato operare ai pubblici poteri».

Una soluzione strettamente aderente ai principi penali di garanzia, oggetto a tutt’oggi di frequente richiamo e di piena condivisione da parte della più autorevole dottrina¹⁷.

L’impostazione delle Sezioni Unite penali trova sostanziale adesione in una successiva pronuncia della Corte costituzionale¹⁸, ovvero in una declaratoria di manifesta infondatezza della questione di legittimità degli artt. 4 e 5 della l. sull’abolizione del contenzioso, e degli artt. 13 e 22 della l. n. 47/1985 in materia di edilizia, in riferi-

¹⁶ In questi termini, PIGHI, “Permesso” e “norme” nella disciplina penale dell’abuso edilizio. *Il permesso di costruire tra governo del territorio ed interpretazione sostanzialistica*, Milano, 2003, 106.

¹⁷ V. recentemente CATENACCI, *I delitti contro l’ambiente fra aspettative e realtà*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1078; ID., *Audizione presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, Resoconto stenografico del 6/11/2013*, in www.camera.it.

¹⁸ V. Corte cost., ord. 14/6/1990, n. 288, in www.giurcost.org, 1990, ed in *Cass. pen.*, 1990, 2084.

mento agli artt. 3, 70, 97, 101 e 112 Cost.: il giudice delle leggi precisa che l'illiceità penale di un atto amministrativo può derivare non soltanto dalla collusione, «ma da qualsiasi violazione della legge penale che abbia a viziare il momento formativo della volontà della pubblica amministrazione, e perciò anche dal delitto di cui all'art. 328 codice penale che incrimina la volontaria indebita omissione da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio di atti dell'ufficio o del servizio».

L'ambito della disapplicazione *in malam partem* viene ampliato in tal modo ad altre, pur sempre limitate, ipotesi di *illiceità penale*, ulteriori rispetto alla collusione e non espressamente contemplate dalle Sezioni unite "Giordano", quali la violenza, la minaccia, la frode, l'induzione in errore del pubblico funzionario, ecc.

Già in una pronuncia di poco successiva alla sentenza "Giordano", la Suprema Corte torna però a mettere in discussione le linee portanti della decisione delle Sezioni unite. La Sezione III¹⁹ confuta, sul piano anzitutto dell'interpretazione storica, la tesi secondo cui la legge sull'abolizione del contenzioso avrebbe come unica *ratio* la tutela dei diritti soggettivi, dal momento che tale normativa sarebbe sorta piuttosto «come delimitazione dei poteri dello Stato in quel tempo – con vigenza dello Statuto albertino – e per far salvo il controllo di legalità dei giudici anche sugli atti amministrativi, in certi limiti; questa la specifica ragion d'essere della legge, come emerge chiaramente dal dibattito di quegli anni e dai lavori parlamentari».

La Cassazione torna ad ammettere la disapplicabilità della concessione (ora permesso di costruire) illegittima nell'ipotesi di *macroscopica* violazione dello statuto di settore. Il potere di disapplicazione consiste infatti in «un controllo di legalità generale nei confronti degli atti amministrativi, di tutti gli atti amministrativi, con limitati effetti (solo disapplicazione con riferimento al processo in corso) [...] Nell'art. 5 non si rinviene distinzione tra aspetti penali e civili, fra illegittimità ed illiceità. In esso si tratta solo di illegalità e di illegittimità (da rilevare che la illiceità altro non è che una sottospecie della illegittimità), sicché le restrizioni che dovrebbero nascere dalla distinzione non hanno fondamento legale. [...] Le Sezioni unite hanno affermato che il controllo sulla legalità dell'atto amministrativo è stato dal legislatore rigorosamente limitato ai soli atti incidenti negativa-

¹⁹V. Cass. pen., Sez. III, 9/1/1989, n. 2766, Bisceglia, in *Foro it.*, 1989, II, 297 (con nota critica di BARONE), ed in *Cass. pen.*, 1990, 1142.

mente sui diritti soggettivi; ma tale affermazione [...] dovrebbe trovare un chiaro e non equivoco supporto normativo; senonché [...] l’art. 5 non offre tale supporto, ma un’indicazione precisamente e chiaramente contraria, e dove la norma è chiara neanche occorrerebbe interpretazione storico-sistemica complessa ed elaborata».

A pochi anni dalla sentenza “Giordano” delle Sezioni unite, le conclusioni della Sezione III della Cassazione sono dunque opposte: «in virtù dell’art. 5 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. E al giudice penale è affidato un generale controllo di legittimità su tutti gli atti amministrativi limitatamente al processo in corso: egli ha, quindi, un potere-dovere di non applicare gli atti illegittimi per violazione di legge e non soltanto quelli illeciti, frutto cioè di collusione tra pubblico amministratore e privato. Ne deriva che al reato di costruzione senza concessione deve essere parificato quello di costruzione con provvedimento illegittimo e, quindi, da disapplicare: il principio di tassatività in tal caso non viene violato, poiché esso trova fondamento in quello di legalità».

In altra, successiva pronuncia, sempre la Sezione III della Cassazione completa l’opera di superamento della sentenza “Giordano” delle Sezioni unite, segnalando come «senza che si debba pensare necessariamente a collusioni degli amministratori con i richiedenti o senza che tali collusioni siano provate, accade che siano rilasciate concessioni edilizie affette da violazioni di legge addirittura macroscopiche o vistose. Si pensi così a costruzioni da realizzare in aree archeologiche e in parchi protetti. Per cui in questi casi l’equiparazione acquista in plausibilità e riprende credito l’esigenza di reprimere chi esegua i lavori in base a concessioni manifestamente illegittime al pari di chi non abbia concessione alcuna²⁰».

L’insofferenza manifestata dalla Sezione III della Cassazione nei confronti della lettura restrittiva dei poteri di disapplicazione in ambito penale, operata dalle Sezioni unite “Giordano”, conduce a tre nuove pronunce, ad opera sempre delle Sezioni unite, c.d. “Gifuni”, “Borgia” e “Calzetta”, le quali rappresentano gli ultimi arresti in materia, quasi contestuali sotto il profilo cronologico, ad opera del massimo collegio giudicante, nella sua composizione riunita.

La prima, “Gifuni”²¹, pur richiamando genericamente i principi della sentenza “Giordano”, precisa tuttavia che, in presenza di un formale titolo concessorio, il giudice ordinario non è tenuto a rinun-

²⁰ Cass. pen., Sez. III, 24/6/1992, Palmieri, in *Cass. pen.*, 1993, 2078.

²¹ V. Cass., Sez. Un., 15/3/1993, Gifuni, in *Riv. giur. edilizia*, 1994, I, 661.

ciare ai suoi poteri di accertamento incidentale della legittimità e dell'efficacia di tale titolo; tale assunto viene argomentato sulla base della norma in tema di *responsabilità del titolare di permesso di costruire* di cui all'art. 6, odierno art. 29 del T.U. sull'edilizia, a mente del quale «il titolare del permesso di costruire, il committente e il costruttore sono responsabili, ai fini e per gli effetti delle norme contenute nel presente capo, della conformità delle opere alla normativa urbanistica, alle previsioni di piano nonché, unitamente al direttore dei lavori, a quelle del permesso e alle modalità esecutive stabilite dal medesimo»; sicché, ad avviso dei giudici, «sarebbe assurdo interdire al giudice un accertamento non solo consentito ma doveroso per il concessionario».

La seconda, “Borgia”, è relativa alla diversa e più ampia ipotesi di reato di cui alla *lett. a* del T.U. in materia edilizia (v. *supra*, cap. II, par. precedente), nonostante contenga principi (il superamento della disapplicazione, in favore della diretta applicazione della regola edilizia, alla luce dell'interesse sostanziale tutelato, con risultati equivalenti sul piano pratico) ritenuti estensibili anche alla più ristretta fattispecie di cui alla *lett. b*, secondo un orientamento giurisprudenziale maggioritario, pur se criticabile.

La terza, “Calzetta”²², non tratta direttamente il tema della disapplicazione o della diretta applicazione della regola edilizia, oggetto di un evidente contrasto di vedute all'interno della Suprema Corte, ma ricorre ad argomentazioni in ordine al principio di colpevolezza ed alla scusabilità dell'errore sulla legittimità del titolo concessorio.

Le più recenti decisioni della Sezione III non sembrano registrare sostanziali novità rispetto all'assetto giurisprudenziale consolidato dopo il superamento della sentenza “Giordano” delle Sezioni unite²³:

²² V. Cass., Sez. Un., 10/6/1994, Calzetta, *ivi*, 1995, I, 980, con nota di MILONE.

²³ V. Cass., Sez. III, 23/10/2012 (ud. 19/9/2012), n. 41318, Arena, in *www.dirittoambiente.net*, 2012: «Sotto il profilo soggettivo non poteva certamente invocarsi la buona fede, ingenerata dal rilascio della concessione edilizia e dal parere della Commissione Edilizia. L'A., infatti, era ben a conoscenza che la legittimità della concessione era posta in discussione a seguito della presentazione di esposti. [...] In ogni caso, non può invocarsi la buona fede per avere il ricorrente fatto affidamento sulla legittimità della concessione edilizia»; Cass. pen., Sez. III, 8/10/2012 (19/6/2012), n. 1714, Rullo, in *www.giuristiambientali.it*, 2012; Cass. pen., Sez. III, 7/2/2012, n. 273, in *www.lexambiente.it*, 2012; Cass., Sez. III, 22/4/2008, Papa, in *Cass. pen.*, 2009, 1678. Tra le sentenze più recenti, cfr. Cass. pen., Sez. III, 9/9/2015 (ud. 16/6/2015), n. 36366, Faiola, in *www.lexambiente.it*, 2017: «In tema di reati edilizi, qualora emerga una difformità tra la normativa urbanistica ed edilizia e l'intervento realizzato, per il quale sia stato rilasciato un titolo abilitativo, il

mutuando soprattutto i principi espressi dalla sentenza “Borgia” e dalla sentenza “Salvini” (in tema di lottizzazione abusiva: v. *infra*, cap. IV, par. 1), pur riferiti ad ipotesi di reato strutturate in maniera differente e più comprensiva (rispettivamente la *lett. a* e la *lett. c* dell’art. 44 T.U. edilizia), anche con riferimento alla fattispecie di costruzione senza permesso (*lett. b*) si ammette il sindacato del giudice penale sul titolo abilitativo edilizio, non più quale esercizio del potere di disapplicazione, ma quale verifica della sussistenza dell’elemento normativo della fattispecie, dato dalla conformità della costruzione e della concessione alle norme e agli strumenti urbanistici, alla luce dell’interesse sostanziale della tutela del territorio.

“Vino vecchio in otri nuove”? – ci si potrebbe provocatoriamente domandare.

La nuova teorica “sostanzialista”, ruotante intorno all’offesa al bene giuridico *materiale*, non sembra in effetti rimediare al *vulnus* al principio di legalità che deriva dall’applicare un’ipotesi di reato oltrepassando i confini del fatto tipico.

3. I nuovi frutti della teorica “sostanzialista”: il reato di gestione non autorizzata di rifiuti (art. 256 TUA) e la discutibile giurisprudenza sulla punibilità del titolare di autorizzazione illegittima

La più recente giustificazione del sindacato giudiziale sull’atto amministrativo, quale potere fondato non più sulla disapplicazione, ma sulla diretta applicazione della normativa di settore, alla luce dell’interesse sostanziale protetto, sembra restituire nuovo vigore all’istituto, anche al di fuori delle ipotesi tradizionalmente affrontate dalla giurisprudenza.

Prendendo in esame il settore dei rifiuti, ed in particolare il reato di *attività di gestione di rifiuti non autorizzata* (art. 256 TUA), la giurisprudenza riconosce al giudice il potere di valutare la conformità della condotta allo statuto di settore, anche nel caso in cui tale condotta sia già stata preventivamente autorizzata.

giudice penale è in ogni caso tenuto a verificare incidentalmente la legittimità di quest’ultimo, senza che ciò comporti la sua eventuale “disapplicazione”, in quanto tale provvedimento non è sufficiente a definire di per sé – ovvero prescindendo dal quadro delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, e dalle rappresentazioni di progetto alla base della sua emissione – lo statuto di legalità dell’opera realizzata».

E ciò nonostante la disposizione paia formulata in termini restrittivi: «chiunque effettua una attività di raccolta, trasporto, recupero, smaltimento, commercio ed intermediazione di rifiuti *in mancanza della prescritta autorizzazione, iscrizione o comunicazione di cui agli articoli 208, 209, 210, 211, 212, 214, 215 e 216* è punito (corsivo nostro)».

Come per il reato di costruzione senza permesso (art. 44, *lett. b*, T.U. edilizia), anche qui il dettato normativo non sembra prestarsi ad accogliere interpretazione volte a sanzionare anche attività di gestione di rifiuti realizzate *con autorizzazioni illegittime*.

La giurisprudenza di legittimità, di diverso avviso, ricalca però, anche con riferimento alla gestione dei rifiuti, schemi argomentativi consolidati in tema di edilizia-urbanistica. Il percorso logico-ricostruttivo seguito dalla Corte si può compendiare nei seguenti tre punti²⁴:

a) «la valutazione della configurabilità di reati in materia ambientale non esclude il giudizio sulla legittimità di atti amministrativi autorizzatori eventualmente rilasciati ma anzi comporta necessariamente tale giudizio (ovviamente non esteso ai profili di discrezionalità) allorché quegli atti costituiscano presupposto o elemento costitutivo o integrativo del reato. Una determinata attività incidente sullo stato dell'ambiente, infatti, seppure formalmente assentita, non può svolgersi in contrasto con la disciplina di settore risultante dal complesso delle norme statali e regionali e degli ulteriori strumenti di pianificazione settoriale vigenti»;

b) «il giudice penale, allorquando accerta profili di illegittimità sostanziale di un titolo autorizzatorio amministrativo, procede ad un'identificazione in concreto della fattispecie sanzionata e non pone in essere alcuna "disapplicazione" del provvedimento medesimo, né incide, con indebita ingerenza, sulla sfera riservata alla Pubblica Amministrazione, poiché esercita un potere che trova fondamento e giustificazione nella stessa previsione normativa incriminatrice»;

c) «l'accertata esistenza di profili assolutamente eclatanti di illegalità (anche a prescindere da eventuali collusioni dolose con organi dell'amministrazione) costituisce un significativo indice di riscontro dell'elemento soggettivo del reato contestato pure riguardo all'apprezzamento della colpa».

Se condivisibili possono essere apparire le ragioni di tutela effetti-

²⁴V. Cass. pen., Sez. III, 3/4/2007 (ud. 15/12/2006), n. 13676, Lovato, in *www.ambientediritto.it*, 2007.

va, e non formalistica, dell'interesse (sostanziale) protetto dalla norma, ragioni che ispirano la giurisprudenza²⁵ tanto in materia di edilizia-urbanistica, quanto in materia ambientale, la conclusione nel senso della punibilità anche in caso di autorizzazione illegittima non sembra però sottoscrivibile relativamente al reato di gestione abusiva di rifiuti, attesa la sua formulazione ristretta alle ipotesi di *manca*za delle autorizzazioni ed iscrizioni di cui agli artt. 208 ss. TUA.

Né, in materia di rifiuti, pare rinvenirsi una fattispecie che ricomprenda il più ampio insieme delle condotte inosservanti dello statuto di settore, sì da porsi in un rapporto di *genus a species* rispetto all'ipotesi di mancanza di autorizzazione (quale appare in materia edilizia il rapporto tra il reato d'inosservanza di norme e prescrizioni *ex lett. a*, art. 44 T.U. edilizia, ed il reato di costruzione senza permesso *ex lett. b*, stesso articolo); solo una fattispecie costruita in simili, più ampi termini potrebbe infatti legittimare astrattamente la punibilità del titolare di un permesso illegittimo, per lo meno sul piano della tipicità (un diverso discorso è da farsi sul piano della colpevolezza: v. *infra*, cap. IV).

²⁵ Cfr. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 132.

CAPITOLO III

LE ECCEZIONALI IPOTESI DI PUNIBILITÀ DEL DESTINATARIO DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO. LE FATTISPECIE IN CUI L'ATTO AMMINISTRATIVO (OVVERO L'ASSENZA DI QUESTO) È ELEMENTO COSTITUTIVO TIPICO, "INTERNO" ALLA NORMA; I LIMITI SUL PIANO DELLA TASSATIVITÀ

SOMMARIO: 1. L'autorizzazione ottenuta attraverso un'attività criminosa e la questione della sua equiparabilità all'autorizzazione assente. Una suggestione comparatistica: l'utile norma del § 330 d, n. 5, del codice penale tedesco (*StGB*), in tema di "abuso del diritto" (*Rechtsmissbrauch*), tra *Verwaltungsaktzessorietät* e *Verwaltungsrechtakzessorietät*. Il problema delle condotte illecite operate da terzi, note o conoscibili per l'agente. – 2. (Segue) ... il problema della "collusione": che cos'è e come si prova? Indicazioni normative e giurisprudenziali. – 2.1. In particolare: collusione e abuso d'ufficio. – 3. (Segue) ... quali forme di illegittimità amministrativa rilevano? Il problema dell'attività amministrativa discrezionale ed i rapporti col merito amministrativo. – 4. (Segue) ... analisi differenziata delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, nella prospettiva del sindacato del giudice penale. – 5 (Segue) ... discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica: il sindacato giudiziale su quest'ultima ed i suoi confini, con riferimento all'attività amministrativa vincolata. – 6. La sentenza amministrativa definitiva come limite, per il giudice penale, nell'accertamento della legittimità dell'atto; la questione del c.d. "deducibile". – 7. L'autorizzazione ottenuta mediante inganno e la controversa applicabilità dell'abuso d'ufficio. – 8. Corruzione per l'esercizio della funzione e atti conformi ai doveri d'ufficio: le incerte conseguenze in termini di invalidità amministrativa e di responsabilità penale per le fattispecie in materia urbanistica ed ambientale. La posizione della dottrina tedesca. – 9. Inesistenza e nullità dell'atto amministrativo: diverse o identiche conseguenze penali con riferimento alle fattispecie in tema di assenza dell'autorizzazione? – 10. L'annullabilità dell'atto amministrativo: l'impossibilità di applicare i reati in tema di assenza dell'autorizzazione.

1. *L'autorizzazione ottenuta attraverso un'attività criminosa e la questione della sua equiparabilità all'autorizzazione assente. Una suggestione comparatistica: l'utile norma del § 330 d, n. 5, del codice penale tedesco (StGB), in tema di "abuso del diritto" (Rechtsmissbrauch), tra Verwaltungsktakzessorietät e Verwaltungsrechtakzessorietät. Il problema delle condotte illecite operate da terzi, note o conoscibili per l'agente*

La giurisprudenza¹ e parte della dottrina² convergono sulla punibilità del privato che abbia ottenuto l'autorizzazione con mezzi penalmente rilevanti, quali violenza, minaccia, frode, induzione in errore del pubblico funzionario, falsità, corruzione; elenco cui si deve probabilmente aggiungere oggi la fattispecie di induzione indebita a dare o promettere utilità *ex art. 319-quater c.p.*, in cui il privato consegue un vantaggio indebito³.

Laddove l'atto amministrativo sia frutto dell'attività criminosa del soggetto pubblico che lo rilascia, ovvero del privato che lo ottiene, si afferma che tale attività non «è riferibile come tale alla sfera della pubblica amministrazione⁴»; con conseguente *inesistenza* del relativo provvedimento (autorizzatorio).

In diritto amministrativo, appare piuttosto consolidato l'assunto secondo cui l'operare dell'agente per un proprio fine personale, esulante da (o peggio contrastante con) quelli perseguiti dall'ente, determina la rottura del nesso di immedesimazione organica che lo lega all'ente, ovvero l'impossibilità di riferire all'ente quel comportamento⁵.

¹ V. soprattutto Cass., SS. UU c.d. "Giordano", 27/2/1987, n. 3, cit.; Corte cost., ord. 14/6/1990, n. 288, cit.

² Con riferimento al settore dei reati ambientali, esprime un convinto sostegno alla soluzione offerta dalle SS. UU. "Giordano", CATENACCI, *Audizione presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, Resoconto stenografico del 6/11/2013*, in www.camera.it; nonché ID., *I delitti contro l'ambiente tra aspettative e realtà*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1078; sulla stessa linea, COCCO, *L'atto amministrativo invalido*, cit., 305 ss.; M. MANTOVANI, *op. cit.*, 184 ss.

³ V. Cass. pen., Sez. Un., 14/3/2014 (ud. 24/10/2013), n. 12228, Maldera, in www.penalecontemporaneo.it, 2014, con nota di GATTA, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e 'induzione indebita': minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*.

⁴ Cass. pen., Sez. III, 17/9/1987, n. 9956, riportata da MANTOVANI M., *op. cit.*, 185.

⁵ V. CARINGELLA, *op. cit.*, 1411, ed in particolare nota 18; GALLO, *La nullità del provvedimento amministrativo*, nota a Cons. St., Sez. V, 19/9/2008, n. 4522, in *Urban. e app.*, 2009, 189.

È il Consiglio di Stato⁶ a statuire che: «Ai sensi dell'art. 21 *septies* della L. 7 agosto 1990, n. 241, come modificata dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15, la nullità di un atto amministrativo può derivare dalla mancanza di un elemento essenziale quale la volontà, nel caso in cui questa si sia formata in modo non libero e spontaneo ma in ambiente collusivo penalmente rilevante, facendo così venir meno la stessa imputabilità dell'atto alla pubblica amministrazione per interruzione del relativo rapporto organico».

Già l'art. 28 Cost., seconda parte in particolare, sembra peraltro impegnare la pubblica amministrazione unicamente rispetto ai comportamenti posti in essere dai suoi agenti per il perseguimento delle *finalità istituzionali* della P.A. stessa; escludendo, per converso, la riferibilità all'amministrazione di atti adottati per finalità proprie ed esclusive del singolo dipendente⁷.

E ad analoghe conclusioni pare doversi giungere con riferimento agli atti amministrativi che, pur formalmente provenienti dall'organo competente, hanno nel privato il loro *autore mediato*⁸. Con possibile applicabilità dell'art. 48 c.p., in tema di *errore determinato dall'altrui inganno*, seconda parte: «del fatto commesso dalla persona ingannata risponde chi l'ha determinata a commetterlo»; in combinato disposto con l'art. 477 c.p. – *falsità materiale commessa dal pubblico ufficiale in certificati o autorizzazioni amministrative*, o con l'art. 480 c.p. – *falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in certificati o autorizzazioni amministrative*; ovvero con diretta applicazione dell'art. 483 c.p. – *falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico*.

L'irrilevanza giuridica dei *titoli abilitativi conseguiti mediante mendacio* è, ad ogni modo, espressamente sancita dall'art. 21 della l.

⁶ V. Cons. St., Sez. V, 4/3/2008, n. 890, Società Iota s.r.l. – Comune di Arona, in *Giur. it.*, 2009, 1264, con nota di ALESIANI, *La codificazione della nullità del provvedimento amministrativo: alcune aporie sistematiche*; ed in *Urban. e app.*, 2008, 1301, con nota di CORTESI, *Interruzione del rapporto organico e nullità del provvedimento*; in senso diverso, ma in un'ipotesi particolare, Cons. St., Sez. IV, 25/11/2008, n. 5809, SILCO s.r.l. c. D.N. ed altri, *ivi*, 2009, 461 (con nota critica di D'ANGELO): «Non è nulla la concessione edilizia per il fatto che il titolare sia stato condannato con sentenza *ex art.* 444 c.p.p. per i reati di edificazione abusiva e falsità ideologica in atto pubblico mediante induzione in errore, nel caso in cui la falsità della concessione non risulti dichiarata formalmente dal giudice penale né nel dispositivo né nella motivazione della sentenza».

⁷ Nella dottrina penalistica, per questa lettura dell'art. 28 Cost., v. MANTOVANI M., *op. cit.*, 186; nella dottrina amministrativistica, conforme, VIRGA, *Diritto amministrativo. I principi. I*, Milano, 1995, 426 s.

⁸ Così, MANTOVANI M., *op. cit.*, 187.

sul procedimento (l. n. 241/1990 e successive modifiche): «In caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi ed il dichiarante è punito con la sanzione prevista dall'articolo 483 del codice penale, salvo che il fatto costituisca più grave reato».

In caso di *minaccia* è invece possibile, come noto, ricorrere all'art. 54 c.p., in tema di *stato di necessità*, co. III, seconda parte: «del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo».

La ricostruzione secondo cui il provvedimento frutto di attività criminosa, in quanto giuridicamente “inesistente”, può essere equiparato al provvedimento “assente”, è tuttavia contestata, da altra parte della dottrina, come occulta forma di analogia *in malam partem*⁹: il predicato dell’“assenza” dell'atto, secondo tale restrittiva interpretazione, sarebbe riferibile solo all'*inesistenza materiale*, non all'*inesistenza giuridica*.

La domanda è se nel campo semantico del sintagma “assenza” del provvedimento possa rientrare anche l'inesistenza giuridica dello stesso.

Per quanto possa ritenersi poco opportuna sotto il profilo di un'applicazione rigorosamente tassativa delle norme penali, l'interpretazione estensiva, volta in questo caso a ricomprendere la categoria dell’“inesistenza giuridica” (specie se determinata da attività criminosa) nell'ambito di una invero non definita nozione di “assenza”, sembra muoversi entro i confini della zona di c.d. penombra concettuale propria della formula legislativa; mentre sembra travalicare il limite del “massimo possibile” significato letterale del concetto di “assenza”, sconfinando nel campo dell'analogia, se predicata in relazione alla semplice illegittimità.

L'atto frutto di illecito penale, pur fisicamente esistente, pare infatti da considerarsi *tamquam non esset*, non solo improduttivo *ab origine* di effetti, ma anche, più radicalmente, un *quid facti* irrilevante

⁹V. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. I, Milano, 2001, 177 ss.; PULITANÒ, *La formulazione delle fattispecie di reato: oggetti e tecniche*, in CRS (a cura di), *Beni e tecniche della tutela penale*, Milano, 1987, 44 ss.; AZZALI, *La tutela penale dell'ambiente*, Padova, 2001, 338 ss.; GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., 210; *contra*, MANTOVANI M., *op. cit.*, 187; distingue, ai fini dell'applicazione o meno della fattispecie di costruzione senza autorizzazione, tra attività criminosa svolta, rispettivamente, dal privato, oppure dal soggetto pubblico, Cocco, *L'atto amministrativo invalido*, cit., 311 ss.

nel mondo giuridico; sicché ardua appare la sua stessa qualificabilità come “provvedimento”¹⁰. Al contrario dell’atto meramente invalido, che è da considerarsi esistente, anche ai fini penali, fintanto che non venga rimosso.

L’inesistenza, secondo la più accreditata dottrina amministrativistica, si distinguerebbe anche dalla nullità, la quale pure è improduttiva di effetti in via originaria, ma non esclude la riferibilità dell’atto alla P.A.¹¹.

Va da sé che, in caso di atto amministrativo frutto di illecito penale, la punibilità dell’*extraneus*, destinatario dell’atto, non potrebbe comunque essere esclusa alla luce delle norme incriminatrici dei reati-mezzo (corruzione, falsità, ecc.), attraverso i quali il privato ottiene il provvedimento; sicché la questione concerne, più propriamente, la possibilità di istituire o meno un concorso tra i medesimi reati-mezzo e le fattispecie speciali previste dalla normativa urbanistica od ambientale.

I problemi ad ogni modo emergenti, sotto un profilo di tassatività (per così dire) “ristretta”, dalla riconduzione dell’atto amministrativo frutto di illecito penale nel quadro semantico-giuridico dell’atto “assente”, potrebbero essere opportunamente risolti a livello normativo, prevedendo espressamente l’equiparabilità dell’«assenza di autorizzazione» all’autorizzazione ottenuta tramite condotte penalmente illecite, sulla falsariga di quanto avviene nel codice penale tedesco, a mente del § 330 d, *StGB*.

In tema di *definizioni*, quest’ultima disposizione, introdotta con la riforma del diritto penale dell’ambiente del 1994, al comma 5 prevede che «si considera atto senza autorizzazione, piano di approvazione o altro permesso anche un atto basato su di un’autorizzazione, un piano di approvazione od un altro permesso ottenuto tramite minaccia, corruzione o collusione o carpito attraverso dichiarazioni inesatte o incomplete».

La mancanza di autorizzazione o permesso è dalla legge penale tedesca espressamente equiparata alle ipotesi in cui l’atto esiste, ma è stato ottenuto mediante un procedimento viziato. Una norma che viene incontro ai problemi posti in sede penale dalla c.d. *Verwaltungsakzessorietät*, cioè dal nesso col diritto amministrativo, ed in particolare alle questioni sollevate dalla più specifica figura della *Verwal-*

¹⁰ Sull’inesistenza dell’atto amministrativo come “inqualificazione”, v. CARINGELLA, *op. cit.*, 1396.

¹¹ Sul differente *regime dell’atto inesistente* e di quello *nullo*, v. ID., *op. cit.*, 1400 s.

tungsaktakzessorietät, ossia dal nesso tra diritto penale ed *atti amministrativi* (provvedimenti, autorizzazione, divieti, ecc.), laddove la punibilità di condotte a rischio ambientale è espressamente connessa all'inosservanza non di *norme amministrative* (come è nella diversa situazione nota come *Verwaltungsrechtakzessorietät*), bensì di *atti delle autorità di controllo*¹²; ponendosi anche in Germania il problema di una possibile superficialità di tali autorità, nelle procedure di rilascio delle autorizzazioni¹³.

Nel quadro della *Verwaltungsrechtakzessorietät*, un'autorizzazione viziata può essere in astratto più facilmente superata in via giudiziale, per lo meno a livello di tipicità: la norma penale opera infatti un rinvio al diritto amministrativo considerato nel suo insieme (ai regolamenti e a tutto il suo corpo normativo), e le disposizioni di carattere generale in esso contenute possono tendenzialmente prevalere sugli atti di carattere individuale.

Rispetto alla *Verwaltungsrechtakzessorietät*, la *Verwaltungsaktakzessorietät* pone maggiori problemi sotto il profilo dell'incompletezza della tutela, dal momento che la norma penale rinvia all'atto amministrativo individualmente considerato, e la legittimità di quest'ultimo difficilmente può essere sindacata dal giudice penale senza violare i principi di tipicità e tassatività¹⁴.

È proprio per risolvere i problemi caratteristici della *Verwaltungsaktakzessorietät* che, con la norma di chiusura di cui al § 330 d, n. 5, *StGB*, il legislatore tedesco codifica puntualmente alcune ipotesi di c.d. *abuso del diritto* (*Rechtsmissbrauch*).

Quattro casi-limite, in cui la presenza e il rispetto formale di atti autorizzativi non escludono la punibilità:

1. minaccia,
2. corruzione,
3. collusione,
4. dichiarazioni inesatte o incomplete.

¹² Nel senso che la codificazione delle ipotesi di "abuso del diritto" consente di superare i problemi della *Verwaltungsaktakzessorietät*, v. HEFENDEHL-HOHMANN, *Münchener Kommentar zum StGB*, München, 2014, 2154.

¹³ Cfr., anche per la distinzione tra *Verwaltungsaktakzessorietät* e *Verwaltungsrechtakzessorietät*, CATENACCI-HEINE, *La tensione tra diritto penale e diritto amministrativo nel sistema tedesco di tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 940; MANTOVANI M., *op. cit.*, 167 ss.; e più recentemente JURISCH, *Il diritto penale dell'ambiente. Prospettive de lege lata, di diritto comparato e de jure condendo*, in www.penalecontemporaneo.it, 2011, 222.

¹⁴ Sui limiti della *Verwaltungsaktakzessorietät*, cfr. MANTOVANI M., *loc. ult. cit.*

Una soluzione codicistica in un certo senso “a metà strada” tra *Verwaltungsaktakzessorietät* e *Verwaltungsrechtakzessorietät*: il principio per cui il semplice dato dell’esistenza di un’autorizzazione esclude *de plano* la punibilità del soggetto viene limitato, senza però accogliere *in toto* l’impostazione secondo cui solo un’autorizzazione conforme ai dettami del diritto amministrativo sostanziale è efficace a tal fine. Le ipotesi in cui è ammesso il sindacato *in malam partem* del giudice penale sull’atto amministrativo sono soltanto le quattro espressamente previste.

Questo il compromesso adottato dal legislatore tedesco tra le istanze di tutela dell’affidamento del soggetto, proprie della *Verwaltungsaktakzessorietät*, e le istanze di tutela del bene giuridico ambiente, proprie della *Verwaltungsrechtakzessorietät*.

Dall’elenco, tassativo¹⁵, rimane fuori l’ipotesi della mera conoscenza dell’invalidità del permesso, da parte del beneficiario; ipotesi per la cui inclusione premeva parte della dottrina e della giurisprudenza tedesca¹⁶. Così come sembra rimanere fuori l’ipotesi di condotte illecite di terzi, non note, né conoscibili dall’agente.

Il legislatore penale tedesco non si è infatti conformato *in toto* a quanto previsto dalla legge sul procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*, o *VwVfG*), in tema di revoca degli atti amministrativi illegittimi, § 48, co. II: «Un atto amministrativo illegittimo che provvede relativamente ad un pagamento di denaro avvenuto in passato o continuativo o per un vantaggio materiale divisibile, o che è prerequisite per questi, non può essere revocato nella misura in cui il beneficiario ha fatto affidamento sull’efficacia durevole dell’atto amministrativo ed il suo affidamento merita protezione a fronte dell’interesse pubblico alla revoca. L’affidamento merita in generale protezione quando il beneficiario ha utilizzato i contributi versati o ha concluso accordi di carattere patrimoniale che non può più cancellare, o può cancellare solo sopportando uno svantaggio che non gli può essere ragionevolmente imposto. *Il beneficiario non può invocare l’affidamento quando:*

¹⁵ Cfr. COCCO, *op. cit.*, 62 s.

¹⁶ V. JURISCH, *op. cit.*, 201 e nota 516. Per la tesi, radicale, secondo cui la consapevolezza della contrarietà al diritto dell’autorizzazione, pure laddove tale consapevolezza sia acquisita successivamente al rilascio dell’autorizzazione, può rendere punibile la condotta del soggetto, v. FRISCH, *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis, im Umweltstrafrecht, Zum Verhältnis von Umweltverwaltungsrecht und Strafrecht und zur strafrechtlichen Relevanz behördlicher Genehmigungen*, Heidelberg, 1993, 78 ss.

1. ha ottenuto l'atto amministrativo con falsità, minaccia o corruzione;

2. ha ottenuto l'atto amministrativo dando informazioni che erano sostanzialmente scorrette o incomplete;

3. era *consapevole* dell'illegittimità dell'atto amministrativo o non ne era consapevole per *colpa grave*.

Nel caso di cui al punto 3, l'atto amministrativo è generalmente revocato con efficacia retroattiva».

Nel codice penale tedesco viene introdotto il concetto di collusione (v. *infra*, cap. III, par. 2), non presente nella disciplina amministrativa di riferimento; ma vengono meno le ipotesi della consapevolezza dell'illegittimità amministrativa, e dell'inconsapevolezza dell'illegittimità stessa per colpa grave.

Rimane dubbia l'ipotesi di condotte illecite di terzi, attuate coi mezzi di cui al § 330 d, n. 5, *StGB*, le quali siano *note* o *conoscibili* per il titolare dell'autorizzazione.

Un primo orientamento, muovendo dalla constatazione che oggetto dell'equiparazione tra autorizzazione assente ed autorizzazione illecita è *l'atto amministrativo in sé considerato*, nel suo aspetto oggettivo, senza riferimento ai soggetti che si procurano le autorizzazioni coi mezzi ivi contemplati, tende ad estendere soggettivamente la clausola di equiparazione, anche ai casi in cui l'autorizzazione indebitamente ottenuta sia sfruttata da un terzo, estraneo alle condotte di minaccia, corruzione, ecc. che hanno condotto al suo rilascio; purché tale terzo sia a conoscenza, o possa comunque riconoscere l'origine illecita dell'autorizzazione¹⁷.

A differenti conclusioni si giunge, però, partendo dal presupposto che a rendere l'autorizzazione "abusiva", e dunque rilevante in sede penale, è *il comportamento penalmente rilevante operato dal soggetto* che ne ottiene il rilascio; sicché la disposizione di cui al § 330 d, n. 5 *StGB* postulerebbe l'identità tra l'autore del comportamento delittuoso volto a procacciare l'autorizzazione e chi si avvale dell'autorizzazione stessa¹⁸. Tale limitazione della portata applicativa soggettiva della norma sembra, tuttavia, contraria alla *ratio* della norma stessa, che non pare principalmente quella di punire le condotte in prima

¹⁷ V. WEBER U., *ZurReichtweitesektoralergesetzlicher "Missbrauchsklauseln", insbesondere § 330d Nr.5 StGB*, in *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Berlin, 1999, 801 s.

¹⁸ Così, MANTOVANI M., *op. cit.*, nota 58.

persona abusive, ma anzitutto quella di proteggere l'ambiente¹⁹.

Una soluzione intermedia al problema dell'"abuso del diritto" realizzato da terzi, potrebbe essere ammettere la responsabilità del titolare di autorizzazione illegittima non in caso di mera conoscenza o conoscibilità di tale abuso da parte del destinatario del provvedimento, ma solo in caso di partecipazione volontaria di quest'ultimo (nella modalità ad es. dell'istigazione) alla condotta corruttiva, collusiva, minacciosa, ecc. operata del terzo; oppure qualora sia configurabile, a carico del destinatario dell'autorizzazione, un *obbligo di agire per impedire l'"abuso" in questione*²⁰. E analogamente, nel caso in cui il titolare dell'autorizzazione non abbia partecipato materialmente o moralmente alla condotta "abusiva", ma succeda all'autore di quest'ultima, la responsabilità a carico dell'avente causa sembra sorgere non dal momento in cui l'illiceità dell'atto amministrativo diviene per lui nota o conoscibile, bensì dal momento in cui può configurarsi a suo carico l'obbligo di impedire la (prosecuzione dell')attività illecita²¹.

2. (Segue) ... il problema della "collusione": che cos'è e come si prova? Indicazioni normative e giurisprudenziali

Altre rilevanti questioni interpretative riguardano il concetto di collusione²², al quale anche la giurisprudenza e la dottrina nostrane²³ fanno sovente riferimento, come limite allo "scudo protettivo" dell'autorizzazione.

¹⁹ V. HEFENDEHL-HOHMANN, *Münchener Kommentar zum STGB*, München, 2014, 2159.

²⁰ V. ID., *loc. ult. cit.*

²¹ Va dato atto che, sul punto, le opinioni della dottrina tedesca sembrano divergenti: da chi ritiene sufficiente la conoscenza dell'abusività, a chi nega *tout court* la punibilità dell'avente causa, a chi con soluzione per così dire "intermedia" ricostruisce il problema in termini di obbligo d'impedimento. V., anche per ulteriori citazioni, ID., *loc. ult. cit.*, ed in particolare le note 68-69-70.

²² V. MAIWALD, *L'esperienza tedesca*, in CNPDS (Fondazione Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale), Atti del Convegno internazionale *La tutela dell'ambiente tra diritto e procedura penale: equilibri di sistema e spinte riformatrici*, Milano, 21-22/11/2014.

²³ *Ex multis v.* Cass. pen., Sez. III, 9/1/1989, n. 2766, Bisceglia, cit.; più recentemente Cass. pen., Sez. III, 17/7/2012 (ud. 16/2/2012), n. 28545, Cinti, in *Riv. giur. edilizia*, 2012, n. 4. In dottrina, cfr. COCCO, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari, 1996, 305 ss.; MANTOVANI M., *op. cit.*, 184 ss.; NITTI, *op. cit.*, 32.

Se infatti, sotto il profilo penalistico, non sembrano porsi particolari difficoltà nel sostanziare nozioni caratterizzate da una consolidata dimensione di diritto sostanziale, come quelle di violenza, minaccia, falso, corruzione, meno agevole risulta invece la perimetrazione del concetto di “collusione”, dal generico etimo *cum ludere*, lett. “intendersela con altri”.

In un caso-guida affrontato dal *Bundesgerichtshof*²⁴, la collusione viene definita come la cooperazione tra funzionario e privato nella «comune violazione della legge»: nella specie, un pubblico funzionario aveva procurato ad un privato un’autorizzazione per lo scarico di rifiuti invalida dal punto di vista del diritto amministrativo; ed entrambi sono stati ritenuti responsabili del reato ambientale di cui al § 326, Abs. 1, *StGB* – *gestione illecita di rifiuti*, a titolo concorsuale.

Va detto che l’inserimento della “collusione” tra le ipotesi di *abuso del diritto*, nella sezione codicistica dedicata agli eco-reati, e la mancata definizione di tale concetto, sono spesso oggetto di critica da parte della dottrina tedesca²⁵.

Né sembrano apportare significativi miglioramenti, in termini di determinatezza, altre (circon)locuzioni, talvolta utilizzate²⁶, quali «manovra clandestina», oppure «interazione concordata, cospiratoria e pregiudizievole per l’ambiente».

Secondo la dottrina tedesca, ad integrare la collusione non è sufficiente la *consapevolezza*, di entrambi i soggetti coinvolti, dell’illiceità dell’atto amministrativo favorevole, e dunque il frequente (e necessario) rapporto informale di collaborazione reciproca tra funzionario e soggetto istante, che ricorre nel settore ambientale; anche laddove tale rapporto si traduca in un atto amministrativo illecito²⁷.

La dottrina tedesca pare richiedere l’*accordo* tra i due soggetti: da un lato, il funzionario *abusa coscientemente della propria posizione*, al fine di far conseguire al soggetto istante una posizione di vantaggio che supera i limiti di quanto consentito; dall’altro lato, alternativamente, o l’istante è il *promotore* dell’abuso, o *appropria consapevolmente della disponibilità del funzionario, d’intesa con quest’ultimo*²⁸.

Di diverso avviso sembra, invece, parte della giurisprudenza, la

²⁴ BGH, 3/11/1993, 39, 381, in HEFENDEHL-HOHMANN, *Münchener Kommentar zum StGB*, München, 2014, 2157, nota 131.

²⁵ V. HEFENDEHL-HOHMANN, *Münchener Kommentar zum StGB*, München, 2014, 2153 s.

²⁶ V. ID., *op. cit.*, 2157.

²⁷ V. ID., *loc. ult. cit.*, e note 140-141.

²⁸ V. HEFENDEHL-HOHMANN, *op. cit.*, 2157 s.