

VALENTINA CINGANO

Magistrato Ordinario, Dottore di ricerca in diritto pubblico

valentina.cingano@giustizia.it

**I LIMITI AL SINDACATO DEL GIUDICE PENALE
SULL'ATTO PRESUPPOSTO DERIVANTI DAL GIUDICATO
AMMINISTRATIVO**

**THE LIMITS FOR CRIMINAL JUDGE'S REVIEW OF THE
ADMINISTRATIVE MEASURES DEPENDING ON THE
ADMINISTRATIVE RES JUDICATA**

SINTESI

L'Autrice analizza i rapporti fra giudizio penale e giudizio amministrativo, nell'ipotesi in cui un atto amministrativo costituisca presupposto della condotta. L'obiettivo dell'indagine è quello di accertare se il sindacato del giudice penale incontri limitazioni in funzione delle vicende processuali che possano aver interessato il provvedimento amministrativo presupposto: in funzione dell'avvenuta proposizione di ricorso giurisdizionale, dello stato del relativo processo impugnatorio e dell'avvenuta formazione di un giudicato amministrativo (di rigetto o di accoglimento).

ABSTRACT

The Author analyzes the relationships between criminal proceedings and administrative proceedings, when an administrative measure constitutes a precondition of the conduct. The focus of the analysis is to verify whether the criminal judge's review is limited by processual events of the administrative measure, in case of proposition of legal remedies, or of a sentence that has become res judicata.

PAROLE CHIAVE: Sindacato del Giudice Penale sul Provvedimento - Giudicato Amministrativo e Penale - Effetti Extra-penali del Giudicato.

KEYWORDS: Res Judicata - Effects of the Res Judicata - Criminal Judge's Review of Administrative Measures.

INDICE: 1. Perimetrazione del campo di indagine. - 2. I poteri del giudice penale di accertare l'illegittimità di un provvedimento non sottoposto ad impugnazione dinanzi al giudice amministrativo. - 3. La contemporanea pendenza del processo penale e del processo amministrativo. - 3.1. Cognizione in via principale sull'atto e valutazione sulla sospensione. - 3.2. Facoltà di sospensione del processo penale e art. 479 c.p.p. - 3.3. Giudicato penale vincolante per il giudice amministrativo (ex art. 654 c.p.p.). - 4. I rapporti fra processo penale e processo amministrativo: giudicato amministrativo sull'atto presupposto e limiti al sindacato del giudice penale. - 4.1. Il giudicato amministrativo quale limite (solo tendenziale) per il giudice penale. - 4.2. Il vincolo derivante dal dedotto. - 4.3. Giudicato amministrativo liberamente valutabile nel processo penale. - 5. Giudicato amministrativo di annullamento e verifica della tipicità della fattispecie penale. - 6. Conclusioni.

1. Perimetrazione del campo di indagine

Quando l'atto amministrativo costituisce presupposto positivo o negativo della condotta¹, si verifica una interferenza fra diritto amministrativo e diritto penale².

Si pongono allora una serie di questioni sostanziali e processuali in via interpretativa: come 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 atto amministrati-

1 L'atto amministrativo costituisce un presupposto positivo della condotta qualora abbia un effetto ampliativo della sfera giuridica del privato, 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. L'atto amministrativo costituisce invece un presupposto negativo della condotta qualora abbia un effetto restrittivo della sfera giuridica del privato, 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.

2 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.

vo valido, in rapporto all'individuazione del fondamento del sindacato del giudice penale sulla legittimità dell'atto³.

È altresì necessario verificare quali siano i limiti del sindacato del giudice penale sul provvedimento amministrativo.

Tali limiti si pongono in relazione al contenuto del provvedimento ed ai vizi deducibili (con specifico riferimento al merito, che non può essere sindacato dal giudice penale), ma possono anche derivare dalle vicende processuali che eventualmente abbiano interessato l'atto amministrativo presupposto (a seconda che questo sia, o meno, stato impugnato dinanzi al giudice amministrativo, e che il relativo processo sia ancora pendente ovvero definito con sentenza passata in giudicato).

Dandosi per assodato che il sindacato incidentale del giudice penale sulla legittimità dell'atto amministrativo trovi il proprio fondamento sull'accertamento di tipicità della fattispecie concreta rispetto alla fattispecie legale⁴, la presente

3 Specificamente su questi aspetti, sia consentito rinviare a V. CINGANO, *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*, in *Rivista PA persone e amministrazione*, 2022, 1, 725 -758; V. CINGANO, *L'inottemperanza al provvedimento amministrativo di rimozione dei rifiuti e i poteri del giudice penale*, in *Diritto Penale e Processo*, 2014, pp. 325 – 338, ed ivi per ulteriori rinvii alla dottrina.

4 Di recente, in tema di foglio di via obbligatorio, tale interpretazione è stata ribadita da Cass. pen. Sez. I, Sent., (ud. 25 ottobre 2022) 15 dicembre 2022, che così motiva sul punto: «... va ricordato che - come già chiarito dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 3 del 31/01/1987, Giordano - 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. Nel caso in esame, l'accertamento della rispondenza della misura di prevenzione disciplinata dal d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, art. 2, al modello tipico previsto dalla legge costituisce adempimento doveroso, avente ad oggetto proprio la validità dell'atto integrante il presupposto del reato, e tanto più ineludibile allorché l'invalidità discenda dal difetto di uno degli elementi essenziali del provvedimento, integrante la forma più grave di patologia, rappresentata dalla nullità e non dall'annullabilità. Questa Corte, invero, ha avuto modo di affermare che la conformità a legge del provvedimento di rimpatrio con foglio di via obbligatorio deve essere accertata dal giudice penale alla luce dei parametri - indicati nella L. n. 241 del 1990, art. 21-octies - 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 (Sez. I n. 28549 del 18/06/2008...). Non vi è ragione, dunque, 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

indagine è volta ad accertare se e quali limiti al sindacato del giudice penale sull'atto possano derivare dall'avvenuta impugnazione dell'atto medesimo dinanzi al giudice amministrativo (con conseguente formazione di un giudicato). Per il caso di giudicato sull'atto presupposto, deve anche tenersi presente che l'esito del giudizio amministrativo potrebbe essere stato di annullamento, con conseguente caducazione dell'atto ritenuto illegittimo, oppure di rigetto del ricorso. In tale ultimo caso, si deve accertare se il giudicato copra solo il dedotto (e allora si deve verificare se il giudice penale sia o meno vincolato dal giudicato che abbia escluso la sussistenza del vizio), senza quindi nulla implicare sulla verifica di legittimità del provvedimento, per eventuali ulteriori vizi non dedotti; ovvero se il giudicato copra anche il deducibile (con il che si dovrebbe verificare se il giudice penale possa o meno comunque accertare, in via incidentale, l'illegittimità del provvedimento).

La presente indagine si sofferma su tali aspetti, per verificare se il sindacato del giudice penale incontri limitazioni in funzione delle vicende processuali che possano aver interessato il provvedimento amministrativo presupposto (in funzione dell'avvenuta o meno proposizione di ricorso giurisdizionale e dello stato del relativo processo impugnatorio).

Tale verifica postula necessariamente (come si vedrà) una riflessione anche sui rapporti (di reciproca autonomia) fra processo penale e processo amministrativo, alla luce delle letture proposte dalla Dottrina e di quelle che si possono evincere dall'applicazione giurisprudenziale.

L'approfondimento proposto impinge strettamente l'analisi dei rapporti fra giudizio penale e giudizio amministrativo, e deve essere necessariamente condotto anche con riguardo ai contrasti manifestatisi nella giurisprudenza di legittimità, ribaditi nelle loro diverse opzioni interpretative anche nelle più re-

idonea a comportare la più grave sanzione della nullità (in conformità, del resto, all'indirizzo risalente a Sez. 3, n. 6537 del 30/03/1992...), 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».

centi decisioni (riferite, caso per caso, a differenti fattispecie concrete), soprattutto quanto all'efficacia (più o meno) vincolante, derivante dal giudicato amministrativo, per il sindacato del giudice penale.

2. I poteri del giudice penale di accertare l'illegittimità di un provvedimento non sottoposto ad impugnazione dinnanzi al giudice amministrativo

A livello di premessa metodologica, deve osservarsi che il provvedimento amministrativo presupposto potrebbe non essere stato sottoposto ad impugnazione (mediante azione di annullamento), divenendo così inoppugnabile.

L'inoppugnabilità dell'atto, derivante da omessa impugnazione dinnanzi al giudice amministrativo, non costituisce un limite rispetto al potere del giudice penale di accertarne incidentalmente la legittimità (atteso che l'istituto processuale dell'inoppugnabilità concerne la tutela degli interessi legittimi, non quella dei diritti soggettivi)⁵. Tale principio è stato affermato espressamente dalla giurisprudenza civile, ma può essere applicato anche nell'individuazione dei poteri del giudice penale (che, d'altra parte, ha natura di giudice ordinario,

⁵ Sulla inoppugnabilità dell'atto amministrativo, cfr. le riflessioni di E. CANNADA BARTOLI, *L'inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi*, in *Studi Jemolo*, III, 149; E. CANNADA BARTOLI, *Annullamento d'ufficio e inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1964, II, 143; G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in *Dir. amm.*, 2014, 261. Come chiarito dalla Dottrina, la mera inoppugnabilità del provvedimento lesivo non è in grado di incidere sulla ontologia dell'agire amministrativo, che, pur ove veda i propri effetti provvedimentali diventare intangibili a causa della loro mancata impugnazione nel termine decadenziale di sessanta giorni, nondimeno rimarrà illegittima ove comunque sia oggettivamente in uno stato di contraddizione rispetto alla disciplina prescritta dalle norme di azione attributive della potestà pubblica esercitata, con la conseguenza che sarà possibile comunque qualificare tale attività in termini di illiceità. L'inoppugnabilità rileva infatti esclusivamente sotto il profilo processuale, comportando unicamente, in capo al destinatario del provvedimento che si assume illegittimo e lesivo, il venir meno della titolarità del situazione giuridica soggettiva di natura processuale consistente nell'azione di annullamento; contrariamente il concetto di legittimità opera sul piano sostanziale, riguardando esclusivamente la conformità della fattispecie provvedimentale concreta a quella astratta decritta dalle norme attributive del potere. Un provvedimento inoppugnabile, dunque, non può ritenersi legittimo per il solo fatto di essersi consolidato a seguito del mancato esercizio di un'azione processuale. In questo senso, ad esempio, A. Vacca, *Risarcimento del danno causato da illegittimo esercizio del potere amministrativo e condanna generica: prolegomena*, in *Corriere Merito*, 2006, 12, 1481.

alla stregua di quello civile)⁶. E ciò in quanto l'omessa impugnazione del provvedimento non determina una sanatoria dei vizi dei quali risulti eventualmente affetto⁷, rimanendo quindi fermo il potere del giudice penale (adito, ad esempio, in rapporto alla violazione dell'art. 650 c.p.⁸) di accertarli incidentalmente.

L'inerzia dell'interessato, che non abbia sottoposto a sindacato l'atto, non si traduce dunque in alcun limite per i poteri di accertamento del giudice penale (che, eventualmente, potrebbe valutare tale inerzia non ai fini dell'integrazione dell'elemento oggettivo del reato, ma in rapporto alla verifica in concreto sulla sussistenza dell'elemento soggettivo).

Ancora un esempio.

Nel caso di contravvenzione edilizia, il giudice penale può sindacare la legittimità del permesso di costruire che sia stato eventualmente adottato dall'amministrazione (anche se tale legittimità non sia stata sottoposta al vaglio del giudice amministrativo). Il problema, in questo caso, attiene non tanto ai vincoli derivanti dall'omessa impugnazione dell'atto, quanto piuttosto all'individuazione del fondamento del potere di sindacare la legittimità dell'atto (posto che la fattispecie incriminatrice tipizza la costruzione in assenza di titolo, e non

6 In argomento, si possono richiamare i principi in diritto enunciati da Cass. Sez. II, 15 febbraio 2007, n. 3390; Cass. Sez. lav., 18 agosto 2004, n. 16175; Cass. Sez. trib., 5 marzo 2004, n. 4567. In particolare, la citata Cass. n. 3390/2007 ha stabilito che «il potere del giudice ordinario di disapplicare l'atto amministrativo resta escluso soltanto se la sua legittimità sia stata affermata dal giudice amministrativo nel contraddittorio della parte e con autorità di giudicato, non anche nel caso in cui l'atto non sia stato tempestivamente impugnato dinanzi al giudice amministrativo, concernendo l'istituto della inoppugnabilità la tutela degli interessi legittimi e non quella dei diritti soggettivi» (nella specie, il giudice di pace aveva annullato l'ordinanza ingiunzione emessa per inottemperanza di un ordine di sgombero di un edificio ritenendo il suddetto ordine illegittimo e la Suprema Corte, in applicazione del principio di cui sopra, ha confermato la relativa decisione).

7 E, infatti, il provvedimento amministrativo può essere successivamente annullato dall'amministrazione, in via di autotutela, finché non si sia esaurito il potere nel cui esercizio lo stesso è stato emanato, nel rispetto dei limiti -anche temporali- stabiliti dall'art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990 (cfr. B. MAMELI, *Le novità della riforma Madia – annullamento d'ufficio e annullamento giurisdizionale a confronto*, in *Giur. It.*, 2016, 12, 2793). In generale, M. MACCHIA, *La riforma della pubblica amministrazione – sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2015, 5, 621.

8 L'art. 650 c.p. sanziona con l'arresto (fino a 3 mesi) e con l'ammenda (fino ad euro 206,00) chiunque non osservi un provvedimento “legalmente dato” dall'autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica o d'ordine pubblico o d'igiene.

quella avvenuta in forza di un titolo esistente ma illegittimo) ed alla verifica circa la sussistenza dell'elemento soggettivo. In questa tipologia di reati (nei quali la rilevanza penale della condotta deve essere valutata rispetto ad un atto ampliativo), infatti, 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.

Poiché la disposizione penale di cui all'art. 44 d.P.R. 280/2001 tipizza la fattispecie contravvenzionale in rapporto all'assenza del titolo⁹, è necessario verificare se integri il precetto (almeno sotto il profilo della sussistenza dell'elemento oggettivo del reato¹⁰) 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. 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

⁹ 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.

¹⁰ 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 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).

norma, legato al rispetto delle norme e degli strumenti urbanistici¹¹. Il titolo edilizio (richiamato dalla norma penale ad integrazione descrittiva della fattispecie penale) non è idoneo, secondo le Sezioni Unite “Borgia”, 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, bensì l’esercizio, da parte del giudice penale, della potestà, attribuitagli dalla legge, di procedere ad un’identificazione in concreto della fattispecie sanzionata. Qualora 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 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 realizzata¹².

Questo sindacato sull’atto deriva quindi dal fatto che l’interesse protetto dalla normativa edilizia 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. È per questo motivo che non si pone un problema di disapplicazione dell’atto amministrati-

11 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). I principi sono stati ribaditi 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; A. SCARCELLA, *Sindacabile in sede penale l’atto amministrativo non soltanto se illecito, ma anche se illegittimo*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 6, 728.

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

vo illegittimo, quanto piuttosto di controllo della legittimità di un atto amministrativo che costituisce un elemento costitutivo o un presupposto del reato.

In tale ambito, quindi, l'individuazione dell'interesse tutelato dalle norme penali urbanistiche non serve per attribuire tipicità ad un fatto di reato che sia privo di tale 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, che, in quanto tale, è ricompreso nella tipicità del fatto. Deve ritenersi compreso nel tipo e, dunque, nel controllo, tutto ciò che, al di là della lettera della legge, sia imposto dalla 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 rilevante¹³.

3. La contemporanea pendenza del processo penale e del processo amministrativo

Il provvedimento presupposto potrebbe essere stato sottoposto a sindacato giurisdizionale da parte di un privato interessato, mediante proposizione di azione di annullamento e deduzione di specifici motivi di impugnazione (dinanzi al competente T.A.R., nel rispetto del prescritto termine di decadenza); ed allora il processo amministrativo potrebbe ancora essere pendente, oppure essersi definito con sentenza passata in giudicato. Sentenza che, nei limiti dei vizi dedotti dal ricorrente, si sarà pronunciata per l'accoglimento del ricorso - caducando dunque l'atto- ovvero per il rigetto del ricorso.

Si tratta dunque di verificare quali siano gli eventuali limiti per il sindacato del giudice penale che possano derivare dalla pendenza del processo ammi-

¹³ In questo senso, Cass. pen., Sez. III, 19 aprile 2022, n. 14977; Cass. pen., Sez. III, 30 ottobre 2018, n. 49687.

nistrativo (e, in particolare, se sussista o meno un onere del giudice penale di attenderne la definizione) o, ancora, dall'avvenuta formazione di un giudicato amministrativo sull'atto¹⁴.

3.1. Cognizione in via principale sull'atto e valutazione sulla sospensione

In caso di pendenza di processo amministrativo sull'atto, è il giudice penale che potrebbe valutare se attendere o meno la definizione del relativo processo amministrativo (e non viceversa), in quanto è nel processo amministrativo che vi è cognizione in via principale sulla legittimità del provvedimento (mediante proposizione di azione di annullamento o di nullità), mentre il giudice penale ha una cognizione solo incidentale sulla validità del provvedimento amministrativo (che rilevi nella definizione della tipizzazione del reato).

Ed infatti (quanto ai rapporti fra processo amministrativo e processo penale) il codice del processo amministrativo non annovera tra le cause di sospensione necessaria del giudizio amministrativo la pendenza di un procedimento penale, ancorché relativo ai medesimi fatti di cui si controverte in causa (artt. 8 e 77 del d. lgs. n. 104/2010¹⁵). L'attuale codice di procedura penale infatti ha superato l'idea che il giudizio penale dovesse produrre risultati vevoli

14 Su questo aspetto, cfr. *infra* nel prosieguo.

15 Ai sensi dell'art. 8 del codice del processo amministrativo, il giudice amministrativo conosce in via incidentale di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale. Questo avviene nelle materie in cui non vi sia giurisdizione esclusiva, perché -se la materia è devoluta per legge alla giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo deve conoscere in via principale anche dei diritti soggettivi attribuiti alla sua cognizione. Ai sensi del capoverso dell'art. 8 citato, restano però riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso (con specifico riferimento al quale l'art. 77 del codice del processo amministrativo prevede la proposizione di querela di falso e la sospensione del processo). Per una riflessione ampia, anche in relazione all'art. 34 c.p.c., S. MENCHINI, *Accertamenti incidentali*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1995, 1 ss.; A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958; S. SATTA, *Nuove riflessioni in tema di accertamento incidentale*, in *Foro it.*, 1948, I, 64 ss.; G. VERDE, *Brevi considerazioni su cognizione incidentale e pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 175 ss.; M.A. ZUMPANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, Torino, 2009, 2 ss., 196 ss.

in qualsiasi altra sede, restringendo l'autorità extra-penale del giudicato penale alle sole ipotesi di cui agli artt. 651 ss. c.p.p.¹⁶.

Quanto alla sospensione del processo, il codice del processo amministrativo richiama la disciplina civilistica e, quindi, in particolare viene in rilievo l'art. 295 c.p.p.¹⁷

La sospensione del giudizio *ex art.* 295 c.p.c. è necessaria soltanto quando la previa definizione di altra controversia civile, penale o amministrativa, pendente davanti allo stesso o ad altro giudice, sia imposta da una espressa disposizione di legge ovvero quando, per il suo carattere pregiudiziale, costituisca l'indispensabile antecedente logico-giuridico dal quale dipenda la decisione della causa pregiudicata ed il cui accertamento sia richiesto con efficacia di giudicato¹⁸.

16 In questo senso, ad esempio Cons. Stato Sez. III, 7 febbraio 2022, n. 822. In dottrina, cfr. gli studi di F. CARNELUTTI, *Efficacia diretta e riflessa del giudicato penale*, in *Riv. dir. proc.* 1948, I, 8; F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963; A. GHIARA, *Sub artt. 651-652*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, VII, Torino 1991; G. GIONFRIDA, *L'efficacia del giudicato penale nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1957, 48; G. GUARNERI, *Autorità della cosa giudicata penale nel giudizio civile*, Milano 1942; G. GUARNERI, voce *Giudizio (rapporto fra il giudizio civile ed il penale)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino 1961, 886; M. CHIAVARIO, voce *Giudizio (rapporti tra giudizi)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano 1969, 984; M. SCAPARONE, voce *Rapporti tra processo civile e processo penale*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma 1991, 1; F. TERRUSI, voce *Rapporti tra giudicato penale e giudizio amministrativo*, in *Dig. it., disc. pen.*, XI, Torino 1996, 27; S. RUGGERI, *I rapporti fra processo penale e altri procedimenti nell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Torino 2016, 2110. Sullo sviluppo storico, per tutti, E.T. LIEBMAN, *L'efficacia della sentenza penale nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1957, 5; F. CENERINI, *Introduzione storica allo studio dell'autorità del giudicato penale nel giudizio civile*, *ivi* 1989, 761. Nella dottrina più recente, U. LUCARELLI, *L'istituto del giudicato. Il giudicato penale e i suoi effetti civili*, Torino 2006; E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Milano 2012, 106; L. MONTESANO, *Il «giudicato penale sui fatti» come vincolo parziale all'assunzione e alla valutazione delle prove civili*, in *Riv. dir. proc.* 1993, 939; R. Poli, *Sull'efficacia della sentenza penale nel giudizio civile*, in *Riv. dir. proc.* 1993, 520; G. SPANGHER, *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale*, in *Aa.Vv.*, *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale*, Milano 1995, 31; G. VANACORE, *Efficacia del giudicato penale nel processo civile di danno: la condanna e l'assoluzione*, in *Resp. civ. e prev.* 2009, 498; D. VIGONI, *L'effetto vincolante del giudicato penale in altri settori dell'ordinamento: le coordinate normative*, in *Riv. dir. proc.* 2017, 912; M.A. ZUMPANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, Torino 2000.

17 Per un inquadramento, anche a livello di impostazione storica, G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo di cognizione*, Bari, 1987; S. MENCHINI, *Sospensione del processo civile (di cognizione)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, 32 ss.

18 Cons. Stato Sez. III, 4 marzo 2019 n. 1499.

Il giudice amministrativo, al di fuori delle ipotesi di cui agli artt. 8 co. 2 e 77 c.p.a., non è dunque affatto tenuto alla sospensione del processo, essendo in questi casi tale scelta rimessa ad una valutazione di opportunità da compiersi in relazione alla rilevanza della pregiudizialità del giudizio penale rispetto al giudizio amministrativo.

3.2. Facoltà di sospensione del processo penale e art. 479 c.p.p.

Nella prospettiva speculare (che interessa questa indagine), l'art. 479 c.p.p. prevede la facoltà, per il giudice penale, di sospendere il dibattimento (fino a che la questione non sia stata decisa con sentenza passata in giudicato, ma comunque entro il limite di un anno), 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»*, e se *«la legge non pone limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa»*. Qualora il giudizio civile o amministrativo non si sia concluso nel termine di un anno, il giudice, anche di ufficio, può revocare l'ordinanza di sospensione.

In ogni caso, il termine di prescrizione non potrebbe essere sospeso per effetto della sospensione del dibattimento disposta a norma dell'art. 479 c.p.p., trattandosi di sospensione facoltativa non ricompresa nelle previsioni tassative dell'art. 159 c.p.¹⁹.

Tale preclusione alla contestuale sospensione del termine di prescrizione risulta particolarmente rilevante in rapporto alle contravvenzioni (ad esempio edilizie), con riferimento alle quali il rapido maturare del termine massimo di prescrizione (cinque anni, già valutate le eventuali cause di interruzione ex art. 161 c.p.) di fatto potrebbe impedire al giudice penale di pervenire ad una decisione sulla colpevolezza.

¹⁹ Cfr. in tema di bancarotta e di pendenza di giudizio di appello sulla sentenza dichiarativa di fallimento, Cass. pen. Sez. V Sent., 27 novembre 2019, n. 48212; Cass. pen. Sez. V Sent., 19 ottobre 2017, n. 48203.

La giurisprudenza ha delimitato in via interpretativa l'ambito applicativo dell'art. 479 c.p.p., da leggersi in rapporto a quanto previsto dall'art. 2 c.p.p.²⁰, circa l'autonomia del giudice penale nel risolvere in via incidentale ogni questione dalla quale dipenda la decisione della controversia (salvo che sia diversamente stabilito, come appunto nel caso di cui all'art. 479 c.p.p.). La disposizione, quale quella prevista dall'art. 479 c.p.p. deve quindi essere di stretta interpretazione, perché deroga al principio generale sancito dall'art. 2 c.p.p., comma 1, a sua volta riconducibile al principio di obbligatorietà dell'azione penale sancito nell'art. 112 Cost.

Così, si esclude -in materia di reati edilizi- che la semplice proposizione del ricorso al giudice amministrativo avverso il diniego del nulla osta in sanatoria di un abuso urbanistico o paesaggistico comporti l'obbligo di sospensione del processo penale, atteso che la risoluzione del giudizio amministrativo non esplica effetti sulla sussistenza del reato ma solo sulla sua possibile estinzione, che consegue, comunque, ad una rinnovata valutazione da parte dell'autorità competente²¹.

20 Stabilisce l'art. 2 c.p.p.: «1. Il giudice penale 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».

21 Cass. pen. Sez. III, 25 maggio 2020, n. 15752. La motivazione di tale decisione è particolarmente interessante nella parte in cui riflette sul rapporto fra l'art. 479 c.p.p. e la sospensione prevista dall'art. 45 del d.P.R. 380/2001: i rapporti tra sospensione del processo penale e sanatoria sono regolati - peraltro, per i soli reati urbanistici - dal d.P.R. n. 380 del 2001, art. 45, comma 1, il quale impone la sospensione dell'azione penale «finché non siano stati esauriti i procedimenti amministrativi di sanatoria di cui all'art. 36». Quest'ultima disposizione, al comma 3, sancisce che «sulla richiesta di permesso in sanatoria il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale si pronuncia con adeguata motivazione, entro sessanta giorni decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata». Posto che il combinato disposto delle due citate norme prevede la sospensione dell'azione penale limitatamente ad un procedimento amministrativo destinato a concludersi nel termine massimo di sessanta giorni, la Corte costituzionale -chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale, in rapporto al principio di obbligatorietà dell'azione penale sancito nell'art. 112 Cost., dell'identica normativa urbanistica disciplinante il rilascio della concessione edilizia in sanatoria ai sensi della legge 28 febbraio 1985, n. 47, art. 22, comma 1 e art. 13, comma 2, - aveva disatteso l'interpretazione secondo cui la sospensione necessaria del processo penale doveva estendersi anche oltre il termine dei sessanta giorni, sino alla fase del procedimento giurisdizionale amministrativo in cui si contesti la legittimità del mancato accoglimento dell'istanza di sanatoria (quanto meno sino alla pronuncia del T.A.R.): il blocco delle attività processuali penali "per lunghi tempi" non può non violare il principio di cui all'art. 112 Cost., che, invece, la breve necessaria sospensione dell'azione penale, di cui all'art. 22, comma 1 sicuramente non lede (Corte

Al di là di quanto previsto dall'art. 479 c.p.p., il giudice penale potrebbe valutare di rinviare il processo, su istanza della difesa ed in attesa della definizione di un eventuale giudizio amministrativo sull'atto presupposto. In tale caso, trattandosi -di fatto- di rinvio chiesto dall'imputato, sarà altresì possibile disporre la sospensione dei termini di prescrizione ex art. 159 c.p.

3.3. Giudicato penale vincolante per il giudice amministrativo (ex art. 654 c.p.p.)

Ne segue che, qualora il processo penale non sia stato sospeso né rinviato e si concluda con un giudicato prima della definizione del processo amministrativo sull'atto, l'accertamento del giudice penale vincolerà il giudice amministrativo, per l'accertamento dei fatti materiali ritenuti rilevanti per la decisione, ai sensi dell'art. 654 c.p.p.²².

Cost., sent. 31 marzo 1988, n. 370; commentata da A. BASSI, *Sospensione dell'azione penale e principio di obbligatorietà per i reati edilizi*, in *Urbanistica e Appalti*, 1997, 1, 44). Se, dunque, quando il legislatore si è posto il problema dei rapporti tra prosecuzione del processo penale per il reato urbanistico e richiesta del provvedimento amministrativo di sanatoria l'ha consapevolmente disciplinato nei termini ricordati, escludendo qualsiasi rilievo alla pendenza del giudizio amministrativo radicato avverso il diniego della sanatoria, alla pendenza di quel giudizio non può darsi surrettiziamente rilievo richiamando una disposizione, quale quella prevista dall'art. 479 c.p.p., che tale caso neppure disciplina e che del pari è di stretta interpretazione perché deroga al principio generale sancito dall'art. 2 c.p.p., comma 1, a sua volta riconducibile alla richiamata disposizione di matrice costituzionale. Al di fuori del campo di applicazione del d.P.R. n. 380 del 2001, art. 45, comma 1, senza richiamare l'art. 479 c.p.p., la giurisprudenza ammette, al più, la discrezionale facoltà del giudice, da motivarsi specificamente in relazione al prevedibile imminente rilascio della sanatoria, di accordare un rinvio del processo, su richiesta di parte e con conseguente sospensione del termine di prescrizione (cfr. Cass. Sez. Unite, 31 marzo 2016, n. 15427).

22 L'art. 654 c.p.p. regola l'efficacia della sentenza penale di condanna o di assoluzione in "altri" giudizi civili o amministrativi, stabilendo che «1. Nei confronti dell'imputato, della parte civile e del responsabile civile che si sia costituito o che sia intervenuto nel processo penale, la sentenza penale irrevocabile di condanna o di assoluzione pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo, quando in questo si controverte intorno a un diritto o a un interesse legittimo il cui riconoscimento dipende dall'accertamento degli stessi fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale, purché i fatti accertati siano stati ritenuti rilevanti ai fini della decisione penale e purché la legge civile non ponga limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa». Sul tema, A. CARRATTA, *Accertamento fattuale del giudice penale ed efficacia nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2020, 4, 1442; F. FRANCIOSI, *Illecito urbanistico o edilizio e cosa giudicata. Spunti per una ridefinizione della regola del rapporto tra processo penale ed amministrativo*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 99 ss.; G. GAROFALO, *La diversificazione degli standard di prova nel processo penale e nel rapporto fra giurisdizioni*, in *Cass. pen.*, 2020, 3882 ss.; E. PICOZZA, *La rilevanza delle pronunce del giudice amministrativo nel giudizio civile e in quello penale*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 44 ss.

Questa diversa prospettiva (speculare e simmetrica a quella in esame) è stata, di recente, analizzata nella decisione del Consiglio di Stato n. 9656/2022²³.

Nel caso concreto sottoposto all'esame del Collegio, era stata impugnata, dinnanzi al giudice amministrativo, una ordinanza comunale che aveva ingiunto la demolizione di un manufatto (sull'assunto che fosse stato realizzato in assenza di titolo). L'interferenza fra giudizio penale e giudizio amministrativo derivava dal fatto che l'ente locale fosse già intervenuto a suo tempo, adottando un provvedimento di ripristino e denunciando penalmente l'illecito; il processo penale si era concluso con sentenza di proscioglimento (in quanto il giudice penale aveva ritenuto che l'opera sarebbe stata soggetta a semplice autorizzazione e che, pertanto, l'illecito sarebbe stato punibile unicamente con una sanzione pecuniaria).

Nel ribadire che il carattere vincolante, nei riguardi del giudizio amministrativo, dell'accertamento compiuto dal giudice penale è in ogni caso subordinato alla ricorrenza di presupposti rigorosi (sotto il profilo soggettivo, il giudicato è vincolante solo nei confronti dell'imputato, della parte civile e del responsabile civile che si sia costituito o che sia intervenuto nel processo; sotto il profilo oggettivo, il vincolo copre solo l'accertamento dei "fatti materiali" e non anche la loro qualificazione o valutazione giuridica, che rimane circoscritta al processo penale e non può condizionare l'autonoma valutazione da parte del giudice amministrativo o civile)²⁴, il Consiglio di Stato (nella decisione n. 9656/2022 in esame) ha concluso che il fatto che il giudice penale avesse ritenuto che il manufatto fosse soggetto a mera autorizzazione gratuita non impediva all'amministrazione comunale e al Tribunale di opinare diversamente. Né,

23 Consiglio di Stato Sez. VI, 3 novembre 2022, n. 9656.

24 Cfr. Cons. Stato Sez. VI, 26 luglio 2022, n. 6593; id., Sez. V, 18 gennaio 2022, n. 320; id. Sez. VI, 20/01/2022, n. 358; id. Sez. VI, 15 febbraio 2021, n. 1350; id. Sez. VI, 23 novembre 2017, n. 5473; id. Sez. V, 14 aprile 2016, n. 1487.

infine, il fatto che il Comune avesse già, a suo tempo, ingiunto la demolizione gli impediva di reiterare l'ordine, atteso che lo stesso era rimasto ineseguito.

Dai principi di cui all'art. 654 c.p.p. deriva ulteriormente che l'eventuale qualificazione giuridica in termini di invalidità (annullabilità o nullità) che il giudice penale dovesse attribuire al provvedimento amministrativo rilevante nella fattispecie di reato esulerebbe, in quanto tale, dal vincolo del giudicato, atteso che il giudizio di invalidità non riguarda l'accertamento del fatto, ma la sua qualificazione giuridica. In ogni caso, il vincolo di giudicato della sentenza penale riguarda il solo accertamento dei fatti materiali, non anche la loro qualificazione giuridica²⁵.

Peraltro, quanto al limite soggettivo di cui all'art. 654 c.p.p., il giudice amministrativo, in mancanza di un espresso divieto di legge e in ossequio al principio della tipicità delle prove, ben potrebbe utilizzare come fonte anche esclusiva del proprio convincimento le prove raccolte nel giudizio penale conclusosi con sentenza non esplicitante autorità di giudicato nei confronti di tutte le parti della causa amministrativa e ricavare gli elementi di fatto dalla sentenza e dagli altri atti del processo penale, purché le risultanze probatorie siano sottoposte a un autonomo vaglio critico svincolato dall'interpretazione e dalla valutazione che ne abbia già dato il giudice penale, e purché la valutazione del materiale probatorio sia effettuata in modo globale e non frammentaria e limitata a singoli elementi di prova²⁶.

4. I rapporti fra processo penale e processo amministrativo: giudicato amministrativo sull'atto presupposto e limiti al sindacato del giudice penale

La biunivoca autonomia fra processo penale e processo amministrativo, che viene affermata nella valutazione sulla sospensione dei processi contemporaneamente pendenti, si riflette anche in relazione alla forza espansiva del giu-

25 Cons. Stato Sez. V, 17 marzo 2021, n. 2285.

26 Cons. Stato Sez. II, 4 gennaio 2021, n. 91; id., Sez. IV, 23 febbraio 2021, n. 1595.

dicato, che deve ritenersi vincolate (per altri plessi giurisdizionali) solo nei casi previsti dalla legge²⁷.

La forza espansiva del giudicato penale in altri giudizi, come legislativamente delineata dagli artt. 651 ss. c.p.p., infatti, non trova riscontro in termini di reciprocità²⁸.

Dalla (biunivoca) autonomia fra processo penale e processo amministrativo deriva -per quanto concerne i poteri di accertamento del giudice penale- che nessun vincolo "assoluto" può derivare nemmeno dall'avvenuta formazione di un giudicato amministrativo sull'atto presupposto.

Tale conclusione, che qui si avalla, non è univocamente affermata in giurisprudenza, ed anzi ha subito una significativa evoluzione interpretativa, che moveva -originariamente- dal riconoscimento dell'efficacia vincolante del giudicato amministrativo anche nel processo penale e che, nelle più recenti pronunce giurisprudenziali, si presenta in diverse declinazioni applicative (sovente fortemente influenzate dalla prospettiva di risolvere il caso concreto)²⁹.

27 Per quanto concerne le pronunce sulla giurisdizione, ad esempio, l'art. 59, L. n. 69/2009, sancisce la vincolatività «per ogni giudice e per le parti anche in altro processo» delle sole pronunce rese dalle Sezioni Unite della Cassazione. Analoga impostazione si rinviene anche nell'art. 11 c.p.a. Secondo l'interpretazione proposta da B. MEROLA e S. PEONGINI, *Occupazione acquisitiva: giudicato implicito civile ed efficacia preclusiva nel processo amministrativo*, in *Urbanistica e Appalti*, 2021, 4, 479, il conferimento, alle sole sentenze della Cassazione, in punto di giurisdizione, di efficacia esterna anche in altre giurisdizioni, attesta che il legislatore non ha inteso riconoscere a tutte le altre pronunce del giudice civile un'analoga efficacia esterna, limitando la loro efficacia alla sola giurisdizione ordinaria.

28 D'altra parte, anche per quanto concerne i vincoli per il giudice amministrativo derivanti dal giudicato civile, B. MEROLA e S. PEONGINI, *Occupazione acquisitiva: giudicato implicito civile ed efficacia preclusiva nel processo amministrativo*, cit., propongono di superare l'orientamento giurisprudenziale -che considerano derivare anche da una sorta di "equivoco lessicale" circa l'efficacia pan-processuale del giudicato- favorevole a ritenere che il giudicato civile espliciti efficacia di giudicato anche nel processo amministrativo (opzione da ultimo implicitamente accolta anche da Cons. Stato, Ad. Plen., 9 aprile 2021, n. 9, in rapporto alla rilevanza del giudicato civile formatosi sulla domanda di risarcimento per equivalente rispetto alla domanda di risarcimento in forma specifica successivamente proposta al giudice amministrativo) per approdare invece al riconoscimento di un modello di tendenziale separazione processuale (ricavabile anche da quanto previsto dall'art. 75 c.p.p. in ordine ai rapporti fra processo penale e processo civile).

29 Tali applicazioni sono oggetto di specifica indagine nei successi paragrafi, ai quali si rinvia per i richiami ai singoli orientamenti applicativi.

4.1. Il giudicato amministrativo quale limite (solo tendenziale) per il giudice penale

In tema di rapporti tra provvedimenti adottabili in sede penale e provvedimenti resi da altri giudici³⁰, infatti, secondo un risalente orientamento, l'autorità giudiziaria ordinaria non aveva il potere di valutare la conformità a legge di un "arrêlé" di un'altra giurisdizione³¹ (nella specie, una sentenza del T.A.R. coperta da giudicato): ciò in quanto il cittadino - pena la vanificazione dei suoi di-

30 Diversa è la questione inerente ai rapporti tra pronuncia del giudice (amministrativo) e esercizio (o, meglio, ri-esercizio) del potere amministrativo discrezionale, che viene analizzata -con particolare attenzione all'evoluzione della portata conformativa giudicata in rapporto alla natura del processo amministrativo, da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto- da A. DI CAGNO, *Giusto processo e giusto procedimento amministrativo-giudicato e riedizione del potere: esaurimento della discrezionalità nel rapporto con la pronuncia del giudice amministrativo*, in *Giur. It.*, 2020, 3, 696. Nella dottrina recente, riflette sui rapporti fra processo amministrativo ed esercizio dell'autotutela anche B. MAMELI, *Le novità della riforma Madia – annullamento d'ufficio e annullamento giurisdizionale a confronto*, cit. A fronte della regola costituita dall'esercizio discrezionale dell'autotutela (sulla natura discrezionale del potere di autotutela, M. Ramajoli, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *www.giustamm.it*, n. 2/2016), poi, vengono individuate ipotesi di autotutela doverosa proprio in rapporto all'avvenuta formazione di un giudicato del giudice ordinario che abbia accertato incidentalmente l'illegittimità di un atto amministrativo (cfr. R. DE NICTOLIS, *L'autotutela provvedimentoale di annullamento degli atti illegittimi fra principi costituzionali, regole e eccezioni*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2017). Sull'annullamento doveroso, o vincolato, in generale e fra gli scritti più recenti, S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015; E. Giardino, *L'autotutela amministrativa e l'interpretazione della norma*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2018, 4, 439; C. NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2946 ss., S. TATTI, *L'annullamento d'ufficio tra doverosità e discrezionalità*, in *Riv. trim. app.*, 2013, 147 ss., P.L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la l. n. 164/ 2014 (qualche passo verso la doverosità?)*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 21 ss., S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, in *www.federalismi.it*, n. 16/2016, N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, *ivi*, n. 5/2017; N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza Plenaria n. 8 del 2017)*, in *www.federalismi.it*, n. 20/2017, spec. 19 ss.

31 Cfr. Cass. Sez. III, 11 gennaio 1996, n. 54, decisione relativa alla configurabilità del reato di costruzione senza titolo, e di conseguente provvedimento di sequestro, nonostante l'esistenza di una pronuncia definitiva del T.A.R. che affermava la legittimità della costruzione. Come successivamente rilevato da Cass. Sez. III, 25 maggio 2020, n. 15752, dalla massima si comprende come il problema nella specie affrontato concernesse in realtà la valutazione dell'insussistenza del profilo soggettivo per il fatto di aver confidato nella legittimità della concessione edilizia la cui legittimità era stata affermata dal giudice amministrativo). Il principio enunciato da Cass. n. 54/1996 è poi stato ripreso da Cass. Sez. III, n. 1894 del 14 dicembre 2006, che a sua volta richiama Sez. III, n. 39707 del 5 giugno 2003; nonché Cass. Sez. II, n. 50189 del 9 dicembre 2015. In dottrina, F. BASILE, A. BASSI, G.L. GATTA, *Edilizia*, in *Corriere Merito*, 2007, 6, 755, commentano la decisione del Tribunale Cosenza, 20 marzo 2007, che si è pronunciata a seguito del rinvio disposto da Cass. n. 1894/2007.

ritti civili - non potrebbe essere privato della facoltà di fare affidamento sugli strumenti della tutela giurisdizionale posti a sua disposizione dall'ordinamento.

Questa risalente decisione ha condizionato la successiva giurisprudenza di legittimità, ma sono stati apportati alcuni “correttivi” per restringere l'ampiezza del ritenuto vincolo per il giudice penale.

Si è così affermato che a quest'ultimo è preclusa la valutazione della legittimità dei provvedimenti amministrativi che costituiscono il presupposto dell'illecito penale qualora sul tema sia intervenuta una sentenza irrevocabile del giudice amministrativo, ma tale preclusione non si estende ai profili di illegittimità, fatti valere in sede penale, non dedotti ed effettivamente decisi dal giudice amministrativo³².

Le sentenze del giudice amministrativo, passate in giudicato, esplicherebbero un effetto preclusivo insuperabile sui poteri di cognizione del giudice penale solo limitatamente allo specifico profilo di illegittimità effettivamente deciso dal giudice amministrativo³³. Tale preclusione non si estenderebbe, però, ai profili di illegittimità, fatti valere in sede penale, che non siano stati dedotti ed effettivamente decisi in quella amministrativa³⁴.

Il vincolo sarebbe quindi limitato a quanto effettivamente dedotto, e non si estenderebbe al cd. “*deducibile*”³⁵.

32 Cfr. Cass. pen. Sez. VI, 20 aprile 2018, n. 17991, che richiama Cass. pen. Sez. III, 18 luglio 2014, n. 44077 (che aveva giudicato immune da censure il provvedimento impugnato che aveva confermato il sequestro preventivo di uno stabilimento balneare per il reato previsto dagli artt. 54 e 1161 del codice della navigazione, previa disapplicazione della concessione demaniale ritenuta illegittima perché priva di durata determinabile, a fronte di una pronuncia del TAR che si era limitata a verificare, ed escludere, che detta concessione dovesse essere dichiarata scaduta). In precedenza, nello stesso senso, anche Cass. Sez. I, 11 gennaio 2011, n. 11596.

33 Cass. pen. Sez. III Sent., 22 giugno 2017, n. 31282.

34 Cass. Sez. I, n. 11596 del 11 gennaio 2011, già citata.

35 Su tale specifico punto, Cass. pen. Sez. I Sent., 30 luglio 2010, n. 30496: «*la preclusione del cosiddetto giudicato esecutivo non si estende a tutte le questioni deducibili ma esclusivamente a quelle che sono state dedotte ed effettivamente decise*». Cfr. altresì Cass. Sez. IV, 4 giugno 2009, n. 32929. È necessario precisare che, invece, all'interno della giurisdizione amministrativa, il vincolo derivante (per lo stesso giudice amministrativo) dal giudicato copre non solo il dedotto, ma anche il deducibile, in relazione al medesimo oggetto, con la conseguenza che riguarda non solo le ragioni giuridiche e di fatto esercitate in giudizio ma anche tutte le possibili questioni, proponibili in via di azione o eccezione, che, sebbene non dedotte specificamente, costituiscono precedenti logici, essen-

Questo filone interpretativo della giurisprudenza ha così chiarito che la valutazione del giudice penale in ordine alla legittimità di un atto amministrativo, costituente il presupposto di un reato, non è preclusa da un giudicato amministrativo formatosi all'esito di una controversia instaurata sulla base di documentazione incompleta, o comunque fondata su elementi di fatto rappresentati in modo parziale o addirittura non veritiero, sempre che tali criticità risultino da dati obiettivi preesistenti e sconosciuti al giudice amministrativo, ovvero sopravvenuti alla formazione del giudicato³⁶. Fermo restando che non può

ziali e necessari, della pronuncia (cfr. ad es. Cons. St. Sez. III, 7 luglio 2020 n. 4369). Cons. Stato (Ad. Plen.), 15 gennaio 2013, n. 2, a seguito di ordinanza di rimessione del medesimo Cons. Stato, ord. 5 aprile 2012, n. 2024, enuncia il seguente principio di diritto: «*La questione dell'annoverabilità nell'ambito del giudicato non solo del dedotto, ma anche del deducibile, la quale si può porre solo nei riguardi dell'attività oggetto di esame giudiziale, in quanto tale anteriore a quest'ultimo, poiché l'esigenza di certezza, propria del giudicato, non può proiettare l'effetto vincolante nei riguardi di tutte le situazioni sopravvenute di riedizione di un potere, ove questo, pur prendendo atto della decisione del giudice, coinvolga situazioni nuove e non contemplate in precedenza, si pone ove la riedizione del potere si concreti nel valutare differientemente, in base ad una nuova prospettazione, situazioni che, esplicitamente o implicitamente, siano state oggetto di esame da parte del giudice. In tal caso non può escludersi in via generale la rivalutazione dei fatti sottoposti all'esame del giudice, seppure la riedizione del potere deve essere assoggettata a precisi limiti e vincoli. (Fattispecie avente ad oggetto la erronea ritenuta inammissibilità del ricorso per l'ottemperanza avente ad oggetto la pretesa illegittimità dell'azione amministrativa in quanto carente di coerenza con la decisione giurisdizionale. L'azione amministrativa successiva alla decisione viene, dunque, prospettata come disallineata rispetto al contenuto del giudicato formatosi)*». Nella giurisprudenza amministrativa di primo grado, T.A.R. Campania Salerno Sez. II, 2 febbraio 2021, n. 294, ha così chiarito: «*il giudicato rappresenta la regolamentazione incontrovertibile che conferisce il crisma d'intangibilità alla res controversa, regolamentandola sotto un profilo formale e sostanziale. Così scandito, copre il dedotto e il deducibile in relazione al medesimo oggetto, sicché esso riguarda non solo le ragioni giuridiche e di fatto esercitate in giudizio ma anche tutte le possibili questioni (proponibili in via di azione o eccezione) che, sebbene non dedotte specificamente, costituiscono precedenti logici, essenziali e necessari, della pronuncia (Consiglio di Stato sez. III, 7 luglio 2020, n.4369). Nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo il suddetto principio processual-civilistico, secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, si atteggia in modo differente, rapportato alla peculiare natura impugnatoria del giudizio in cui verte, atteso che, come sostiene granitica giurisprudenza (TAR Trento, sez. I, 8 giugno 2020, n. 82; TAR Roma, sez. I, 8 maggio 2020, n. 4841; TAR Ancona, sez. I, 27 dicembre 2019, n.798), il giudicato si forma solo in relazione ai vizi dell'atto di cui è stata accertata la sussistenza (o l'insussistenza) sulla base dei motivi di censura articolati dal ricorrente, restando dunque salvi da un lato, qualora il ricorso sia stato respinto, la possibilità di una nuova impugnazione del medesimo atto ovvero di un suo annullamento in autotutela da parte della stessa Pubblica amministrazione per vizi diversi da quelli esclusi dal giudice e dall'altro, nell'opposta ipotesi di accoglimento del ricorso e annullamento dell'atto impugnato, la potestà della stessa Pubblica amministrazione di rideterminarsi col solo limite di non incorrere nei vizi già accertati in sede giudiziale*». Ciò che viene coperto dal giudicato non è soltanto il dispositivo, bensì anche l'iter argomentativo seguito.

³⁶ Cass. pen. n. 31282/2017, cit. Nella specie, relativa alla violazione dell'art. 44 d.P.R. 30/2001, contestata ad un imprenditore agricolo, la Corte ha ritenuto immune da censure la decisione di merito che aveva escluso la sussistenza di una preclusione, da giudicato amministrativo, in ordine all'insufficienza del patrimonio edilizio preesistente a soddisfare le esigenze

spiegare alcun effetto nel procedimento penale una valutazione effettuata dal giudice amministrativo con riferimento a situazioni che, sebbene analoghe, abbiano comunque riguardato soggetti e circostanze diverse³⁷.

Questo coordinamento fra giudicato amministrativo ed accertamento del giudice penale in termini di vincolatività solo “tendenziale” garantisce l’esigenza di affermare un principio di “non contraddizione” tra i giudicati resi sullo stesso tema da differenti autorità giudiziarie, ma sconta il limite conseguente al fatto che il sistema processuale afferma il diverso principio di tendenziale autonomia delle giurisdizioni (autonomia che inevitabilmente porta con sé la possibilità di contrasti e, ancor più, di sentenze formatesi su fatti diversamente valutati dalle distinte autorità giudiziarie³⁸).

Peraltro, da un attento esame dei precedenti giurisprudenziali che aderiscono a questo filone interpretativo, emerge che il principio è stato perlopiù affermato “in negativo”, per escludere quindi che sussistesse un effettivo vincolo

abitative dell'imputato, in quanto tale requisito - presupposto essenziale per il legittimo rilascio del permesso di costruire in zona agricola - era stato valutato dal giudice amministrativo sulla base di una rappresentazione dei luoghi che, in sede penale, era risultata falsa. Così letteralmente la motivazione: «... 3.5 Ritiene il Collegio che quanto affermato dai giudici del merito sia corretto, perché non può considerarsi ostativo alla valutazione del giudice penale sulla legittimità dell'atto amministrativo presupposto del reato il giudicato amministrativo formatosi all'esito di una controversia instaurata sulla base di documentazione incompleta o che, comunque, si è fondata su elementi di fatto rappresentati in modo parziale o, addirittura, non rispondenti al vero. Se, infatti, ciò che rileva, sulla base dei principi dianzi richiamati, è la piena cognizione della questione trattata da parte del giudice amministrativo e la effettiva decisione sulla legittimità dell'atto amministrativo presupposto del reato, tali evenienze non possono ritenersi verificate quando la decisione sia stata assunta disponendo di dati inesatti o incompleti. Ciò, ovviamente, quando la situazione che libera il giudice penale dall'ostacolo opposto dal giudicato amministrativo non sia conseguenza di mere valutazioni personali ma risulti da un dato obiettivo preesistente e sconosciuto al giudice amministrativo o sopravvenuto. Ritenendo, invece, che il giudice penale sia in ogni caso vincolato dal giudicato amministrativo, si porrebbe alla singolare situazione per cui, pur nella consapevolezza che la ritenuta legittimità del provvedimento amministrativo sia da escludere sulla base di elementi fattuali obiettivamente significativi, egli debba comunque ritenere insussistente un reato che nel processo penale risulta pacificamente accertato».

37 Cass. Sez. III, 6 giugno 2015, n. 30171. La decisione è oggetto di specifico esame *infra*.

38 Questa valutazione in termini di “tendenziale autonomia” è stata chiaramente affermata dalla già citata Cass. n. 15752/2020, che -nel ribadire l’esistenza di un vincolo solo “tendenziale” derivante dal giudicato amministrativo, richiama Cass. pen. Sez. IV, 30 novembre 2012, n. 46471. In dottrina, F. PERONI, *Sui rapporti fra giudicato amministrativo e determinazioni del giudice penale*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2013, 2, 181; M. BONTEMPELLI, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano, 2009, 215; M.L. Busetto, *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, Milano, 2000, 39; P. CORVI, *Questioni pregiudiziali e processo penale*, Padova, 2007, 307.

derivante dal giudicato amministrativo³⁹. Significativa, in questo senso, Cass. n. 30171/2015, intervenuta in sede cautelare di impugnazione di un sequestro preventivo di alcuni manufatti nei confronti dell'indagato, in relazione ai reati di cui agli artt. 54 e 1161 c.n. e 181 del d. lgs. n. 42 del 2004, per l'occupazione, senza valido titolo, di circa 340 mq di suolo pubblico facente parte del demanio marittimo⁴⁰.

Ebbene, con un primo motivo di ricorso era stata dedotta violazione di legge, rilevandosi che il giudice di prima istanza avrebbe erroneamente ritenuto che fosse preclusa, al giudice ordinario, la possibilità di valutare la legittimità della convenzione stipulata tra l'indagato e l'amministrazione comunale ed avente ad oggetto una porzione di demanio marittimo limitrofa a quella già regolarmente occupata, per il fatto che il giudice amministrativo avrebbe ricono-

39 Questa considerazione, riferita al fatto che -nel caso concreto- all'affermazione del principio segue una esclusione di vincolatività del giudicato amministrativo, che si era pronunciato solo su alcuni vizi di legittimità, per come dedotti, senza perciò estendersi anche ai vizi non esaminati, si ritrova nelle pronunce sopra citate: cfr. Cass. pen. Sez. VI, 20 aprile 2018, n. 17991 («A differenza di quanto sostenuto dai ricorrenti, tale valutazione non integra la violazione del giudicato amministrativo, essendo stato individuato un profilo di illegittimità non valutato in tale sede e ciò è in linea con l'orientamento giurisprudenziale di questa Corte, secondo il quale al giudice penale è preclusa la valutazione della legittimità dei provvedimenti amministrativi che costituiscono il presupposto dell'illecito penale qualora sul tema sia intervenuta una sentenza irrevocabile del giudice amministrativo, ma tale preclusione non si estende ai profili di illegittimità, fatti valere in sede penale, che non siano stati dedotti ed effettivamente decisi in quella amministrativa... »); Cass. pen. Sez. III Sent., 22 giugno 2017, n. 31282; Cass. pen. Sez. III, 18 luglio 2014, n. 44077; Cass. pen. Sez. IV, 30 novembre 2012, n. 46471, intervenuta nell'ambito di un procedimento penale avente ad oggetto l'ipotesi di illeciti edilizi, ove era stato operato il sequestro preventivo del cantiere edile; Cass. Sez. I, 11 gennaio 2011, n. 11596 («Ed invero, seppure deve riconoscersi - come a ragione sostenuto dal PG ricorrente - che il potere del giudice penale di valutare la legittimità dei provvedimenti amministrativi che costituiscono il presupposto dell'illecito penale, incontra un limite nei provvedimenti giurisdizionali del giudice amministrativo passati in giudicato (in termini, in materia di reato di costruzione senza concessione, si veda Sez. 3, Sentenza n. 54 del 11/1/1996, dep. il 3/04/1996, imp. Ciaburri, Rv. 204622, secondo cui "l'autorità giudiziaria ordinaria non ha il potere di valutare la conformità a legge di un arrêt di un'altra giurisdizione"), ritiene tuttavia questo Collegio, anche in considerazione del carattere autonomo della giurisdizione penale rispetto a quella amministrativa e della assoluta rilevanza ed inderogabilità del potere del giudice ordinario di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo, che tale effetto preclusivo sussista con riferimento ad un provvedimento giurisdizionale del giudice amministrativo passato in giudicato, che abbia espressamente esaminato lo specifico profilo di illegittimità dell'atto fatto valere, incidentalmente, in sede penale, dovendo altrimenti ritenersi, in maniera non dissimile a quanto affermato da questa Corte in tema di processo esecutivo (in termini, Sez. 1, Sentenza n. 30496 del 3/06/2010 dep. 30/07/2010), che la preclusione del cosiddetto giudicato amministrativo non si estende a tutte le questioni deducibili ma esclusivamente a quelle che sono state dedotte ed effettivamente decise»).

40 Cass. Sez. III, 6 giugno 2015, n. 30171, cit.

sciuto la legittimità di diversa ed analoga convenzione stipulata da altro soggetto con il medesimo comune. La Corte ha ritenuto fondato il ricorso, affermando che aveva sbagliato il giudice penale nel ritenere vincolante una decisione del giudice amministrativo che aveva trattato una questione attinente ad una fattispecie definita “identica” a quella sottoposta al suo esame, ma in realtà riferita a situazioni che, sebbene analoghe, avevano comunque riguardato soggetti e circostanze diverse. Il giudicato amministrativo in questione, infatti, riguardava una concessione demaniale marittima rilasciata ad una diversa società. Secondo la Corte, quindi, tale decisione amministrativa concerne soltanto quest’ultima società e non può spiegare alcun effetto riguardo ad un altro titolo concessorio, relativo ad una diversa area demaniale, il cui rilascio ad un differente concessionario evidentemente presuppone, pur in presenza di un’unica procedura concorsuale di aggiudicazione, quantomeno particolari valutazioni che riguardano, ad esempio, l’idoneità di quel soggetto, le modalità di gestione dell’area, le caratteristiche delle infrastrutture ed ogni altro aspetto strettamente correlato a quello specifico rapporto tra amministrazione e concessionario e non ad altri. In conclusione, la estraneità della questione trattata dal giudice amministrativo rispetto a quella sottoposta all’esame del giudice penale esclude qualunque effetto preclusivo del giudicato amministrativo nel processo penale. In senso contrario, una affermazione di vincolatività si risolve in una “sostanziale abdicazione del potere- dovere dei giudici” di verificare la validità ed efficacia dello specifico titolo abilitativo rilasciato all’indagato per l’occupazione di un determinato spazio demaniale, non potendo spiegare alcun effetto nel procedimento penale una valutazione che il giudice amministrativo ha effettuato con riferimento a situazioni che, sebbene analoghe, hanno comunque riguardato soggetti e circostanze diverse.

4.2. Il vincolo derivante dal dedotto

Recentemente, il principio dell'efficacia extra-amministrativa del solo dedotto è stato ribadito da Cass. pen. Sez. III, n. 11316/2022⁴¹, che è stata così massimata: *«al giudice penale è preclusa la valutazione della legittimità dei provvedimenti amministrativi che costituiscono il presupposto dell'illecito penale qualora sul tema sia intervenuta una sentenza irrevocabile del giudice amministrativo, ma tale preclusione non si estende ai profili di illegittimità, fatti valere in sede penale, che non siano stati dedotti ed effettivamente decisi in quella amministrativa»*. È proprio tale sentenza, quindi, che sembrerebbe affermare “in positivo” l'efficacia extra-penale del giudicato amministrativo, sebbene in un contesto applicativo del tutto peculiare.

Tale decisione è intervenuta con riguardo ad un ricorso proposto avverso l'ordinanza con la quale il giudice per le indagini preliminari aveva dichiarato inammissibile la richiesta di revoca di una sentenza di non luogo a procedere, riferita a reati di falso, lottizzazione abusiva nonché opere realizzate in assenza dei prescritti titoli abilitativi dal punto di vista urbanistico ed ambientale.

In questo ambito, una delle questioni controverse atteneva alla qualificazione giuridica del piano regolatore portuale: sulla questione era intervenuto, dopo l'emanazione della sentenza di non luogo a procedere, il giudice amministrativo, che aveva affermato (in primo grado) che il piano regolatore portuale avrebbe rappresentato a tutti gli effetti uno strumento di pianificazione urbanistica alla cui stregua andava dunque valutata la conformità di ogni singolo intervento edilizio. Anche alla luce di questa affermazione, il pubblico ministero aveva fondato la richiesta di revoca della sentenza di non luogo a procedere. Tuttavia, il Consiglio di Stato, sezione VI, con la sentenza n. 8356 del 28 dicembre 2020, all'esito della ricostruzione storico-normativa della relazione giuridica esistente tra la pianificazione urbanistica e il piano regolatore portuale, aveva affermato, ribaltando la precedente pronuncia del T.A.R., che *«i Piani Regolatori Portuali approvati antecedentemente alla L. n. 84 del 1994, non hanno effetti di conformazione del territorio»*, con la conseguenza che il piano regolatore portuale

41 Cass. pen. Sez. III, 29 marzo 2022, n. 11316.

rilevante in causa, risalente al 1975, non poteva essere considerato come parametro giuridico ai fini della valutazione di conformità urbanistica degli interventi in contestazione; non risultando peraltro che le prescrizioni dello stesso fossero state in qualche modo recepite nelle previsioni del piano regolatore.

Ebbene, la Corte di cassazione ha ritenuto che, in conseguenza di tale arresto del giudice amministrativo, ai fini della valutazione di conformità urbanistica degli interventi, la sentenza di non luogo a procedere mantenesse ferme per tutti i reati all'epoca contestati le relative statuizioni. Aggiungendo, in conclusione, che nemmeno risultava che il giudice amministrativo, nel pervenire a tale conclusione, avesse pretermesso di considerare aspetti decisivi quanto all'eventuale illegittimità di provvedimenti amministrativi che costituissero presupposti o elementi normativi di fattispecie penalmente rilevanti.

Si impone una riflessione.

Dalla lettura congiunta della motivazione di Cass. n. 11316/2022 e del giudicato in essa applicato (Cons. Stato n. 8356/2020) sembra potersi trarre non tanto che la Corte abbia ritenuto vincolante il giudicato amministrativo, quanto piuttosto che essa abbia avallato una interpretazione (inerente alla natura giuridica del piano regolatore portuale) in esso contenuta.

E, infatti, il Consiglio di Stato, nella richiamata decisione n. 8356/2020, ha esaminato la natura giuridica del piano regolatore portuale, che era stato erroneamente assunto quale riferimento ai fini della valutazione di conformità urbanistica degli interventi di causa, per statuire così l'annullamento dei provvedimenti impugnati, ovvero sia gli atti conclusivi della conferenza di servizi di diniego della conformità urbanistica degli interventi di *security* portuale).

Anche in questo caso, quindi, il principio dell'efficacia vincolate del giudicato amministrativo (per quanto concerne il solo dedotto) è stato richiamato, ma -in concreto- non effettivamente applicato dal giudice penale (che, infatti, pare aver soltanto avallato una interpretazione circa la natura giuridica dell'atto, come contenuta nella motivazione del giudicato).

4.3. Giudicato amministrativo liberamente valutabile nel processo penale

In realtà, sembra che una valutazione complessiva dei rapporti fra accertamento (irrevocabile) del giudice amministrativo e poteri di accertamento del giudice penale debba essere piuttosto valutato in termini di autonomia (non solo tendenziale).

Si è visto che (nella prospettiva speculare dei vincoli per il giudice amministrativo derivanti dal giudicato penale), l'art. 654 c.p.p. subordina l'efficacia soggettiva del giudicato penale alla sussistenza del pieno contraddittorio: il giudicato è vincolante solo nei confronti dell'imputato, della parte civile e del responsabile civile che si sia costituito o che sia intervenuto nel processo. L'assenza di analogia legislativa che valga a limitare i poteri di accertamento del giudice penale (per il caso in cui si sia formato un giudicato amministrativo) è di per sé elemento valutabile al fine di escludere un'efficacia vincolante del giudicato amministrativo, in forza di quanto stabilito dall'art. 2 c.p.

Ulteriore elemento (sistematico) che potrebbe essere invocato per escludere la sussistenza di tale vincolo attiene proprio all'integrità del contraddittorio. Se, infatti, può essere che -in rapporto all'applicazione dell'art. 654 c.p.p.- nel processo penale antecedente alla formazione del giudicato siano state presenti quali parti processuali le stesse coinvolte nel giudizio amministrativo di annullamento (*in primis*, il privato ed, eventualmente, anche la pubblica amministrazione che abbia adottato il provvedimento della cui legittimità si discute), non pare che sia configurabile anche l'opposto (considerato che la pubblica accusa, parte necessaria del giudizio penale, non lo è nel processo amministrativo⁴²).

42 Questo aspetto trova conforto nelle valutazioni effettuate anche da F. FRACARIO, *L'accertamento del fatto illecito nel giudizio amministrativo e nel giudizio penale: problemi e interferenze*, in *Corriere Merito*, 2007, 3, 371. L'Autore si sofferma sull'analisi del rapporto che si crea tra i due processi (penale ed amministrativo) «nel momento in cui un medesimo episodio o fatto di vita finisce con l'essere portato all'attenzione di entrambi i giudici ... Il problema che intendo esaminare è quindi quello delle possibili interferenze o condizionamenti che i processi possano o debbano necessariamente subire per effetto dell'accertamento compiuto da altro giudice», opinando che il giudicato non aiuti a risolvere il problema fra sistemi diversi. Fra le ragioni ostative che l'Autore annovera vi è, specificamente, quella inerente

La valutazione della pienezza del contraddittorio può essere apprezzata in rapporto non solo all'identità delle parti, ma anche alla difficoltà di giustificare (nella prospettiva della pubblica accusa, ma anche del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*) un vincolo che deriverebbe da un giudizio svoltosi a fini diversi, in rapporto ad una diversa tematica processuale controversa⁴³, in applicazione di regole processuali differenti.

L'assenza di pienezza del contraddittorio, in rapporto anche alle deduzioni delle parti funzionali a delimitare l'oggetto del giudizio che si conclude con il giudicato, può essere ulteriore elemento da valutare ai fini di escludere la vincolatività del giudicato amministrativo nel processo penale (nei confronti di un soggetto, la pubblica accusa, che non è stata parte del processo amministrativo).

Se si avalla l'interpretazione proposta, nel senso che il giudicato amministrativo sull'atto presupposto non vincoli il giudice penale, né quanto al dedotto né quanto al deducibile, è necessario interrogarsi su come possa essere valutato un giudicato amministrativo da parte del giudice penale.

Dall'analisi del dettato normativo e dell'interpretazione giurisprudenziale, si può desumere che la sentenza irrevocabile del giudice amministrativo possa essere acquisita ai fini della prova del fatto in essa accertato, ed è liberamente valutabile dal giudice a norma degli artt. 187 e 192 c.p.p., proprio ai fini della prova del fatto in essa accertato⁴⁴, nell'ambito del sindacato esercitato dal giudice penale sulla sussistenza delle tipicità del reato contestato.

all'integrità del contraddittorio: «Perplexità in ordine alla possibilità di applicare correttamente l'istituto del giudicato sorgono anche per la difficoltà di ravvisare il presupposto necessario delle identità delle parti: ... anche perché il Pubblico Ministero è parte necessaria nel processo penale ed è difficile che intervenga nel processo amministrativo. Tecnicamente, si vuol dire, non sussistono i presupposti processuali perché l'istituto possa essere applicato».

43 «A nulla vale difendersi con riferimento ad una certa situazione giuridica, se il giudice è chiamato a decidere su una situazione giuridica diversa; e ciò vale sia in relazione a questione di diritto, sia in relazione alla questione di fatto». Così A. CASTAGNOLA, *L'accertamento dei fatti fuori dal giudizio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2020, 3, 981.

44 Tale orientamento interpretativo è in realtà stato valutato come minoritario da Cass. pen. Sez. III, n. 15752/2020 cit.

Sicché le sentenze del giudice amministrativo, ancorché definitive, non vincolano quelle penali ed una volta acquisite agli atti del dibattimento sono liberamente valutabili ai fini della decisione⁴⁵, nemmeno essendo invocabile l'applicazione dell'art. 238 *bis* disp. att. c.p.p. (che riguarda le sole sentenze irrevocabili del giudice penale)⁴⁶.

Dal giudicato amministrativo non deriva quindi alcun vincolo, analogamente a come nessun vincolo deriva per il giudice penale da accertamenti effettuati in sentenze (in tesi rese anche dal giudice amministrativo) non definitive (che possono essere utilizzate come prova limitatamente alla esistenza della de-

45 Cass. pen. Sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 10210, ha ritenuto che le sentenze del giudice amministrativo, ancorché definitive, non vincolano quello penale ed una volta acquisite agli atti del dibattimento sono liberamente valutabili ai fini della decisione. Tale pronuncia è intervenuta con riferimento all'indagine del giudice penale, sulla sussistenza o meno della contestata violazione dell'art. 323 c.p., statuendo in proposito che tale indagine ben può svolgersi e concludersi in modo difforme rispetto a pronunce del T.A.R., anche se esse abbiano ad oggetto singoli frammenti di condotta, pure valutati in sede penale (e ciò in quanto nel vigente ordinamento processuale l'art. 238 *bis* c.p.p. si limita a consentire l'acquisizione in dibattimento di sentenze - non necessariamente solo penali- divenute irrevocabili, ma dispone che esse siano valutate a norma dell'art. 187 e art. 192, comma 3, stesso codice, «*ai fini della prova del fatto in esse accertato*»). La Corte ha così ritenuto che le pronunzie del giudice amministrativo, pur definitive, non vincolano il giudice penale ma possono soltanto essere acquisite agli atti del dibattimento per essere liberamente considerate ai fini della decisione (cfr. Cass. pen. sez. III, 39358/2008 per una sentenza del giudice tributario) e tale libera autonoma valutazione ben può concludersi, se ragionevolmente argomentata in modo difforme dall'assunto dei giudici amministrativi. Secondo la Corte, tale principio ha trovato, del resto e per altro verso, un'espressa conferma normativa nella delimitazione della cognizione del giudice penale in rapporto alle questioni c.d. incidentali contenuta nell'art. 2, comma secondo, c.p.p., il quale dispone che «*la decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione civile, amministrativa o penale non ha efficacia vincolante in nessun altro processo*». In dottrina, cfr. L. MURGOLO, *Abuso edilizio e art. 323 c.p. tra il giudice penale e amministrativo*, in *Urbanistica e Appalti*, 2020, 3, 333. Con riguardo alla dottrina in materia tributaria (con specifico riferimento all'art. 654 c.p.p.) G. SASSARA, *Giudice tributario vincolato dalla sentenza di assoluzione penale resa sugli stessi fatti*, in *Fisco*, 2021, 41, 3974.

46 Come precisato da Cass. Sez. V, n. 41796 del 17 giugno 2016, che richiama a sua volta Cass. Sez. IV, 26 giugno 2008, n. 28529; Cass. Sez. V, 4 marzo 2013, n. 14042; Cass., Sez. 6, 24 febbraio 2011, n. 10210. Secondo quanto precisato dalla Corte, l'art. 238 *bis* c.p.p. riguarderebbe soltanto le sentenze irrevocabili pronunciate dal giudice penale, e non quelle rese nei giudizi civili o amministrativi, sicché per queste il vincolo sarebbe ancor meno stringente: l'utilizzo delle sentenze irrevocabili, acquisite ai fini della prova dei fatti in esse accertati ex art. 238 *bis* c.p.p., riguarda esclusivamente quelle rese in altro procedimento penale e non anche quelle rese in un procedimento civile, adottando i due ordinamenti processuali criteri asimmetrici nella valutazione della prova; pertanto le sentenze di un giudice diverso da quello penale, pur se definitive, non vincolano quest'ultimo, ma, una volta acquisite, sono dal medesimo liberamente valutabili.

cisione e alle vicende processuali in esse rappresentate)⁴⁷, il cui contenuto è liberamente valutabile.

Secondo il principio generale fissato dall'art. 2 c.p.p., infatti, al giudice penale spetta il potere di risolvere autonomamente ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito. L'unica disposizione che attribuisce espressamente "efficacia di giudicato" nel processo penale a sentenze extra-penali è l'art. 3, comma 4, cod. proc. pen. con riferimento alla «*sentenza irrevocabile del giudice civile che ha deciso una questione sullo stato di famiglia o di cittadinanza*»⁴⁸.

Tale principio è stato recentemente ribadito dalla I Sezione della Corte di cassazione, in tema di bancarotta per distrazione ed in rapporto al fatto che un credito professionale avrebbe trovato conferma all'esito di giudizio arbitrale⁴⁹. Secondo la Corte, l'accertamento arbitrale non è vincolante per il giudice penale, proprio in forza della non vincolatività per il giudice penale del giudicato civile o amministrativo emesso all'esito di procedimento diverso da quello penale, anche in ragione delle obiettive asimmetrie contemplate nei diversi ordinamenti processuali, anzitutto in tema di valutazione delle prove. La Corte precisa ulteriormente che le prove, l'*iter* logico, gli argomenti giuridici desumibili dal processo civile e dal corrispondente *iussum* possono essere utilizzati nel processo penale quali elementi rilevanti per orientare il convincimento giudiziale.

47 Come precisato in un caso concernente la pronuncia di un giudice penale: le sentenze pronunciate in procedimenti penali diversi e non ancora divenute irrevocabili, legittimamente acquisite al fascicolo del dibattimento nel contraddittorio fra le parti, possono essere utilizzate come prova limitatamente alla esistenza della decisione e alle vicende processuali in esse rappresentate, ma non ai fini della valutazione delle prove e della ricostruzione dei fatti oggetto di accertamento in quei procedimenti (Cass. Sez. U, 12 luglio 2005, n. 33748).

48 Cass. pen. Sez. III, 30 aprile 2019, n. 17855, specificamente riferita all'efficacia di sentenza civile nel processo penale. Nella specie, il GIP, in funzione di giudice dell'esecuzione penale, aveva respinto l'opposizione avverso l'ordinanza che aveva rigettato la richiesta di revoca del provvedimento di confisca e contestuale restituzione di più unità immobiliari, o, in subordine, l'istanza di riconoscimento del diritto ad occupare gli immobili. La confisca era stata disposta con sentenza irrevocabile, per reati di frode fiscale, in relazione al prezzo o al profitto di tali reati, e per equivalente. Il giudicato civile che veniva in questione era quello inerente a sentenze civili di accertamento della simulazione assoluta delle vendite effettuate.

49 Cass. pen. Sez. I, 12 gennaio 2022, n. 538.

Nemmeno una sentenza del giudice amministrativo, passata in giudicato, che abbia esaminato uno specifico vizio di illegittimità può quindi essere una preclusione ai poteri di accertamento del giudice penale.

Tale principio, sebbene enunciato in decisioni che intervengono in materie del tutto eterogenee fra loro, può essere utilmente invocato anche rispetto ai reati urbanistico-ambientali.

Si è visto, infatti, che -in tale materia- la giurisprudenza che tende a ripetere (anche in materia urbanistico-ambientale) l'efficacia vincolante del giudicato penale limitatamente al dedotto, in realtà applica tale principio in negativo (ritenendo quindi che il giudice penale non sia vincolato dal mero deducibile, e che non possa spiegare alcun effetto nel procedimento penale una valutazione effettuata dal giudice amministrativo con riferimento a situazioni che, sebbene analoghe, abbiano comunque riguardato soggetti e circostanze diverse).

Ebbene, si può ritenere che, di fatto, tali pronunce (implicitamente) sottopongano i precetti contenuti nel giudicato penale comunque ad una interpretazione ai sensi degli artt. 187 e 192 c.p.p., al fine di verificare se effettivamente la valutazione sulla legittimità del provvedimento possa o meno avere ricadute anche sul reato contestato nel processo penale. E, infatti, la citata giurisprudenza comunque riconosce al giudice penale un sindacato circa l'identità soggettiva delle parti, le modalità con le quali si è svolto il processo amministrativo (ad esempio, in rapporto alla completezza della documentazione e della prospettazione degli elementi di fatto) o all'esistenza di sopravvenienze⁵⁰.

5. Giudicato amministrativo di annullamento e verifica della tipicità della fattispecie penale

La tenuta della lettura proposta sull'efficacia nel processo penale del giudicato amministrativo (liberamente valutabile) deve essere vagliata con partico-

⁵⁰ Cfr. Cass. pen. n. 31282/2017, cit. e Cass. pen. n. 30171/2015 cit.

lare attenzione alle sentenze di annullamento, pronunciate dal giudice amministrativo e divenute irrevocabili.

La sentenza amministrativa di annullamento, infatti, è caratterizzata da un effetto caducatorio, che determina il venir meno del provvedimento e dei suoi effetti retroattivamente (ovverosia dal momento della sua adozione, salvi i casi di legittimità sopravvenuta e salva la modulazione nel tempo della retroazione)⁵¹.

Ne deriva, secondo la Dottrina, un effetto riflesso (da non confondersi con i limiti soggettivi del giudicato) che si risolve nel dovere di tutti i soggetti dell'ordinamento di riconoscere l'avvenuta rimozione dell'atto (*c.d. effetto di fatti-specie degli atti costitutivi*)⁵². Tale dovere di riconoscimento sussisterebbe, d'altra parte, anche a prescindere dall'efficacia di giudicato, come nel caso in cui l'atto presupposto venga rimosso attraverso l'esercizio dell'autotutela per accertata illegittimità originaria, rimozione che opera *ex tunc* al pari dell'annullamento giurisdizionale.

51 Cfr. ad esempio Cons. giust. amm. Sicilia, 13 dicembre 2022, n. 1257: dei tre effetti prodotti dal giudicato amministrativo, demolitorio, ripristinatorio e conformativo, i primi due si rivolgono al passato con effetti tendenzialmente irretrattabili, mentre il terzo (che si produce allorquando non soddisfatti di per sé la domanda di tutela ma richieda ulteriori adempimenti conformativi) pone un vincolo di conformazione alla ulteriore (e futura) attività amministrativa. L'effetto demolitorio si sostanzia nel fatto che l'esercizio del potere che segue la sentenza di annullamento deve tenere conto di quanto accertato in sentenza, così come si desume, in particolare, dalla motivazione, atteso che il dispositivo ha portata esclusivamente demolitoria (e ripristinatoria). L'effetto ripristinatorio della sentenza deriva dal fatto che l'annullamento opera *ex tunc*. Quanto all'efficacia temporale della caducazione, Cons. Stato Sez. III, 16 febbraio 2021, n. 1409, precisa che la regola dell'annullamento con effetti *ex tunc* dell'atto impugnato può, sia pure in circostanze assolutamente eccezionali, trovare una deroga, con la limitazione parziale della retroattività degli effetti, o con la loro decorrenza *ex nunc*. L'ordinamento riconosce la possibilità di graduare l'efficacia delle decisioni di annullamento di un atto amministrativo.

52 E. PICOZZA, *La rilevanza delle pronunce del giudice amministrativo nel giudizio civile ed in quello penale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 1, 44, che richiama la teoria della "presupposizione ad effetto preclusivo", e -su di essa- P. VIRGA, *Caducazione dell'atto amministrativo per effetto travolgente dell'annullamento amministrativo*, in *Studi in onore di E. Guicciardi*, Padova, 1990, 687; E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, in *Studi economico-giuridici in memoria di Franco Ledda*, Torino, 2004; S. DETTORI, *Il rapporto di presupposizione nel diritto amministrativo. Contributo allo studio della funzione complessa*, Napoli, 2006.

L'annullamento giurisdizionale dell'atto non può quindi non avere rilevanza anche nell'ambito del processo penale, ove l'esistenza e la legittimità dell'atto debbano essere accertate⁵³.

Tale rilevanza, come sembra potersi proporre, deve essere valutata in rapporto non tanto ad una efficacia extra-processuale del giudicato, quanto al sindacato sulla sussistenza degli elementi tipici (oggettivi e soggettivi) del reato contestato.

È infatti da intendere come tale rilevanza debba essere apprezzata dal giudice penale: se come vincolo, ovvero piuttosto come elemento fattuale che debba essere valutato nell'ambito del sindacato sulla tipicità del reato. In buona sostanza, infatti, se l'atto è venuto meno (perché annullato), viene meno anche un presupposto del reato. Ma è il giudice penale che deve verificare come la caducazione degli effetti dell'atto rilevi in rapporto all'accertamento della fattispecie di reato (nei suoi profili oggettivi e soggettivi)⁵⁴.

Sembra allora opportuno distinguere fra le ipotesi in cui tale annullamento rilevi *in bonam partem* per l'imputato, ovvero *in malam partem*, a seconda che l'atto amministrativo presupposto ponga un vincolo per il privato (come ad

53 Sulla rilevanza, cfr. ancora E. PICOZZA, *La rilevanza delle pronunce del giudice amministrativo nel giudizio civile ed in quello penale*, cit. e, per l'elaborazione del concetto, A. FALZEA, *Rilevanza giuridica* in *Enc. dir.*, Vol. XL, Milano, 1989, 900. Lo stesso A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, afferma che «giuridicamente rilevante dicesi una situazione di fatto concreta quando risulti costituita da tutti gli elementi richiesti dalla norma giuridica perché l'atto venga riconosciuto dal diritto e reso quindi capace di produrre effetti giuridici». L'Autore pone in relazione la rilevanza giuridica all'efficacia giuridica, affermando che la prima è preordinata alla seconda.

54 In tempi ormai risalenti, nella dottrina si rinvengono autori che, nell'argomentare sui rapporti fra giudicato amministrativo e sindacato del giudice penale, assumono lo stesso presupposto logico. Il riferimento è a G. DUCA, *Incidenza nel giudizio penale della decisione che annulla l'atto amministrativo*, in *Dir. Pen. e Processo*, 1998, 2, 215 (nota a Cass. pen. Sez. III, 13 dicembre 1996, n. 4311): «...Se il giudice penale deve procedere ad un'indagine sulla validità dell'atto amministrativo che «entra» nel giudizio penale, nel caso in cui tale atto qualifichi il reato stesso, esso giudice non può decidere ignorando totalmente le vicende di tale provvedimento, dando valore, al contrario, alla situazione di fatto sottostante che peraltro non ha avuto modo di conoscere e quindi di giudicare contraria o meno alla legge. È necessario chiarire, al contrario, nell'ambito del potere di verifica della validità di un atto amministrativo da parte del giudice ordinario, che la verifica della sussistenza di ogni elemento dell'azione penale è un'operazione imprescindibile, e che questa verifica, nei casi di reato qualificato appunto da un atto amministrativo, dovrà essere basata sull'accertamento della validità dell'atto medesimo. Tale validità costituisce infatti il presupposto stesso dell'azione penale». All'esito di tali considerazioni, l'Autore conclude proponendo di inquadrare la fattispecie in esame nell'ambito delle cause sopravvenute di non punibilità.

esempio nel caso di cui all'art. 650 c.p.p.), ovvero lo rimuova (come nel caso delle contravvenzioni edilizie).

Qualora il provvedimento amministrativo restrittivo (la cui violazione integri la condotta tipica, sotto il profilo oggettivo) sia stato annullato mediante sentenza del giudice amministrativo passata in giudicato (così comportando la riespansione *ex tunc* della posizione soggettiva arbitrariamente compromessa dal provvedimento annullato), il giudice penale -verificata la carenza di tipicità della fattispecie, in quanto è venuto meno l'atto presupposto- potrà pronunciare sentenza assolutoria.

Invece, il provvedimento amministrativo (ampliativo) rileva quale presupposto della condotta, tipicamente, nelle contravvenzioni edilizie. Qualora il processo penale concerna una imputazione di responsabilità penale per una contravvenzione edilizia (in ipotesi, per avvenuta costruzione in assenza di titolo), si può porre la necessità di verificare se l'illiceità della condotta sussista (sotto il profilo oggettivo) per il caso di permesso di costruire che sia stato annullato dal giudice amministrativo.

L'annullamento del titolo autorizzatorio, disposto da una sentenza passata in giudicato, rimuove dall'ordinamento con effetto *ex tunc* l'atto annullato, sicché la costruzione effettuata sulla base di un titolo annullato risulta giuridicamente priva di titolo autorizzatorio, al pari di quella effettuata senza che neppure fosse stato approvato un titolo⁵⁵.

Se l'opera edilizia sia stata realizzata in forza di un titolo successivamente caducato in sede amministrativa (processuale), allora il giudice penale potrà ritenere (all'esito della verifica circa la sussistenza della tipicità oggettiva del reato) che effettivamente, venuto meno il titolo (oggetto della pronuncia di annullamento) l'opera diventa senza titolo. Il profilo che dovrà essere maggiormente approfondito, in questo caso, sarà quello inerente alla sussistenza dell'elemento

55 Cons. Stato Sez. IV, 11 marzo 2019, n. 1620, in tema di piano di lottizzazione.

soggettivo del reato (al fine di verificare se il privato fosse in buona fede e avesse prestato un legittimo affidamento sulla validità del titolo edilizio)⁵⁶.

In questa ipotesi, viene quindi in rilievo la verifica circa la sussistenza del reato, essendo venuto meno il titolo per effetto della sentenza amministrativa di annullamento, in rapporto alla sussistenza della condotta realizzata *sine titulo*.

Tenuto però conto dei principi enunciati dalla giurisprudenza (e, in particolare, dalla sentenza “Borgia” delle Sezioni Unite della Corte di cassazione), il giudice penale dovrà comunque accertare se, in concreto, sussista una lesione del bene giuridico protetto (ovverosia se le opere realizzate siano in contrasto con gli strumenti urbanistici). Il giudice penale, nel valutare la rilevanza del giudicato di annullamento, deve quindi autonomamente valutare la sussistenza dell'illecito contestato, nell'analisi di tipicità della fattispecie, in rapporto alla tutela del bene giuridico sostanziale (il corretto assetto del territorio)⁵⁷. 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

56 Peraltro, la norma di cui all'art. 38 d.P.R. 380/2001, consente -a determinate condizioni- in caso di annullamento del permesso di costruire, l'applicazione di una sanzione pecuniaria, in luogo della demolizione. Mediante tale istituto, il legislatore ha ritenuto opportuno conferire all'amministrazione la possibilità di non procedere automaticamente all'applicazione delle normali sanzioni susseguenti all'accertamento dell'abuso (demolizione dell'opera), potendo essere conveniente mantenere l'opera realizzata e introitare una sanzione pecuniaria cospicua, quale appunto quella costituita dal valore venale delle opere abusive realizzate. La fattispecie valorizza quindi l'affidamento ingenerato nel beneficiario dei provvedimenti ampliativi. Con la decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 7 settembre 2020, n. 17, è stata risolta la questione sulla corretta interpretazione dell'art. 38, d.P.R. n. 380/2001, delimitando la possibilità di procedere a sanatoria degli interventi realizzati sulla base di un permesso di costruire successivamente annullato (mediante irrogazione della sanzione pecuniaria) ai vizi che riguardano forma e procedura. Fra le differenti opzioni interpretative, la decisione presceglie la soluzione più aderente al dato letterale e sistematico, statuendo che, qualora i vizi del provvedimento a suo tempo rilasciato, che ne hanno provocato l'annullamento in sede giurisdizionale, riguardino l'insanabile contrasto del titolo edilizio con le norme di programmazione e regolamentazione urbanistica, va esclusa l'applicabilità del regime di fiscalizzazione. In argomento, cfr. A. LICCI MARINI, *L'Adunanza Plenaria fissa i limiti operativi dell'art. 38 TUE*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 1, 72.

57 Cass. pen., n. 14977/2022, cit.

dalla disciplina degli strumenti urbanistici e dalla normativa vigente⁵⁸. Il bene tutelato dalle norme incriminatrici è la salvaguardia degli usi pubblici e sociali del territorio regolati dagli strumenti urbanistici.

Nel caso di giudicato di annullamento, il giudice penale potrà allora verificare quale sia la rilevanza dell'effetto demolitorio derivante dalla pronuncia di annullamento dell'atto amministrativo.

Ai fini di una lettura sistematica degli effetti del giudicato, si può ritenere che tale rilevanza derivi non tanto da una efficacia extra-processuale diretta e vincolante del giudicato esterno di annullamento, quanto piuttosto da una valutazione della rilevanza dell'efficacia riflessa della pronuncia del giudice amministrativo. Con il conseguente dovere del giudice penale di valutare come l'avvenuta rimozione dell'atto annullato incida sulla sussistenza del reato.

Questo non significa che il giudice penale effettui una valutazione di conformità a legge di una sentenza di un'altra giurisdizione (quella del giudice amministrativo che abbia annullato l'atto presupposto della condotta penalmente rilevante), poiché così facendo violerebbe il principio di riparto di giurisdizione⁵⁹.

Nell'interpretazione proposta, quando il giudicato amministrativo abbia annullato provvedimenti illegittimi, il sindacato del giudice penale risponde alla necessità di accertare la rilevanza della caducazione dell'atto rispetto al tipo di reato.

6. Conclusioni

La lettura proposta (che esclude la sussistenza di una preclusione per il sindacato del giudice penale), applicata anche nel caso di giudicato amministrativo di annullamento, risulta coerente con l'individuata autonomia fra processo

58 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.

59 In questo senso, L. BISORI, *Concessione illegittima e reati edilizi: rapporti tra giudicato amministrativo e sindacato del giudice penale*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, 1, 117 (nota a Cass. pen., 21 ottobre 2003).

penale e processo amministrativo (per le ipotesi in cui il reato coinvolga l'accertamento circa la legittimità di un provvedimento già sottoposto a sindacato dinnanzi al T.A.R.), ma anche con le caratteristiche del giudicato amministrativo di annullamento, come tratteggiate anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁶⁰, che escludono che il giudicato amministrativo possa operare *erga omnes*⁶¹.

Tale lettura, che vuole essere unitaria sia per le sentenze di rigetto sia per le sentenze di annullamento, propone quindi di valorizzare l'autonomia fra i due plessi, non attribuendo al giudicato amministrativo efficacia vincolate per l'accertamento del giudice penale, ma riconoscendo al giudice penale il potere di valutare la rilevanza del giudicato nell'ambito del sindacato sull'accertamento degli elementi oggettivo e soggettivo del reato.

Come riconosciuto dalla Corte di cassazione a Sezioni Unite, la pluralità delle giurisdizioni è una connotazione ben radicata nel sistema, ed è conseguentemente naturale che il giudicato formatosi in uno dei plessi (che costituiscono in tale modalità di autonomia la manifestazione del potere giurisdizionale dello Stato) non possa incidere sull'esercizio della giurisdizione effettuato da un altro plesso, nel rispetto del proprio ambito: «*Il policentrismo giurisdizionale di-*

60 Cons. Stato Ad. Plen. 27 febbraio 2019, n. 5 e n. 4. Cfr. anche Cass. civ. Sez. lavoro, 23 febbraio 2021, n. 4905: il giudicato amministrativo -in assenza di norme *ad hoc* nel codice del processo amministrativo- è sottoposto alle disposizioni processual-civilistiche, per cui il giudicato opera solo *inter partes*, secondo quanto prevede per il giudicato civile l'art. 2909 c.c.

61 I casi di giudicato amministrativo con effetti *ultra partes* sono eccezionali e si giustificano in ragione dell'inscindibilità degli effetti dell'atto o dell'inscindibilità del vizio dedotto: in particolare, l'indivisibilità degli effetti del giudicato presuppone l'esistenza di un legame altrettanto indivisibile fra le posizioni dei destinatari, in modo da rendere inconcepibile - logicamente, ancor prima che giuridicamente - che l'atto annullato possa continuare ad esistere per quei destinatari che non lo hanno impugnato. In tutti i casi indicati, tuttavia, l'inscindibilità riguarda solo l'effetto di annullamento (l'effetto caducatorio), perché è solo rispetto ad esso che viene a crearsi l'incompatibilità logica che un atto inscindibile possa non esistere più per taluno e continuare ad esistere per altri. Ben diverso è il discorso per ciò che concerne gli ulteriori effetti del giudicato amministrativo (di accertamento della pretesa, ordinatori, conformativi). Secondo un risalente e consolidato orientamento interpretativo gli effetti di accertamento della pretesa e, consequenzialmente a tale accertamento, quelli ordinatori/conformativi operano sempre solo *inter partes*, essendo soltanto le parti legittimate a far valere la violazione dell'obbligo conformativo o dell'accertamento della pretesa contenuto nel giudicato.

segnato dai Costituenti, lasciando un ampio spazio di evoluzione che il legislatore ordinario ha consapevolmente messo a frutto, non si traduce in una relatività dell'esito di ogni plesso, o comunque nella deminutio dell'esito di un plesso per la sopravvenienza dell'esito divergente prodotto da un altro plesso. Non si tratta, infatti, di un disordine, bensì di parallelismo; e il parallelismo è una forma di autonomia ontologica»⁶².

62 Cass. civ. Sez. Unite, 5 ottobre 2021, n. 26920: nessuna incidenza riveste un giudicato penale sopravvenuto su un giudizio amministrativo ancora in corso, che infatti non ne condivide l'oggetto sostanziale, pur se a livello sovranazionale sia configurabile (come nel caso sottoposto all'esame della Corte) una natura di "quasi-penale" dell'oggetto amministrativo, tale natura non avendo certo un effetto di - per così dire - fusione giurisdizionale nella struttura basilare degli ordinamenti interni.