

IL SINDACATO DEL GIUDICE PENALE SUGLI ATTI AMMINISTRATIVI NELL'ABUSO D'UFFICIO E NEI REATI EDILIZI

di Francesco Prete

***Abstract.** Il delitto di abuso di ufficio ed i reati edilizi sono stati oggetto, negli ultimi anni, di attenta e approfondita analisi da parte della Suprema Corte di Cassazione. Nell'articolo che segue si riportano i contenuti del dibattito, le principali linee interpretative e gli approdi finora raggiunti. Nell'ultima parte si analizza la questione dei limiti del sindacato del giudice penale derivanti dal giudicato amministrativo, soffermandosi sui termini del problema, sugli arresti giurisprudenziali e sulla tendenza al superamento dei limiti stessi.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il sindacato giurisdizionale nell'abuso d'ufficio. – 3. Il sindacato nei reati edilizi. – 4. I limiti al sindacato sui titoli edilizi: in particolare l'effetto preclusivo del giudicato amministrativo.

1. Introduzione

Il tema del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi ha radici storiche lontane e strette connessioni con il diritto costituzionale degli stati moderni.

Trova la sua genesi storica nel pensiero illuministico ed in particolare nel principio del primato della legge, rispetto alla quale, tutti, anche il sovrano ed il suo apparato esecutivo, devono essere subordinati.

Corollario del principio è che gli atti del potere esecutivo devono essere sottoposti al controllo di legalità, affidato alla giurisdizione. I giudici sono i tutori del primato della legge e vegliano affinché questa sia rispettata dagli organi dell'esecutivo.

In Italia il principio diventa diritto positivo con la legge n. 2248 del 1865, abolitrice del contenzioso amministrativo che, agli articoli 4 e 5, prevede la disapplicazione degli atti amministrativi che abbiano illegittimamente sacrificato un diritto soggettivo.

Da allora quella del sindacato del giudice ordinario sugli atti dell'amministrazione è un storia di rapporti di forza tra potere esecutivo e giudiziario.

Una traccia lampante della tensione tra i due poteri è rinvenibile nel percorso legislativo di una figura di reato, l'abuso d'ufficio, scandito da interventi tesi ora a estendere ora a limitare i poteri di accertamento del giudice penale sull'azione amministrativa.

Allo stesso modo, in tema di reati edilizi, due impostazioni del tutto lontane fra loro si contendono il campo. Da un lato quella assolutamente rispettosa del principio di separazione dei poteri e delle prerogative della pubblica amministrazione; dall'altro quella favorevole ad un penetrante controllo giudiziario per la tutela sostanziale di un bene irrinunciabile, quale il territorio.

C'è un filo che lega i due argomenti: tanto nell'abuso d'ufficio, quanto nei reati edilizi, la giurisprudenza ha ravvisato una lacuna normativa nelle rispettive fattispecie e ha ritenuto di doverla colmare per giungere ad una interpretazione compatibile con l'interesse tutelato dalla legge.

Il risultato lascia perplessi coloro che ritengono che, così operando, la Suprema Corte di legittimità abbia fatto giurisprudenza additiva, introducendo elementi estranei al dettato normativo e giungendo ad una interpretazione *praeter legem*.

Su tutt'altra linea coloro che pensano che il giudice di legittimità abbia doverosamente optato per una interpretazione costituzionalmente orientata, guidata dalla bussola del bene giuridico da proteggere e da individuare secondo i principi della carta fondamentale.

Il risultato finale, nell'abuso come nei reati edilizi, è che le fattispecie delineate nelle norme si completano con il diritto vivente della Corte di Cassazione che poi diventa diritto vivente *tout court*.

Uno sguardo all'evoluzione della giurisprudenza, nell'uno come nell'altro tema, pare necessario per comprendere i punti focali del dibattito, gli approdi attuali e le possibili prospettive.

2. Il sindacato giurisdizionale nell'abuso d'ufficio

La storia di questa figura di reato è troppo complessa per essere qui accennata¹. Conviene prendere le mosse dall'ultimo intervento riformatore del 1997, allorché si conferì alla fattispecie una nuova struttura con l'obiettivo di delimitare l'ambito del controllo del giudice penale sull'attività amministrativa.

Un breve cenno ai lavori preparatori può servire per ricordare quale fosse la direttrice su cui il riformatore si muoveva.

La dottrina richiedeva a gran voce una maggiore tassatività della fattispecie astratta, tacciata di eccessiva genericità nella descrizione della condotta.

Dal canto suo, la giurisprudenza di merito, con alcune improvvise applicazioni, aveva fornito il destro per "alzare le barricate" contro le eccessive ingerenze della magistratura nella sfera di autonomia della pubblica amministrazione.

Il legislatore si convinse della necessità di intervenire per «evitare che il giudice penale potesse sottoporre a controllo l'attività discrezionale della pubblica amministrazione [...] e ribadire l'esclusione della possibilità che il giudice penale

¹ Per una recente panoramica, [MERLI, Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio, in questa Rivista, 16 novembre 2012.](#)

sottoponga ad esame l'eccesso di potere, per evitare che possa invadere il campo della pubblica amministrazione»².

Tale ultima esigenza fu sottolineata con la formulazione della nuova norma che poneva al centro della fattispecie una condotta «*in violazione di norme legge o di regolamento*», con ciò portando i commentatori della prima ora a ritenere ormai chiaro che al giudice penale fosse del tutto precluso il sindacato sull'eccesso di potere.

La riforma in certo senso travolse il pensiero della più attenta dottrina³ e l'orientamento della Corte di Cassazione la quale, già nel 1992, aveva statuito che «per aversi abuso d'ufficio nel caso che l'atto sia viziato da incompetenza o da violazione di legge, occorre pur sempre che vi sia lo sviamento di potere, potendo costituire i primi due solo un sintomo di detto sviamento di potere»⁴.

Tuttavia, in ossequio al principio sancito nell'art. 101 Cost., la giurisprudenza di legittimità, subito dopo l'entrata in vigore della nuova norma, si adeguò alla lettera della stessa e già con la sentenza Tosches⁵ considerò necessaria l'individuazione di una norma di legge che puntualmente imponesse un comportamento al pubblico funzionario⁶, con esclusione di quelle norme meramente programmatiche o di principio o aventi rilievo solo procedimentale⁷.

A fronte di una generale condivisione circa la necessità che il comportamento del p.u. fosse espressamente previsto da una specifica disposizione di legge o di regolamento, si levarono alcune voci critiche⁸ secondo le quali un'interpretazione letterale della norma l'avrebbe svuotata di contenuto, finendo per renderla difficilmente applicabile. Si disse che l'abuso d'ufficio è ontologicamente un esercizio del potere al di fuori dello schema per cui il potere è stato attribuito e per finalità contrastanti con quelle della legge, sicché il suo nucleo essenziale sta nell'eccesso di potere o in quella sua pregnante figura sintomatica che è lo sviamento di potere. Escluderne l'accertamento da parte del giudice penale avrebbe comportato un'ingiustificata restrizione dell'area del penalmente rilevante. La strumentalizzazione

² Così On. Marotta in *Sintesi dei lavori parlamentari*, a cura di DALIA, in AAVV, *Modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa. Commento*, Milano, 1997.

³ Cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, 2008, 223, secondo cui l'abuso di potere in un atto discrezionale si traduce sempre in un atto viziato da eccesso di potere, in quanto l'abuso di potere in un atto discrezionale comporta sempre uno sviamento di potere dalla causa tipica per la quale il potere stesso è stato conferito al pubblico ufficiale; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 2010, 87 ss.

⁴ Cass., Sez. VI, 14 gennaio 1992, n. 9588, Baccalini, in C.E.D. Cass. n. 191851.

⁵ Cass. Pen., Sez. II, nr. 877/1997, Tosches, in *Cass. pen* 1998, 2332 ss.

⁶ Cass., Sez. VI, 24 settembre 2001, 45261, Nicita, in C.E.D. Cass. n. 220935.

⁷ Cfr. Sez. VI, 20 febbraio 2003, n. 34049, Massari, in C.E.D. Cass. n. 226748; Sez. VI, 11 ottobre 2005, n. 12769, Fucci, in C.E.D. Cass. n. 233730, secondo la quale «Non è idonea a rendere configurabile la violazione di legge rilevante ai fini dell'integrazione del delitto di abuso d'ufficio la sola inosservanza di norme di principio o di quelle genericamente strumentali alla regolarità dell'azione amministrativa».

⁸ PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1999, n. 1, 107; PADOVANI, *Commento all'art.1 legge 16 luglio 1997*, in *La Legge penale 1997*, 234; GROSSO, *Condotte ed eventi nel delitto di abuso di ufficio*, in *Foro It.*, 1999, V, 334; SEGRETO-DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999.

dell'ufficio per scopi personali o comunque estranei alla ragione per la quale il potere è stato attribuito rappresenta l'*in sé* del reato e limitarsi ad un raffronto letterale tra la condotta in concreto ed una regola di comportamento significherebbe enfatizzare il rispetto della legalità formale a scapito di quella sostanziale.

Il rischio di "premiare i farisei e punire i pubblicani" è in effetti ampiamente rappresentato da quella casistica giurisprudenziale ricca di pubblici funzionari formalmente rispettosi del *dictum* della legge, ma in realtà abili nella pratica dei favoritismi (per sé o per altri) o delle vessazioni. E allora, se l'evento da sanzionare è l'ingiusto profitto o l'ingiusto danno, accontentarsi di una verifica sul rispetto formale della legalità vuol dire andare incontro a risultati inappaganti per eccesso o per difetto⁹.

Per eccesso tutte le volte in cui il comportamento è contrastante con norme a presidio della sola regolarità formale; per difetto allorquando il comportamento sia formalmente conforme a legge, ma in realtà teso a realizzare fini ad essa estranei.

Il dibattito si sviluppò, quindi, sull'elemento normativo della «violazione di legge», interpretato in senso stretto da chi intendeva restringere il sindacato del giudice penale e in senso lato dai fautori di un controllo più penetrante.

Nei primi anni, come detto, la giurisprudenza si attenne al dato letterale, finendo per escludere il sindacato giurisdizionale sul cattivo uso del potere discrezionale e quindi sul profilo teleologico della norma violata, in quanto rientrante nell'ambito dell'eccesso di potere, precluso al giudice ordinario.

Ben presto l'orientamento dovette fare i conti con l'idea di quanto insoddisfacente fosse questo approccio e di quanto importante fosse restituire al giudice penale la potestà di valutare se la condotta del p.u. fosse in contrasto (non con la lettera della norma, ma) con le finalità della legge, concretando così un eccesso di potere, ovvero fosse connotata da un uso del potere in assenza dei presupposti legittimanti, concretando in particolare uno sviamento di potere.

La Suprema Corte, pochissimi anni dopo la riforma, cominciò a sostenere con forza questa seconda linea e anche se all'inizio non si spinse al punto di affermare espressamente che pure l'eccesso di potere poteva essere sindacato, tuttavia sviluppò gradualmente una giurisprudenza che ha rimesso al centro dell'indagine del giudice proprio lo sviamento di potere, ragionando in termini di salvaguardia di una norma che, interpretata diversamente, avrebbe perso la sua ragion d'essere.

Un passaggio fondamentale per affermare questa linea interpretativa è la non sovrapposibilità della locuzione «violazione di legge», contenuta nell'art. 323 c.p., rispetto all'omonimo vizio dell'atto amministrativo.

La violazione di norme di legge posta a fondamento di un abuso penalmente rilevante, vuol dire violazione di legge in senso lato, in grado di ricomprendere ogni

⁹ FORLENZA, *La violazione di legge assume rilievo penale solo se non è di carattere formale; commento a Cass., Sez. II, 4 dicembre 1997, Tosches*, in *Guida al diritto*, 1998, n. 9, 67 ss.

possibile vizio dell'atto, e quindi anche l'eccesso di potere e la sua figura interna dello sviamento, ossia la violazione della causa tipica dell'atto amministrativo¹⁰.

La «violazione di legge», intesa quale uno dei tre vizi dell'atto amministrativo, è un'altra cosa, una categoria del diritto amministrativo, tanto che una mera illegittimità dell'atto non potrebbe di per sé sola integrare un abuso di ufficio, ma semmai solo un suo presupposto.

I commentatori critici della riforma hanno avuto buon gioco a sostenere questa tesi, considerato che l'abuso può pacificamente realizzarsi non soltanto con un formale atto amministrativo, ma anche attraverso gli strumenti civilistici con i quali oggi agisce la pubblica amministrazione, o mediante una condotta materiale, addirittura omissiva.

Riferire quindi un vizio dell'atto amministrativo ad un comportamento materiale del p.u. o ad un rapporto civilistico è un non senso, e allora non resta che disancorare quella locuzione dal significato tradizionale di vizio tipico dell'atto amministrativo. Ciò significa, a maggior ragione, non leggerla “*ad escludendum*” rispetto all'altro vizio tipico dell'eccesso di potere, come pure avevano proposto i compilatori della nuova norma del 323 c.p. per rimarcare la preclusione del sindacato del giudice penale sulla discrezionalità della p.a.

D'altra parte la più attenta dottrina amministrativistica aveva messo in luce che in definitiva anche l'eccesso di potere è una violazione di legge poiché frustrare la finalità di una norma vuol dire già violarla.

Tale tesi ha tratto linfa dall'evoluzione che la legislazione in materia sta subendo negli ultimi anni.

Un esempio plastico di questa sfumatura di confini tra i tradizionali vizi dell'atto amministrativo si rinviene nella legge nr. 241 del 1990 che, agli articoli 3 e 7, ha tradotto in violazione di legge quelle che prima erano due classiche figure sintomatiche di eccesso di potere: la mancanza o illogicità della motivazione e il difetto di istruttoria. Entrambe possono essere un elemento spia di uno sviamento di potere in vista di un fine extra istituzionale e per questo il legislatore ha dettato regole precise a presidio della effettiva partecipazione del privato al procedimento e della trasparenza della decisione adottata.

Con questi interventi legislativi diventa definitivamente chiaro che il giudice penale ha la potestà di scandagliare l'istruttoria e/o la motivazione dell'atto per ricavare elementi di valutazione del comportamento del pubblico funzionario.

Oggi la giurisprudenza penale di legittimità è ferma su queste posizioni e proprio in tema di abuso d'ufficio ha sviluppato un orientamento che ammette il sindacato del giudice penale sull'eccesso di potere o quanto meno sulla sua figura sintomatica dello sviamento.

Gli approdi sono nel senso che il nucleo del reato è l'abuso della funzione, frutto della distanza tra i fini normativamente predisposti e quelli realmente conseguiti. Il bene giuridico protetto dalla norma dell'art. 323 c.p. – che non può essere

¹⁰ ABRUZZESE-ZUBALLI, *Il metodo del bilanciamento nel diritto amministrativo*, Roma, 2011, 98 ss.

solo il rispetto della legalità formale – sta nel corretto esercizio del potere, da realizzare in presenza dei presupposti di attribuzione dello stesso e per il perseguimento di fini istituzionali.

Un'enunciazione ricorrente nelle sentenze della S.C. è che «il delitto di abuso di ufficio è configurabile non solo quando la condotta si ponga in contrasto con il significato letterale, o logico-sistematico di una norma di legge o di regolamento, ma anche quando la stessa contraddica lo specifico fine perseguito dalla norma attributiva del potere esercitato per realizzare uno scopo personale od egoistico, o comunque estraneo alla P.A., concretandosi in uno “sviamento” produttivo di una lesione dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice»¹¹.

Per la Suprema Corte «il legislatore della novella non ha inteso limitare la portata applicativa dell'art. 323 c.p. ai casi di violazione di legge in senso stretto, avendo voluto far rientrare anche le altre situazioni che integrano un vizio dell'atto amministrativo: dunque, anche le ipotesi di eccesso di potere, configurabili laddove vi sia stata oggettiva distorsione dell'atto dal fine di interesse pubblico che avrebbe dovuto soddisfare; e quelle di sviamento di potere, riconoscibili se il potere pubblico è stato esercitato al di fuori dello schema che ne legittima l'attribuzione (in questo senso Sez. Un., n. 155 del 29/09/2011, Rossi, Rv. 251498)»¹².

Entrano quindi dalla porta quelle figure sintomatiche di cui si è detto e che si pongono sul confine tra l'eccesso di potere e la violazione di legge.

Risulta evidente che il giudice penale, allarmato da una motivazione illogica o irragionevole, potrà sindacarla per verificare se essa nasconda un fine contrario a quello per il quale il potere è stato attribuito.

Allo stesso modo accadrà quando l'allerta è rappresentata da un difetto di istruttoria che spesso connota un procedimento viziato non soltanto sotto il profilo procedurale, ma anche sotto quello funzionale, tutte le volte in cui un difetto di istruttoria nasconda l'intento di escludere dal procedimento questo o quel concorrente¹³.

¹¹ In questo senso Cass., Sez. Un., 29 settembre 2011, n. 155, Rossi in C.E.D. Cass. n. 251498; Sez. VI, 12 dicembre 2001, n. 1229, Bocchiotti, in C.E.D. Cass. n. 220649; Sez. VI, 11 giugno 2008, n. 37172, Gatto, in C.E.D. Cass. n. 240932; Sez. VI, 11 marzo 2005, n. 12196, Delle Monache, in C.E.D. Cass. n. 231194; Sez. VI, 25 settembre 2009, n. 41402, D'Agostino, in C.E.D. Cass. n. 245287; Sez. VI, 24 febbraio 2000, n. 4881, Genazzani, in C.E.D. Cass. n. 220519; Sez. VI, 19 maggio 2004, n. 28389, Ventrella, in C.E.D. Cass. n. 229594; Sez. VI, 22 settembre 2003, n. 41918, Pannullo, in C.E.D. Cass. n. 226926; Sez. VI, 18 ottobre 2006, n. 38965, Fiori, in C.E.D. Cass. n. 235277; Sez. V, 16 giugno 2010, n. 35501, De Luca, in C.E.D. Cass. n. 248496; Sez. VI, 5 luglio 2011, n. 35597, Barbera, in C.E.D. Cass. n. 250779.

¹² Così Cass., Sez. VI, 12 giugno 2012, n. 25180, D'Emma, in C.E.D. Cass. n. 253118.

¹³ Cfr. Sez. VI, 12 febbraio 2008, n. 25162, Sassari, in C.E.D. Cass. n. 2239892, secondo cui «è idoneo ad integrare la violazione di legge, rilevante ai fini della sussistenza del reato di abuso di ufficio, l'inosservanza da parte del pubblico impiegato del dovere di compiere una adeguata e completa istruttoria diretta ad accertare ricorrenza delle condizioni per il rilascio del provvedimento richiesto»; nello stesso senso Sez. VI, 14 giugno 2007, n. 37531, Serione, in C.E.D. Cass. n. 238027; Sez. VI, 7 aprile 2005, n. 18149, Fabbri, in C.E.D. Cass. n. 231341.

La medesima giurisprudenza di legittimità si è dovuta confrontare con un'altra questione, strettamente connessa alla prima, chiedendosi se, in mancanza dell'individuazione di una specifica norma violata, la violazione del principio di imparzialità, sancito dall'articolo 97 della Costituzione, possa bastare ad integrare l'elemento normativo.

Il problema frequentemente sorge dalla difficoltà pratica per i giudici di merito, e prima ancora per i pubblici ministeri, di individuare, ai fini di una corretta imputazione, la specifica disposizione di legge violata. Il compito è arduo tutte le volte in cui il p.u. abbia esercitato un potere che la legge gli attribuisce, ma fuori dagli schemi tipici e con l'intento di realizzare ingiusti vantaggi o danni.

Esempio classico è quello del dirigente che per favorire ovvero discriminare un suo subordinato ha adottato soluzioni organizzative in apparenza conformi a legge, ma in realtà dettate dall'intento di "premiare" qualcuno o "punire" qualcun altro. Se la condotta dovesse essere riguardata sotto il profilo della stretta legalità formale, probabilmente l'atto sarebbe immune da censura; se al giudice penale, si riconosce invece, il potere di sindacare il motivo vero che ha indotto quel dirigente a conferire posizioni di vantaggio al proprio favorito ovvero emarginare il dipendente scomodo, il risultato processuale potrà essere del tutto opposto, pervenendosi ad un giudizio di affermazione di responsabilità per violazione del principio di imparzialità¹⁴.

Come si è sopra ricordato, all'indomani della riforma del 1997, la giurisprudenza di legittimità aveva escluso che la violazione di norme di principio e meramente programmatiche, come quella dell'art. 97 Cost., potesse rilevare per la configurazione del reato di abuso di ufficio, ritenendo necessario individuare una norma specifica che prescrivesse una precisa regola di comportamento per il funzionario pubblico¹⁵.

Nel solco dell'impostazione "sostanzialistica", la successiva giurisprudenza ha rovesciato l'orientamento precedente, sostenendo che la norma dell'art. 97 Cost. ha una natura programmatica se riferita all'aspetto organizzativo della pubblica amministrazione e ha invece una portata precettiva quando si rivolge direttamente agli organi amministrativi prescrivendo loro l'obbligo di imparzialità nei rapporti con i cittadini.

La norma costituzionale, nella sua parte immediatamente precettiva, vieta ad ogni pubblico funzionario, nell'esercizio delle sue funzioni, di usare il potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati favoritismi e procurare vantaggi ingiusti ovvero per realizzare discriminazioni e quindi procurare ingiusti danni¹⁶.

¹⁴ Cfr., in tema, Cass., Sez. VI, 12 febbraio 2008, n. 25162, Sassari, in C.E.D. Cass. n. 2239892; Cass., Sez. VI, 14 giugno 2012, n. 41215, R.C. e Artibani, in C.E.D. Cass. n. 253804.

¹⁵ Cfr. Cass., Sez. VI, 20 febbraio 2003, n. 34049, Massari, in C.E.D. Cass. n. 226748; Cass., Sez. VI, 11 ottobre 2005, n. 12769, Fucci, in C.E.D. Cass. n. 233730.

¹⁶ Cass., Sez. VI, 14 giugno 2012, n. 41215, R.C. e Artibani, in C.E.D. Cass. n. 253804; Cass., Sez. VI, 12 febbraio 2011, n. 27453, Acquistucci, in C.E.D. Cass. n. 250422; Cass., Sez. II, 10 giugno 2008, n. 35048, Massucci, in C.E.D. Cass. n. 243183.

«L'imparzialità amministrativa, intesa come divieto di favoritismi ha i caratteri ed i contenuti precettivi richiesti dall'art. 323 c.p., in quanto impone all'impiegato o al funzionario pubblico, una vera propria regola di comportamento, di immediata applicazione»¹⁷.

Più di recente, per sgomberare il campo dalle residue resistenze di chi si oppone a questa "lettura" dell'art. 97 Cost., la Suprema Corte ha ribadito che «in tema di abuso di ufficio, per gli amministratori degli enti locali il dovere di imparzialità trae fondamento, oltre che, in via generale, dall'art. 97 Cost., anche dall'art. 78 D.Lgs. n. 267 del 2000 (Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), per cui la sua inosservanza integra il requisito della violazione di legge rilevante ai fini della configurabilità del reato»¹⁸.

Ancora una volta quella che potrebbe essere considerata una figura sintomatica dell'eccesso di potere – la disparità di trattamento – diventa violazione di legge e quindi in ogni caso sindacabile dal giudice penale.

In conclusione può dirsi che, non senza fatica, la giurisprudenza della Suprema Corte è giunta ad affermare che il giudice penale ha la potestà di sindacare anche l'eccesso e lo sviamento di potere in quanto rientranti nella più generale locuzione di violazione di legge, che va valutata non solo in senso formale, ma anche sotto il profilo teleologico. Se questo viene frustrato, la legge è per ciò solo violata ed il giudice penale non può esimersi dal dovere di accertarlo e sanzionarlo.

3. Il sindacato nei reati edilizi

Il problema del sindacato del giudice penale sui titoli abilitativi in campo edilizio nasce nelle aule giudiziarie intorno agli anni ottanta e trova la sua genesi nella

¹⁷ Così Cass., Sez. VI, 12 febbraio 2008, n. 25162, Sassari, in C.E.D. Cass. n. 2239892; nello stesso senso Cass., Sez. VI, 12 giugno 2012, n. 25180, D'Emma, in C.E.D. Cass. n. 253118, secondo cui «anche nell'art. 97 Cost. che pur detta principi di natura programmatica, è individuabile un residuale significato precettivo relativo all'imparzialità dell'azione amministrativa e, quindi, un parametro di riferimento per il reato di abuso d'ufficio. L'imparzialità a cui fa riferimento l'art. 97 Cost. consiste, infatti, nel divieto di favoritismi, nell'obbligo cioè per la Pubblica Amministrazione di trattare tutti i soggetti portatori di interessi tutelati alla stessa maniera, conformando logicamente i criteri oggettivi di valutazione alle differenziate posizioni soggettive. In sostanza, il principio d'imparzialità, se riferito all'aspetto organizzativo della Pubblica Amministrazione, ha certamente una portata programmatica e non rileva ai fini della configurabilità del reato di abuso d'ufficio, in quanto detto principio generale deve necessariamente essere mediato dalla legge di attuazione; lo stesso principio, invece, se riferito all'attività concreta della Pubblica Amministrazione, che ha l'obbligo di non porre in essere favoritismi e di non privilegiare situazioni personali che confliggono con l'interesse generale della collettività, assume i caratteri e i contenuti precettivi richiesti dall'art. 323 c.p., in quanto impone al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione» (così Sez. VI, n. 27453 del 17/02/2011, Acquistucci, Rv. 250422; cfr. Sez. II, n. 35048 del 10/06/2008, Masucci, Rv. 243183; Sez. VI, n. 25162 del 12/2/2008, Sassari, Rv. 239892).

¹⁸ Cass., Sez. VI, 12 giugno 2012, n. 25180, D'Emma, in C.E.D. Cass. n. 253118.

formulazione dell'articolo 17, lett b), L. 10/1977, poi modificato nell'art. 20, lett. b), L. 47/1985 e ora nell'art. 44, lett. b), del d.P.R. 380/2001.

Come è noto, tale ultima norma – così come le precedenti 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 illegittimo.

Di fronte al problema della possibile equiparazione, ai fini della configurazione del reato, tra assenza e illegittimità del titolo, la giurisprudenza degli anni ottanta si spaccò tra l'orientamento favorevole e quello contrario e le conclusioni cui entrambi giungevano erano condizionate dalla questione pregiudiziale di quale fosse l'interesse tutelato dalle norme urbanistiche ed edilizie¹⁹.

Per i sostenitori della tesi favorevole, questo andava ricercato non nel mero controllo amministrativo sull'attività urbanistica, ma nel corretto assetto del territorio, sicché il giudice, per apprestare tutela a tale interesse, aveva la necessità di sindacare anche l'illegittimità sostanziale del provvedimento concessorio, disapplicando il quale, veniva ad equipararsi la situazione di un titolo illegittimo a quella di un titolo assente.

L'altro orientamento, più fedele al principio di separazione dei poteri, sosteneva che l'interesse non andasse oltre quello del controllo dell'attività edilizia da parte della p.a., di modo che il giudice, di fronte ad un provvedimento formalmente emanato dall'autorità competente, non poteva che limitarsi ad una verifica circa i suoi aspetti formali, senza entrare in alcun sindacato.

Le Sezioni Unite della Cassazione, nel 1987, con la famosa sentenza Giordano²⁰ giudicarono impraticabile la strada tracciata dai sostenitori del primo orientamento, escludendo la possibilità di ricorrere all'istituto della disapplicazione.

Valutò la Corte che le norme degli articoli 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo (20 marzo 1865 n. 2248 allegato E), furono introdotte come rimedio giurisdizionale agli atti amministrativi che avessero illegittimamente compresso diritti soggettivi e quindi valeva solo per gli atti incidenti negativamente su di essi. La disapplicazione non poteva valere per gli atti amministrativi che, al contrario, rimuovono un ostacolo al libero esercizio di un diritto soggettivo (nulla osta, autorizzazioni) o addirittura lo costituiscono (concessioni).

A proposito degli articoli 4 e 5 il Collegio stabilì che «le norme in questione non introducono affatto un principio generalizzato di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi da parte del giudice ordinario (sia esso civile o penale) per esigenze di diritto oggettivo, ma che, al contrario, il controllo sulla legittimità dell'atto amministrativo è stato rigorosamente limitato dal legislatore ai soli atti incidenti negativamente sui diritti soggettivi ed alla specifica condizione che si tratti di accertamento incidentale, che lasci persistere gli effetti che l'atto medesimo è capace di produrre all'esterno del giudizio».

¹⁹ Cfr. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, 2009, 51 ss.

²⁰ Cass., Sez. Un., 31 gennaio 1987, n. 3, Giordano, in C.E.D. Cass n. 176304.

Opinare diversamente «comporta, altresì – con violazione del principio della divisione dei poteri – l’attribuzione al giudice penale di un potere di controllo e di ingerenza esterna sull’attività amministrativa e, quindi, l’esercizio di un’attività gestionale che dalla legge è, invece, demandata in esclusiva ad altro potere dello Stato».

Ciò postula, nel ragionamento sviluppato dalla Corte, che «l’interesse tutelato dalla norma è quello pubblico di sottoporre l’attività edilizia al preventivo controllo della pubblica amministrazione».

Ne deriva che essendo previsto il reato edilizio solo in caso di assenza del permesso di costruire, estendere l’applicazione della norma anche al caso in cui il titolo esiste, ma si assuma illegittimo, vorrebbe dire effettuare un’operazione di interpretazione analogica *in malam partem*, violando anche il principio di tassatività della norma.

Le Sezioni Unite osservarono tuttavia che, quando l’atto è affetto da patologie così macroscopiche da essere considerato *tamquam non esset* – come nel caso di assoluta carenza di potere dell’autorità emanante ovvero di concerto criminoso con il privato – il giudice non incontra il suddetto limite alla disapplicazione.

Tale soluzione fu ampiamente condivisa dalla Corte Costituzionale chiamata a pronunciarsi sull’eventuale illegittimità costituzionale degli artt. 4 e 5 della legge del 1865.

Con ordinanza nr. 288 del 14 giugno 1990, la Corte dichiarò manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, facendo richiamo proprio al diritto vivente della Corte di Cassazione.

Fu quindi definitivamente abbandonata la strada della disapplicazione, ma non l’idea che potesse costituire reato una costruzione assentita da un titolo edilizio illegittimo.

Già due anni dopo la sentenza Giordano, la Terza Sezione della Corte rimise, infatti, in discussione le sue enunciazioni e nel 1993 intervennero nuovamente le Sezioni Unite con la altrettanto famosa sentenza Borgia²¹, in tema di violazioni delle prescrizioni previste dall’art. 20 lett a) L. 47/1985, seguendo un percorso argomentativo del tutto diverso e giungendo a conclusioni diametralmente opposte.

Scrisse la Corte: «Al giudice penale non è affidato, in definitiva, alcun c.d. sindacato sull’atto amministrativo (concessione edilizia), ma – nell’esercizio della potestà penale – è tenuto ad accertare la conformità tra ipotesi di fatto (opera eseguita o eseguita) e fattispecie legale, in vista dell’interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela [...]. In considerazione dell’enunciato principio, non può ritenersi che, sussistendo l’accertata aporia dell’opera edilizia rispetto agli strumenti normativi urbanistici ovvero alle norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale, il giudice penale debba ugualmente concludere per la mancanza di illiceità

²¹ Cass., Sez. Un., 12 novembre 1993, n. 11635, Borgia, in C.E.D. Cass. n. 195358.

penale solo perché sia stata rilasciata la concessione edilizia, la quale nel suo contenuto, nonché per le caratteristiche strutturali e formali dell'atto, non è idonea a definire esaurientemente lo statuto urbanistico ed edilizio dell'opera realizzanda senza rinviare al quadro delle prescrizioni degli strumenti urbanistici».

E poiché quella che prevede il reato edilizio è una norma penale in bianco, non il solo permesso di costruire, ma l'intero quadro normativo, primario e secondario, contribuisce a fornire il parametro normativo rispetto al quale il giudice deve valutare la regolarità dell'opera.

Il giudice, quindi, dopo aver valutato che l'opera è contrastante con le disposizioni normative di settore, le previsioni degli strumenti urbanistici e le prescrizioni dei regolamenti edilizi, non deve fare ricorso alla procedura di disapplicazione, ma limitarsi ad affermare la contrarietà dell'opera rispetto all'elemento normativo della fattispecie.

La novità forte di questa pronuncia sta nel superamento dell'idea che «l'oggetto della tutela penale s'identificasse nel "bene strumentale" del controllo e della disciplina degli usi del territorio. Tale configurazione normativa dell'interesse tutelato – la cui esatta identificazione è opportuna ai fini interpretativi della norma in esame – è venuta a mutare nel tempo».

Con l'evoluzione della legislazione in materia, si è imposto un interesse non più formale o strumentale al controllo dell'attività edilizia da parte dei pubblici poteri, ma sostanziale, ossia relativo alla tutela del assetto del territorio in conformità alla normativa urbanistica. Da qui la potestà del giudice penale di sindacare l'atto amministrativo per coglierne la compatibilità con le norme, anche nel loro profilo teleologico.

I giudici della Terza Sezione, con la sentenza n. 21487 del 2006²², che ripercorre le principali tappe dell'evoluzione giurisprudenziale in materia, hanno posto dei punti fermi sull'argomento, affermando che «questa Corte ha rilevato che il giudizio (ric. Borgia) conclusosi con la pronuncia delle Sezioni Unite aveva ad oggetto una fattispecie inquadrate nella previsione dell'art. 20, lett. a), ma che i principi affermati con quella pronuncia hanno valore e portata generale in relazione a tutte e tre le fattispecie attualmente previste dall'art. 44, poiché esse tutte tutelano il medesimo interesse sostanziale dell'integrità del territorio. A fronte dell'evoluzione interpretativa dianzi compendiata, ritiene questo Collegio di dover affermare e ribadire i principi secondo i quali: a) il giudice penale, allorquando accerta profili di illegittimità sostanziale del titolo abilitativo edilizio, procede ad un'identificazione in concreto della fattispecie sanzionata e non pone in essere alcuna "disapplicazione" riconducibile all'enunciato della L. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, art. 5), né incide, con indebita ingerenza, sulla sfera riservata alla Pubblica Amministrazione, poiché esercita un potere che trova fondamento e giustificazione nella stessa previsione normativa incriminatrice; b) la "macroscopica illegittimità" del provvedimento amministrativo non è condizione essenziale per la configurabilità di un'ipotesi di reato D.P.R. 6 giugno

²² Cass., Sez. III, 21 marzo 2006, n. 21487, Tantillo, in C.E.D. Cass. n. 234469.

2001, n. 380, *ex art. 44*; mentre (a prescindere da eventuali collusioni dolose con organi dell'amministrazione) l'accertata esistenza di profili assolutamente eclatanti di illegalità costituisce un significativo indice di riscontro dell'elemento soggettivo della contravvenzione contestata anche riguardo all'apprezzamento della colpa».

La valutazione dell'atto amministrativo rileva, quindi, anche ai diversi fini dell'indagine sull'elemento psicologico della colpa, necessario per l'integrazione del reato contravvenzionale.

Alla luce di questa nuova "lettura" delle norme urbanistiche, era naturale che a conclusioni analoghe si pervenisse anche in relazione al reato di cui alla lettera c) dell'articolo 44 D.P.R. 380/20001, ossia alla *lottizzazione abusiva*.

La soluzione era peraltro facilitata dalla stessa formulazione della norma la quale fa riferimento alla definizione di lottizzazione contenuta nell'articolo 30 del medesimo decreto – e prima nell'analogo articolo 18 L. 47/1985 – il quale prevede che il reato si configuri non solo in caso di assenza dell'autorizzazione, ma anche nell'ipotesi in cui l'opera sia stata realizzata in violazione della normativa di settore, o in contrasto con gli strumenti urbanistici vigenti o adottati. La previsione di due ipotesi alternative legittima la conclusione che la lottizzazione possa considerarsi abusiva anche nel caso in cui sia stata assentita con autorizzazione illegittima, sulla premessa che il contrasto con la disciplina normativa e regolamentare viene a costituire l'elemento normativo della fattispecie. Per questa fattispecie, quindi, il sindacato sul titolo edilizio è addirittura previsto dalla legge.

La S.C. già con la sentenza n. 5115 del 2001²³, aveva scandito i suoi principi in materia, affermando che «il reato di lottizzazione abusiva è a consumazione alternativa.

Tale conclusione si basa, anzitutto, sulla formulazione inequivocabile del dettato normativo, ove la previsione della mancanza di autorizzazione si aggiunge a quella del contrasto con le prescrizioni delle leggi o degli strumenti urbanistici, anche se soltanto adottati, e deve ritenersi, anzi, del tutto residuale, poiché può verificarsi soltanto nel caso di una lottizzazione che, pur essendo conforme alle prescrizioni di legge e di piano, sia eseguita in assenza di autorizzazione. L'uso del disgiuntivo "o", da parte del legislatore, non consente dubbi ed una diversa interpretazione del testo normativo – che escluda in ogni caso la fattispecie contravvenzionale allorché sia stata rilasciata la c.d. autorizzazione a lottizzare – deve necessariamente comportare l'elisione di detto disgiuntivo, operandosi in tal modo non una interpretazione del dettato legislativo bensì una non consentita modificazione di esso. [...]

Né può condividersi la prospettazione secondo la quale la tesi della consumazione alternativa comporterebbe la disapplicazione dell'autorizzazione, che sia stata rilasciata ai sensi dell'art. 28 della legge n. 1150/1942 ma che si riveli illegittima. La questione è stata posta in tema di concessione edilizia illegittimamente

²³ Cass., Sez. Un., 28 novembre 2001, n. 5115, Salvini, in C.E.D. Cass. n. 220708.

rilasciata, al fine di equiparare, sotto il profilo sanzionatorio, i lavori eseguiti con provvedimento illegittimo a quelli realizzati in assenza di concessione, ed in proposito deve farsi opportuno riferimento alla decisione 21.12.1993 di queste Sezioni Unite, ric. Borgia, da cui chiaramente si evince il principio secondo il quale il giudice penale, nel valutare la sussistenza o meno della liceità di un intervento edilizio, deve verificarne la conformità a tutti i parametri di legalità fissati dalla legge, dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dalla concessione edificatoria.

Il giudice penale, nei casi in cui nella fattispecie di reato sia previsto un atto amministrativo ovvero l'autorizzazione del comportamento del privato da parte di un organo pubblico, non deve limitarsi a verificare l'esistenza ontologica dell'atto o provvedimento amministrativo, ma deve verificare l'integrazione o meno della fattispecie penale, "in vista dell'interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela", nella quale gli elementi di natura extrapenale convergono organicamente, assumendo un significato descrittivo.

È la descrizione normativa del reato di lottizzazione abusiva che impone al giudice un riscontro diretto di tutti gli elementi che concorrono a determinare la condotta criminosa e nell'art. 18 – come si è detto – la condotta prevista come illecita non è soltanto quella effettuata in assenza di autorizzazione ma è, anzitutto e principalmente, quella contrastante con le prescrizioni degli strumenti urbanistici e delle leggi statali e regionali. La nozione di lottizzazione abusiva è duplice, cioè sostanziale e formale, e la prima fattispecie ben può configurarsi indipendentemente dalla circostanza che la lottizzazione sia o meno autorizzata. Quando il giudice, dunque, ravvisa l'esistenza (ovvero il "*fumus*", come nel caso in esame) di un'ipotesi di lottizzazione abusiva – pur in presenza di un'autorizzazione rilasciata *ex art.* 28 della legge n. 1150/1942, che però risulti in contrasto con previsioni di legge o di piano – non opera alcuna disapplicazione del provvedimento amministrativo, ma si limita ad accertare la conformità del fatto concreto alla fattispecie astratta descrittiva del reato, poiché, una volta che constati il contrasto tra la lottizzazione considerata e la normativa urbanistica, giunge all'accertamento dell'abusività della lottizzazione prescindendo da qualunque giudizio sull'autorizzazione.

Ciò ben si spiega con la "*ratio*" dello stesso reato di lottizzazione abusiva, poiché il legislatore – in situazioni implicanti la trasformazione urbanistico-edilizia di aree territoriali non ancora o parzialmente urbanizzate – ha inteso tutelare non soltanto la potestà pubblica di programmazione territoriale considerata sotto l'aspetto del suo esercizio ma, ed essenzialmente, la risultante di questa, ossia la concreta conformazione del territorio derivata dalle scelte di programmazione effettuate».

Dalla sentenza Borgia in poi, questo è il "diritto vivente" della Corte di Cassazione la quale si è costantemente mossa nel solco di questi principi, aprendo definitivamente le porte al controllo sostanziale del giudice penale sugli atti amministrativi in materia edilizia.

4. I limiti al sindacato sui titoli edilizi: in particolare l'effetto preclusivo del giudicato amministrativo

Una volta ammesso il sindacato del giudice ordinario sull'atto amministrativo, resta il problema di vedere quali siano i limiti entro cui esso è possibile.

È da tutti condivisa l'idea che il primo e invalicabile limite è rappresentato dal merito dell'atto amministrativo, ossia l'area di discrezionalità rimessa dalla legge alla piena autonomia della pubblica amministrazione. Questa, pur muovendosi all'interno di un ambito delimitato dalle finalità pubbliche che la stessa p.a. deve comunque perseguire, ha facoltà di scegliere quale sia la soluzione migliore per il raggiungimento dell'obiettivo.

È unanimemente riconosciuto che tale area è di esclusiva pertinenza della p.a. e in essa sono precluse le ingerenze del giudice²⁴.

La dottrina ha tuttavia osservato che l'area stessa diventa già meno intangibile, quando il legislatore, oltre a delineare i fini, indichi anche le opzioni necessarie per il loro raggiungimento, stabilendo regole certe e parametri oggettivi di giudizio. Si preferisce perciò parlare di discrezionalità sindacabile per differenziarla da quella insindacabile, nella quale la legge rimette all'amministrazione anche la valutazione soggettiva delle scelte da operare²⁵.

Tentando delle esemplificazioni nel contesto dei reati edilizi, appare evidente che non spetta al giudice penale sindacare la discrezionalità della p.a. negli atti programmatici di assetto del territorio quali, ad esempio, l'individuazione delle zone soggette a vincolo paesaggistico, essendo rimessa esclusivamente all'autorità amministrativa la valutazione di quali beni in concreto debbano essere ritenuti meritevoli di tutela nei provvedimenti di pianificazione ambientale e territoriale²⁶.

Altra questione è quella che riguarda i presupposti di legge in presenza dei quali la p.a. può esercitare il suo potere discrezionale. Per farsi un esempio, può dirsi che rimane preclusa al giudice la valutazione circa la correttezza dell'esercizio del potere discrezionale di proroga dei termini di validità del permesso di costruire, ma non la facoltà di accertare la mancanza dei presupposti di legge per l'esercizio della proroga stessa. Qualora tale verifica porti ad un giudizio di inesistenza dei presupposti in base ai quali rilasciare la proroga prevista dall'art. 15 D.P.R. 380/2001, il giudice dichiarerà la decadenza del titolo e la conseguente integrazione del reato²⁷.

²⁴ Cass. Civ., Sez. II, 18 dicembre 2008, n. 29728.

²⁵ [MERLI, *Il controllo*, cit.](#), 17 ss.; PADOVANI, *Commento*, cit., 234; VENDITTI, *Questioni sulla sindacabilità degli atti amministrativi da parte del giudice penale*, in *Riv. it.*, 1964, 1147 ss; ID., *Il sindacato del Giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 31 ss. e 44 ss.; MISIANI, *Il sindacato del Giudice penale sull'attività amministrativa*, in *Riv. amm.*, 1995, 186.

²⁶ Così Cass., Sez. III, 15 febbraio 2006, 8192, T.D.

²⁷ Cass., Sez. III, 19 marzo 2008, n. 19101, Minciarelli, in C.E.D. Cass. n. 239916.

Quel che sicuramente non osta all'accertamento del giudice penale è il consolidamento dell'atto amministrativo presupposto, derivante dalla mancata impugnativa da parte dei contro interessati.

Una questione che con una certa frequenza si presenta al giudice penale chiamato a sindacare un titolo edilizio, (ma il discorso vale più in generale, per ogni atto amministrativo) è quella dell'eventuale *effetto preclusivo del giudicato amministrativo*.

Per valutarne compiutamente gli aspetti è necessario ricostruire l'evoluzione della giurisprudenza per cogliere quella linea di tendenza che probabilmente non è ancora giunta ad un suo approdo definitivo.

La prima pronuncia significativa risale al 1993 e in essa la S.C. affermò che «l'autorità giudiziaria ordinaria non ha il potere di valutare la conformità a legge di un "arrêt" di un'altra giurisdizione (nella specie, una sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale coperta da giudicato): ciò in quanto il cittadino – pena la vanificazione dei suoi diritti civili – non può essere privato della facoltà di fare affidamento sugli strumenti della tutela giurisdizionale posti a sua disposizione dall'ordinamento»²⁸.

Tale posizione è rimasta isolata poiché, con una pronuncia del 2003, la Corte mutò orientamento stabilendo che «in materia edilizia il potere del giudice penale di accertare la conformità alla legge ed agli strumenti urbanistici di una costruzione edilizia, e conseguentemente di valutare la legittimità di eventuali provvedimenti amministrativi concessori o autorizzatori, trova un limite nei provvedimenti giurisdizionali del giudice amministrativo passati in giudicato che abbiano espressamente affermato la legittimità della concessione o della autorizzazione edilizia ed il conseguente diritto del cittadino alla realizzazione dell'opera»²⁹.

La linea fu poi ribadita con la sentenza n. 1894/2006³⁰.

Con una sentenza del 2001³¹, la S.C. ha compiuto un ulteriore passo avanti nella direzione della permeabilità del giudicato amministrativo, affermando che l'effetto preclusivo di una sentenza definitiva dell'A.G.A. che abbia valutato la legittimità di un atto amministrativo, riguardi solo le questioni dedotte, non anche tutte le altre deducibili.

La decisione ha ricadute pratiche importanti, avuto riguardo alla natura del giudizio amministrativo, la cui materia del contendere è nella disponibilità delle parti, al contrario del giudizio penale, indisponibile e connotato dall'ampiezza dei poteri conoscitivi esercitabili, anche *ex officio*, dal giudice.

Ne discende che tutte le volte in cui il profilo di illegittimità che interessa al giudice penale non sia ricompreso tra i motivi di impugnazione del ricorrente nel giudizio amministrativo, sarà da escludere l'effetto preclusivo nel giudizio penale, così

²⁸ Cass., Sez. III, 11 gennaio 1996, n. 54, Ciaburri, in C.E.D. Cass. n. 204622.

²⁹ Cass., Sez. III, 5 giugno 2003, n. 39707, Lubrano di Scorpianello, in C.E.D. Cass. n. 226592.

³⁰ Cass., Sez. III, 14 dicembre 2006, n. 1894, Bruno, in C.E.D. Cass. n. 235644.

³¹ Cass., Sez. I, 11 gennaio 2011, n. 11596, Keller, in C.E.D. Cass. n. 249871.

che in questo si potrà sindacare autonomamente l'atto, andando oltre la pronuncia dell'A.G.A. Allo stesso modo quando ad essere impugnato in sede amministrativa è stato non il titolo abilitativo in sé, ma un altro atto del procedimento culminato con l'emissione di quel titolo.

La conclusione è coerente con l'impostazione del codice di procedura penale del 1988 che all'art 2 stabilisce che «la decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione civile, amministrativa o penale non ha efficacia vincolante in nessun altro processo». Anche da questa disposizione la dottrina ha tratto spunto per rilevare che il codice attualmente vigente ha superato il principio dell'unità della giurisdizione, optando per la autonomia dei diversi giudizi (civile, penale, amministrativo), con una relativa prevalenza riconosciuta al giudicato penale³².

D'altra parte, proprio in virtù di questa autonomia, la Corte di Cassazione, con una sentenza del 2008, ha stabilito che «le sentenze pronunciate dal giudice tributario, se non definitive, non hanno efficacia vincolante nel giudizio penale; diversamente, una volta divenute irrevocabili, sono acquisibili agli atti del dibattimento e valutabili ai fini della decisione a norma dell'art. 238 *bis* cod. proc. pen.»³³.

In termini ancor più radicali si è pronunciata la Sezione VI della Cassazione, con una pronuncia in tema di abuso d'ufficio. La Corte, argomentando sul fatto che l'articolo 238 *bis* cod. proc. pen. si limita a consentire l'acquisizione in dibattimento di sentenze irrevocabili che possono essere liberamente valutabili ai fini della prova, aggiunge «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 – come nella specie – in modo difforme dall'assunto dei giudici amministrativi. Principio che 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 cpv. c.p.p., il quale dispone per l'appunto che “la decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione civile, amministrativa o penale non ha efficacia vincolante in nessun altro processo”, così ribadendo l'esclusione dell'autorità di giudicato delle relative decisioni»³⁴.

Sul cammino di una progressiva erosione dell'efficacia vincolante del giudicato amministrativo si colloca, da ultimo una sentenza della Quarta Sezione della Cassazione la quale, prendendo nettamente le distanze da quel lontano precedente del 1993, ha finito per spostare in là i confini del sindacato penale sull'atto, sottolineando che «in tema di rapporti tra giudizio penale e giudicato amministrativo, l'orientamento

³² Così Cass., Sez. IV, 20 settembre 2012, n. 46471, Valentini, in C.E.D. Cass. n. 253919. In dottrina, MARZADURI, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1989, vol. I, 71 ss.

³³ Cass., Sez. III, 24 settembre 2008, n. 39358, Sciacchitano, in C.E.D. Cass. n. 241038.

³⁴ Cass., Sez. VI, 24 febbraio 2011, Musumeci, in C.E.D. Cass. n. 249592.

di questa Corte si è andato consolidando nel senso di una solo tendenziale vincolatività del giudicato amministrativo»³⁵.

Il Collegio, pur ammettendo il limite del giudicato amministrativo, ha ribadito il carattere autonomo della giurisdizione penale fino al punto da affermare che «tale effetto preclusivo sussist(e) 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. I, sent. n. 30496 del 3/06/2010 dep. 30/07/2010, imp. Nicolini, Rv. 248319), 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»(Cass., Sez. I, sent. n. 11596 del 11/01/2011, P.G. in proc. Keller, Rv. 249871).

Si è così definitivamente abbandonata la prima impostazione ispirata al totale effetto preclusivo del giudicato amministrativo per approdare ad «una solo tendenziale vincolatività».

L'orientamento si è consolidato nel senso che la preclusione scatta solo nei limiti del dedotto, ossia quando il giudice amministrativo abbia valutato la legittimità del medesimo atto e per gli stessi profili che possono interessare al giudice penale.

Osservando il cammino della giurisprudenza sulla questione, sembra lecito auspicare che la stessa in futuro abbandoni definitivamente anche questo residuo *self restraint*, in favore di una accentuata apertura verso l'idea di una totale autonomia delle giurisdizioni e dell'assenza di efficacia vincolante del giudicato amministrativo nel giudizio penale.

D'altra parte, l'esigenza per il cittadino di «fare affidamento sugli strumenti della tutela giurisdizionale posti a sua disposizione dall'ordinamento» non pare a chi scrive un principio ricavabile dall'ordinamento, posto che al contrario, l'attuale codice di procedura penale ha sancito, semmai, l'opposto principio dell'autonomia delle giurisdizioni, ricavabile, almeno tendenzialmente, sia dall'articolo 2, sia dagli articoli 651-654, dettati per regolare l'efficacia delle sentenze penali nei giudizi civili o amministrativi. Queste ultime norme, secondo i primi commentatori³⁶, disciplinano l'efficacia del giudicato penale nei giudizi extrapenali, limitando notevolmente l'"autorità" ad esso tradizionalmente riconosciuta ed adeguandola ai principi del nuovo sistema processuale accusatorio.

Una evidente conferma di ciò si ricava dall'articolo 654 c.p.p. che limita l'efficacia di giudicato penale nel giudizio civile o amministrativo ai soli casi in cui si controverta degli stessi fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale, con le

³⁵ Cass., Sez. IV, 20 settembre 2012, n. 46471, Valentini, in C.E.D. Cass. n. 253919.

³⁶ GHIARA, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1989, vol. VI, 442 ss.

ulteriori limitazioni sulla prova derivante dalle leggi civili o quelle connesse alla rilevanza, ai fini della decisione del giudice penale, dei fatti oggetto di accertamento.

Peraltro la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che l'efficacia vincolante della sentenza penale si ha solo se l'amministrazione intimata si sia costituita parte civile. Se, invece, essa non è intervenuta, i suoi poteri istituzionali non possono essere incisi da accertamenti o valutazioni effettuati in un processo in cui è rimasta estranea (cfr C.G.A., Sez giurisd., 25 maggio 2009, n. 476), non essendo a tal fine sufficiente che l'ente sia stato citato in dibattimento nella veste di parte offesa dal reato (Cons. Stato., Sez. V, 6 dicembre 2007, n. 6241).

Ancor meno può dirsi che questa esigenza del cittadino sia tale da sacrificare la funzione stessa del processo penale di accertare la sussistenza del reato, nei suoi profili oggettivi e soggettivi.

E proprio sul terreno dell'elemento soggettivo, si potrebbe scorgere una possibile interferenza con il problema del giudicato amministrativo. Si potrebbe, infatti, sostenere che una sentenza definitiva del giudice amministrativo che affermasse la legittimità del titolo abilitativo, determinerebbe nel soggetto agente il sicuro convincimento di effettuare un intervento edilizio pienamente legittimo. Sul piano penale sarebbe conseguenziale un giudizio assolutorio per difetto dell'elemento soggettivo, anche solo in termini di colpa.

Il ragionamento, tuttavia, non coglie nel segno e avrebbe pregio solo se il giudicato amministrativo si collocasse in un momento temporalmente anteriore rispetto alla condotta criminosa, giacché, in questo caso inciderebbe realmente sull'elemento psicologico del reato. Si dovrebbe, in altri termini, ipotizzare il caso di una costruzione realizzata dopo che il giudice amministrativo avesse dichiarato la legittimità del titolo, ma nella normalità dei casi questo non avviene. Nella casistica dei reati urbanistici, infatti, l'impugnazione del titolo abilitativo avviene ad opera iniziata, quando il reato è già completo nei suoi elementi strutturali.

E allora, non essendo realistica la possibilità di un giudizio preventivo sulla legittimità dell'atto, bisognerà giudicare la condotta per come è stata posta in essere prima del giudizio amministrativo, quando non vi era una pronuncia su cui «fare affidamento». In situazione processuale del genere, quale rilevanza potrebbe avere per il giudice penale «l'affidamento del cittadino nella tutela giurisdizionale offerta dall'ordinamento»? Di certo non può avere la forza di paralizzarne l'intervento al punto da neutralizzare la sua potestà cognitiva e sanzionatoria in nome di un principio non riconosciuto dall'ordinamento, se non in limiti assai ristretti e comunque cedevoli rispetto alle esigenze della giurisdizione penale.

Il giudice penale ha esigenze e strumenti investigativi diversi e per certi aspetti più penetranti rispetto a quelli dell'A.G.A., a cominciare dalla verifica circa i rapporti interpersonali che hanno portato all'emanazione dell'atto amministrativo. Se dovessimo accedere alla tesi dell'efficacia vincolante del giudicato amministrativo, si potrebbe ritenere precluso al giudice penale di verificare se per ipotesi quell'atto sia il frutto di accordi criminosi. Certamente si obietterebbe che di fronte ad un fatto illecito il limite non esiste, ma perché il fatto illecito sia apprezzabile, sarà pur sempre

necessario che non scatti alcuna preclusione. Il principio qui criticato condurrebbe, invece, ad una soglia anticipata di sbarramento per il giudice penale che, di fronte ad un giudizio di legittimità formulato in altra giurisdizione, dovrebbe astenersi da qualunque approfondimento. Un altro giudice, con tutt'altre caratteristiche, avrebbe deciso per lui.

Tale conclusione è contraria alla natura stessa del processo penale, che trova nell' articolo 2 del codice di procedura una direttrice ben precisa, laddove stabilisce che «il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito». Questo significa che egli deve, in piena autonomia, poter valutare «ogni questione» da cui dipende la decisione, senza limitazioni più o meno ricavabili da principi generali non codificati ed anzi esclusi da specifiche disposizioni di legge.

Il cittadino, pur avendo avuto una sentenza favorevole dal giudice amministrativo, deve sapere, nel momento in cui affronta un parallelo processo penale, che la decisione da assumere in quest'ultimo è svincolata, autonoma e non condizionata dalla prima. Il rischio di un contrasto di pronunce sta nell'ordine delle cose perché il giudice penale ha compiti ed obiettivi diversi da quelli del suo omologo amministrativo e per esercitare appieno la funzione, deve mettere in campo tutti gli strumenti conoscitivi che gli sono propri.