

VALENTINA CINGANO

Magistrato ordinario

valentina.cingano@giustizia.it

**AMPIEZZA E LIMITI DEL SINDACATO DEL GIUDICE
PENALE SULL'ATTO AMMINISTRATIVO AMPLIATIVO E
SU QUELLO RESTRITTIVO: VIZI MACROSCOPICI ED
ELEMENTO SOGGETTIVO; VIZI NON INVALIDANTI ED
ELEMENTO OGGETTIVO DEL REATO. LA VALUTAZIONE
DELL'ATTO AMMINISTRATIVO DA PARTE DEL GIUDICE
NEL PROCESSO PENALE**

**EXTENT AND LIMITS OF THE CRIMINAL JUDGE'S REVIEW OF
THE ADMINISTRATIVE AND RESTRICTIVE ACT: MACROSCOPIC
DEFECTS AND SUBJECTIVE ELEMENT; NON-INVALIDATING
DEFECTS AND OBJECTIVE ELEMENT OF THE CRIME. THE
EVALUATION OF THE ADMINISTRATIVE ACT BY THE JUDGE IN
THE CRIMINAL PROCESS**

SINTESI

L'indagine è tesa a verificare se il fondamento del sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo, costituente presupposto del reato, muti a seconda della natura dell'atto stesso (se ampliativo della sfera giuridica del privato ovvero restrittivo) e se un eventuale diverso fondamento di tale potere incida sull'ampiezza del sindacato medesimo (limitato alla verifica della sua esistenza ed efficacia, oppure estendendolo a tutti i vizi di cui agli artt. 21-*septies* e 21-*octies* della legge n. 241/1990, ovvero ancora restringendola ad alcuni soltanto di tali vizi, eventualmente connotati da un particolare profilo di macroscopicità). La questione teorica, avente portata generale, è sviluppata prendendosi in specifico esame alcune fattispecie di reato.

ABSTRACT

The paper focuses on the Criminal Judge's review of the Administrative Measure, when this measure is an element of the crime.

The goal is to verify what the foundation of this review is and whether its extent changes depending on the nature of the Administrative measure.

The theoretical issue, which has a general scope, is developed with reference to specific examples.

PAROLE CHIAVE: atto amministrativo - processo penale - sindacato del giudice sul provvedimento - elemento soggettivo ed elemento oggettivo del reato - vizi non invalidanti.

KEYWORDS: Administrative Measure – Criminal Trial – Criminal Judge’s Review of Administrative Measures – Subjective Element of the Offence – Objective Element of the Offence – Not Relevant Defects and Valid Measure.

INDICE: 1. Perimetrazione del campo di indagine. – 2. Individuazione del fondamento del potere del giudice penale di sindacare la validità dell’atto amministrativo. – 2.1. Presupposto del reato tipizzato in relazione ad atti restrittivi esistenti ed anche validi. -

1. Perimetrazione del campo di indagine

In numerose fattispecie di reato, l’atto amministrativo costituisce presupposto positivo o negativo della condotta, a seconda che abbia un effetto ampliativo (come nel caso del permesso di costruire in relazione alle contravvenzioni di cui all’art. 44 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, o alla concessione demaniale in rapporto all’art. 1161 del codice della navigazione) ovvero restringa (come nel caso di un provvedimento impositivo di obblighi, ad esempio in relazione al cd. DASPO urbano di cui all’art. 10 c. 2 del d.l. 20 febbraio 2017, n. 14) la sfera giuridica del privato¹.

1 In ordine al controllo che il giudice penale esercita nei confronti dell’attività amministrativa, cfr. gli studi monografici di T. ALIBRANDI, *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Napoli, 1969; E. CANNADA BARTOLI, *L’inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1959; G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979; C. FRANCHINI, *Il controllo del giudice penale sulla pubblica amministrazione*, Padova, 1998; M. PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, 1980; R. VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1979. In argomento, anche A. ALBAMONTE, *Sindacato del giudice penale in materia di atti amministrativi*, in *Giust. Pen.*, 1975, III, 213; T. ALIBRANDI, *L’atto amministrativo nella fattispecie penale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1970, 764; F. FRANCHINI, *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1957, 337; T. GALLANI, *Sindacato giudiziario sugli atti amministrativi e norme penali*, in *Arch. Pen.*, 1968, I, 301; M. GAMBARDELLA, *Legittimità e merito dell’atto amministrativo nell’abuso d’ufficio*, in *Cass. Pen.*, 1994, 1378; L. MAZZAROLLI, *Attività amministrativa e giustizia penale*, in *Dir. e Soc.*, 1978, 663; C. MIGNONE, *Reato di costruzione abusiva e cosiddetta disapplicazione dei provvedimenti amministrativi di concessione edilizia e di sospensione dei lavori*, in *Dir. Pen. Impresa*, 1988, 50; A. MISIANI, *Il sindacato del giudice penale sull’attività amministrativa*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 1995, 187; R. VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1965, 28.

In questi casi, si verifica una interferenza fra diritto amministrativo e diritto penale, e si pone -quale problema interpretativo- la necessità di determinare se il reato postuli che vi sia un provvedimento esistente ed efficace (a prescindere dalla sua validità) oppure se la tipizzazione legale del reato presupponga l'esistenza di un'ordinanza valida. Tale problema impinge l'individuazione del fondamento e dei limiti del sindacato del giudice penale sulla legittimità dell'atto, nel caso in cui esso non sia stato impugnato di fronte al giudice amministrativo e, nondimeno, sia affetto da vizi di legittimità.

La presente indagine intende verificare se il fondamento del sindacato del giudice penale sull'atto muti a seconda della natura dell'atto stesso (se ampliativo ovvero restrittivo della sfera giuridica del privato) e se un eventuale diverso fondamento di tale potere incida sull'ampiezza del sindacato medesimo (limitato alla verifica della sua esistenza ed efficacia, oppure estendendolo a tutti i vizi di cui agli artt. 21-*septies* e 21-*octies* della legge n. 241/1990, ovvero ancora restringendola ad alcuni soltanto di tali vizi, eventualmente connotati da un particolare profilo di macroscopicità)².

La questione teorica, avente portata generale, sarà sviluppata prendendosi in specifico esame alcune fattispecie di reato, la cui rilevanza deriva dalla frequenza con la quale ricorrono nella prassi giurisdizionale.

2. Individuazione del fondamento del potere del giudice penale di sindacare la validità dell'atto amministrativo

In linea teorica, il potere del giudice penale di verificare la legittimità dell'atto amministrativo rilevante nella fattispecie tipica di reato può ricollegarsi ad un duplice fondamento: o a quello di accertare la tipicità della fattispecie concreta, oppure al generale potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo, che spetta al giudice penale in quanto giudice ordinario, ai sensi de-

² L'indagine vuole anche sottoporre a verifica e sviluppare le linee teoriche sostenute, ormai dieci anni fa, in specifica relazione alla contravvenzione di cui all'art. 255 d. lgs. 152/2006, per cercare anche di estenderle ad altre fattispecie di reato, poco approfondite nella teoria del diritto, ma assai frequenti nella prassi giurisdizionale. Si fa riferimento a *L'inottemperanza al provvedimento amministrativo di rimozione dei rifiuti e i poteri del giudice penale*, in *Diritto Penale e Processo*, 2014, pp. 325 – 338.

gli artt. 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo (l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E)³.

Qualora l'atto amministrativo assuma rilevanza interna al precetto penale quale presupposto del reato, il fondamento del potere di sindacare il provvedimento si può collegare direttamente alla verifica della tipicità della fattispecie concreta ed alla sua corrispondenza alla previsione legislativa.

Sia che l'atto abbia natura restrittiva (come avviene nell'art. 650 c.p., ma anche nell'art. 10 c. 2 d. l. 14/2017 per il DASPO urbano e nell'art. 255, comma terzo, d. lgs. n. 152/2006), sia che l'atto abbia natura ampliativa della sfera giuridica del reato (come avviene nell'art. 44 d.P.R. n. 380/2001 per le contravvenzioni edilizie), il sindacato del giudice su di esso può coincidere con l'ordinaria attività di accertamento degli elementi costitutivi del reato, trovando la propria fonte non negli artt. 4 e 5 citati, ma direttamente nella stessa norma che tipizza il reato (oltre che, in linea generale, nell'art. 2 c.p.).

2.1. Presupposto del reato tipizzato in relazione ad atti restrittivi esistenti ed anche validi

3 I quali stabiliscono che il giudice decide la controversia prescindendo dall'atto amministrativo ritenuto illegittimo (ovvero, non applicandolo). Ne discende che il giudice penale, in quanto giudice ordinario, qualora debba conoscere incidentalmente dell'esistenza di un provvedimento, lo può disapplicare, se lo ritenga illegittimo. In argomento, F. Ancora, *Disapplicazione, abrogazione, non applicazione*, in *Giur. Merito*, 1997, 1, 126; R. BAJNO, *La tutela penale del governo del territorio*, Milano, 1980, 99; F. DELFINO, *Osservazioni in tema di sindacato del giudice penale sull'eccesso di potere*, in *Foro It.*, 1962, II, 328; C. DURIGON, M. Petrelli, *L'invalidità dell'atto amministrativo nel diritto penale*, in *L'invalidità amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, Torino, 2009, 345; T. GALIANI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti del pubblico ufficiale, in riferimento all'art. 323 c.p.*, in *Arch. Pen.*, 1962, I, 443; M. 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, 12, 3551; A. MAESTRONI, *La funzione della disapplicazione dell'atto amministrativo nel giudizio penale in tema di reati venatori*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 1996, 3, 503; M. MINNITI, *Disapplicazione degli atti illegittimi: dagli Ermellini stop al giudice penale*, in *D. e G.*, 2005, 11, 42; G. PAGLIANI, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel giudizio penale*, in *Giur. Merito*, 1998, 6, 1103; R. PANNAIN, *Osservazioni circa il sindacato del giudice penale sulla legittimità di un atto amministrativo*, in *Arch. Pen.*, 1964, II, 510; A. ROMANO, *La giurisdizione amministrativa e i limiti alla giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975; C. SANTONRIELLO, *La riserva di legge in materia penale fra sufficiente determinatezza legale e disapplicazione del provvedimento amministrativo*, in *Giur. It.*, 1993, 12; M. Siniscalco, *Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, 668; P. TANDA, *Giudice penale e disapplicazione*, in *Cass. Pen.*, 1998, 11, 2950; A. TRIPODI, *La disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice penale. Profili costituzionali*, in *Foro Amm. CDS*, 2010, 9, 2017; B. TONOLETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 76; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 2003.

Deve aggiungersi che, per quanto concerne gli atti-presupposto che restringono la sfera giuridica del privato, non paiono derivare conseguenze pratiche dalla diversa individuazione del fondamento del sindacato del giudice penale sull'atto, qualora il legislatore abbia espressamente codificato la legittimità dell'atto presupposto (come avviene, ad esempio, in rapporto all'art. 650 c.p., ove è sanzionata l'inottemperanza ad un provvedimento «*legalmente dato*»).

Se infatti nel reato, per come legislativamente tipizzato, il presupposto della condotta è costituito dalla violazione di un valido provvedimento che impone obblighi al privato, quale delle due teorie si segua (della tipicità ovvero della disapplicazione), la conclusione è che il giudice penale deve assolvere l'imputato se riscontri un vizio di legittimità dell'atto.

Il diverso fondamento del potere del giudice non deve riflettersi nemmeno sull'ampiezza del sindacato (con sua estensione a tutti i vizi di legittimità dell'atto e con il solo limite del vizio di merito o del giudicato amministrativo⁴, senza restrizione ad alcuni soltanto di tali vizi).

Qualora, poi, il precetto penale non preveda espressamente che il reato sussiste a condizione che l'atto violato sia legittimo, sembra comunque preferibile ritenere che il requisito della legittimità debba considerarsi implicito nel precetto, nel senso che il comportamento di inosservanza dell'atto amministrativo presupposto è penalmente sanzionabile a condizione che l'atto sia valido, in quanto privo di vizi.

⁴ Cass. pen., Sez. III, 29 marzo 2022, n. 11316. La Corte ha chiarito il rapporto che intercorre tra il giudicato amministrativo e i poteri del giudice penale in ordine alla valutazione della legittimità dei provvedimenti amministrativi che costituiscono il presupposto di un illecito penale, osservando che il carattere autonomo della giurisdizione penale rispetto a quella amministrativa e l'assoluta rilevanza ed inderogabilità del potere del giudice ordinario di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo (o di verificare l'integrazione di elementi normativi della fattispecie) radicano l'effetto preclusivo esclusivamente con riferimento ad un provvedimento giurisdizionale del giudice amministrativo passato in giudicato, nella misura in cui detto provvedimento abbia espressamente esaminato lo specifico profilo di illegittimità dell'atto fatto valere, incidentalmente, in sede penale, dovendo altrimenti ritenersi che la preclusione del cosiddetto giudicato amministrativo si estende esclusivamente alle questioni che siano state dedotte ed effettivamente decise e non anche a quelle deducibili e non esaminate.

Ciò non solo perché si possa ritenere che, nel linguaggio del legislatore penale, l'utilizzo del termine *atto amministrativo* o *provvedimento* o *ordinanza* o *permesso* sottintenda sia il concetto di atto esistente sia quello di atto valido, ma anche in quanto il rinvio a categorie dogmatiche proprie del diritto amministrativo (qual è la nozione di provvedimento) implichi che il precetto (come norma penale in bianco) rinvii a dati prescrittivi di fonte extra-penale che integrano il precetto medesimo.

Se si accede a tale ottica, ogni atto o provvedimento amministrativo (anche se richiamato dal precetto penale) per essere tale deve essere stato adottato nel rispetto delle regole dettate dalla legge n. 7 agosto 1990, n. 241 (oltre che, eventualmente, a quelle speciali che regolino il settore di riferimento, come ad esempio avviene per l'art. 255 d. lgs. n. 152/2006 in rapporto alla violazione dell'ordinanza adottata ai sensi dell'art. 192 del medesimo decreto legislativo; oppure anche nel reato previsto dall'art. 76, comma 3 del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, in rapporto alla violazione del foglio di via emesso dal Questore).

Un provvedimento illegittimo, di conseguenza, non integra il precetto penale.

Dovendosi applicare le categorie proprie del diritto amministrativo, si deve ritenere che il legislatore abbia affidato all'amministrazione pubblica la tutela dello specifico interesse pubblico nelle forme prescritte dalla legge, che ne vincolano il potere in forza del principio di legalità.

Il giudice penale ha così il potere (ed il dovere) di verificare la legittimità dell'atto al fine di accertare se il reato sussiste, esercitando un sindacato sulla tipicità della fattispecie per appurare se vi sia corrispondenza fra la condotta del reo e quanto previsto dalla norma penale.

In conclusione, la legittimità dell'atto costituisce un presupposto di rilevanza penale della condotta anche se non prevista in modo esplicito dal precetto (che non richieda espressamente che l'atto sia legalmente dato), e quindi

pure in modo implicito (desumendosi dalla considerazione complessiva della fattispecie legale).

Nell'uno come nell'altro caso il giudice, per verificare la rilevanza penale della condotta, deve accertare l'avvenuta violazione delle prescrizioni contenute in un provvedimento (restrittivo) legalmente adottato.

Una chiosa aggiuntiva.

Anche se l'orientamento interpretativo prevalente sopra richiamato sembra affermare che, nel caso di atto amministrativo con rilevanza interna al precetto penale, quale presupposto del reato, il fondamento del potere di sindacare il provvedimento si colleghi direttamente alla verifica della tipicità della fattispecie concreta ed alla sua corrispondenza alla previsione legislativa, deve osservarsi che -nel caso di provvedimenti restrittivi- non paiono comunque esservi ostacoli a collegare il sindacato sulla legittimità dell'atto all'art. 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Con la conseguenza che il giudice (anche penale) applica l'atto solo se valido. Per questa tipologia di reati, infatti, la disapplicazione opera con effetti favorevoli al reo (e non sfavorevoli, come invece avverrebbe in rapporto agli abusi edilizi, come subito si verificherebbe).

Così, ad esempio, con riguardo al reato di cui all'art. 76 c. 3 del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 59, consistente nell'inottemperanza al provvedimento del Questore di allontanamento dal territorio comunale (cd. foglio di via), la giurisprudenza ha ribadito la sindacabilità dell'atto in sede penale, in *bonam partem* ed in vista della disapplicazione del provvedimento illegittimo alle cui disposizioni imperative l'imputato non abbia ottemperato, precisando letteralmente che «*il potere di sindacato e di disapplicazione da parte del giudice penale dell'atto amministrativo, anche nel caso in cui esso non comporti una lesione di diritti soggettivi, può trovare fondamento e giustificazione in una esplicita previsione legislativa (come ad esempio avviene con il disposto dell'art. 650 c.p.), ovvero nell'ambito di interpretazione della norma penale, qualora*

la legittimità dell'atto amministrativo si presenti essa stessa come elemento essenziale della fattispecie criminosa»⁵.

Quale che sia il fondamento del potere, ciò che -a parere di chi scrive ri-leva- è la conclusione: ovverosia che al giudice penale sia riconosciuto il potere di verificare non solo l'esistenza dell'atto, ma anche di sindacarne la validità.

2.2. Sindacato sulla tipicità ed atti presupposto ampliativi

Per quanto concerne, invece, gli atti che ampliano la sfera giuridica del privato (come avviene nei reati edilizi e, in particolare, per l'art. 44 del d.P.R. n. 380/2001, ai sensi del quale costituisce contravvenzione la costruzione eseguita in assenza di un permesso di costruire), il fondamento del sindacato del giudice penale sull'atto non può collegarsi agli artt. 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, ma può derivare soltanto dalla verifica sulla tipicità della fattispecie. Se presupposto del reato è un atto ampliativo della sfera giuridica del privato (come nel caso del permesso di costruire, che rimuove un limite all'esercizio del diritto di costruire), la disapplicazione dell'atto determinerebbe effetti *in malam partem*⁶, perché -non applicandosi un titolo esistente ma viziato- si riterrebbe integrato l'elemento oggettivo del reato⁷.

5 Cass. pen., Sez. I, 22 aprile 2022, n. 15698.

6 Proprio sulla base di questa considerazione, le Sezioni Unite (sentenza 31 gennaio 1987, Giordano) avevano affermato, sempre in materia di reati edilizi, che l'equiparazione, agli effetti penali, dell'opera edilizia eseguita con concessione illegittima all'opera eseguita in assenza di concessione non fosse giuridicamente corretta, sia per la non attribuzione al giudice ordinario di un potere generalizzato di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi, sia per l'attinenza del relativo potere ai soli atti incidenti negativamente sui diritti soggettivi dei privati, con esclusione quindi delle autorizzazioni e concessioni. Invece, nella sentenza Borgia del 1993, la Suprema Corte ha ritenuto che l'accertamento del giudice penale, nella materia degli abusi edilizi, consiste nel procedere ad esatta e concreta verifica tra l'opera e la fattispecie legale, quale descrittivamente risulta dalle norme urbanistiche extra-penali che integrano il precetto, sicché gli strumenti normativi urbanistici costituiscono l'organico parametro per accertare la liceità o meno dell'opera edilizia. La concessione edilizia, nei limiti del suo contenuto provvedimentale di esternazione formale dell'assenso comunale a costruire, integra la fattispecie penale in esame, in vista della salvaguardia dell'interesse tutelato. Al giudice penale non è affidato, in definitiva, alcun c.d. sindacato sull'atto amministrativo, 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 extra-penale suddetti convergono organicamente, assumendo un significato descrittivo.

7 L'eventuale illegittimità del permesso di costruire accertata dal giudice penale, rilevante ai fini della sussistenza dell'elemento oggettivo del reato, può essere valutata per escludere l'elemento

Rispetto ai reati nei quali presupposto della condotta sia l'esistenza di un atto ampliativo, pertanto, il sindacato del giudice penale non può fondarsi sul potere di disapplicazione (il cui esercizio determinerebbe effetti *contra reum*), perché l'art. 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo prevede la non applicazione dell'atto solo a tutela del diritto soggettivo: la disapplicazione in argomento è consentita solo per gli atti incidenti negativamente sui diritti soggettivi (ad esempio quelli impositivi di obblighi), con esclusione degli atti amministrativi che rimuovono un ostacolo al loro libero esercizio (nulla osta, autorizzazioni) o addirittura li costituiscono (concessioni, permessi).

In questa tipologia di reati (nei quali la rilevanza penale della condotta deve essere valutata rispetto ad un atto ampliativo), il fondamento del potere di controllo sull'atto amministrativo presupposto non può che derivare dalla formulazione del precetto penale: è nel verificare la tipicità della fattispecie che il giudice deve svolgere un sindacato sull'atto.

Di qui la rilevanza di stabilire se il precetto richieda la sola esistenza del provvedimento o presupponga pure la validità dell'atto; solo in questo secondo caso, infatti, il giudice potrebbe verificare l'eventuale presenza di vizi.

Ribadito quindi che attribuire rilevanza anche alla validità dell'atto (oltre che alla sua esistenza), implica ritenere integrato il precetto (almeno sotto il profilo oggettivo⁸) nel caso di atto esistente ma invalido (con conseguente estensione dell'area di rilevanza oggettiva del precetto), deve osservarsi che è rispetto agli abusi edilizi che la giurisprudenza si è a fondo interrogata sull'equi-

soggettivo del reato, qualora in concreto emerga la buona fede del privato (il quale ha realizzato l'opera edilizia dopo il rilascio di un titolo abilitativo, seppure illegittimo).

8 E ciò in quanto, se a fronte di un atto illegittimo può ritenersi integrato l'elemento oggettivo del reato, potrebbe poi doversi escludere la sussistenza dell'elemento soggettivo, qualora si accerti il legittimo affidamento del cittadino nell'esercizio legittimo del potere da parte della pubblica amministrazione (ma non nei casi in cui sia invece dimostrata la consapevolezza, se non il concorso, nell'illecito da parte del cittadino beneficiario dell'esercizio di potere, potendosi desumere la sussistenza dell'elemento psicologico anche dall'essere stato il provvedimento rilasciato da organo assolutamente privo del potere di provvedere ovvero nel caso di atto giuridicamente inesistente o illecito, ovvero nei casi di illegittimità dell'atto amministrativo "macroscopiche" o "eclatanti").

parabilità del permesso esistente a quello valido, per stabilire se anche la costruzione sorretta da un titolo esistente ma viziato costituisca reato.

2.3. In particolare, nei reati edilizi

La questione del sindacato del giudice penale sul provvedimento amministrativo che rappresenti elemento costitutivo del reato urbanistico si è infatti inizialmente posta con riguardo alla contravvenzione di costruzione in assenza di concessione edilizia, un tempo prevista dalla legge 28 gennaio 1977, n. 10, art. 17, lett. b, (c.d. legge Bucalossi), successivamente inserita nella legge 28 febbraio 1985, n. 47, art. 20, comma 1, (c.d. legge sul condono edilizio) e poi confluita nel d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 44, comma 1, (c.d. testo unico in materia edilizia).

L'art. 44 citato punisce oggi le attività di trasformazione del territorio eseguite in assenza di permesso di costruire o in assenza dello stesso (lett. b), anche in caso di lottizzazione abusiva o nel caso di interventi edilizi in zone sottoposte a vincolo (lett. c), nonché con inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dal testo unico, dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal permesso di costruire stesso (lett. a).

L'art. 44, lett. b), del d.P.R. n. 380/2001, in particolare, così come le previgenti norme di analogo contenuto, prevede la responsabilità penale per il caso di «*esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso [...]*» e non contempla l'ipotesi di un'opera realizzata in base ad un permesso esistente, ma illegittimo.

Poiché la disposizione penale tipizza la fattispecie contravvenzionale in rapporto all'assenza del titolo, è necessario verificare se integri il precetto (almeno sotto il profilo della sussistenza dell'elemento oggettivo del reato) anche l'attività edilizia posta in essere in forza di un titolo invalido (la cui illegittimità sia accertata in via incidentale dal giudice penale).

Si tratta quindi di verificare se l'attività eseguita in conformità ad un permesso illegittimo sia equiparabile (sotto il profilo della rilevanza penale della condotta) a quella posta in essere in totale assenza di titolo.

Se la giurisprudenza non ha mai avuto dubbi nel ritenere il reato di costruzione *sine titolo* punito ai sensi della fattispecie incriminatrice quando vi sia un titolo abilitativo inefficace (ad esempio, quando i lavori siano stati eseguiti una volta decorsi i termini di efficacia del permesso di costruire)⁹, vi sono state iniziali incertezze su quale sorte il diritto penale riservi a chi costruisca in base ad un provvedimento amministrativo illegittimo.

Il provvedimento illegittimo perché affetto da uno dei tradizionali vizi dell'atto (incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere) è infatti efficace sino a che l'atto non sia annullato.

Diverso, invece, è il problema della sindacabilità del titolo ritenuto illegittimo da parte del giudice penale e delle conseguenze ai fini dell'integrazione dei reati urbanistici, con riguardo alla equiparabilità fra assenza di titolo e illegittimità dello stesso (con la conseguenza di poter ritenere responsabili del reato di costruzione abusiva coloro che avessero chiesto ed ottenuto il titolo confidando nella legittimità dell'operato degli organi comunali), senza che però si ravvisi una violazione del principio di tassatività della legge penale.

L'orientamento che si è consolidato a partire dalla decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, 12 novembre 1993, n. 11635, Borgia, dà risposta affermativa al quesito, collegando il potere del giudice penale di sindacare la validità del provvedimento non al potere di disapplicazione, bensì alla verifica della tipicità della fattispecie, con l'obiettivo di garantire la tutela del bene sostanziale protetto dalla norma, legato al rispetto delle norme e degli strumenti urbanistici¹⁰.

⁹ In argomento, Cass., Sez. III, 21 settembre 2018, n. 56678.

¹⁰ Sull'argomento sono intervenute, in due diverse occasioni, le Sezioni Unite della Corte con le già richiamate sentenze "Giordano" (ss. uu., n. 3 del 31/1/1987, Giordano) e "Borgia" (ss. uu., n. 11635 del 12/11/1993, Borgia ed altri). Con la prima si escludeva che il giudice penale avesse, in base a quanto disposto dalla L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, artt. 4 e 5 il potere di disapplicare gli atti amministrativi illegittimi che non comportano una lesione dei diritti sogget-

La giurisprudenza successiva ha così ribadito che la non conformità dell'atto amministrativo alla normativa che ne regola l'emanazione, alle disposizioni legislative statali e regionali in materia urbanistico-edilizia e alle previsioni degli strumenti urbanistici può essere rilevata non soltanto se l'atto sia illecito, e cioè frutto di attività criminosa, ma anche nell'ipotesi in cui l'emanazione dell'atto medesimo sia espressamente vietata in mancanza delle condizioni previste dalla legge o nel caso di mancato rispetto delle norme che regolano l'esercizio del potere. Il giudice ordinario non interferisce con la giurisdizione amministrativa, né tantomeno se l'appropria, quando accerta la sussistenza di fattispecie penali, che possono sussistere anche in presenza di atti amministrativi illegittimi e non illeciti, come avviene a proposito dei reati edilizi qualora il titolo

tivi, ma rinnovano un ostacolo al loro libero esercizio (nulla osta, autorizzazioni) o addirittura li costituiscono, a meno che tale potere non trovi fondamento e giustificazione o in una esplicita previsione legislativa, ovvero, nell'ambito dell'interpretazione della norma penale qualora l'illegittimità dell'atto amministrativo si presenti essa stessa come elemento essenziale della fattispecie criminosa. Si giungeva, così, alla conclusione che il reato di costruzione in assenza della concessione non fosse configurabile nel caso di illegittima concessione rilasciata prima dello inizio dei lavori, rilevando che si verterebbe, invece, in ipotesi di assenza dell'atto non solo quando l'atto in questione sia stato emesso da organo assolutamente privo del potere di provvedere, ma anche qualora il provvedimento 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. La seconda sentenza (Borgia) chiariva che il reato era configurabile nel caso di realizzazione di opere di trasformazione del territorio in violazione del parametro di legalità urbanistica ed edilizia, costituito dalle prescrizioni della concessione edilizia, richiamata dalla norma penale ad integrazione descrittiva della fattispecie penale, nonché dalle prescrizioni degli strumenti urbanistici e dei regolamenti edilizi, ed, in quanto applicabili, da quelle della stessa legge. Date tali premesse, si escludeva che, sussistendo difformità dell'opera edilizia rispetto agli strumenti normativi urbanistici, ovvero alle norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale, il giudice penale dovrebbe comunque concludere per la mancanza di illiceità penale nel caso in cui sia stata rilasciata la concessione edilizia, osservando che la concessione non è idonea a definire esaurientemente lo statuto urbanistico ed edilizio dell'opera *realizzanda* senza rinviare al quadro delle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle rappresentazioni grafiche del progetto approvato, con la conseguenza che, in tali ipotesi, non si configura una non consentita "disapplicazione" da parte del giudice penale dell'atto amministrativo concessorio, bensì l'esercizio, da parte del giudice penale, della potestà, attribuitagli dalla legge, di procedere ad un'identificazione in concreto della fattispecie sanzionata. Il principio è stato ribadito dalle stesse Sezioni Unite con riferimento alla lottizzazione abusiva (ss. uu, n. 5115 del 28/11/2001, Salvini). In dottrina, B. GRAZIOSI, *Il paradigma positivo della lottizzazione abusiva e i nuovi confini della pianificazione urbanistica*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 5, 562.

abilitativo costituisca esercizio del potere in violazione della normativa che lo disciplina sul piano sostanziale¹¹.

Nell'ipotesi in cui si edifichi con permesso di costruire illegittimo, non rileva quindi la disapplicazione di un atto amministrativo, in quanto la questione riguarda, piuttosto, il potere di accertamento del giudice penale dinanzi ad un provvedimento che costituisce presupposto o elemento costitutivo di un reato. In questi casi, non si tratta né di applicabilità, né di inapplicabilità dell'atto amministrativo, ma semplicemente di verifica dei requisiti che il provvedimento deve presentare ai fini dell'integrazione del fatto penalmente rilevante¹².

Deve aggiungersi che, in tema di violazioni urbanistiche, l'interesse protetto non è quello del rispetto delle prerogative della pubblica amministrazione nel controllo dell'attività edilizia e perciò della regolarità delle procedure di rilascio dei titoli abilitativi, 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 reato. Qualora infatti emerga una difformità tra la normativa urbanistica ed edilizia e l'intervento realizzato, per il quale sia stato rilasciato un titolo abilitativo, il giudice penale è in ogni caso tenuto a verificare incidentalmente la legittimità di quest'ultimo, senza che ciò comporti la sua eventuale di-

11 In questo senso, cfr. Cass. pen., Sez. III, 5 marzo 2014, n. 13986 e, in dottrina, A. SCARCELLA, *Sindacabile in sede penale l'atto amministrativo non soltanto se illecito, ma anche se illegittimo*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 6, 728. Sull'accertamento dei profili di illegittimità sostanziale cfr. ancora Cass., Sez. III, 21 marzo 2006 n. 21487, sulla cui linea si colloca la già citata Cass. pen., Sez. III, 14 maggio 2013 n. 37847.

12 Cass. pen., Sez. III, 19 aprile 2022, n. 14977. In tale ambito l'individuazione dell'interesse tutelato dalle norme penali urbanistiche non serve per attribuire tipicità ad un fatto di reato che sia privo di tale indefettibile connotato, la qual cosa sarebbe giuridicamente impraticabile, ma svolge piuttosto la funzione di attribuire l'esatto significato all'elemento normativo delineato nella fattispecie incriminatrice di riferimento e che, in quanto tale, è ricompreso nella tipicità del fatto, dovendo ritenersi compreso nel tipo e, dunque, nel controllo, tutto ciò che, al di là della lettera della legge, sia imposto dalla immancabile funzione interpretativa, anche estensiva, della disposizione penale che va condotta alla luce del bene giuridico tutelato, della *ratio* della norma e di ogni altro elemento ricavabile dal sistema per ricostruire l'intenzione del legislatore, sicché il giudice penale deve verificare, al fine di ritenere sussistente o meno il reato, tutto ciò che nella descrizione delle varie fattispecie penali, sia stato indicato, esplicitamente o implicitamente, come rilevante (Cass. pen., Sez. III, 30 ottobre 2018, n. 49687).

sapplicazione, 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 realizzata¹³. Non sussiste l'esercizio di una potestà riservata agli organi dell'amministrazione allorché il giudice ordinario, nella specie penale, sia chiamato a verificare incidentalmente la legittimità dell'atto amministrativo, estrinsecandosi infatti tale potestà nel consentito controllo della legittimità di un atto, che costituisce un elemento costitutivo o un presupposto del reato. Di contro, l'esercizio di una potestà riservata agli organi dell'amministrazione si realizzerebbe se il giudice con il provvedimento impugnato abbia usurpato poteri amministrativi (ad esempio, annullando o revocando un atto amministrativo) e, cioè, abbia esercitato una potestà tipica spettante all'amministrazione.

3. Vizi di legittimità sindacabili in via incidentale dal giudice penale

A parere di chi scrive, quale che sia il fondamento del sindacato del giudice penale sull'atto (che si basi sull'art. 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo ovvero sulla verifica di tipicità della fattispecie), deve ritenersi che il sindacato sull'atto (se restrittivo, ma anche se ampliativo) assuma la medesima ampiezza e non sia limitato alla sola esistenza ed efficacia dell'atto, ma si estenda alla verifica circa la sua legittimità, in applicazione degli articoli 21 *septies* e 21 *octies* della legge n. 241/1990 (in assenza di previsioni legislative espresse in senso contrario).

Circa l'individuazione dei vizi sindacabili, i vizi di legittimità emergono dall'applicazione della legge generale sul procedimento amministrativo (legge n. 241/1990). Tale norma ha natura sostanziale nella parte in cui individua i vizi del provvedimento; il capo IV-*bis*, in particolare, nel disciplinare i vizi di legittimità, individua sia le cause che determinano la nullità dell'atto amministrativo

13 Cass. pen. Sez. III, 29 marzo 2022, n. 11303, che richiama Cass. pen., Sez. III, 16 giugno 2015, n. 36366.

(mancanza di un elemento essenziale, difetto di attribuzione, violazione o elusione del giudicato, altre ipotesi previste dalla legge) sia quelle che lo rendono annullabile (violazione di legge, incompetenza relativa, eccesso di potere).

Possono assumere rilevanza, eventualmente, anche le leggi speciali che regolino l'adozione del singolo atto. Così, ad esempio, in rapporto all'art. 255 d. lgs. n. 152/2006, che sanziona l'inottemperanza all'ordinanza sindacale che ordini la rimozione dei rifiuti, l'art. 192 si configura quale norma che integra il precetto e, allo stesso tempo, riempie di contenuti le previsioni di cui agli art. 21-*septies* e 21-*octies*, perché dettaglia l'*iter* procedimentale per adottare l'ordinanza di rimozione dei rifiuti e il contenuto della stessa. Ne discende che il giudice penale deve verificare se l'ordinanza sia nulla o annullabile, in quanto l'inottemperanza a un ordine di rimozione illegittimo non costituisce reato. E tale conclusione è sostenibile sia che il fondamento del sindacato del giudice discenda dalla verifica della tipicità della fattispecie (perché in forza del combinato disposto degli artt. 255.3 e 192 d. lgs. n. 152/2006 si può sostenere che la legittimità è presupposto implicito della contravvenzione) sia che derivi dall'art. 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo (per il quale il giudice non applica l'atto invalido).

Il giudice (anche penale) non può considerare rilevanti solo alcuni vizi di legittimità dell'atto, ma deve valutarli tutti (potendo eventualmente escludere, in concreto, la rilevanza di alcuni e, in particolare, di quelli inerenti alla forma ed al procedimento, se privi di ricadute sul diritto sostanziale e sul bene strumentale).

3.1. ... nel caso di atto ampliativo (in materia edilizia)

Nel caso di atti ampliativi, deve essere affermata la pienezza del sindacato sulla legittimità dell'atto presupposto.

In materia di reati edilizi, tale principio viene ribadita in numerose pronunce, anche se non mancano di emergere incertezze interpretative.

Con riguardo ai reati edilizi, una volta identificato il fondamento del potere del giudice penale sull'atto, l'attenzione della giurisprudenza si è spostata sulla natura del vizio sindacabile.

In modo univoco, è stato ritenuto ammissibile il sindacato sull'atto amministrativo quando questo sia del tutto mancante dei requisiti di forma e di sostanza o inesistente per carenza di potere, perché emesso da un organo assolutamente privo di potere, oppure frutto di attività criminosa da parte del soggetto pubblico che lo ha adottato o di quello privato che lo ha conseguito.

Non sorgono infatti dubbi circa la conformità al canone inviolabile di tassatività della fattispecie punitiva quando l'illegittimità dell'atto amministrativo sia tale da eliminare radicalmente la sua attitudine a conseguire l'effetto per il quale è dato all'autorità competente la facoltà di emetterlo, se esso debba considerarsi giuridicamente *tamquam non esset*, il che si verifica quando il titolo sia frutto dell'attività criminosa del soggetto pubblico che la rilascia o del soggetto privato che la consegue o per concorso di entrambi¹⁴.

Si distingueva, pertanto, fra illegittimità e inesistenza per illiceità, affermandosi solo in tale seconda ipotesi la responsabilità per il reato di costruzione senza titolo. Alcune pronunce escludevano il sindacato del giudice penale nel caso di mancato rispetto delle norme che regolano l'esercizio del potere, pure sussistente, di emettere il provvedimento¹⁵: in tal caso l'atto è stato ritenuto soltanto espressione dell'esercizio abusivo, distorto o genericamente illegittimo di un potere tuttavia esistente, mentre soltanto se frutto di attività criminosa potrebbe essere disapplicato da parte del giudice ordinario¹⁶.

14 Cass., Sez. III, 10 gennaio 1984, n. 2168.

15 Cass., Sez. IV, 17 settembre 2008, n. 38824. In senso analogo, Cass. pen., Sez. III, 21 gennaio 1993, n. 1595 aveva puntualizzato che la maggiore o minore discrezionalità attiene all'esercizio del potere, che, se male gestito, determina l'insorgere di vizi ed ipotesi di annullabilità; ne consegue che il sindacato del giudice penale è possibile nell'ipotesi di inesistenza del potere, che si configura, allorché l'emanazione dell'atto sia espressamente vietata in mancanza delle condizioni formali e sostanziali, previste dalla legge; mentre detto sindacato non sarebbe consentito nell'ipotesi di mancato rispetto delle norme, che, regolando l'esercizio del potere, determinano solo invalidità.

16 Cass., Sez. III, 16 marzo 2018 n. 18530. Nell'enunciare il suddetto principio, la Corte ha rigettato il ricorso avverso l'ordinanza confermativa del sequestro preventivo di area demaniale

Un diverso (e preferibile) orientamento interpretativo, riaffermato in modo organico dalla Suprema Corte, afferma invece che il sindacato del giudice penale debba svilupparsi sulla legittimità dell'atto amministrativo.

Privilegiandosi una concezione sostanziale dell'interesse protetto dai reati urbanistici (rispetto ad una meramente formale che individui l'interesse tutelato nella necessità di sottoporre l'attività edilizia al preventivo controllo della pubblica amministrazione), l'oggetto della tutela penale si identifica nel bene strumentale del controllo e della disciplina degli usi del territorio. È il territorio che costituisce il bene oggetto della tutela. E tale bene può essere pregiudicato da ogni condotta che produca alterazioni in danno del benessere complessivo della collettività e delle sue attività, il cui parametro di legalità è dato dalla disciplina degli strumenti urbanistici e dalla normativa vigente¹⁷. Il bene tutelato dalle norme incriminatrici è la salvaguardia degli usi pubblici e sociali del territorio regolati dagli strumenti urbanistici.

Ne segue che il giudice penale deve sindacare la legittimità del provvedimento, senza che tale sindacato sia limitato alla cd. macroscopicità del vizio.

Il giudice penale, nel valutare la sussistenza o meno della liceità di un intervento edilizio, deve verificarne la conformità a tutti i parametri di legalità fissati dalla legge, dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dalla concessione edificatoria. La conformità della costruzione e del titolo alla normativa urbanistica è elemento costitutivo o normativo dei reati contemplati dal t.u. edilizia, stante la individuazione del parametro di legalità urbanistica ed edilizia quale ulteriore interesse protetto dalle disposizioni in questione¹⁸.

La pienezza del sindacato sulla legittimità dell'atto è stata affermata anche con riferimento al sindacato del giudice dell'esecuzione penale, a cui sia ri-

abusivamente occupata in assenza di concessione, in quanto scaduta e non rinnovata, con cui si allegava l'insussistenza di un interesse pubblico allo sgombero, in considerazione dell'illegittimità dell'esercizio della discrezionalità amministrativa nell'assegnazione delle aree demaniali, oggetto di impugnazione avanti al T.A.R.

17 Cass. ss. uu. n. 11635/1993, Borgia, cit. e, di recente, Cass. ss. uu. n. 56678/2018, cit. Cfr. anche Cass., Sez. III, 13 luglio 2017, n. 46477; id., Sez. III, 21 marzo 2006, n. 21487.

18 In questo senso, cfr. Cass. pen., Sez. III, 18 dicembre 2002, n. 4877

chiesto di revocare l'ordine di demolizione di manufatto abusivo in ragione di sopravvenuto provvedimento di condono. La giurisprudenza ha ritenuto che il giudice abbia il potere di sindacare detto atto concessorio, disapplicandolo ove lo stesso sia stato emesso in assenza delle condizioni formali e sostanziali di legge previste per la sua esistenza¹⁹. In particolare, ai fini della revoca dell'ordine di demolizione di un immobile oggetto di condono edilizio, il giudice dell'esecuzione deve verificare la legittimità del sopravvenuto atto concessorio, sotto il profilo della sussistenza dei presupposti per la sua emanazione, dovendo in particolare verificare la disciplina normativa applicabile, la legittimazione di colui che abbia ottenuto il titolo in sanatoria, la tempestività della domanda, il rispetto dei requisiti strutturali e temporali per la sanabilità dell'opera e, ove l'immobile edificato ricada in zona vincolata, il tipo di vincolo esistente nonché la sussistenza dei requisiti volumetrici o di destinazione assentibili²⁰.

Sono però necessarie due precisazioni, per quanto concerne l'accertamento dell'elemento soggettivo e la rilevanza dei vizi di forma.

3.1.1. Estensione del sindacato e rilevanza oggettiva del vizio di legittimità

In primo luogo, di fatto, la risposta repressiva (e, quindi, l'affermazione di responsabile penale) potrà risultare limitata alle sole ipotesi di illegittimità macroscopica.

Tale conclusione, però, deriva non dalla limitazione dell'ampiezza del sindacato esercitabile dal giudice penale sui vizi di legittimità dell'atto, quanto piuttosto dalla rilevanza psicologica del vizio, che può circoscrivere la punibilità ai soli casi di vizi macroscopici.

19 Cass. pen., Sez. III, 17 marzo 2009, n. 25485; id., Sez. 3, 25 novembre 2004, n. 1104.

20 Cass. pen. Sez. III, 2 febbraio 2022, n. 3717: *“nel caso in esame, quindi, non vi è stato alcun esercizio, da parte del giudice penale, di una potestà riservata a un organo amministrativo, posto che il giudice dell'esecuzione deve valutare l'atto concessione e, dove, alla luce di elementi certi e puntuali, come quelli ravvisati nel caso in esame, lo ritenga illegittimo in quanto emesso in assenza delle condizioni formali e sostanziali previsti dalla legge per la sua esistenza, è tenuto a disapplicarlo, come correttamente avvenuto nel caso di specie”*. Nello stesso senso, Cass. Sez. III, 22 maggio 2019, n. 37470.

In altre parole «il giudice può eseguire la verifica della legittimità dell'atto, restringendo il magistero repressivo al solo caso in cui questa illegittimità risulti in modo eclatante e sia tale da non sfuggire ad un soggetto normalmente informato a livelli minimi di conoscenza normativa»²¹.

Valorizzandosi, dunque, la necessità di dare alle norme incriminatrici un'interpretazione teleologicamente orientata in funzione del bene penalmente protetto, si riconosce al giudice penale il potere-dovere di valutare la conformità al modello legale del titolo edilizio (apparentemente) formatosi in relazione ad un'attività di trasformazione del suolo per poter affermare che questa si sia svolta in forza del necessario presupposto di legalità sostanziale.

La macroscopicità del vizio che connota il titolo apparentemente diventa suscettibile d'incidere esclusivamente sul piano della valutazione dell'elemento soggettivo di fattispecie²². La macroscopicità del vizio quindi non limita l'estensione del sindacato, ma consente di verificare la sussistenza del dolo o della colpa, rappresentando un significativo indice sintomatico della sussistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito²³.

3.1.2. Estensione del sindacato e rilevanza dei vizi procedimentali e di forma (nei reati edilizi)

Sotto un secondo profilo, i vizi cd. procedimentali (seppure sindacabili) potrebbero di fatto risultare irrilevanti (anche sotto il profilo del sindacato sulla tipicità oggettiva) in quanto non incidenti sul bene strumentale.

Si deve verificare, a questo punto, come incida sul sindacato del giudice penale il fatto che il provvedimento amministrativo (ampliativo) sia affetto da un vizio di forma o di procedimento. E, quindi, se (nel caso di provvedimento

21 Cass. pen., Sez. III, 28 ottobre 1997, n. 11988, in *Dir. Pen. e Processo*, 1998, 12, 1542, con nota di P. M. VIPIANA, *Concessione edilizia illegittima: i poteri del giudice penale*. In termini, Cass. pen., Sez. III, 28 novembre 1997, n. 2906.

22 In motivazione, Cass. pen., Sez. III, del 21 marzo 2006, n. 21487.

23 Cass. pen., Sez. III, 13 giugno 2019, n. 37475: la Corte ha ritenuto che le plurime violazioni degli strumenti urbanistici possono essere valutate, in concreto, quale indice di carenza di buona fede. Cfr. anche Cass., Sez. III, 21 settembre 2018, n. 56678.

ampliativo) il reato sia integrato anche nel caso in cui l'atto sia affetto da vizio di forma o di procedimento.

La questione è complessa sotto i profili processuale e sostanziale, e coinvolge l'applicabilità al processo penale dell'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990, ai sensi del quale i vizi di forma o di procedimento non invalidano l'atto, qualora non incidano sul suo contenuto.

La recente giurisprudenza penale ha ritenuto che non è sufficiente la mera deduzione dell'omessa comunicazione dell'avvio del relativo procedimento, essendo, piuttosto, necessario prospettare l'incidenza di tale omissione sulla tutela dei diritti soggettivi interessati dall'atto che si assume illegittimo, nel senso che essa abbia impedito di rappresentare nella sede amministrativa competente circostanze in grado di rilevare sul corretto esercizio, oggettivo o soggettivo, del potere. Tale conclusione può essere sostenuta non tanto in forza dell'applicazione (anche nel processo penale) del capoverso dell'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990 (norma processuale)²⁴, quanto in ragione della specifica fattispecie e del tipo di vizio di legittimità dedotto.

Si deve infatti escludere ogni automatismo tra mera illegittimità del titolo abilitativo e sussistenza del reato urbanistico, con la conseguenza che devono ritenersi irrilevanti i meri vizi procedurali che non ridondino in violazione sostanziale, dovendosi ribadire che nell'individuare quelle situazioni di illegittimità che rendono l'atto abilitativo improduttivo di validi effetti, non può che farsi riferimento alle finalità della disciplina urbanistica ed ai presupposti per il rilascio del permesso di costruire, che il t.u. edilizia, all'art. 12, individua, tra l'altro, nella conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente. Ne consegue che, in disparte l'ipotesi dell'illiceità del provvedimento, la illegittimità rilevante per il giudice penale non può che essere quella derivante dalla non conformità del titolo abilitativo alla normativa che ne regola l'emanazione o alle disposizioni normative di set-

²⁴ Come di recente ribadito da Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2022, n. 359.

tore, dovendosi, al contrario, radicalmente escludere la possibilità che il mero dato formale dell'esistenza del permesso di costruire possa precludere al giudice penale ogni valutazione in ordine alla sussistenza del reato²⁵.

In forza di tale interpretazione della normativa, viene sanzionato chi costruisce senza aver previamente ottenuto il permesso, perché in questo modo non è stato consentito all'autorità pubblica preposta di effettuare i necessari controlli finalizzati ad evitare che le attività di trasformazione effettuate dai privati possano porsi in contrasto con l'ordinato sviluppo del territorio, quale definito dalle norme di legge e pianificato dall'amministrazione nel rispetto delle stesse²⁶.

Tuttavia, nel caso di lavori effettuati in forza di un provvedimento affetto da mero vizio procedimentale s'incorrerebbe nel reato previsto dalla lett. a) dell'art. 44 t.u. edilizia, salva la valutazione della sussistenza, in concreto, dell'elemento soggettivo²⁷.

In conclusione, non scrimina il solo fatto di aver realizzato l'opera edilizia in forza di un titolo abilitativo illegittimo per contrasto con la normativa urbanistico-edilizia sostanziale²⁸.

25 In questi esatti termini, Cass. pen., Sez. III, 21 febbraio 2017, n. 12389.

26 Cass. n. 56678/2018, cit.

27 Cfr. in questo senso Cass. pen. Sez. III, 18 dicembre 2014, n. 7423.

28 Tale principio è stato ribadito da Cass. n. 56678/2018, già citata. In motivazione, la Corte effettua alcune puntualizzazioni. La conclusione circa l'irrilevanza di un provvedimento amministrativo illegittimo per contrasto con la disciplina urbanistico-normativa al fine di escludere il reato è di regola affermata, correttamente, anche in relazione alla distinta fattispecie di lottizzazione abusiva, ma con riguardo ad essa non si pone il problema di legalità qui discusso, poiché la descrizione normativa della lottizzazione c.d. materiale - che delinea un reato a consumazione alternativa - considera ugualmente illecite l'inizio dell'esecuzione di "*opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali*" e quelle "*senza autorizzazione*" (art. 30 comma 1 prima parte t.u. edilizia). Quanto poi al permesso di costruire in sanatoria, la situazione è differente rispetto a quello di cui si è sin qui discusso, non venendo in rilievo il tema del rispetto dei principi costituzionali sulla responsabilità penale, ma un sindacato sull'atto volto ad escludere gli effetti estintivi del reato urbanistico (cfr. anche Cass. pen., Sez. III, 13 luglio 2017, n. 46477: "*... proprio perché il provvedimento amministrativo va ad incidere su un reato già commesso, il giudice penale non può sottrarsi al compito di controllare, pieno iure, la sussistenza dei presupposti per la sua emanazione e dei requisiti di forma e di sostanza richiesti dalla legge per il corretto esercizio del potere di rilascio*").

3.2. ... nel caso di atto restrittivo (per l'inottemperanza al foglio di via, per il DASPO, ed in materia ambientale)

Nel caso di atti restrittivi, un atto amministrativo invalido (perché nullo o annullabile) non integra il precetto penale, con conseguente esclusione dell'elemento oggettivo del reato, per carenza di tipicità. Tale opzione ermeneutica non solleva particolari problemi interpretativi (quanto ad estensione del sindacato), dal momento che (dandosi ampia rilevanza ai vizi di legittimità ai fini di escludere la tipicità del reato) si determina la pronuncia di sentenza assolutoria.

Così, in riferimento al cd. foglio di via e di inottemperanza al provvedimento del Questore di allontanamento dal territorio comunale, ai sensi dell'art. 76 c. 3 del d. lgs. n. 159/2011, la giurisprudenza ha ribadito che la conformità a legge del provvedimento di rimpatrio con foglio di via obbligatorio deve essere accertata dal giudice penale alla luce dei parametri dell'incompetenza, della violazione di legge e dell'eccesso di potere, con la precisazione, per quanto riguarda quest'ultimo, che esso è suscettibile di cognizione da parte del giudice ordinario non solo nella classica configurazione dello sviamento di potere, ma anche nelle varie figure sintomatiche elaborate dalla giurisprudenza amministrativa. In particolare, quanto alla verifica sulla legittimità della motivazione, il sindacato del giudice in ordine al provvedimento del Questore non può tradursi in una rivalutazione del giudizio di pericolosità, espresso dal provvedimento stesso, ma deve riguardare la verifica della conformità di quest'ultimo alle prescrizioni di legge, tra le quali rientra l'obbligo di motivazione sugli elementi di fatto da cui viene desunto il giudizio di pericolosità²⁹.

L'illeggibilità della firma non può essere considerato vizio rilevante. Pur essendo la sottoscrizione un elemento necessario ed essenziale dell'atto amministrativo, l'illeggibilità della firma apposta in calce all'atto non è tuttavia causa di invalidità o di nullità, quando sia comunque possibile individuare lo *status* del

²⁹ Cass. pen. Sez. I, 9 marzo 2022, n. 8250; Cass., Sez. F, 27 luglio 2018, n. 54155.

soggetto sottoscrittore, con la riferibilità alla pubblica amministrazione emanante³⁰.

Non vi è ragione di limitare o circoscrivere l'ambito e la portata del sindacato di legittimità del giudice penale, quando esso investa addirittura l'accertamento della presenza degli elementi essenziali del provvedimento amministrativo, la cui mancanza sia idonea a comportare la più grave sanzione della nullità, avuto ulteriormente riguardo al rango della situazione giuridica soggettiva lesa per effetto della imposizione, al di fuori delle condizioni previste dalla legge, dei limiti alla libertà di circolazione connessi alla emissione di foglio di via obbligatorio. L'assenza, nel provvedimento del Questore, dell'accertamento e/o del conseguente necessario ordine di rimpatrio rende l'atto amministrativo difforme dalla fattispecie tipica e carente di uno degli elementi essenziali previsti dall'art. 2 del d. lgs. n. 159/2011, la cui mancanza è idonea a produrre la nullità (di natura strutturale) dell'atto prevista dall'art. 21 *septies* della legge n. 241/1990³¹.

30 Cass. pen. Sez. I, 23 marzo 2022, n. 10256.

31 La condotta sanzionata dall'art. 76 c. 3 del d. lgs. n. 159/2011 consiste nella contravvenzione alle disposizioni di cui all'art. 2 del medesimo decreto, a tenore del quale "*Qualora le persone indicate nell'art. 1 siano pericolose per la sicurezza pubblica e si trovino fuori dei luoghi di residenza, il Questore può rimandarvele con provvedimento motivato e con foglio di via obbligatorio, inibendo loro di ritornare, senza preventiva autorizzazione ovvero per un periodo non superiore a tre anni, nel comune dal quale si sono allontanate*". La norma individua e descrive il contenuto del provvedimento amministrativo (la cui inosservanza integra il reato e che ne costituisce il necessario antecedente logico-giuridico) e lo configura come una misura di prevenzione di natura promiscua, che assomma effetti coercitivi e inibitori: il rimpatrio, con il foglio di via obbligatorio, e il divieto di ritorno. La legittima emissione del provvedimento da parte del Questore postula (secondo la giurisprudenza) la sussistenza di una duplicità di condizioni, che devono ricorrere contestualmente (come fatto palese dall'uso della congiunzione "e"), rappresentate, da un lato, dal giudizio di pericolosità formulato nei confronti della persona appartenente a una delle categorie indicate nel precedente art. 1, e, dall'altro, dal dato di fatto che la persona si trovi fuori del luogo di residenza. Ne segue che l'atto amministrativo, per essere conforme alla fattispecie tipica descritta dalla legge, deve prevedere, quale presupposto necessario - e non già eventuale o alternativo - del divieto di rientro della persona (in difetto di autorizzazione, o prima del termine imposto) nel comune dal quale viene allontanata, l'ordine di fare ritorno nel luogo di residenza con foglio di via obbligatorio. Secondo questa prospettiva, l'accertamento che la persona si trova in un luogo diverso da quello di residenza e l'ordine conseguente di farvi (immediato) rientro costituiscono, dunque, condizioni imprescindibili - e inscindibili - della legittima emissione della contestuale inibitoria, rivolta al medesimo soggetto, di fare ritorno nel luogo dal quale viene allontanato. In questo senso, cfr. da ultimo Cass. pen., n. 15698/2022, cit., che richiama Cass. Sez. I n. 28549 del 18/06/2008; id., Sez. III, n. 6537 del 30/03/1992.

Analogamente, con riferimento al cd. DASPO urbano e di violazione del divieto di accesso a determinate aree imposto dal Questore, ai sensi dell'art. 10 c. 2 del d.l. n. 14/2017, il giudice deve valutare la legittimità del provvedimento del Questore, anche con riferimento all'individuazione delle aree con riguardo alle quali è vietato l'accesso. Ai sensi del DL n. 17/2017, infatti, il Questore non può vietare l'accesso a qualsiasi porzione del territorio, ma solo alle aree di cui all'art. 9, vale a dire: *«le aree interne delle infrastrutture, fisse e mobili, ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano e delle relative pertinenze»*. Ne segue che, qualora il divieto sia stato applicato con riferimento ad una porzione di territorio ben più vasta, non legata da vincolo pertinenziale ad infrastrutture ferroviarie aeroportuali marittime o di trasporto pubblico e comprensiva della gran parte del centro cittadino, il provvedimento deve ritenersi adottato al di fuori dei limiti consentiti e deve essere disapplicato, con conseguente pronuncia assolutoria da parte del giudice penale³².

Tuttavia, anche nel caso di atti restrittivi (come appena considerato per quanto concerne gli atti ampliativi), sembra opportuno affermare che il contravventore non possa invocare un vizio procedimentale (come ad esempio la mancata comunicazione di avvio del procedimento), perché solo laddove la violazione di legge sia tale da incidere direttamente sui diritti soggettivi, il giudice può disapplicare il provvedimento amministrativo la cui violazione è alla base della responsabilità penale.

L'irrilevanza dei vizi di forma e di procedimento è stata affermata, ad esempio, in materia ambientale, per la contravvenzione di inottemperanza all'ordinanza sindacale di rimozione di rifiuti abbandonati, ai sensi dell'art. 255 del codice dell'ambiente³³.

32 In questo senso, la giurisprudenza di merito e, ad esempio, Tribunale di Genova, sez. I, 13.9.2021, n. 3441.

33 Cass. pen. Sez. III, 11 febbraio 2021, n. 16350, con riferimento ad una ordinanza sindacale di rimozione dei rifiuti non ottemperata e con specifica attenzione all'esercizio del potere di disapplicazione.

La fattispecie in esame è costruita in presenza di un'ordinanza di rimozione dei rifiuti non ottemperata (*«chiunque non ottempera all'ordinanza del Sindaco di cui all'art. 192, comma 3»*), cosicché la presenza del provvedimento presupposto, ancorché affetto da vizi di legittimità non esclude necessariamente il reato. A fronte di una fattispecie che evoca un atto, quale l'ordine di rimozione di rifiuti, in grado di incidere su diritti soggettivi, è altresì necessario verificare se la violazione di legge eccepita sia tale da incidere direttamente sui medesimi, e ciò in particolare con riguardo alla ritenuta violazione di norme che lungi dal disciplinare direttamente il potere espressivo dell'atto amministrativo, ne definiscono piuttosto la procedimentalizzazione (cosicché la relativa omessa applicazione non è in grado di per sé di operare immediatamente sulle posizioni giuridiche interessate dall'atto presupposto della fattispecie incriminatrice).

Qualora, nello specifico, sia dedotta la violazione di legge in relazione alla mancata valutazione della legittimità della ordinanza (in funzione della relativa disapplicazione e, quindi, dell'esclusione della tipicità oggettiva del reato), per l'omessa comunicazione di avvio del procedimento amministrativo, il dovere del giudice penale di verificare il legittimo esercizio del potere deve essere commisurato alla peculiarità della fattispecie penale, e quindi assume rilievo solo per quei vizi dell'atto la cui esistenza possa incidere di per sé su posizioni giuridiche soggettive. L'obbligo di avvio del procedimento amministrativo, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241/1990, è astrattamente funzionale ad assicurare un confronto, la cui assenza, tuttavia, non necessariamente segna automaticamente la mancata prospettazione da parte dell'interessato di rilievi e osservazioni idonee ad incidere sull'*an* e *quomodo* dell'atto finale.

Tale conclusione è argomentata dalla Corte di cassazione³⁴ in rapporto alle deroghe previste dalla legge n. 241/1990 per l'obbligo di comunicazione: le *«ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento»*, ai sensi dell'art. 7; ipotesi di omessa comunicazione non invalidanti riguardano

34 Il riferimento è sempre a Cass. n. 16350/2021, cit.

poi -oltre i cosiddetti atti urgenti- i provvedimenti cautelari, gli atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, gli atti nell'ambito dei procedimenti tributari e gli atti relativi a procedimenti segreti e riservati, ai sensi dell'art. 13; ma anche i casi in cui il soggetto interessato abbia comunque avuto conoscenza in tempo utile del procedimento, in ossequio ai principi di economicità e speditezza dell'azione amministrativa. Ne deriva una disciplina ispirata ad un equilibrio tra le esigenze di celerità dell'azione amministrativa e quelle di partecipazione trasparente al procedimento.

Pertanto, non è sufficiente, per invocare il potere-dovere di eventuale disapplicazione dell'atto amministrativo, da parte del giudice penale, la mera deduzione dell'omesso avviso di avvio del procedimento; essendo necessario, piuttosto, prospettare l'incidenza dell'omissione sui diritti su cui incide l'atto, nel senso della mancata possibilità di rappresentare nella sede amministrativa competente circostanze in grado di rilevare sul corretto esercizio, oggettivo o soggettivo, del potere. Prospettazione che, nella parte in cui deve riguardare le condizioni o i presupposti della funzione amministrativa specifica, espressa attraverso il provvedimento della pubblica amministrazione, è di per sé idonea a sollevare la questione dell'eventuale disapplicazione, senza che debba necessariamente passare attraverso la deduzione della mancata comunicazione dell'inizio del procedimento³⁵.

Sia per gli atti ampliativi, sia per quelli restrittivi, dunque, il sindacato del giudice penale può (e deve) estendersi a tutti i vizi di legittimità dell'atto, salva l'esclusione di rilevanza di quei vizi che (in quanto inerenti alla forma ed al procedimento) non siano invalidanti, in quanto inidonei ad incidere sul bene strumentale tutelato dalla fattispecie penale.

Uno spunto di (ulteriore) riflessione.

35 Considerazione quest'ultima che conduce, secondo Cass. n. 16350/2021, cit., ad escludere la sufficienza e anche la necessità, ai fini della disapplicazione dell'atto amministrativo, della deduzione dell'omesso avviso dell'avvio del procedimento amministrativo, il cui ambito rimane quindi circoscritto nei tempi e nei modi in cui può essere eccepita dinanzi alla P.A. o al giudice amministrativo.

Con riguardo ai delitti ambientali inseriti dalla legge 22 maggio 2015, n. 68, nel codice penale, il legislatore ha fatto ricorso ad una clausola di illiceità speciale per delimitare il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi che (eventualmente) fossero stati rilasciati per abilitare l'esercizio dell'attività ad impatto ambientale. Così, ad esempio, l'art. 452 *bis* c.p. sanziona chiunque *abusivamente* cagioni un inquinamento ambientale; l'art. 452 *quater* sanziona chiunque *abusivamente* cagioni un disastro ambientale.

Qualora la condotta che abbia determinato l'evento sia stata posta in essere in forza di un titolo amministrativo, si pone anche con riguardo ai delitti ambientali la necessità di verificare entro quali limiti il giudice penale possa e debba sindacare la legittimità dell'atto presupposto³⁶.

La giurisprudenza sembra aver optato per una interpretazione assai ampia dell'estensione del sindacato del giudice penale. La condotta *abusiva* di inquinamento ambientale, idonea ad integrare il delitto di cui all'art. 452 *bis* c.p., comprende non soltanto quella svolta in assenza delle prescritte autorizzazioni o sulla base di autorizzazioni scadute o palesemente illegittime o comunque non commisurate alla tipologia di attività richiesta, ma anche quella posta in essere in violazione di leggi statali o regionali – ancorché non strettamente perti-

36 Come acutamente osservato da M. CATENACCI, *I delitti contro l'ambiente fra aspettative e realtà*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2015, 9, 1069: “*si tratta in sostanza di capire fino a che punto, in presenza di condotte dannose o pericolose per l'ambiente, il giudice possa ritenersi svincolato da un giudizio di compatibilità ambientale delle stesse precedentemente formulato da una pubblica amministrazione, e dunque se (ed eventualmente entro quali limiti) egli possa (o addirittura debba) punire quelle offese nonostante la loro compatibilità con disposizioni di tipo (lato sensu) autorizzatorio*”. L'Autore si sofferma con cauta critica sull'uso di clausole di illiceità speciale da parte del legislatore in questa materia: “*Esse infatti, a causa della loro indiscutibile ampiezza concettuale, da un lato sono in grado di richiamare un numero pressoché illimitato di pretese infrazioni e/o irregolarità, consentendo così al giudice (e prima ancora al pubblico ministero) di considerare come abusiva o illegittima qualsiasi violazione, anche di norme non specificamente finalizzate alla tutela dell'ambiente, a cui si sia in qualche modo accompagnato un evento di inquinamento (si pensi ad es. all'ipotesi in cui un'impresa abbia inquinato rispettando scrupolosamente tutte le disposizioni autorizzatorie della materia ambientale, ma con contemporanea violazione ad es. di prescrizioni urbanistico-edilizie o dell'obbligo di rinnovo del certificato antincendio); dall'altro, non selezionano in alcun modo le norme alla cui stregua valutare l'attività autorizzatoria della P.A., consentendo anzi di assumere a parametro di valutazione anche i principi costituzionali o comunque quelle norme di principio o di indirizzo che, in quanto tali, sono prive di un preciso contenuto precettivo e dietro la cui interpretazione, dunque, ..., ben potrebbe in realtà celarsi un sindacato sul merito delle scelte operate in sede di governo dell'ambiente (così ad es. là dove si ritenga che un certo provvedimento autorizzativo regolarmente rilasciato sia stato comunque non sufficientemente attento a determinati, pretesi rischi per la salute e risulti dunque lesivo dell'art. 32 Cost.)*”.

nenti al settore ambientale - ovvero di prescrizioni amministrative³⁷. Quel che conta, in ultima analisi, è la sussistenza del nesso causale tra tali violazioni (qualunque esse siano), che rendono tipica la causa, e l'evento³⁸.

Sembra quindi opportuno proporre (in via interpretativa) di ritenere rilevanti solo i vizi del titolo che possano incidere sul bene strumentale tutelato dalla fattispecie penale³⁹.

4. Una rilettura sistematica dell'ampiezza del sindacato del giudice penale sull'atto

Come anticipato, si è proposta una lettura unitaria nell'individuazione dell'ampiezza del sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo presup-

37 Cass. pen. Sez. III, 21 settembre 2016, n. 46170. La Corte richiama, in relazione al requisito dell'abusività della condotta (richiesto anche da altre disposizioni penali), il delitto di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti, originariamente sanzionato dal D.Lgs. n. 22 del 1997, art. 53 *bis*, ed, attualmente, dal D.Lgs. n. 152 del 2006, art. 260, con riguardo al quale si è recentemente ricordato (Cass. pen., Sez. III, 10 marzo 2015, n. 21030) che sussiste il carattere abusivo dell'attività organizzata di gestione dei rifiuti - idoneo ad integrare il delitto - qualora essa si svolga continuativamente nell'inosservanza delle prescrizioni delle autorizzazioni, il che si verifica non solo allorché tali autorizzazioni manchino del tutto (cosiddetta attività clandestina), ma anche quando esse siano scadute o palesemente illegittime e comunque non commisurate al tipo di rifiuti ricevuti, aventi diversa natura rispetto a quelli autorizzati. La sentenza, nella quale vengono escluse violazioni dei principi costituzionali rispetto ad eventuali incertezze interpretative connesse, tra l'altro, alla portata del termine "*abusivamente*", segue ad altre, in parte citate, nelle quali si è giunti alle medesime conclusioni (Sez. 3, n. 18669 del 8/1/2015; Sez. 3, n. 44449 del 15/10/2013; Sez. 3, n. 19018 del 20/12/2012 (dep. 2013); Sez. 3, n. 46189 del 14/7/2011; Sez. 3 n. 40845 del 23/9/2010). In dottrina, sull'art. 260 cit., cfr. L. RAMACCI, *Il nuovo art. 260 del d. lgs. n. 152/2006, vecchie e nuove questioni*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2016, 3, 167.

38 Cass. pen. Sez. III, 30 marzo 2017, n. 15865. Cfr. anche Cass. pen. Sez. III, 27 aprile 2018, n. 28732. In dottrina, cfr. A. TUCANO, *Prima pronuncia della Cassazione in materia di inquinamento ambientale ex art. 452 bis c.p.*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2017, 7, 925.

39 In questo senso, espressamente un passaggio motivazionale di Cass. pen. Sez. III, 4 novembre 2013, n. 44449, con riguardo al reato di cui all'art. 260 d. lgs. n. 152/2006: "*In tema di traffico illecito di rifiuti, il requisito dell'abusività della gestione deve essere interpretato in stretta connessione con gli altri elementi tipici della fattispecie, quali la reiterazione della condotta illecita e il dolo specifico d'ingiusto profitto. Ne consegue che la mancanza delle autorizzazioni non costituisce requisito determinante per la configurazione del delitto che, da un lato, può sussistere anche quando la concreta gestione dei rifiuti risulti totalmente difforme dall'attività autorizzata; dall'altro, può risultare insussistente, quando la carenza dell'autorizzazione assuma rilievo puramente formale e non sia causalmente collegata agli altri elementi costitutivi del traffico*". In applicazione del principio, la Corte ha annullato il sequestro preventivo di un residence turistico, disposto sulla base di mere irregolarità degli impianti preposti al trattamento dei reflui fognari e delle acque di scarico, osservando: "*nel caso in esame, il provvedimento impugnato appare confondere talune irregolarità riscontrate sulla base delle indagini esperite dalla P.G. con le modalità abusive che normalmente caratterizzano il traffico illecito dei rifiuti e per di più richiama irregolarità delle quali non è assolutamente chiara la relazione causale efficiente rispetto alla realizzazione del traffico illecito, apparendo avere invece una rilevanza puramente formale*".

posto, muovendo in particolare dall'analisi della giurisprudenza in materia edilizia ed ambientale.

In tali materie (e soprattutto con riferimento all'art. 44 del d.P.R. n. 380/2001) si tratteggia un orientamento ermeneutico che, consolidato nell'individuazione del fondamento del potere del giudice di sindacare l'atto, fa emergere alcune sfumature quanto alla delimitazione della rilevanza dei vizi⁴⁰.

Come visto, tuttavia, sembra doversi preferire e ribadire l'estensione del sindacato a tutti i vizi di legittimità (con eventuale esclusione di rilevanza di quelli non invalidanti).

Se però si rivolge l'attenzione ad altre ipotesi di reato, similmente caratterizzate da attività la cui liceità dipende dall'esistenza di un atto amministrativo ampliativo (la cui illegittimità, ove accertata dal giudice penale, può determinare l'integrazione della fattispecie tipica, almeno sotto il profilo oggettivo), si rileva l'affermazione di principi non sempre coerenti. Non sono infrequenti arresti interpretativi che (almeno apparentemente) circoscrivono l'ampiezza del sindacato soltanto ad alcune tipologie di vizio. Tuttavia, una attenta lettura della motivazione delle decisioni spesso consente di ricondurli ad unità.

4.1. Atto ampliativo, concessione demaniale e art. 1161 c. nav.

Così, ad esempio, la Corte di cassazione ha ritenuto che l'esercizio da parte del giudice penale del potere/dovere di verificare in via incidentale la legittimità dell'atto amministrativo, per operare una identificazione in concreto della fattispecie con riferimento all'oggetto della tutela, presupponga che i vizi dell'atto amministrativo siano di portata tale da rendere evidente la sua inidoneità a regolamentare il rapporto giuridico di riferimento.

Tale limitazione del sindacato ai vizi che rendano «*evidente*» l'inidoneità dell'atto a regolare il rapporto giuridico è stata affermata dalla Corte di cassa-

⁴⁰ Uno sforzo di riconduzione ad unità degli orientamenti manifestati in proposito è condotto da Cass. 56678/2018, cit.

zione in rapporto al reato di cui agli artt. 1161 e 54 del Codice della Navigazione⁴¹.

La fattispecie incriminatrice sanziona la condotta consistente nell'occupare senza titolo, cioè nel limitare o impedire la fruibilità di un'area demaniale, senza che ai fini dell'attualità della violazione abbia rilievo quale soggetto abbia dato avvio alla violazione stessa e in quale momento. L'occupazione arbitraria di bene demaniale marittimo consiste infatti nell'acquisire e mantenere il possesso o, comunque, una situazione fattuale di detenzione con il bene in modo corrispondente all'esercizio di un diritto di proprietà o di godimento sia esso reale o personale, contraddistinto dalla continuità o dalla stagionalità, cioè senza un carattere transeunte, dall'esclusione del diritto collettivo di uso per uno spazio non limitato e un tempo apprezzabile in modo da impedire la fruibilità da parte di potenziali utenti o da comprimerne in maniera significativa l'uso. Il bene giuridico tutelato dalla norma, infatti, è costituito dall'interesse della collettività di usare in maniera completa e in tutte le sue implicazioni il bene demaniale⁴².

Ne segue che la condotta di abusiva occupazione, più che sotto il versante della realizzazione di eventuali abusi edilizi, deve essere valutata sotto il profilo della natura dell'occupazione dell'area demaniale, per cui il punto di partenza deve essere individuato nell'esame dell'esistenza e della validità della concessione demaniale.

Si pone dunque la necessità di verificare quale sia l'ampiezza del sindacato del giudice sull'atto presupposto, ampliativo.

A parere di chi scrive, una attenta lettura della motivazione della sentenza che pare limitare il sindacato (ai vizi che rendano «*evidente*» l'inidoneità dell'atto a regolare il rapporto giuridico)⁴³, consente di far emergere che la Corte, in realtà, non abbia circoscritto l'ampiezza del sindacato del giudice penale soltan-

41 Cass. pen., Sez. III, 24 novembre 2021 n. 43101.

42 Cass. pen., Sez. III, 29 settembre 2011, n. 42404; id., sez. III, 22 giugno 2011, n. 34622; id., Sez. III, 25 marzo 2010, n. 16495.

43 Il riferimento è a Cass. pen., Sez. III, 24 novembre 2021 n. 43101, appena citata.

to ad alcuni vizi (come apparentemente potrebbe far intendere la massima), ma abbia sottolineato che il vizio riscontrato, per assumere rilevanza penale, deve essere idoneo ad incidere sul diritto sostanziale. Tale conclusione, così letta, è del tutto coerente all'interpretazione proposta circa l'irrilevanza dei vizi non invalidanti.

È ora necessario procedere con ordine, attraverso l'esame della motivazione, per verificare la sostenibilità della lettura sostenuta. In proposito, secondo la Corte, se può ritenersi consentito l'esercizio da parte del giudice penale del potere/dovere di verificare in via incidentale la legittimità dell'atto amministrativo, tuttavia tale verifica presuppone che i vizi dell'atto amministrativo siano di portata tale da rendere evidente la sua inidoneità a regolamentare il rapporto giuridico di riferimento.

Nel caso sottoposto all'esame della Corte, era stato disposto il sequestro preventivo di alcune opere installate in area demaniale, da parte del titolare di una concessione, in quanto si era ritenuto che fossero state realizzate senza idonea concessione. In particolare, il Tribunale del Riesame aveva ritenuto *tamquam non esset* il rinnovo della concessione, in quanto viziato dalla pregressa e reiterata inosservanza dell'art. 47 lett. F) del codice della navigazione, che individua -fra le cause di decadenza della concessione- l'inadempimento degli obblighi derivanti dalla concessione e imposti da norme di legge o da regolamenti (disposizione ritenuta a maggior ragione applicabile nel caso della violazione di norme in materia edilizia e paesaggistica).

Tuttavia, secondo la Corte, non era stato adeguatamente spiegato nell'ordinanza impugnata in che misura gli interventi edilizi eseguiti presso l'area demaniale in concessione fossero di inequivoca connotazione illecita, essendosi invero in presenza di opere di non immediata rilevanza penale (nel dettaglio, il posizionamento dell'asta per issare la bandiera o il posizionamento dei corpi morti fuori dall'area di mare assegnata)⁴⁴.

⁴⁴ Cass. n. 43101/2021, cit.

Tale conclusione, come sembra, avvalorata l'interpretazione sopra proposta: un eventuale vizio dell'atto (nel caso esaminato dalla Corte, la concessione demaniale) per assumere rilevanza nel sindacato sul precetto, deve essere tale da incidere direttamente sui diritti soggettivi, sul bene strumentale tutelato dalla fattispecie penale.

4.2. Atto restrittivo, omessa bonifica e reati di immigrazione

Analogo ragionamento sembra poter consentire la lettura del principio di diritto enunciato recentemente in tema di deposito incontrollato di rifiuti e di omessa bonifica, ai sensi dell'art. 256 e dell'art. 255 del d. lgs. n. 152/2006.

Secondo la Corte di cassazione, i soggetti destinatari dell'ordinanza sindacale sono obbligati in quanto tali e, in caso di inosservanza del provvedimento, ne subiscono, per ciò solo, le conseguenze se non hanno provveduto ad impugnare l'ordinanza sindacale per ottenerne l'annullamento o non forniscono al giudice penale «*dati significativi*» valutabili ai fini di una eventuale disapplicazione del provvedimento impositivo dell'obbligo⁴⁵.

Come sembra, anche con riferimento a tale reato, la *significatività* del vizio deve essere apprezzata in rapporto non alla macroscopicità del vizio, ma all'idoneità dello stesso ad incidere sulla lesione del bene strumentale protetto dalla norma penale (tenuto conto del fatto che, in tale fattispecie di reato, l'atto amministrativo presupposto è restrittivo della sfera giuridica del privato, in quanto impositivo di un obbligo).

Se poi si amplia l'indagine ad altri reati che presuppongano la violazione di provvedimenti amministrativi (restrittivi), si nota che in materia di immigrazione la giurisprudenza pacificamente collega il sindacato del giudice sull'atto al potere di disapplicazione⁴⁶.

45 Cass. pen., Sez. III, 24 gennaio 2022, n. 2518, che richiama Cass. Sez. III, 12 giugno 2018, n. 39430.

46 Così ad esempio Cass. pen., Sez. I, 8 ottobre 2004, n. 47677: il reato d'inottemperanza, da parte dello straniero, all'ordine del Questore di lasciare il territorio dello Stato, emessa ai sensi dell'art. 14, comma 5-*ter*, d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 presuppone la legittimità dell'ordine anzidetto, la quale è da escludere (con conseguente potere-dovere di disapplicazione del provvedimento da parte del giudice penale), qualora esso non contenga esplicita, ancorché stringata,

Quanto all'ampiezza del sindacato, la giurisprudenza sembra limitarla ai vizi di semplice rilevabilità, in realtà presupponendo l'onere (in capo al privato) di una specifica allegazione del vizio⁴⁷.

5. Conclusioni

Sembra allora che una lettura del potere del giudice penale di sindacare la legittimità dell'atto amministrativo presupposto, condotta in riferimento trasversale ad alcune fattispecie di reato, consenta di individuare alcune conclusioni trasversali, sistematicamente ricostruibili.

Tale potere rinviene il proprio fondamento nella tipizzazione del precetto penale (che richiami quale presupposto un atto amministrativo). Tanto vale sia per gli atti-presupposto avente natura restrittiva, quanto per quelli aventi natura ampliativa. Mentre con riferimento ai primi, tuttavia, il fondamento del potere potrebbe collegarsi anche alla disapplicazione dell'atto illegittimo, per i secondi tale possibilità deve escludersi (in quanto una eventuale disapplicazione avrebbe effetti *in malam partem*).

Il sindacato sulla legittimità dell'atto, poi, deve essere effettuato dal giudice penale anche se il precetto non tipizzi espressamente che il provvedimento sia stato «*legalmente dato*», costituendo la validità elemento implicito di interpretazione dell'atto che integri la norma penale in bianco.

In ogni caso, l'ampiezza del sindacato del giudice penale sull'atto deve estendersi a tutti i vizi di legittimità del provvedimento, rilevando l'eventuale macroscopicità del vizio in questione ai fini non della delimitazione del sinda-

motivazione in ordine alle ragioni per le quali non sia stato possibile eseguire immediatamente l'espulsione ovvero trattenere lo straniero in un centro di permanenza temporanea.

47 Così, ad esempio, Cass. pen., Sez. I, 11 giugno 2009, n. 28849, ha affermato che il giudice penale può disapplicare il provvedimento amministrativo illegittimo, presupposto di ipotesi delittuosa e provvedere di conseguenza all'assoluzione dell'imputato, ma solo quando la causa dell'illegittimità risulti oggettiva e di semplice rilevabilità. Tale principio è stato enunciato con riguardo ad una fattispecie di illegale reingresso nel territorio dello Stato di straniero espulso, nella quale la illegittimità del provvedimento amministrativo era stata prospettata dal ricorrente sulla base di ipotesi meramente congetturali e comunque eventualmente incidenti solo in modo mediato sull'atto.

cato, ma della prova dell'elemento soggettivo del reato (per il caso di atto ampliativo).

A parere di chi scrive, allora, per quanto maggiormente rileva allo scopo di proporre una ri-lettura unitaria dei principi di diritto affermati in materia dalla giurisprudenza, i vizi procedimentali e di forma, in quanto non idonei ad incidere sul bene strumentale protetto dalla norma incriminatrice, sono da considerarsi non invalidanti e quindi irrilevanti. L'individuazione del bene giuridico protetto è il criterio che consente di individuare i vizi di legittimità effettivamente rilevanti, in funzione non di una limitazione dell'ampiezza del sindacato del giudice, ma dell'idoneità del vizio ad avere una incidenza sostanziale sul bene strumentale tutelato dalla norma penale.