

LEXAMBIENTE

RIVISTA TRIMESTRALE
DI DIRITTO PENALE DELL'AMBIENTE
ISSN 2612-2103



NUMERO 1\2020

- Il reato di deposito incontrollato di rifiuti e l'individuazione del suo momento consumativo di V. PAONE
- Il sindacato di legalità del giudice penale nel sistema urbanistico: stagionalità, disapplicazione e canoni dell'esegesi penale di G. STEA
- La tutela penale dell'ambiente ed il delitto di inquinamento ambientale nella Repubblica di Serbia di M. BRANKOVIĆ
- La Corte di Cassazione torna a pronunciarsi in materia di associazione per delinquere finalizzata al traffico transfrontaliero abusivo di rifiuti di A. FRANCO
- La respuesta del derecho penal a la contaminación acústica en España: cuestiones teóricas y problemas prácticos di E. FRIGOLS I BRINES
- Il traffico illecito di rifiuti oltre frontiera: analisi economica di un reato ambientale transnazionale di C. BIGNOTTI



**Il sindacato di legalità del giudice penale nel sistema urbanistico: stagionalità,
disapplicazione e canoni dell'esegesi penale**

nota a ordinanza del Tribunale di Lecce – Sezione Riesame del 27-12-2019, pres. C. Cazzella, est. A. Gatto

**Legality check of Criminal Judge in the urbanistic system: seasonality,
disapplication and basic principles of criminal exegesis**

case note to Order of the Lecce Court of 27 december 2019, President C. Cazzella, Rapporteur A. Gatto

di Gaetano STEA

Abstract. La decisione annotata è emblematica del maturato protagonismo normativo del giudice penale che, utilizzando la tecnica interpretativa teleologicamente orientata, esamina tre profili della vicenda del sequestro preventivo dell'approdo turistico idruntino: la vincolatività del giudicato amministrativo; l'ammissibilità del reato edilizio omissivo; la disapplicazione dell'art.1, co.246, L. 145/2018 per conflitto con gli artt.12 Dir. 2006/123/CE e 49 TFUE. Le relative soluzioni non appaiono conformi ai canoni garantistici delle tecniche di esegesi penale.

Abstract. The annotated order is emblematic of the matured leading role of criminal judge to make legal rule through the teleological interpretative technique. The Court examines three aspects of the affair to preventive seizure of tourist moorings of Otranto: binding nature of administrative decision which has become final; configurability of building crime of omission; disapplication of article 1, subparagraph 246, L. 145/2018 in contrast to articles 12 Directive 2006/123/EC and 49 TFEU. The Court's solutions don't appear to comply with the basic principles of criminal exegesis.

Parole chiave: disapplicazione – legalità penale – opera stagionale – urbanistica – interpretazione conforme – Direttiva Bolkestein – interpretazione teleologica – reato edilizio

Key words: disapplication – criminal legality – seasonal building – urbanology – true interpretation – Bolkestein Directive – teleological interpretation – building crime



Massime (a cura del relatore della sentenza):

- Il giudicato amministrativo non vincola il Giudice penale, salvo ricorrano quattro profili di identità tra il giudizio amministrativo e quello penale:
 - a. Oggettiva: la sentenza definitiva pronunciata in sede giurisdizionale amministrativa deve aver avuto ad oggetto esattamente il medesimo provvedimento amministrativo che viene in rilievo nel giudizio penale o un provvedimento meramente confermativo dello stesso, non precedentemente e tempestivamente impugnato;
 - b. Soggettiva: il procedimento penale deve riguardare lo stesso soggetto che ha impugnato il provvedimento della Pubblica Amministrazione innanzi al Giudice amministrativo;
 - c. Devolutiva: il giudicato amministrativo vincola il Giudice penale solo in relazione agli specifici profili di illegittimità dedotti innanzi al Giudice amministrativo; il giudicato amministrativo in sede penale copre solo il dedotto, ma non il deducibile;
 - d. Probatoria: il Giudice penale deve essere chiamato a decidere sulla base degli stessi elementi istruttori adottati nel precedente giudizio amministrativo; il giudicato amministrativo è superabile, in sede penale, sia alla luce di nuove prove precedentemente non valutate dal Giudice amministrativo, sia in base ad elementi istruttori preesistenti, ma non presi in considerazione nel giudizio extrapenale.

- L'art. 1 comma 246 della L. 145/2018 (Legge di Stabilità 2019), che consente ai concessionari di aree demaniali marittime di mantenere installati i manufatti amovibili per l'intero anno fino al 31/12/2020, deve essere disapplicato dal Giudice nazionale (e dalla Pubblica Amministrazione) in quanto in contrasto con l'art. 12 paragrafo 2 della Direttiva 2006/123/CE, emanata il 12 dicembre 2006 dal Parlamento e dal Consiglio europeo (cd. "Direttiva Bolkestein"), atteso che la disposizione si inserisce all'interno di un sistema di proroghe automatiche e generalizzate ex lege delle concessioni demaniali e riconosce un "vantaggio" ai concessionari uscenti.



SOMMARIO: 1. Premessa. L'ermeneutica giudiziaria penale nel sistema multilivello ed il nuovo ruolo del giudice nel controllo della legalità dell'attività amministrativa e ... parlamentare. I profili annotati dell'*emblematica* ordinanza salentina – 2. La vicenda – 3. Il sindacato del giudice penale sulla legittimità degli atti amministrativi. Il percorso storico interpretativo del sistema sanzionatorio urbanistico – 4. L'equiparazione dell'illegittimità (illiceità) all'assenza del titolo abilitativo – 5. Il primo intervento delle Sezioni Unite e le relative critiche: l'insufficienza della sola illiceità del titolo abilitativo e l'erronea individuazione del bene giuridico tutelato – 6. Il secondo intervento delle Sezioni Unite: l'interpretazione teleologica della tutela penale urbanistica ed il fondamento costituzionale del sindacato penale sull'atto amministrativo – 7. Il limite del giudicato amministrativo. Evoluzione normativa dell'interferenza del giudicato extrapenale sull'accertamento del fatto di reato – 7.1 Le valutazioni del giudice penale sulla condotta del reo nel caso di giudicato amministrativo sulla legittimità del titolo edilizio – 8. La ritenuta irragionevolezza dell'art.479 c.p.p. per contrasto con l'art.111, co.1, Cost. confortata da un'esegesi *contra ratio legislatoris* dell'art.630, co.1, lett. b), c.p.p. – 9. Il punto di equilibrio della vincolatività del giudicato extrapenale nella lettura salentina – 10. Violazione della prescrizione di stagionalità: mera inosservanza o reato urbanistico-paesaggistico omissivo ? L'inammissibilità dell'interpretazione teleologicamente orientata alla tutela sostanziale del bene giuridico – 10.1 Il reato urbanistico-paesaggistico omissivo ? l'offensività come criterio di interpretazione espansiva dell'incriminazione ? La bussola perduta nell'esegesi penale: dalla legalità formale alla giustizia sostanziale – 10.2 La configurabilità della contravvenzione per illegittima occupazione del demanio marittimo – 11. La disapplicazione della deroga normativa alla prescrizione di stagionalità per incompatibilità comunitaria per il tramite di un ragionamento sistematico/teleologico: l'art.1, co.246, L. 145/2018 e l'art.12 Dir. 2006/123/CE. Esegesi non persuasiva – 12. L'influenza sovranazionale sul sistema punitivo domestico. Cenni di analisi dei conflitti tra norma interna e norma europea – 12.1 Analisi della decisione del Tribunale di Lecce sull'inapplicazione dell'art.1, co.246, L. 145/2018 alla luce dei criteri di risoluzione dei conflitti tra norma nazionale e principio europeo – 13. Conclusioni. L'applicabilità dell'art.1, co.246, L. 145/2018 all'approdo turistico idruntino e incidenza sul *periculum in mora* cautelare



1. Premessa. L'ermeneutica giudiziaria penale nel sistema multilivello ed il nuovo ruolo del giudice nel controllo della *legalità* dell'attività amministrativa e ... parlamentare. I profili annotati dell'*emblematica* ordinanza salentina.

È da tempo ormai che si assiste ad un progressivo fenomeno di notevole crescita dell'incidenza del sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa, dovuto al mutamento degli equilibri tra i poteri dello Stato¹. Sfolgiando velocemente le pagine della storia del diritto, si può agevolmente osservare che, nel periodo illuministico, il potere giurisdizionale era confinato ad un ruolo *ancillare* rispetto alla supremazia del potere legislativo², ma con l'avvento del costituzionalismo si affermò, da un lato, l'idea della soggezione del legislatore alla Carta fondamentale e, dall'altro, il principio per cui il giudice doveva interpretare la legge conformemente ai principi costituzionali, così incrinandosi l'equilibrio illuministico della separazione dei poteri, non tanto per il controllo di legittimità costituzionale a cui

1 BERTONI, *La repressione penale degli abusi edilizi*, in Riv. Giur. Ed., 1971, II, p.215, secondo cui «la giustizia penale non può assumersi un ruolo primario, o, peggio, sostitutivo di altre funzioni statali o di iniziative parallele». Cfr. anche MAZZAROLLI, *Attività amministrativa e giustizia penale*, in DS, 1978, p.667, secondo cui è necessario evitare che «il giudice pretenda di sostituire alla valutazione del legislatore una valutazione sua propria, per attingere comunque un risultato consono al suo modo di intendere la realtà sociale e la sua volontà di modificarla». Con particolare riferimento al ruolo della magistratura nel controllo dell'attività amministrativa sulla prevenzione dell'abusivismo edilizio, sia consentito il rinvio a STEA, *La natura penale dell'ordine di demolizione edilizia nella prospettiva convenzionale ed i riflessi sul sistema punitivo urbanistico-paesaggistico*, in La Legislazione Penale, 4, 2015, in cui si afferma che «se è vero che il diritto rappresenta «la scienza meno esatta», purtuttavia la riflessione giuridica deve essere sempre supportata da argomentazioni rigorosamente fondate sul dato positivo: spesso obiezioni a un'interpretazione dominante, tese a sostituirla con una lettura nuova. E ogni riflessione trae con sé una visione diversa e talora eterodossa dell'ordinamento tutto. Un'argomentazione laica, nel senso di lettura sciolta (*assoluta*) da qualsiasi pre-comprensione, è puramente immaginaria». Sul fenomeno della giurisprudenza giuscreativa, fra gli altri, cfr. AMARELLI, *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa. Obsolescenza apparente ed attualità permanente del pensiero di Beccaria*, in Osservatorio AIC, giugno 2015; DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale: tra creatività e vincolo della legge*, Milano, Giuffrè, 2006; DONINI, *Il diritto penale giurisprudenziale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in www.penalecontemporaneo.it, 6.6.2016; FIANDACA, *Il diritto penale fra legge e giudice. Raccolta di scritti*, Padova, Cedam, 2002; MANNA, *L'interpretazione analogica nel pensiero di Giuliano Vassalli e nelle correnti post-moderne del diritto penale*, in Scritti in onore di Alfonso M. Stile, Napoli, Jovene, 2013, pp. 213 ss.; MANNA, *Introduzione alle problematiche relative all'interpretazione nella giustizia penale*, in Manna (a cura di), *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, Pisa, Pisa University Press, 2016, pp. 23 ss.; MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Ospedaletto, Pacini Giuridica, 2017, pp. 117 ss.; PAONESSA, ZILETTI (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, Pisa, 2016; SGUBBI, *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in Manna (a cura di), *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, cit., pp. 133 ss.

2 CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti ed il pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 312, descrive il pensiero di Ludovico Antonio Muratori, tracciato nel libretto *Dei difetti della giurisprudenza*, pubblicato nel 1742, che stigmatizza la situazione giuridica del suo tempo, con una giurisprudenza dottrinale e giudicante, amministratrice in realtà di ingiustizie. Muratori distingue i difetti della giurisprudenza in intrinseci ed estrinseci. I difetti intrinseci sono ineliminabili ed essi sono: (a) le norme giuridiche non possono essere mai essere chiare, tanto è vero che debbono essere interpretate da sottili osservatori, con la conseguenza che il loro dettato è ancora più adeguata; (b) ciascuna norma non può prevedere tutti i casi che la realtà concretamente presenta; (c) gli uomini manifestano la propria volontà sempre in maniera diversa, con l'effetto che tale volontà è sempre difficilmente interpretabile e, dunque, è origine di litigi; (d) il diritto vivente poggia sull'opinione personale del giudice-uomo, inevitabilmente condizionata da passioni, sentimenti, pregiudizi e debolezze. I difetti estrinseci possono essere eliminati, perché non dipendono dalla natura del diritto, ma da comportamenti perfettibili degli operatori del diritto. Essi sono: (a) il caos oceanico delle interpretazioni dottrinali e giudiziali che hanno soffocato il dettato legislativo, addirittura, sostituendosi a quest'ultimo; (b) l'applicazione giudiziale del diritto è arbitraria, poiché il giudice è libero nello scegliere a quale opinione interpretativa aderire. I difetti della giurisprudenza, descritti dal Muratori nella metà del XVIII secolo, *mutatis mutandis*, non sono molto diversi da quelli che oggi si addebitano alla magistratura.



venne sottoposto il prodotto del legislatore, ma, in particolare, rispetto agli effetti che l'interpretazione costituzionalmente orientata ebbe sull'intangibilità dei contenuti della legge.

In materia penale, per ciò che qui interessa, il risultato dell'interpretazione conforme va ad incidere sulla descrizione del fatto tipico, restringendone (o, addirittura, ampliandone, come si dirà) la rilevanza incriminatrice, a discapito della volontà legislativa. I confini dell'ermeneutica sono così superati, fino a coinvolgere quelli propri del potere normativo, rendendo partecipe il giudice nella formulazione (e non solo nell'applicazione) della norma³. Il passo successivo mette in rilievo un ulteriore potenziamento del ruolo del giudice comune e si registra proprio con l'affermarsi del sistema delle fonti di diritto europeo e con esso con la legittimazione del giudice interno a non applicare la norma nazionale in contrasto con la norma europea. Qui il punto su cui riflettere non è tanto l'ampliamento del potere normativo del giudice nazionale attraverso il delicato esame valutativo dei rapporti interordinamentali⁴, quanto, piuttosto, l'effetto simbolico (ma anche *psico-sociale*) della supremazia attribuita al potere giudiziario su quello legislativo che giunge al culmine della disapplicazione della legge, così ribaltando la funzione istituzionale del giudice interno che da semplice garante dell'applicazione della legge, nell'ottica illuministica, diviene artefice della sua applicazione⁵, nella prospettiva multilivello⁶.

La decisione in commento, ampiamente argomentata con particolare attenzione alla ricostruzione delle coordinate ermeneutiche giurisprudenziali, è emblematica del ruolo assunto dalla giurisdizione penale nel sistema punitivo urbanistico-paesaggistico (in particolare), in cui, come noto, l'analisi prasseologica del fenomeno dell'abusivismo edilizio (in genere) ha fornito risultati ben lontani dalla fattispecie idealtipica descritta dal legislatore ed il relativo protagonismo giudiziario è sostanzialmente legato alla sfiducia nella capacità della pubblica amministrazione di gestire beni di importanza primaria nelle contemporanee società democratiche. Ma non solo.

La complessa vicenda amministrativa, diffusamente descritta nel provvedimento annotato, porta i giudici salentini ad esaminare⁷, dapprima, in maniera approfondita, la problematica relativa al sindacato del giudice penale sugli atti della pubblica amministrazione, con particolare riferimento al rapporto tra l'accertamento del fatto e l'interferenza con il giudicato amministrativo relativo ad un atto dell'amministrazione presupposto negativo della condotta criminosa, così offrendo l'occasione di tracciare un affresco sull'evoluzione giurisprudenziale per giungere ad una soluzione di sintesi ritenuta preferibile; successivamente, a considerare la sussumibilità dell'ipotesi accusatoria cautelare (omessa

3 Per un'approfondita analisi del rapporto tra costituzionalismo e democrazia, cfr. MICHELMAN, *Brennan and Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 1999, trad. it. a cura di C. VALENTINI, *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, Bari, Dedalo, 2004, con interessante introduzione di Bongiovanni, Palombella, *Frank I. Michelman e il significato della democrazia costituzionale*, con ampi richiami bibliografici sul costituzionalismo americano.

4 GARGANI, *Verso una democrazia giudiziaria? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, Criminalia, 2011, pp. 111 ss.

5 GARGANI, *Verso una democrazia giudiziaria?*, cit., p. 112.

6 Sul punto, sia consentito il rinvio a STEA, *I principi di diritto penale nella giurisdizione europea*, Pisa, Pisa University Press, 2014, pp. 125 ss.

7 Si ritiene opportuno analizzare alcuni aspetti sostanziali della decisione in commento, tralasciando altre questioni di natura processuale, ampiamente illustrate dal Tribunale.



rimozione dei manufatti stagionali) nelle prescrizioni punite di cui agli artt.44, co.1, lett. c), 180, 181 d.lgs. 42/2004 e 54, 1161 cod. nav.

Ed infine, i giudici leccesi affrontano la questione del sindacato del giudice ordinario (e, dunque, del giudice penale) sulla legge parlamentare in contrasto con una norma di indirizzo europeo, giungendo alla relativa disapplicazione.

2. La vicenda

Il Tribunale salentino è stato investito del riesame del sequestro preventivo adottato, su richiesta del magistrato del pubblico ministero, dal giudice per le indagini preliminari, relativamente ad alcuni pontili galleggianti ed alle sistemazioni delle aree a terra installate dal Comune di Otranto sull'area demaniale marittima prospiciente il *bastione dei Pelasgi* zona cd. *Aia delle fabbriche*. In particolare, il pubblico ministero procedente, ricostruendo la complessa vicenda amministrativa sottesa al caso devoluto alla cognizione cautelare, rilevava che il Comune di Otranto, nel corso del 2010, aveva presentato un progetto per la riqualificazione e l'ampliamento del porto turistico, che prevedeva alcuni interventi di sistemazione delle aree a terra e la realizzazione di cinque pontili galleggianti e uno di raccordo per l'attracco di piccole imbarcazioni e natanti da diporto. In ordine a tale progetto, la Direzione Regionale per i beni culturali e paesaggistici della Puglia aveva espresso parere favorevole con *prescrizione di stagionalità*, onerando quindi il Comune proponente dello smontaggio dei pontili galleggianti l'1 novembre di ogni anno e del rimontaggio degli stessi per l'1 maggio, dunque per un periodo massimo di permanenza di sei mesi all'anno.

Tuttavia, ultimati i lavori di realizzazione dell'approdo turistico, il Comune di Otranto non provvedeva allo smontaggio dei pontili così come previsto, in violazione della prescrizione impostagli, tentando di ottenere, nelle more, la revisione della condizione di stagionalità delle opere, sia in relazione al progetto originario (concretamente realizzato), sia elaborando un nuovo progetto che prevedeva, al posto dei pontili galleggianti, pontili fondati su pali infissi sul fondo, con permanenza delle strutture per l'intero anno.

Ad ogni modo, le richieste avanzate dal Comune venivano respinte con provvedimenti emessi dalla competente Soprintendenza, che trovavano conferma, a seguito di alcuni ricorsi giurisdizionali amministrativi, in due pronunce del Consiglio di Stato (e, precisamente, la n.1431/2018 e la n.3042/2019).

La pubblica accusa, contestando agli indagati la violazione degli artt.54 e 1161 cod.nav., 180, 181 d.lgs. 42/2004 e 44, co.1, lett.re b) e c), dPR 380/2001, rilevava, altresì, l'esigenza cautelare nella circostanza che, nonostante l'obbligo di smontaggio gravante sull'Amministrazione comunale sin dall'autunno 2016 e nonostante le reiterate intimazioni da parte delle altre Amministrazioni interessate alla rimozione dei pontili galleggianti, questi non sono stati ancora rimossi, in virtù di quanto previsto



dall'art. 1, co. 246, L. 145/2018 (Legge di Stabilità 2019), che consentirebbe di mantenere installate le strutture in questione.

3. Il sindacato del giudice penale sulla legittimità degli atti amministrativi. Il percorso storico interpretativo del sistema sanzionatorio urbanistico.

Appare opportuno riprendere (ed ampliare) la descrizione dell'evoluzione storico-giurisprudenziale del dibattito culturale sul sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo, tracciata dal Tribunale salentino⁸, che, invero, ha conosciuto il suo massimo approfondimento nella materia edilizia, a partire dagli anni settanta, ovvero poco dopo le modifiche apportate alla legge 17 agosto 1942, n. 1150 da parte della novella di cui alla legge 6 agosto 1967, n. 765⁹.

8 Cfr. F. PRETE, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, in www.penalecontemporaneo.it, 20.9.2013.

9 È opportuno evidenziare il quadro normativo di riferimento, al fine di comprendere le ragioni del cambiamento di prospettiva ermeneutica. La prima disciplina sanzionatoria urbanistica, di natura penale, va individuata nell'art.41 lett. a) l. 17 agosto 1942 n.1150, che stabiliva la pena dell'ammenda *per l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste nell'art.32, co.1, L. 1150/1942* che disponeva che *il sindaco esercita la vigilanza sulle costruzioni (...) per assicurarne la rispondenza alle norme della presente legge e dei regolamenti, alle prescrizioni del piano regolatore, ed alle modalità esecutive fissate nella licenza di costruzione*. Il combinato disposto di tali disposizioni individuava l'oggetto della tutela penale nell'interesse amministrativo al controllo ed alla disciplina degli usi del territorio. Tale configurazione normativa dell'interesse tutelato subì una chiara modificazione con l'entrata in vigore della legge 6 agosto 1967 n.765 introduttiva tra l'altro degli standard urbanistici e della salvaguardia degli usi pubblici e sociali del territorio. Un mutamento di prospettiva di tutela, più in là, rafforzato dai successivi interventi normativi, come si dirà più avanti. Nella sterminata bibliografia, si segnalano ALBAMONTE, *Rilevanza penale dell'illegittimità della concessione edilizia alla luce della l. 28 febbraio 1985, n.47*, in Cass. Pen., 1987, pp.2095 ss.; AMBROSETTI, *Brevi note in tema di configurabilità dell'abuso di ufficio nell'ipotesi di rilascio di concessione edilizia in difformità dallo strumento urbanistico*, in Riv. Giur. Urb., 1999, pp. 353 ss.; ANGIOLINI, *Legalità penale e legalità amministrativa*, in Dir. Pubbl., 1997, 1, pp.75 ss.; BELFIORE, *Concessione edilizia illegittima e reato di costruzione abusiva: una questione ancora irrisolta*, in Foro It., 1996, II, c.499; CASTALDO, *Sindacato del giudice penale e sussistenza del reato di costruzione abusiva in presenza di concessione illegittima: critica*, in Arch. Pen., 1983, pp.125 ss.; COCCO, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari, CUEC Editrice, 1996; DELFINO, *Osservazioni in tema di sindacato del giudice penale sull'eccesso di potere*, in Foro It., 1962, II, c.328 ss.; DI GIOVINE, *Concessione edilizia illegittima e abuso d'ufficio. Una questione aperta*, in Foro It., 2000, II, c. 149 ss.; DI NARDO GIU., DI NARDO GIO., *I reati ambientali*, II Ed., Padova, Cedam, 2006; FERRARA, FERRARI, *Commentario breve alle leggi in materia urbanistica ed edilizia*, III Ed., Padova, Cedam, 2019; FRANCHINI, *Il controllo del giudice penale sulla pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1998; GALLUCCI, *Brevi note sui poteri del giudice penale rispetto alle concessioni edilizie in sanatoria illegittime*, in Cass. Pen., 1995, pp. 3058 ss.; GAMBARDELLA, *Brevi note sul rapporto tra gli artt.4 e 5 della l. 2248 all. E del 1865 e il giudizio penale*, in Cass. Pen., 1995, pp. 377 ss.; GAMBARDELLA, *Riflessioni intorno alla cognizione incidenter tantum del giudice penale sulle questioni amministrative (art.2 c.p.p.)*, in Cass. Pen., 2002, pp. .3487 ss.; MENDOZA, *Le Sezioni Unite affermano la rilevanza penale della concessione edilizia emessa in difformità della normativa urbanistica e delle previsioni di piano*, in Cass. Pen., 1994, pp. 901 ss.; NOVARESE, *Disapplicazione e sindacabilità della concessione edilizia con particolare riferimento a quella in sanatoria ex art.13 e 22 l. 28 febbraio 1985, n.47*, in Giur. Merito, 1991, pp. 213 ss.; PAGLIANI, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel giudizio penale*, in Giur. Merito, 1998, pp.1103 ss.; G. PIOLETTI, *Sindacato del giudice sull'atto amministrativo e riserva di legge nelle norme penali in bianco*, in Scritti in memoria di U. Pioletti, Milano, Giuffrè, 1982; ROSSI, *Concessione edilizia in sanatoria e oggetto tutelato dalle norme edilizie*, in Cass. Pen., 2000, pp. 259 ss.; TANDA, *Attività amministrativa e sindacato del giudice civile e penale*, Torino, Giappichelli, 2000; VIPIANA, *Concessione edilizia illegittima: i poteri del giudice penale*, in Dir. Pen. Proc., 1998, pp. 1512 ss.



Ed invero, alcuni pretori, al fine di rafforzare la tutela dei centri urbani dallo sviluppo di un incontrollato abusivismo, iniziarono un'attività di penetrante controllo anche su quelle attività edilizie che ignoravano completamente il rispetto della disciplina urbanistica generale e locale¹⁰. L'incriminazione di coloro che costruivano manufatti sulla base di atti abilitativi illegali, imponeva l'esame del contenuto del titolo abilitativo, allo scopo di verificare la relativa legittimità. Per raggiungere un tale risultato venne utilizzato il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo, attraverso una particolare interpretazione del combinato disposto degli artt.2, 4 e 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. E (d'ora in poi, solo L.A.C.), argomentando, infatti, dall'espressione "*in questo come in ogni altro caso*", utilizzata dall'art.5, si individuavano gli "*altri casi*" in tutte le vicende penali, nelle quali si fosse in presenza di atti amministrativi illegittimi¹¹.

Tale lettura giurisprudenziale pretorile fa eco ad un approfondito studio della metà degli anni '60, con cui si sosteneva che i limiti dettati dalla disciplina contenuta nella legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo non riguardavano il giudice penale che, di contro, aveva «un illimitato potere di sindacare incidentalmente e disapplicare l'atto ai fini penali»¹², anche nel merito, così giungendo a ritenere *tamquam non esset* e con effetto *ex tunc* l'atto amministrativo ritenuto illegittimo, parificando tale situazione a quella tipica dell'assenza del provvedimento anche per farne derivare la responsabilità penale di chi avesse compiuto un'azione che sarebbe stata lecita soltanto sulla base dell'atto amministrativo legittimo. Sotto tale profilo, si osservò che la disapplicazione *ex art.5 L.A.C.*, pur originando dalla prospettiva di tutela individuale nei confronti degli atti della pubblica amministrazione, operava, in mancanza di espresse limitazioni, in via generale sia *pro reo* che *contra reum*¹³. In conseguenza di ciò, la «realizzazione, in assenza di concessione, di opere edilizie urbanisticamente rilevanti si ha, per ciò che riguarda l'elemento oggettivo, sia in assenza di concessione sia in presenza di una concessione illegittima»¹⁴. Tuttavia, va osservato che, pur disapplicando la licenza edilizia e considerando il privato come costruttore abusivo in quanto privo di titolo giustificativo, poiché ritenuto dal giudice penale illegittimo, attraverso, appunto, il penetrante sindacato di legittimità dell'atto amministrativo, difficilmente si poteva giungere a più corrette

10 Pret. Ariano Irpino, 12-02-1970, Sciarappa, in Riv. Giur. Edil., 1970, I, pp.1373 ss.

11 Sul tema della disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo, la discussione della dottrina amministrativistica è ampia, distinguendosi, sostanzialmente, due opinioni: l'una, SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Napoli, Jovene, 1984, pp. 1257, secondo cui «la regola enunciata nell'a. 5 l.cont.amm., (...) trova applicazione tanto in riferimento agli atti dei quali il giudice conosca ai sensi dell'a.4 (e dunque *principaliter*), quanto in riferimento a quelli dei quali il giudice si trovi a conoscere *incidenter* (e dunque in via pregiudiziale) ai fini della pronuncia su un oggetto diverso» (nello stesso senso, P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, III Ed., Milano, Giuffrè, 1982, pp. 121 ss.); l'altra, di contro, NIGRO, *Giustizia amministrativa*, III Ed., Bologna, Il Mulino, 1983, pp. 255, afferma che «nella vicenda regolata dall'art.4, l'atto amministrativo è considerato come direttamente lesivo del diritto soggettivo, e quindi entra a costituire anch'esso l'oggetto principale di giudizio (...). L'art.5 regola tutt'altra vicenda. Esso regola le ipotesi in cui, nella catena di questioni che il giudice ordinario deve risolvere per decidere una controversia, vi è anche la questione di legittimità di un atto amministrativo. Il giudice conosce così dell'atto e della sua legittimità in via incidentale e quando riconosca la illegittimità dell'atto, lo disapplica, cioè non lo applica alla controversia. Solo qui dunque si verifica vera e propria disapplicazione dell'atto amministrativo, ma non nel caso dell'art.4, in cui non vi è disapplicazione dell'atto né rispetto al diritto dedotto in giudizio (che, anzi, il riconoscimento della lesione del diritto implica che si conferisca all'atto il massimo di applicazione), né rispetto ad altre situazioni». Ampiamente, REYNAUD, *La disciplina dei reati urbanistici*, Torino, Utet, 2007, pp.176 ss.

12 VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in Riv. it. Dir. Pen. Proc., 1965, pp. 39 ss.

13 ALBAMONTE, *Atti amministrativi illegittimi e fattispecie penale: i poteri del giudice nella tutela del territorio*, in Cass. Pen., 1983, pp. 1865 ss.

14 MARINI, *Urbanistica (reati in materia di)*, in Dig. Disc. Pen., XV, Torino, Utet, 1999, p. 98.



soluzioni assolutorie valorizzando la buona fede del contravventore, stante la previsione dell'art.5 c.p. (allora vigente)¹⁵.

4. L'equiparazione dell'illegittimità (illiceità) all'assenza del titolo abilitativo.

L'avvertito disagio di ritenere responsabili del reato di costruzione abusiva coloro che avessero in buona fede richiesto ed ottenuto la concessione edilizia, assistita dalla presunzione di legalità e legittimità, portò la giurisprudenza ad un parziale mutamento interpretativo, già annunciato agli inizi degli anni '80, secondo cui «l'equazione concessione illegittima=assenza di concessione può considerarsi conforme al canone inviolabile di tassatività della fattispecie punitiva soltanto allorchè l'illegittimità dell'atto amministrativo sia tale da eliminare radicalmente la sua attitudine a conseguire l'effetto per il quale è data all'autorità la potestà di emetterlo, sì che esso, quantunque esistente nella sua materialità, debba considerarsi giuridicamente *tamquam non esset* e privo *a priori* dei caratteri necessari per essere assistito dalla normale presunzione della sua legittimità e spiegare la sua operatività fino a che non venga caducato nei modi previsti dall'ordinamento»¹⁶. Tale ipotesi di «sostanziale inesistenza» del titolo abilitativo si verifica «quando la concessione sia frutto di attività criminosa del soggetto pubblico che la rilasci o del soggetto privato che la consegua o del concorso di entrambi. Diversa è la situazione in cui avendo il privato sottoposto preventivamente al controllo dell'autorità l'esercizio della facoltà di costruire (come richiede l'art.1 della legge n.10 del 1977) ed avendo l'autorità esercitato liberamente e disinteressatamente ancorchè inadeguatamente detto controllo, sia stato emesso il provvedimento che costituisce titolo per l'esecuzione delle opere ad esso conformi (...). In tal caso la declaratoria incidentale di illegittimità dell'atto amministrativo non può investire il fatto stesso della concessione, determinando la incriminabilità di essi ex art.17 lett.ra b) della l. n.10 del 1977, come se *ab origine* la concessione fosse mancata»¹⁷.

Un percorso interpretativo che giunse, dunque, a distinguere l'ipotesi della mera illegittimità, da quella della illiceità della concessione, «in quanto, se vi siano state solo irregolarità del procedimento amministrativo che ne inficiano la legittimità senza renderlo illecito, tale situazione non può essere equiparata alla mancanza di concessione che rende perseguibile sul piano penale il fatto della

15 Negano la rilevanza della buona fede, Pret. Monte S. Angelo, 27-04-1984, Amodeo, in *Giur. Merito*, 1986, pp.1286 ss.; Pret. Padova, 01-08-1984, in *Dir. Regione*, 1985, pp. 61 ss., secondo cui «L'illegittimità della concessione edilizia ritenuta dal giudice a norma degli art. 4 e 5 l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, comporta la giuridica inesistenza dell'atto amministrativo e conseguentemente la sussistenza del reato di cui all'art. 17, lett. b), l. 28 gennaio 1977, n. 10 (costruzione in assenza di concessione), senza che né il costruttore possa invocare la buona fede, equivalente ad una inammissibile ignoranza della legge, né il sindaco il parere favorevole della commissione edilizia e comunale». In dottrina, GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2007, p.115, spiega la *ratio* del teorema concessione illegittima=assenza di concessione, richiamando l'esigenza pratica di arginare la frequente prassi illecita di alcuni amministratori pubblici di barattare il rilascio di concessioni edilizie in violazione delle prescrizioni urbanistiche in cambio di «favori», denaro o altre utilità. Per la macroscopica illegalità dell'atto amministrativo come indice di corruzione, MILONE, *Il "mancato intervento" delle Sezioni unite penali della Cassazione sul grave problema, ancora aperto, della sindacabilità dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario*, in *Riv. Giur. Edil.*, 1995, p. 985
16 Cass. Pen., Sez.III, 10-01-1984, Tortorella, in *Cass. Pen.*, 1985, pp.1448 ss.
17 In giurisprudenza, nello stesso senso, Cass. Pen., Sez.III, 07-12-1984, Ambrogio, in *CED Cass. rv. 167334*.



costruzione edilizia; può invece parlarsi di sostanziale assenza dell'atto, anche se formalmente emesso, quando esso non possa considerarsi espressione, ancorché viziata, di pubblico potere, ma debba considerarsi radicalmente esorbitante dall'esercizio del potere nel senso o dell'insussistenza nell'organo del potere di provvedere o dell'essere il provvedimento frutto di attività criminosa del soggetto titolare del potere»¹⁸. Secondo questo orientamento, pertanto, il rilascio della concessione illegittima precluderebbe, di regola, la configurabilità del reato edilizio, poiché il giudice penale deve verificare solo l'esistenza formale del titolo abilitativo, in virtù del principio di legalità, sotto la dimensione della tassatività, salvo che l'atto amministrativo fosse stato emesso da soggetto in carenza assoluta di potere o «[fosse] frutto di attività criminosa del soggetto pubblico che la rilasci o del soggetto provato che la consegua o del concorso di entrambi», tanto non poter essere riferibile alla sfera del lecito giuridico, come prodotto di una sorta di abuso del diritto di matrice tedesca (*Rechtsmißbrauch*)¹⁹.

Appare chiaro il mutamento di prospettiva: l'equiparazione tra concessione illegittima ed assenza di concessione non era più questione legata alla disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo, ma si incentrava sul meccanismo sostanziale di verifica della conformità del fatto concreto alla fattispecie astratta, nel senso che l'atto amministrativo lecito era il solo a poter integrare l'elemento normativo negativo della previsione incriminatrice edilizia. Un mutamento di prospettiva legato ad una più corretta interpretazione in chiave di reciproca complementarietà degli artt.4 e 5 L.A.C., poichè «il controllo di legittimità dell'atto amministrativo da parte del giudice penale deve essere rigorosamente limitato agli atti che incidono negativamente sui diritti soggettivi ed a condizione che si tratti di accertamento incidentale, che lasci persistere gli effetti di cui l'atto è capace all'esterno del giudizio», con l'effetto che la disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice penale «non riguarda quegli atti che rimuovono un ostacolo al libero esercizio dei diritti (nulla osta, autorizzazione) ovvero costituiscono diritti soggettivi (concessioni)», non avendo il giudice penale «cognizione della legittimità della concessione edilizia neppure sotto il diverso profilo che la questione costituisca l'oggetto diretto del giudizio, perché tra i presupposti della disposizione incriminatrice non è previsto che la concessione edilizia debba essere stata "legalmente" data», come, invece, espressamente indicato dall'art.650 c.p. Il giudice penale deve limitarsi ad accertare «l'esistenza della concessione sulla base della exteriorità formale dell'atto e della sua provenienza dall'organo investito della correlativa potestà»²⁰.

18 Cass. Pen., Sez.III, 15-12-1985, Furlan, in Riv. Pen., 1986, pp.1070 ss.

19 Una deroga che, comunque, si pone in frizione con il principio di legalità, cfr. RINALDI, *Le fonti del diritto penale: l' analogia e l'interpretazione estensiva*, in Dolcini, Padovani, Palazzo (a cura di), *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, Milano, Giuffrè, 1994, p.43, secondo cui «l'equiparazione delle due situazioni (costruzione con concessione giuridicamente inesistente e costruzione in assenza di concessione) implica necessariamente un ragionamento analogico, essendosi in presenza di situazioni ontologicamente differenti».

20 Cass. Pen., Sez.III, 13-03-1985, Meraviglia, in Foro It., II, 1986, c.84 ss., con nota di G. FORNASARI, *Sulla rilevanza penale delle costruzioni edilizie realizzate in base ad atti concessori illegittimi*.



5. Il primo intervento delle Sezioni Unite e le relative critiche: l'insufficienza della sola illiceità del titolo abilitativo e l'erronea individuazione del bene giuridico tutelato.

Una lettura avallata anche dalle Sezioni Unite²¹ per cui il giudice penale poteva conoscere della legittimità di un provvedimento amministrativo, non sulla base del potere di disapplicazione dell'atto illegittimo *ex artt.4 e 5 L.A.C.*, ma solo quando fosse stata la stessa fattispecie incriminatrice a renderlo possibile: espressamente, attraverso la previsione all'interno della formulazione legale di espressioni o sintagmi che ne impongono la sindacabilità (ad esempio, nell'art.650 c.p.); ovvero, in via interpretativa, allorché la necessaria legittimità dell'atto amministrativo si ricavi da una lettura della fattispecie incriminatrice fondata sulla natura del bene tutelato. Le Sezioni Unite, pur contenendo la possibilità di controllo del contenuto del provvedimento, esclusero la possibilità di poter considerare efficace l'atto concessorio emesso da soggetto in carenza assoluta di potere o frutto di attività criminosa del soggetto pubblico che la rilasci o del soggetto privato che la consegua o del concorso di entrambi, poiché non riferibile alla sfera del lecito giuridico.

Le argomentazioni delle Sezioni Unite, però, seppur recepite dalla giurisprudenza maggioritaria²², non fecero sopire la *querelle*, tanto da essere sottoposte ad una penetrante critica²³, dapprima, forgiata sulle radici storiche della disciplina della disapplicazione, da individuare nella separazione dei poteri dello Stato, con la conseguenza che non era possibile ricavare dall'esegesi dell'art.5 L.A.C. una limitazione del controllo di legalità sugli atti amministrativi, da parte del giudice ordinario (e, dunque, del giudice penale), che è tenuto a disapplicare l'atto illegittimo o illecito (che è una *species* del più *genus* dell'illegittimità). Al giudice penale, contrariamente a quanto sostenuto dalle Sezioni Unite, è affidato un generale controllo di legalità su tutti gli atti amministrativi limitatamente al processo in corso, avendo, dunque, il potere-dovere di non applicare gli atti illegittimi per violazione di legge e non soltanto quelli illeciti, frutto cioè di collusione tra pubblico amministratore e privato. Così delineandosi una sorta di gerarchia delle diverse dimensioni del principio di legalità, nel senso che la tutela della riserva di legge parlamentare (e relativo primato) deve essere garantita anche a discapito della tassatività della norma incriminatrice.

Altro profilo dissenziente, poi, fu la critica all'individuazione, da parte delle Sezioni Unite, del bene giuridico dei reati edilizi in quello «pubblico di sottoporre l'attività edilizia al preventivo controllo della pubblica amministrazione, con conseguente imposizione, a chi voglia edificare, dell'obbligo di richiedere l'apposita autorizzazione amministrativa», escludendo, espressamente, che l'oggetto della tutela predisposta dall'art.17 L. 10/1977 (e dall'art.20 L. 47/1985) fosse l'interesse all'osservanza delle norme di diritto sostanziale che disciplinano l'urbanistica²⁴. Sul punto, fu acutamente osservato che le

21 Cass. Pen. Sez. Un., 31-01-1987, Giordano, in Cass. Pen., 1987, pp. 1711 ss., con nota di L. VIGNALE, *Concessione illegittima e contravvenzioni urbanistiche: un cerchio sempre difficile da far quadrare*.

22 Rispetto all'impossibilità per il giudice penale di utilizzare la disapplicazione degli atti amministrativi *ex art.5 L.A.C.*, Cass. pen. Sez. III, 31-05-1988, n. 8387, in Riv. Pen., 1989, p. 141; Cass. pen. Sez. III, 13-06-1990, Di Felice, in Cass. Pen., 1992, pp. 1579 ss.; nella giurisprudenza di merito, Pret. Firenze, 07-05-1991, Viviani della Robbia, in Foro It., 1992, II, p.251. Rispetto all'equiparazione della concessione illecita, all'ipotesi tipica dell'assenza del titolo edilizio, Cass. pen. Sez. III, 20-09-1988, Dalla Negra, in Cass. Pen., 1990, pp. 1576 ss.; Cass. pen. Sez. III, 08-11-1988, Borgogno, in Cass. Pen., 1990, pp. 661 ss.

23 Cass. Pen., Sez. III, 09-01-1989, Bisceglia, in Cass. Pen., 1990, pp. 135 ss.

24 Cass. Pen. Sez. Un., 31-01-1987, Giordano, cit.



novità normative non potevano essere ignorate nell'opera interpretativa di selezione dell'oggetto di tutela penale e, muovendo dall'analisi del nuovo istituto della concessione in sanatoria quale causa estintiva dei reati urbanistici, descritto dagli artt.13 e 22 L. 45/1987, si affermò che il bene giuridico edilizio andava descritto «non solo (e non tanto) [nell']interesse al controllo preventivo dell'autorità comunale sulle innovazioni del territorio, ma anche (ed ancor di più) [nella] rispondenza delle opere di trasformazione urbanistica alle norme di diritto sostanziale che disciplinano l'attività edilizia»²⁵. In questo modo, il giudice penale poteva «esaminare la validità della concessione, e considerare la concessione *tamquam non esset* quando essa appa[riva] in contrasto con norme di legge (o con norme di piano) che disciplinano l'attività edilizia», non attraverso il meccanismo disapplicativo *ex art.5 L.A.C.*, ma per il tramite della stessa attività esegetica della norma incriminatrice alla luce dell'interesse sostanziale protetto che portava ad equiparare all'assenza (tipica) della concessione, la relativa illegittimità²⁶.

6. Il secondo intervento delle Sezioni Unite: l'interpretazione teleologica della tutela penale urbanistica ed il fondamento costituzionale del sindacato penale sull'atto amministrativo.

L'intuizione pretorile ebbe, successivamente, l'avallo dei giudici di legittimità che raggiunsero conclusioni valide per ogni ipotesi di reato edilizio, affermando, dopo la ricostruzione storica dell'evoluzione normativa, che è certamente mutata la configurazione positiva dell'interesse tutelato, poiché è cambiata radicalmente l'*etica* normativa delle disposizioni urbanistiche, essendo sufficientemente chiaro «rimandare all'art.6 [L. 47/1985], che, nell'identificare i responsabili delle opere di trasformazione del territorio subordinate quindi a concessione edilizia, definisce l'ambito della responsabilità per le violazioni con riferimento alla "conformità delle opere alla normativa urbanistica, alle previsioni di piano nonché ... a quelle della concessione ad edificare e alle modalità esecutive stabilite dalla medesima"; nonché richiamare l'art.13, la cui norma riconnette all'esecuzione di opere edilizie, in conformità degli strumenti urbanistici vigenti, il rilascio della concessione edilizia in sanatoria, da parte del sindaco, come atto dovuto; ed ancora all'art.22, il quale dispone che il predetto assenso postumo rispetto all'opera realizzata in assenza di concessione comporta l'estinzione del reato urbanistico, e nelle more del perfezionamento della relativa procedura amministrativa la sospensione del procedimento penale»²⁷. Da tale analisi normativa, le Sezioni Unite affermarono un

25 Pret. Agropoli, 31-10-1987, Russo, in Giur. Mer., 1988, III, pp. 638 ss. Nello stesso senso, Pret. Gragnano, 10-03-1988, Peccerillo, in Giur. Mer., 1990, III, pp. 419 ss.; Pret. Lamezia Terme, 26-01-1990, Lucia, in Giur. Mer., 1993, III, pp. 208 ss.; Pret. Alcamo, 06-02-1991, Cavataio, in Cass. Pen., 1991, pp. 1133 ss.

26 La tesi giurisprudenziale riprende una coeva opinione dottrinale, PETRONE, *La disapplicazione dell'atto amministrativo: aspetti penali*, in Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 1987, 1, pp. 90 ss., secondo cui il provvedimento amministrativo, qualora agisca da presupposto della condotta, si pone quale elemento normativo della fattispecie astratta, che ha necessità di assumere un significato attraverso la qualificazione fornitagli dallo schema normativo in cui si sussume, così dovendo tenere conto del bene tutelato e della stessa *ratio* dell'incriminazione. Da ciò, nel reato di costruzione edilizia senza concessione, assumendo che il bene giuridico sia l'ordinato assetto del territorio, il presupposto della condotta, letto alla luce dell'interesse protetto, non può che essere legittimo (o, argomentando dall'art.650 c.p., *legalmente dato*).

27 Cass. Pen., Sez. Un., 12-11-1993, Borgia, in Cass. Pen., 1994, pp.905 ss.



principio-guida che ancora oggi è utile ad orientare l'interpretazione (giurisprudenziale) nel diritto penale urbanistico, per cui è evidente che, «se l'urbanistica disciplina l'attività pubblica di governo degli usi e delle trasformazioni del territorio, lo stesso territorio costituisce il bene oggetto della relativa tutela, bene esposto a pregiudizio da ogni condotta che produca alterazioni in danno del benessere complessivo della collettività e delle sue attività, ed il cui parametro di legalità è dato dalla disciplina degli strumenti urbanistici e dalla normativa vigente»²⁸.

L'interpretazione teleologica della normativa punitiva urbanistica tra i cui elementi costitutivi figurano l'assenza di un provvedimento amministrativo idoneo a rendere lecita l'attività, portò la giurisprudenza a ritenere configurabile il reato edilizio anche quando il titolo abilitativo fosse solo macroscopicamente illegittimo, attraverso la valutazione congiunta dell'elemento soggettivo in chiave descrittiva della stessa fattispecie concreta che finiva per «costituire l'effettiva verifica della macroscopicità della violazione alla normazione urbanistica e con il salvaguardare i vari valori costituzionali implicati, tutti di eguale forza, in aderenza a quella concezione del diritto penale, che mira ad attribuire sempre maggior rilevanza alla colpevolezza ed al principio generale di buona fede, strumento indispensabile per bilanciare i vari interessi»²⁹.

Da allora in poi, come indicato dal Tribunale salentino, almeno a livello giurisprudenziale, non è stata messa più in dubbio la possibilità per il giudice penale di esprimere un'incidentale valutazione di regolarità dell'atto amministrativo ampliativo della sfera giuridica del destinatario, non solo, nell'ipotesi di carenza assoluta di potere o di illiceità del provvedimento e di macroscopica illegittimità dello stesso, ma anche in caso di relativa mera illegittimità, da sussumere, secondo un gradualismo di offensività crescente, nelle condotte alternative tipiche previste (oggi) dall'art.44 dPR 380/2001, cosicché la mera illegittimità dell'atto amministrativo, accertata dal giudice penale, configura l'ipotesi di cui alla lett. a) dell'art.44 dPR 380/2001. A tal ultimo proposito, va aggiunto che la questione si è posta sull'estensione dei poteri di sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo, ai fini della declaratoria incidentale di mera legittimità. Siccome la questione pregiudiziale sull'atto amministrativo può essere risolta dal giudice amministrativo, allora, la cognizione del giudice penale sul medesimo atto non potrà che essere pari a quella del giudice competente, con l'effetto che il giudice penale potrà verificare la validità dell'atto amministrativo solo per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, così come indicati dall'art.21-*octies* L. 241/1990³⁰.

Tuttavia, tale limitazione sul controllo del giudice penale sull'atto amministrativo, ai fini della verifica della configurabilità della fattispecie punitiva, è superata dalla più recente lettura giurisprudenziale maggioritaria, in sintonia, del resto, con l'esigenza di tutela sostanziale del bene giuridico protetto dalle disposizioni urbanistiche, poiché il giudice penale deve accertare la conformità del fatto concreto alla fattispecie astratta descrittiva del reato, prescindendo da qualunque giudizio sull'atto

28 Per un'analisi approfondita delle argomentazioni poi sostanzialmente riprese dalle Sezioni Unite, ALBAMONTE, *Sistema penale e ambiente*, Padova, Cedam, 1989, pp. 371 ss.

29 Cass. Pen., Sez. III., 12-05-1995, Di Pasquale, in Cass. Pen., 1997, pp. 3145 ss.

30 GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 105 ss. è favorevole, in alcune ipotesi, al controllo sul merito amministrativo da parte del giudice penale. *Contra*, in giurisprudenza, Cass. pen. Sez. I Sent., 13-12-2007, n. 248; Cass. pen. Sez. III, 09-02-1999, n. 2949. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Bologna, 26-11-2012; Trib. Trento, 12-06-2012.



amministrativo, diversamente, si tornerebbe ad un implicito utilizzo del meccanismo di disapplicazione di cui agli artt.4 e 5 L.A.C., ma applicando la regola di cui all'art.101, co.2, Cost. che mira a risolvere i conflitti tra norme e che, dunque, impone al giudice di applicare solo e soltanto la legge³¹. A ben guardare, il fondamento costituzionale del sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo funge da cardine di equilibrio dell'architettura voluta dal legislatore costituente, come diretta implementazione del principio della separazione dei poteri, poiché, da un lato, subordina il potere giudiziario a quello legislativo, ma, al contempo, eleva il primo a garanzia delle prerogative del secondo, ammettendo la necessità del controllo degli atti dell'esecutivo che non possono derogare alla legge parlamentare, soprattutto, penale, alla stregua della riserva di cui all'art.25, co.2, Cost.

7. Il limite del giudicato amministrativo. Evoluzione normativa dell'interferenza del giudicato extrapenale sull'accertamento del fatto di reato.

L'ampio potere valutativo del giudice penale trova un solo limite (apparentemente) nell'intervenuta formazione di un giudicato amministrativo che affermi la legittimità o l'illegittimità del provvedimento amministrativo presupposto dell'attività urbanistica.

Un limite labile, essendo prevista una serie di condizioni che rendono, come ammettono i giudici leccesi, effettivamente rara la preclusione alle valutazioni proprie del giudice penale. Nell'affresco evolutivo giurisprudenziale descritto dai giudici salentini, si fa riferimento ad un primo orientamento nomofilattico con cui – scrive il Tribunale – è stata affermata l'assoluta preclusione valutativa del giudice penale rispetto ad un provvedimento amministrativo già vagliato dall'Autorità giudiziaria amministrativa con sentenza passata in giudicato.

La questione appare alquanto diversa. Nell'occasione, infatti, la Suprema Corte era chiamata a sindacare il sequestro disposto dall'autorità giudiziaria penale di un manufatto ritenuto abusivo per difetto di concessione edilizia nonostante l'esistenza di una pronuncia definitiva del giudice amministrativo che aveva riconosciuto la legittimità della costruzione. I giudici di legittimità non si posero il problema della conformità dell'opera alla normativa edilizia, secondo gli insegnamenti delle Sezioni Unite (all'epoca, appena affermati), ma valutarono l'incidenza della decisione amministrativa passata in giudicato, in ipotesi macroscopicamente illegittima, sull'elemento soggettivo, arrivando alla conclusione che «l'autorità giudiziaria ordinaria non ha il potere di valutare la conformità a legge di un "arret" di un'altra giurisdizione: 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»³². Non vi è, dunque, un nuovo sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo già ritenuto legittimo dal giudice amministrativo, ma, sotto il profilo soggettivo, il giudicato amministrativo escluderebbe la colpa del cittadino che si sia adeguato o

31 GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., *passim*.

32 Cass. Pen., Sez. III, 11-01-1996, n.54, Ciaburri, in CED Cass., rv. 204622.



abbia fatto affidamento su quella valutazione giudiziale, andando ad eliminare la consapevolezza della macroscopica illegittimità dell'atto presupposto negativo della condotta.

Tanto evidenziato, appare opportuno che l'analisi del percorso giurisprudenziale sul limite del giudicato amministrativo parta dall'esame dell'evoluzione normativa processuale che è passata dall'indubbia vincolatività del giudicato extrapenale, dovuto al principio dell'unità della giurisdizione, alla situazione attuale, ben descritta nell'ordinanza in commento, in cui il giudice penale ha, in sostanza, un ampio margine di valutazione del fatto anche in presenza del giudicato amministrativo (per quello civile vi è qualche differenza).

Nel Codice di procedura penale del 1930 era previsto che il giudice penale potesse, ai sensi dell'art.20, rimettere (anche d'ufficio) una questione pregiudiziale (civile o amministrativa) al giudice competente, nell'ipotesi in cui (a) la decisione sulla sussistenza del reato fosse dipesa dalla risoluzione della controversia extrapenale di non facile soluzione e, comunque, (b) la legge non avesse posto limitazioni alla prova del diritto controverso. La vincolatività della decisione extrapenale era subordinata dall'acquisto dell'autorità di cosa giudicata (art.21 c.p.p. 1930), così precludendo al giudice penale di poter disapplicare *ex art.5 L.A.C.* l'atto amministrativo che fosse stato riconosciuto legittimo dal giudice amministrativo.

Tale quadro processuale, come accennato, è oggi profondamente mutato. Il sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo richiama l'applicazione degli artt.2 e 479 c.p.p. In base all'art.2 c.p.p., il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, seppur incidentalmente e, dunque, senza efficacia di giudicato in nessun altro processo, con la sola eccezione, prevista dall'art.479, co.1, c.p.p., nell'ipotesi che *“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, il giudice penale, se la legge non pone limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa, può disporre la sospensione del dibattimento fino a che la questione non sia stata decisa con sentenza passata in giudicato”*. Se la sospensione supera un anno, il giudice penale può revocare anche d'ufficio la sospensione del dibattimento. Il nuovo assetto processuale ha fornito al giudice penale il più ampio controllo sulla legalità dell'atto amministrativo, con effetti limitati alla vicenda sottoposta alla relativa cognizione, come emerge chiaramente dalla Relazione al Progetto preliminare del 1988, per cui, nel commentare l'art.2 c.p.p., si precisa che lo stesso fissa la regola «dell'autonoma cognizione del giudice penale per quanto concerne le questioni strumentali rispetto alla decisione finale. Si tratta di una cognizione che ha effetti limitati al processo in corso (*cognitio incidenter tantum*), senza alcuna efficacia di giudicato». L'art.479 c.p.p., poi, come visto, stabilisce il potere del giudice penale di sospendere il dibattimento al verificarsi di due condizioni: (1) *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 (2) *se la legge non pone limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa*³³. Da tale quadro normativo processuale discende che «diversamente da quanto avveniva *sub art.21 comma 2 cod. 1930*, il giudice non è legato dalla sentenza extrapenale;

33 A differenza della pregiudizialità di stato di cui all'art.3 c.p.p., che rileva in tutte le fasi processuali, la sospensione *ex art.479 c.p.p.* Può essere disposta solo nella fase dibattimentale.



gli viene utile quale precedente, meritevole o no di essere seguito»³⁴, potendola valutare, dunque, liberamente *ex art.2, co.1, c.p.p.*, con la conseguenza, per quanto qui interessa, di ritenere illegittimo il permesso di costruire, quale presupposto della condotta *ex art.44 dPR 380/2001* anche in contrasto con la valutazione espressa dal giudice amministrativo. Del resto, è categorico, in questo senso, quanto indicato nella Relazione al Progetto preliminare del Codice di procedura penale del 1988, secondo cui tutti gli accertamenti contenuti nella sentenza amministrativa (o civile³⁵) passata in giudicato «saranno, dunque, valutati nel processo penale, alla stregua di ogni altro materiale utile sul piano probatorio, salvi com'è ovvio gli effetti costitutivi, modificativi od estintivi di situazioni giuridiche che ad essi siano ricollegati dalla legge».

7.1 Le valutazioni del giudice penale sulla condotta del reo nel caso di giudicato amministrativo sulla legittimità del titolo edilizio.

In tale nuovo quadro normativo, si spiegano le ragioni delle distinzioni poste dalla giurisprudenza di legittimità sulla questione della *tendenziale* vincolatività del giudicato amministrativo. È indubbio che il punto di frizione riguarderebbe l'ipotesi di valutazioni giudiziali opposte: il giudice amministrativo riconosce la legittimità del titolo abilitativo di cui il giudice penale è chiamato a verificarne l'illegittimità nell'accertamento del reato edilizio, al fine di ammettere (nell'ipotesi accusatoria) o escludere (nell'ipotesi difensiva), l'abusività della condotta dell'imputato. Ma anche il contrario, nell'ipotesi in cui la tesi difensiva contesti la legittimità parziale del titolo abilitativo.

In tali situazioni, è possibile distinguere il doveroso accertamento del giudice penale. Nella prima ipotesi (costruzione conforme al titolo edilizio), il giudice penale, accertata l'illegittimità del titolo abilitativo (secondo l'ipotesi accusatoria), valutato, di contro, legittimo dal giudice amministrativo, sarà tenuto a verificare l'effettiva colpevolezza del reo, al fine di escludere l'abusività della condotta edilizia, così sindacando, non solo, il comportamento del reo innanzi all'autorità giudiziaria amministrativa, ma anche le ragioni della decisione amministrativa, onde verificare se la relativa statuizione non sia stata inficiata da una cognizione limitata della vicenda, dovuta al carattere essenzialmente dispositivo del processo: «il giudice amministrativo decide sulla base dei motivi di ricorso secondo il principio dispositivo, sicchè il rigetto [o l'accoglimento] di un ricorso non vuol dire che il provvedimento sia legittimo [o illegittimo], significa solo che non si ravvisano i vizi lamentati dal ricorrente: le sentenze di rigetto hanno il solo effetto di dichiarare infondate le censure proposte dal ricorrente e non anche quello di dichiarare la legittimità [o l'illegittimità] dell'atto impugnato»³⁶.

Nella seconda ipotesi (costruzione parzialmente non conforme al titolo edilizio), il giudice penale, accertata l'illegittimità parziale del titolo abilitativo, valutato (integralmente) legittimo dal giudice amministrativo, sarà tenuto a verificare, nella prospettiva difensiva, l'effettiva sussistenza della sola

34 CORDERO, *Procedura Penale*, Milano, Giuffrè, 2000, p.915.

35 Nell'ipotesi di sospensione per la risoluzione di una questione di stato di famiglia o di cittadinanza, il relativo giudicato ha efficacia vincolante nel processo penale *ex art.3, co.4, c.p.p.*

36 MORBIDELLI, *Il contributo dell'amministrativista alle riforme (e all'interpretazione) del reato di abuso di ufficio*, in Aa. Vv., *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 31 ss.



tipicità della condotta edilizia, poiché, una volta ammessa, non vi potranno essere dubbi sulla configurabilità del reato.

In questi termini, pertanto, appare inesatto il reiterato riferimento, anche nella più recente giurisprudenza, ad una preclusione per il giudice penale della *valutazione della legittimità dei provvedimenti amministrativi che costituiscono il presupposto dell'illecito penale qualora sul tema sia intervenuta una sentenza irrevocabile del Giudice amministrativo*, posto che tale espressione richiamerebbe implicitamente il meccanismo di disapplicazione *ex art.5 L.A.C.*, ormai, come visto, accantonato. Insomma, il giudicato amministrativo impone pur sempre al giudice penale un'indagine sul comportamento del reo, al fine di confermare o escludere l'ipotesi accusatoria, non potendosi limitare a prendere atto della decisione extrapenale.

8. La ritenuta irragionevolezza dell'art.479 c.p.p. per contrasto con l'art.111, co.1, Cost. confortata da un'esegesi *contra ratio legislatoris* dell'art.630, co.1, lett. b), c.p.p.

Il Tribunale di Lecce, non ritenendo di poter essere vincolato all'indicazione dei lavori preparatori, osserva che «la prospettata interpretazione dell'art. 479 c.p.p. (n.d.r., non vincolatività del giudicato extrapenale) appare essere in conflitto con il principio di ragionevole durata del processo, sancito dall'art. 111 comma 2 Cost.», non essendo ragionevole ammettere la possibilità di sospensione del dibattimento in attesa del giudicato extrapenale, salvo poi potersene liberamente discostarsi. Conforto a tale irragionevolezza i giudici leccesi rinviengono nell'art.630 c.p.p., che consente di ottenere la revisione della sentenza penale di condanna ormai divenuta irrevocabile, fra l'altro, nell'ipotesi in cui il giudice penale, nella decisione di condanna, abbia *ritenuto la sussistenza del reato a carico del condannato in conseguenza di una sentenza del giudice civile o amministrativo, successivamente revocata, che abbia deciso una delle questioni pregiudiziali previste dall'articolo 3 ovvero una delle questioni previste dall'articolo 479*» (art. 630, co.1, lett. b), c.p.p.). Acutamente il Tribunale osserva che tale disposizione «parifica totalmente, agli effetti della revisione, l'efficacia della sentenza civile che ha deciso una questione sullo stato di famiglia o di cittadinanza (cui l'art. 3 comma 4 c.p.p. riconosce espressamente valenza di giudicato nel processo penale) e la sentenza passata in giudicato che ha risolto una questione civile o amministrativa in attesa della quale è stato sospeso il processo penale (sentenza il cui valore nel giudizio penale non è espressamente definito dall'art. 479 c.p.p.)». Un'equiparazione che offre la cifra del valore vincolante del giudicato civile o amministrativo nel giudizio penale.

La fine argomentazione, tuttavia, non è convincente. Il nesso di condizionamento sulla sentenza penale del giudicato civile o amministrativo, ai fini dell'impugnazione straordinaria, è la valutazione probatoria effettuata dal giudice penale della sentenza extrapenale (come si evince dall'uso del verbo "*ritenere*", che implica un accertamento valutativo non condizionato o, meglio, non vincolato) nella



verifica della sussistenza del fatto di reato, in linea, del resto, con la *ratio* della revisione penale³⁷. In questa prospettiva, l'ipotesi di impugnazione straordinaria in parola conferma l'ampia discrezionalità nella valutazione di ogni questione pregiudiziale garantita dall'art.2 c.p.p., ai fini dell'accertamento del fatto di reato, in quanto il legislatore ha ritenuto di garantire al condannato una nuova valutazione penale, nel caso in cui il giudice avesse affermato la relativa responsabilità sulla scorta della (sola) decisione extrapenale, poi revocata. Dalla lettura dei lavori preparatori emerge che la previsione *de qua*, non prevista nel Progetto preliminare, è stata introdotta «per un necessario coordinamento con l'art. 479, in modo da consentire la revisione (...) in tutti i casi di revocazione di una sentenza civile o amministrativa su una questione pregiudiziale assunta dal giudice penale a base della sua decisione circa l'esistenza del reato (si pensi ad una condanna per bancarotta fondata su una sentenza dichiarativa di fallimento poi revocata)», con la significativa precisazione che «il richiamo all'art. 479 non intende limitare la revisione ai soli casi in cui è avvenuta la sospensione ma significa che l'impugnazione è ammessa in tutte le ipotesi nelle quali si è verificato un rapporto tra giudizio civile o amministrativo e giudizio penale come quello previsto nell'art. 479 e la decisione penale è dipesa dalla risoluzione di una controversia civile o amministrativa, anche se non si è resa necessaria la sospensione del dibattimento perché il giudicato civile o amministrativo si era già formato»³⁸.

Nessun vincolo del giudicato extrapenale all'accertamento del fatto di reato³⁹, come garantito dall'art.2 c.p.p., con la sola eccezione di cui all'art.3, co.4, c.p.p., attuando, nel modo più integrale possibile, il

37 SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, Vol. V, *Impugnazioni*, Torino, Utet, 2009, p. 946, afferma, rispetto all'ipotesi di revisione ex art.630, co.1, lett. b), c.p.p., che è «necessario che sussista un rapporto di consequenzialità tra la sentenza – poi revocata – e la decisione del giudice penale; più precisamente – come del resto chiarisce l'art.630, 1° comma, lett. b), c.p.p. – abbia ritenuto sussistere il reato in conseguenza della decisione del giudice civile o amministrativo. Appare subito evidente come la sfera di incidenza dell'art.3 c.p.p. e dell'art.630, 1° comma, lett. b), c.p.p. non coincidano perfettamente in quanto la questione pregiudiziale può riguardare anche elementi che non attengono all'esistenza del reato, ma, ad esempio, alla sussistenza di una circostanza ed in tale ipotesi, come è evidente, non potrà farsi luogo alla revisione; quest'ultima, tra l'altro, potrebbe semmai portare una riduzione di pena: ipotesi chiaramente esclusa dall'art.631 c.p.p. parimenti ove il giudice, nel corso di una delle questioni di cui all'art.479 c.p.p., abbia disatteso la decisione del giudice civile, la successiva revoca di tale sentenza risulta insufficiente con riferimento all'istituto de quo. Lo stesso sembra potersi dire qualora in presenza di un questione ex art.3 c.p.p., il giudice, nonostante l'efficacia di giudicato della decisione civile, abbia deciso senza tener conto della sentenza pregiudicante. In altre parole è necessario – come dianzi accennato – che il giudice penale abbia fondato la propria decisione in ordine alla sussistenza del reato sulla sentenza civile o amministrativa, essendo irrilevante che la questione fosse già stata decisa o abbia dato luogo a sospensione del processo penale: la consequenzialità, infatti, va intesa in senso logico-giuridico».

38 Relazione al testo definitivo del Codice di procedura penale, pp.201 ss.

39 Non è qui la sede per ripercorrere le tappe di un'evoluzione che ha lentamente abbandonato la rigida visione della cosa giudicata penale, essendo sufficiente osservare che, ad oggi, il principio dell'irrevocabilità della *res iudicata* deve necessariamente mettere in conto che si possano stabilizzare condizioni di diseguaglianza tra situazioni identiche, conseguenze di errori o valutazioni differenti da parte dei giudici, non più rimediabili con gli ordinari mezzi di impugnazione ordinaria e, talvolta, neanche attraverso i procedimenti di revisione. È necessaria la verifica della perdurante legalità ed adeguatezza della decisione di merito, pur scongiurando il pericolo di un processo continuo che, attraverso la moltiplicazione dei fenomeni erosivi delle situazioni pregresse, attenui la stabilità di quella che va considerata e difesa come una garanzia precauzionale: la definizione del procedimento e la correlata realizzazione di un interesse dell'ordinamento. Il principio della certezza giudiziaria non è un valore intangibile ed assoluto, ma bilanciabile con interessi di pari rango (costituzionale) e, dunque, relativo. È stato correttamente scritto [LA ROCCA, *Adeguamento della pena per sopravvenuta illegittimità costituzionale dell'aggravante: poteri inediti del giudice dell'esecuzione*, in Arch. Pen., 2, 2012, nota a Cass. pen. Sez. I, 27 ottobre 2011, n. 977] che, quando l'ingiustizia di una decisione va colta *non già mediante il riesame del materiale di giudizio, bensì mediante nuovi elementi di giudizio*, non si scorge pericolo alcuno per la sicurezza giuridica poiché anzi, *questa stessa esigenza si capovolge e si profila... come urgenza di ristabilire la giustizia offesa, mentre la coscienza sia dei consociati sia degli stessi soggetti più direttamente interessati... non saprebbe accettare*



disposto costituzionale dell'art.101, co.2, Cost. sulla soggezione del giudice soltanto alla legge ed, in particolare, nel caso del giudice penale, la decisione deve accertare «se un certo accadimento concreto sia sussumibile sotto una certa norma penale incriminatrice; e per fare questo non può essere limitato nella valutazione di eventuali questioni civili o amministrative che trova sulla sua strada e che preludono alla decisione finale»⁴⁰.

Appare questo il filo conduttore della giurisprudenza esaminata dal Tribunale salentino, in tema di valutazione del giudicato extrapenale, in cui, in definitiva, la Suprema Corte ha delineato un tale numero di eccezioni alla tradizionale vincolatività del giudicato extrapenale (retaggio, come visto, del previgente Codice di rito), da evidenziarne l'esatto opposto. Svolgendo una veloce indicazione degli arresti dei giudici di legittimità, come fatto in maniera certamente più approfondita dai giudici leccesi, è stato affermato che la preclusione determinata dal giudicato amministrativo sulle valutazioni proprie del giudice penale non si estende ai profili di illegittimità, fatti valere in sede penale, che non siano stati dedotti ed effettivamente decisi in quella amministrativa, stante l'autonomia della giurisdizione penale rispetto a quella amministrativa e la assoluta rilevanza ed inderogabilità del potere del giudice ordinario di sindacare l'atto amministrativo illegittimo. Pertanto, l'effetto preclusivo resta confinato ai casi in cui un provvedimento giurisdizionale del giudice amministrativo passato in giudicato abbia espressamente esaminato lo specifico profilo di illegittimità dell'atto fatto valere, incidentalmente, in sede penale. Ma non basta. Alcune preclusioni possono derivare dal 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 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 sopravvenuto⁴¹.

9. Il punto di equilibrio della vincolatività del giudicato extrapenale nella lettura salentina

di dare prevalenza al giudicato su nuovi elementi atti da soli o congiuntamente ai precedenti a dimostrare la ingiustizia della sentenza irrevocabile. Cfr. LEONE, Il mito del giudicato, in Riv. Dir. Pen. Proc., 1956, pp. 168 ss.

40 GAMBARDILLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., p.105, aggiungendo che «in definitiva, il principio di soggezione del giudice soltanto alla legge prevale sulle istanze inerenti all'uniformità della giurisdizione. Infatti, un così alto e decisivo riconoscimento costituzionale dell'istanza di legalità sostanziale non può essere condizionato o limitato da questioni afferenti alla pluralità delle giurisdizioni che, viste nella prospettiva storica qui proposta, sono il portato di antiche prerogative di autotutela della sfera statale».

41 Cass. pen. Sez. IV, 20-09-2012, n. 46471, in *Dir. Pen. e Processo*, 2013, 2, 183, con nota di F. Peroni, Sui rapporti tra giudicato amministrativo e determinazioni del giudice penale. Nello stesso senso, Cass. pen. Sez. VI Sent., 20-03-2018, n. 17991 (rv. 272890); Cass. pen. Sez. III, 26-05-2015, n. 24602, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 10, pp. 1110 ss.; Cass. pen. Sez. III Sent., 18-07-2014, n. 44077 (rv. 260612).



Ad ogni modo, il Tribunale salentino perviene, con dovizia di argomentazioni, ad individuare una soluzione intermedia (o punto di equilibrio, come la definisce) sulla vincolatività del giudicato amministrativo (in particolare), rispetto alle ipotesi giurisprudenziali esaminate, «in grado di contemperare i contrapposti interessi, riconoscendo sì efficacia vincolante alle sentenze del Giudice amministrativo in sede penale, ma solo in presenza di rigorosissimi presupposti, in grado di legittimare la deroga al principio di autonomia dei giudizi, in nome della certezza del diritto (...) e di affidamento dei cittadini nelle decisioni dell'Autorità giudiziaria». In breve, tali presupposti, affinché una sentenza amministrativa, che ha deciso una questione dalla cui risoluzione dipenda in tutto o in parte l'esito del procedimento penale, espliciti efficacia di giudicato nel giudizio penale, è necessario riscontrare una medesimezza oggettiva, soggettiva, devolutiva e probatoria⁴².

Appare, tuttavia, distonica l'applicazione effettuata dal Tribunale rispetto ai principi garantisti richiamati a conforto della lettura interpretativa (principi di certezza del diritto e di affidamento dei cittadini nelle decisioni delle autorità giudiziarie), in quanto ritiene di essere vincolato al giudicato amministrativo che ha respinto i ricorsi del Comune di Otranto, confermando la legittimità, sia della prescrizione di stagionalità imposta dalla Soprintendenza, sia dell'ordinanza con la quale, proprio in ragione di detta stagionalità, l'amministrazione statale ha ingiunto al Comune di Otranto di rimuovere i pontili galleggianti precedentemente installati, ritenendo irrilevante, a tal fine, la presentazione di una nuova e diversa soluzione progettuale. Insomma, un vincolo *contra reum*. Di tanto, appare rendersi conto lo stesso Tribunale, allorché precisa che la sua cognizione non è deputata «ad acclarare, a differenza del giudizio di merito, innocenza o colpevolezza degli indagati, bensì, assai più limitatamente, a verificare la sussistenza di *fumus commissi delicti e periculum in mora*»⁴³, tuttavia, pur sempre rappresentando «in modo puntuale e coerente le concrete risultanze processuali e la situazione emergente dagli elementi forniti dalle parti e dimostrare la congruenza dell'ipotesi di reato prospettata rispetto ai fatti cui si riferisce la misura *cautelare reale* sottoposta al suo esame»⁴⁴. Pertanto, accertando, nel caso concreto, la sussistenza dei quattro profili di identità, i giudici leccesi ritengono di non poter esaminare i profili di doglianza, spiegati dal Comune di Otranto, nuovamente innanzi al giudice penale, stante la vincolatività dei giudicati amministrativi.

10. Violazione della prescrizione di stagionalità: mera inosservanza o reato urbanistico-paesaggistico omissivo? L'inammissibilità dell'interpretazione teleologicamente orientata alla tutela sostanziale del bene giuridico.

Il Tribunale, dopo aver verificato che il porto turistico di Otranto è stato ritualmente e regolarmente autorizzato, sottolinea che il profilo di illiceità riguarda la circostanza che «l'approdo turistico,

42 Trib. Ries. Lecce, ordinanza in commento, p.32, a cui è opportuno rinviare.

43 *Ex multis*, Cass. pen. Sez. III Sent., 15-03-2019, n. 36302, in CED Cass. rv. 277553-01; Cass. pen. Sez. II, 10-12-2014, n. 53677.

44 Conformemente all'insegnamento nomofilattico, *ex multis*, Cass. pen. Sez. III, 12-07-2018, n. 41104, in Quot. Giur., 2018; Cass. pen. Sez. III, 17-05-2018, n. 38723, in Fisco, 2018, 32-33, pp. 3198 ss.



autorizzato come “stagionale”, con obbligo di smontaggio e rimontaggio dei pontili galleggianti ogni anno, al termine della stagione estiva e a conclusione di quella invernale, sia rimasto costantemente installato, senza alcuna soluzione di continuità, a decorrere da aprile 2016 (momento di conclusione dei lavori, con conseguente collaudo del 30/5/2016)».

I giudici salentini confermano l'impostazione accusatoria, richiamando l'orientamento nomofilattico che ravvisa la configurabilità del reato edilizio di cui all'art. 44, co.1, lett.re b) e c), dPR 380/2001, così come il reato di occupazione demaniale di cui agli artt. 54-1161 cod. nav. e il reato paesaggistico previsto dall'art. 181 d.lgs. 42/2004, nella mancata rimozione, alla scadenza del termine previsto nell'autorizzazione in precario, di un manufatto installato per soddisfare esigenze stagionali⁴⁵, essendo stata ritenuta la piena equivalenza tra la condotta di colui che edifica un manufatto in contrasto con le norme urbanistiche e paesaggistiche e colui che, realizzando un'opera di tipo precario compatibile con il territorio per un limitato periodo di tempo, non la rimuove in spregio delle indicazioni dell'autorità amministrativa⁴⁶. Per quanto riguarda l'occupazione del suolo demaniale marittimo sulla base di un atto autorizzativo pluriennale, con prescrizione di stagionalità, il Tribunale richiama la più recente giurisprudenza per cui l'esistenza di un titolo pluriennale abilitante esonera il concessionario dalla richiesta annuale, ma non esclude l'obbligo di rimuovere le strutture collocate sul demanio al termine del periodo di utilizzo previsto⁴⁷.

E' un aspetto dell'ordinanza in commento che si intende, nei limiti del contributo, approfondire.

La condotta omissiva rappresentata dalla mancata rimozione dell'opera stagionale entro il termine prefissato, appare sostanzialmente diversa, sotto il profilo giuridico, dalla condotta positiva della realizzazione di costruzione abusiva punita dalle norme incriminatrici urbanistico-paesaggistiche di riferimento. Non vi può essere dubbio alcuno che il concetto di realizzazione si riferisca ad un comportamento materiale dell'agente che erige un manufatto senza alcun titolo abilitativo o in totale difformità dallo stesso, mentre la rimozione del manufatto assentito, con permesso pluriennale, ma solo per un determinato periodo dell'anno solare, si riferisce ad un obbligo di *facere* non rispettato. Vi è, del resto, un'ontologica differenza tra la realizzazione di un'opera stagionale non assentita e quella di mancata rimozione dell'opera stessa al termine della stagione.

Una considerazione a parte andrà svolta rispetto alle violazioni demaniali.

45 Cass. Pen., Sez. III, 12-05-2001, n. 23645, in CED Cass. rv. 250484.

46 Cass. Pen., Sez. III, 18-06-2014, n. 50620, in CED Cass. rv. 261915; Cass. Pen. Sez. III., 06-04-2018, n. 39677, in CED Cass. rv. 275437-01.

47 Cass. Pen., Sez. III, 11-04-2019, n. 31290, in CED Cass. rv. 276290-01; Cass. Pen., Sez. III, 15-03-2007, n. 19962, in CED Cass. rv. 236736 – 01.



10.1 Il reato urbanistico-paesaggistico omissivo ? l'offensività come criterio di interpretazione espansiva dell'incriminazione ? La bussola perduta nell'esegesi penale: dalla legalità formale alla giustizia sostanziale.

Rispetto al reato urbanistico-paesaggistico⁴⁸, va osservato che la giurisprudenza di legittimità⁴⁹ ha ammesso la relativa configurabilità per omissione, attraverso il combinato disposto degli artt.40, co.2, c.p. e l'art.44, co.1, lett. b) o c), DPR 380/2001, proprio in casi di mancata rimozione delle strutture stagionali, come precisamente indicato dal Tribunale, senza, tuttavia, approfondire la problematica esegetica ad esso connessa che coinvolge la stessa compatibilità dell'interpretazione nomofilattica con il principio di legalità, sotto la dimensione della tassatività e divieto di analogia *ex art.14 disp. prel. c.c.*

In un unico precedente, invero, si è affermato che «il soggetto il quale effettui una costruzione che in tanto può ritenersi *contra legem* in quanto, per una ragione ben precisa (nel caso in esame per non essere stata eliminata nei termini prefissati dall'Amministrazione preposta al governo del territorio) non può permanere con carattere di stabilità nel territorio sul quale risulta essere stata edificata, incorre nella stessa violazione di legge, senza che ciò comporti una diversità ontologica del fatto», essendoci – continuano i giudici di legittimità – «piena equivalenza di condotte tra colui che materialmente edifica un manufatto in contrasto con determinate norme urbanistiche e colui che, realizzando un'opera di tipo precario compatibile con il territorio per un limitato periodo di tempo, non la rimuova in spregio alle indicazioni dell'Autorità amministrativa, in quanto è proprio la permanenza non consentita sul territorio che costituisce il nucleo comune di responsabilità nei due casi ora enunciati»⁵⁰. In altri termini, la stagionalità qualifica la legittimità dell'opera assentita, con la conseguenza che la relativa permanenza determina un *vulnus* alla tutela dell'interesse sotteso alle previsioni urbanistiche di riferimento.

48 La bibliografia sul tema è vastissima, potendosi segnalare, senza alcuna presunzione di completezza, cfr. ALBERTINI, *Giurisprudenza del giudice penale in tema di costruzione di opere precarie*, in Riv. Giur. Urb., 1989, pp.413 ss.; ANNUNZIATA, *La costruzione edilizia nel diritto urbanistico civile e penale*, Padova, Cedam, 1989; BAJNO, *La tutela penale del governo del territorio*, Milano, Giuffrè, 1980; BARBUTO, *Reati edilizi e urbanistici*, Torino, Giappichelli, 1996; BERTOLINI, *Il bene giuridico protetto dalla normativa urbanistica*, in Giust. Pen., 1993, II, pp. 309 ss.; BRESCIANO, PADALINO MORICHINI, *I reati urbanistici*, Milano, Giuffrè, 2000; CACCIN, *La disciplina amministrativa e penale degli interventi edilizi sottoposti a mera autorizzazione del Sindaco ad eseguirli*, in N. Rass., 1983, pp.1219 ss.; D'ANGELO N., *Abusi e reati edilizi*, Rimini, 2011; FERRETTI, *Reati edilizi. Aspetti normativi e sanzionatori*, Roma, Altalex, 2012; FIALE A., FIALE E., *Abusi edilizi, sanzioni*, Napoli, ETS, 2012; MELCHIONDA, *La disciplina penale degli abusi edilizi. Profili generali*, in Riv. Giur. Urb., 2004, pp.100 ss.; MORONI, *I reati edilizi e le sentenze assolutorie*, Rimini, 2012; PAGANO, *Le sanzioni urbanistico-edilizie*, Milano, 1992; RAMACCI, *I reati edilizi*, Milano, Giuffrè, 2012; SALVIA, TERESI, *Diritto urbanistico*, Padova, Cedam, 2012; STEA, *Condominio edilizio 2003. La sanabilità degli abusi sostanziali realizzati su aree vincolate paesaggisticamente (profili penali e amministrativi)*, Lecce, Raggio Verde Edizioni, 2005; TANDA, *I reati urbanistico-edilizi*, IV Ed., Padova, Cedam, 2016; ZANETTI, *I reati in materia urbanistica*, Napoli, ETS, 1992. Con particolare riguardo ai reati paesaggistico-ambientali, cfr. AZZALI, *La tutela penale dell'ambiente*, Padova, Cedam, 2001; BISORI, *La riforma della tutela penale del paesaggio*, in Cass. Pen., 2005, pp. 3180 ss.; CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, Padova, Cedam, 1996; DI NARDO, *I reati ambientali*, Padova, Cedam, 2002; GIUFFRÈ, *La tutela penale del bene territorio*, in Corr. Giur., 1994, pp.750 ss.; RAMACCI, *Manuale di diritto penale dell'ambiente*, Padova, Cedam, 2005; TANDA, *Principio di offensività e reati in materia di beni culturali ed ambientali*, in Cass. Pen., 2002, pp. 3853 ss.

49 Cass. pen. Sez. III Sent., 06-06-2006, n. 29871, in Riv. Pen., 2007, 6, pp. 670 ss.; Cass. pen. Sez. III Sent., 10-11-2010, n. 42190, in Urbanistica e appalti, 2011, 2, pp. 243 ss.; Cass. pen. Sez. III Sent., 12-05-2011, n. 23645, in CED Cass. rv. 250484; Cass. pen. Sez. III Sent., 16-06-2011, n. 36826, in Urbanistica e appalti, 2012, 2, 241.

50 Cass. pen. Sez. III Sent., 18-06-2014, n. 50620, in CED Cass. rv. 261915; conf. Cass. pen. Sez. III, 05-04-2017, n. 30192, in Urbanistica e appalti, 2017, 5, pp. 723 ss.



Non può essere ignorato che, nel caso di struttura stagionale, ammettere la necessità di una preventiva valutazione amministrativa, implica, necessariamente, affermare che l'autorità preposta ha esaminato il profilo dell'incidenza della relativa durevole stabilità sull'assetto del territorio. Pertanto, il soggetto che, dopo aver realizzato un manufatto assentito da permesso di costruire stagionale senza poi rimuoverlo nel termine stabilito, determina un impatto sul territorio non dissimile, per stabilità e permanenza, da quello già noto ed accettato dall'autorità amministrativa che ha rilasciato il titolo abilitativo, differenziandosene solamente per la mancata intermittenza⁵¹. Tra l'altro, è certo che la prescrizione di stagionalità non delimita temporalmente l'efficacia del titolo abilitativo, ma integra solo una mera modalità esecutiva⁵², con la conseguenza che il permesso stagionale non perde efficacia e, dunque, non rende illegittima l'opera realizzata.

Ma non basta.

Di regola, la tutela penale offre un ulteriore criterio di distinzione del bene protetto, restringendone la rilevanza punitiva alle sole offese più gravi ai beni di rango più elevato, in ossequio al principio di offensività che garantisce la necessaria proporzione tra il sacrificio delle libertà personali del reo ed il bene oggetto di tutela penale. Da ciò, sempre di regola, i criteri di selezione delle scelte di incriminazione penale circoscrivono la tutela a interessi o stadi di offesa differenti da quelli cui mira altro ramo del diritto, come il diritto amministrativo sanzionatorio. Nel diritto penale urbanistico-paesaggistico, come ampiamente desumibile anche dall'ordinanza in commento, la connessione con la sottesa disciplina amministrativa è particolarmente marcata, tanto da rilevare uno stretto legame di accessorietà tra diritto penale e diritto amministrativo⁵³. Aspetto questo che costituisce un punto critico di tutto il sistema di tutela penale complementare. Una accessorietà o complementarietà tra diritto penale e amministrativo che offusca la possibilità di ricostruire gli scopi di protezione delle singole fattispecie penali, così andando a compromettere la stessa tipicità sostanziale della norma incriminatrice e, dunque, dilatando i confini della relativa applicazione giudiziale, a discapito della determinatezza della stessa scelta incriminatrice del legislatore.

Tale obiettiva constatazione sui margini dell'offesa penalmente rilevante in materia penale urbanistico-paesaggistica ha effetti anche sulla tecnica d'incriminazione. In breve, l'accertamento della tipicità (formale e sostanziale) del fatto realizzato, nonché della sua imputabilità oggettiva al reo, implica che la relativa punibilità sia condizionata a che il soggetto abbia posto in essere la condotta vietata, e questa abbia effettivamente leso o messo in pericolo un interesse. Se è vero che il legislatore ha ampia discrezionalità nel prevedere ipotesi punitive di pericolo astratto, è altrettanto vero il rifiuto dell'ordinamento positivo a che una condotta inoffensiva (e, dunque, atipica) possa essere punita⁵⁴. Tale ragionamento porta inevitabilmente alla considerazione che una presunzione legale assoluta che

51 In questi termini, acutamente, Trib. Lecce, Sez.I, 20-06-2017, est. F. Malagnino, in *Giur. Pen. Web*, 14.7.2017.

52 T.A.R. Puglia Bari Sez. III, 07-11-2018, n. 1448; T.A.R. Campania Salerno Sez. I, 06-07-2015, n. 1495.

53 Ampiamente, CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura "sanzionatoria"*, Padova, Cedam, 1996, pp. 127 ss.

54 Del principio di offensività come criterio ermeneutico di definizione della tipicità, cfr. C. cost., n. 174 del 2014, in cui i giudici costituzionali ricordano «come spetti al giudice ricostruire e circoscrivere l'area di tipicità della condotta penalmente rilevante sulla base dei consueti criteri ermeneutici, in particolare alla luce del principio di offensività, che per giurisprudenza costante di questa Corte costituisce canone interpretativo unanimemente accettato (*ex plurimis*, sentenze n. 139 del 2014 e n. 62 del 1986)».



abbia ad oggetto un aspetto della tipicità del fatto (nel caso in ipotesi, l'offesa – anche potenziale – al territorio o al paesaggio) non sarebbe ammissibile nel nostro ordinamento: se, infatti, a discapito della presunzione, emergesse nel corso del procedimento che tale elemento legalmente fissato non sussista, ciò significherebbe che in natura il tipo (ed, in particolare, l'offesa) non si è realizzato, ossia che il bene tutelato non è stato leso, né messo in pericolo⁵⁵. Del resto, la formulazione dell'art. 49 co. 2 c.p. (che, come noto, costituisce lo strumento utile al sindacato in concreto della tipicità sostanziale) non rende insuperabile la presunzione di pericolo, posto che tale disposizione si riferisce espressamente all'impossibilità della realizzazione dell'«evento dannoso o pericoloso» e, quindi, come dimostrato da attenta dottrina⁵⁶, è applicabile a ogni tipo di fattispecie che non risulti con essa strutturalmente incompatibile. Così potrà certamente applicarsi agli illeciti di pericolo astratto. La distinzione tra reati di pericolo concreto e quelli di pericolo astratto ruoterà, dunque, intorno alla parte del processo che avrà l'onere di dimostrare, rispettivamente, l'offensività (per l'accusa) o l'inoffensività (per la difesa) del fatto⁵⁷. Inevitabilmente fuorigioco saranno i reati di pericolo presunto.

Tanto evidenziato, tornando alla vicenda in esame, il consolidato orientamento di legittimità che ammette la configurabilità omissiva del reato edilizio *ex artt.* 44, lett b) o c), dPR 380/2001 è evidente frutto di una tecnica interpretativa teleologicamente orientata ad adattare la norma incriminatrice alla tutela (sostanziale) del bene presupposto (o ritenuto tale), attraverso l'improprio utilizzo del criterio di offensività per l'incriminazione di qualsiasi condotta (anche omissiva) in contrasto con lo scopo di tutela sotteso alla disciplina criminale di riferimento. Tale considerazione appare evidente, ove si osservi che i giudici di legittimità, nell'affermare la sussumibilità della condotta omissiva di mancato smontaggio dei manufatti amovibili, si limitano a sottolinearne la «piena equivalenza» offensiva con quella di edificazione in contrasto con le norme urbanistiche e paesaggistiche. Insomma, l'offensività non delimita l'area del penalmente rilevante, ma la amplia a dismisura, celando un chiaro ragionamento analogico vietato dall'art. 25, co. 2, Cost.

Facendo leva su un ragionamento fondato sui criteri ed i principi della grammatica penale, è certamente inammissibile sussumere il mancato rispetto della prescrizione di stagionalità nella fattispecie astratta di cui agli artt. 44, co. 1, lett. b) o c) dPR 380/2001 e 181 d.lgs. 42/2004, poiché è *fisiologicamente* impossibile applicare la clausola di equivalenza di cui all'art. 40, co. 2, c.p. ai reati urbanistico-paesaggistici che, quali reati di pericolo (e di pura condotta), sono privi di evento naturalistico, che, come noto, costituisce un'indefettibile necessità per poter ampliare lo spettro punitivo alle ipotesi di omissione (impropria)⁵⁸. La lettura giurisprudenziale qui criticata appare

55 Più favorevole – o comunque, rassegnato (sia consentito) – ad una soluzione applicativa dell'offensività in senso «debole», MANNA, *Corso di diritto penale* 2, *Parte Generale*, Padova, Cedam, 2012, 65.

56 M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro Pen.*, 1969, pp. 7 ss.; TRAPANI, *La divergenza tra il voluto ed il realizzato*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 82 ss.. *Contra*, altra parte della dottrina, tra cui, ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, Giuffrè, 1928, p. 142, che parla di «presunzione *juris et de jure*» di pericolosità.

57 Sull'interferenza tra l'aspetto probatorio della presunzione e quello dell'effettività dell'offesa, AZZALI, *Idoneità ed univocità degli atti. Offesa di pericolo*, in *Riv. it. Dir. Pen. Proc.*, 2001, pp. 1178 ss.

58 Sul reato omissivo improprio la produzione scientifica è oramai molto vasta. Cfr., per tutti, FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, Giuffrè, 1979; GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Indice pen.*, 2000, pp. 581 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, Giuffrè, 1983; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, Giappichelli, 1999; F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, pp. 337 ss.; L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del*



riprendere un'antica argomentazione per cui un tempo si riteneva che i reati omissivi fossero, nella sostanza, «veri e propri reati commissivi e che contravvenissero non a un comando di agire bensì a un divieto (quello, per l'appunto, di cagionare l'evento tipico). L'omissione, in altri termini, null'altro sarebbe – per tale tesi – che una particolare modalità di realizzazione (una «forma di manifestazione») del fatto tipico, che resterebbe, però, commissivo a tutti gli effetti»⁵⁹.

In sostanza, l'orientamento nomofilattico richiamato dal Tribunale salentino, al fine di confermare l'impostazione accusatoria, consente di punire, attraverso l'impropria valorizzazione dell'art.40, co.2, c.p., la mera inerzia disobbediente⁶⁰. Una soluzione non accettabile, ma forse sussumibile nella sola previsione di cui all'art.44, co.1, lett. a), dPR 380/2001, che punisce, come noto, l'inosservanza delle prescrizioni urbanistico-edilizie.

10.2 La configurabilità della contravvenzione di illegittima occupazione del demanio marittimo

Diversamente, conformemente all'editto accusatorio cautelare, è certamente configurabile l'ipotesi tipica della violazione demaniale di cui all'art.1161 cod. nav.⁶¹, la cui condotta è costituita dalla *occupazione* di uno spazio demaniale marittimo o aereo, che, come tale, anche secondo la comune accezione semantica, implica un'attività di *insediamento* che si protrae fino a quando il luogo interessato è *abbandonato* o *rimesso in pristino*. Nelle ipotesi punitive urbanistico-paesaggistiche, di contro, viene in rilievo una condotta avente ad oggetto non l'*occupazione* di aree, bensì la realizzazione di opere in violazione della disciplina edilizia e paesaggistica.

Sono diversi anche i beni giuridici: gli illeciti penali di cui agli artt.44 dPR 380/2001 e 181 d.lgs. 42/2004 sono posti a tutela, l'uno, dell'ordinato assetto del territorio e, l'altro, del paesaggio, mentre il reato di cui all'art. 1161 cod. nav. è posto a tutela della destinazione pubblica del patrimonio demaniale, ovvero «l'interesse a non privare la collettività del diritto a liberamente e pienamente fruire dei beni demaniali, salvo il contemperamento degli interessi disciplinato con concessione, oltre che, deve aggiungersi, l'interesse pubblico alla miglior gestione dei beni stessi anche in funzione ad ulteriori scopi di natura pubblicistica (si può pensare, quanto al demanio marittimo, alla funzionalità della navigazione o alla tutela della pubblica incolumità anche rispetto a possibili calamità

reato, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 56 ss. e 376 ss. Nella manualistica, MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VII Ed. Milano, Giuffrè, 2018, pp. 250 ss.; MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 231 ss.

59 CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, Il Mulino, 2017, p.390

60 Recentemente, Cass. pen. Sez. III, 05-12-2019, n. 49422, afferma che «il reato omissivo improprio si caratterizza perchè attribuisce rilievo all'omissione non in sè, ma in quanto antecedente causale di un evento; e, nei reati in materia edilizia e paesaggistica, l'evento, se configurabile, si identifica nella realizzazione di un manufatto in assenza del titolo necessario». Il dubbio di configurabilità dell'evento nel reato edilizio ed in quello paesaggistico sottolinea che l'omissione impropria deve precedere causalmente l'evento (naturalistico).

61 DEGL'INNOCENTI, *Il reato previsto dall'art.1161 del Codice della Navigazione*, in www.lexambiente.it, con ampi richiami giurisprudenziali.



naturali)»⁶². Del resto, deve escludersi ogni dipendenza tra i titoli abilitativi urbanistico-paesaggistici e la concessione demaniale, diversi essendo i presupposti per il rilascio, in quanto il permesso di costruire legittima l'esecuzione di interventi di trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio secondo la relativa disciplina e dando concreta attuazione alle scelte operate con gli strumenti di pianificazione, l'autorizzazione paesaggistica concerne una valutazione circa l'incidenza di un intervento sull'originario assetto dei luoghi soggetti a particolare protezione, mentre la concessione demaniale consente il godimento del bene demaniale entro i limiti stabiliti dal provvedimento.

In questi termini, dunque, l'omessa rimozione dei manufatti secondo la prescrizione di stagionalità determina un'illecita occupazione dell'area demaniale, andando così a potersi effettivamente configurare l'ipotesi contravvenzionale *ex artt.54 e 1161 cod.nav.*

11. La disapplicazione della deroga normativa alla prescrizione di stagionalità per incompatibilità comunitaria per il tramite di un ragionamento sistematico/teleologico: l'art.1, co.246, L. 145/2018 e l'art.12 Dir. 2006/123/CE. Esegesi non persuasiva.

Superata la questione della legittimità della prescrizione di stagionalità imposta dagli atti amministrativi presupposti della condotta contestata agli indagati e la sussumibilità dei fatti contestati nell'ipotesi accusatoria cautelare, il Tribunale salentino esamina la problematica attinente all'applicabilità o meno dell'art. 1, co.246, L. 145/2018⁶³ all'approdo turistico realizzato dal Comune di Otranto su area e specchio d'acqua demaniali, con particolare riguardo alla relativa compatibilità con l'ordinamento comunitario.

Il Tribunale, in *primis*, sottolinea che «sebbene la disposizione non preveda, di per sé, alcuna proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, più volte censurata dalla giurisprudenza nazionale ed europea in quanto contrastante con i principi di concorrenza e di libertà di stabilimento affermati dal Trattato europeo e dalla Direttiva Servizi del 2006, la disposizione - ad avviso del Collegio - risulta "incastonata" in un sistema inscindibile di norme contrastanti con i predetti principi».

I giudici leccesi, dopo aver esposto l'atteggiamento giurisprudenziale amministrativo, in particolare, sulla prescrizione *de qua* ed aver ricostruito la normativa della materia delle concessioni demaniali

⁶² Cass. pen. Sez. III, 11-04-2019, n. 31290, in CED Cass. rv. 276290-01.

⁶³ L'art. 1 della L. 30 dicembre 2018, n. 145 (*"Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021"*), al comma 246 (in vigore dell'1 gennaio 2019), statuisce testualmente: *"I titolari delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo e dei punti di approdo con medesime finalità turistico ricreative, che utilizzino manufatti amovibili di cui alla lettera e.5) del comma 1 dell'articolo 3 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, possono mantenere installati i predetti manufatti fino al 31 dicembre 2020, nelle more del riordino della materia previsto dall'articolo 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25"*.



marittime a scopo turistico ricreativo, con particolare riguardo al rinnovo *sostanzialmente perpetuo*, descrivono gli interventi nazionali volti a superare le censure sollevate dalla Commissione europea, in merito al contrasto con l'art. 43 TCE (poi divenuto art. 49 TFUE), della previsione nazionale di cui all'art. 37 cod. nav., che, in virtù del cd. *diritto di insistenza*, prevedeva la preferenza del concessionario uscente nell'ambito della procedura di attribuzione della nuova concessione, determinando una frizione con il principio di libertà di stabilimento degli operatori economici sancito dal diritto eurounitario. Tuttavia, come ben descritto nell'ordinanza in commento, gli interventi del legislatore nazionale hanno costituito un complesso di proroghe generalizzate automatiche *ex lege* nel corso di oltre un decennio, fino a giungere alla declaratoria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che ha ritenuto tale sistema in netto contrasto con il diritto alla concorrenza e alla libertà di stabilimento.

Il Tribunale, ravvisando un collegamento sistematico tra l'art.1, co.18, DL 194/2009, in combinato disposto con l'art.34-*duodecies*, DL 179/2012, e la previsione di cui all'art.1, co.246, L. 145/2018, ritiene contrastante con il diritto eurounitario, come interpretato dalla Corte europea, tale ultima disposizione, così pervenendo alla relativa disapplicazione.

L'assunto non è condivisibile, poiché le disposizioni messe a confronto hanno ad oggetto profili distinti della disciplina delle concessioni demaniali marittime.

L'art.1, co.18, DL 194/2009, premettendo, ormai come di consueto, le ragioni della necessità dell'intervento transitorio normativo, in attesa della revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative, da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, sulla base di intesa in sede di Conferenza Stato-regioni, da concludere nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, dispone la proroga delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore della disposizione, fino al 31.12.2012. Tale scadenza è stata ulteriormente prorogata fino al 31.12.2020 dall'art.34-*duodecies* DL 179/2012⁶⁴.

Diversamente, l'art.1, co.246, L. 145/2018 non dispone l'ulteriore proroga delle concessioni demaniali marittime, ma consente esclusivamente ai concessionari di *mantenere installati manufatti leggeri, anche prefabbricati, e di strutture di qualsiasi genere, quali roulotte, campers, case mobili, imbarcazioni, che siano utilizzati come abitazioni, ambienti di lavoro, oppure come depositi, magazzini e simili, e che non siano diretti a soddisfare esigenze meramente temporanee* (art.3, co.1, lett. e.5, dPR 380/2001), fino al 31.12.2020, così derogando alla sola stagionalità dell'installazione.

64 È indubbio, come, del resto, indicato dal Tribunale di Lecce, che il giudice amministrativo come la Corte Costituzionale abbia ripetutamente rilevato (sentenze nn. 213/2011, 340/2010, 233/2010 e 180/2010) che le disposizioni che prevedono proroghe automatiche di concessioni demaniali marittime violano l'art.117, co.1, Cost. per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza e ciò in quanto l'automatismo della proroga della concessione determina una disparità di trattamento tra gli operatori del settore, violando i principi di concorrenza, poiché a coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo ne è preclusa, alla scadenza della concessione, la possibilità di prendere il posto del precedente gestore, se non nel caso in cui questi ometta di richiedere la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti.



Il nesso sistematico individuato dal Tribunale attraverso il richiamo dell'art.1, co.18, DL 194/2009, da parte dell'art.1, co.246, L. 145/2018, non è persuasivo, poiché tale rinvio appare riferirsi alle *rationes* che (ancora una volta) giustificano l'intervento normativo transitorio, ma relativamente ad un aspetto normativo che non può entrare in conflitto con il giudicato europeo che, come detto, ha ad oggetto la durata delle concessioni, non la temporaneità dei manufatti strumentali all'attività assentita. Non appare, dunque, corretta la lettura esegetica offerta dal Tribunale salentino, asseritamente deputata a dare un significato normativo effettivo alla previsione in commento, ma paradossalmente in contrasto con la normativa eurocomunitaria (*sic!*), perché – a dire dei giudici leccesi - «non v'è dubbio, infatti, che, anche in base alla normativa esistente prima dell'entrata in vigore della L. 145/2018, non era certamente impedito ai concessionari demaniali (con titolo valido ed efficace) richiedere, in presenza dei necessari presupposti e secondo la normativa “ordinaria” (senza necessità di alcuna norma “eccezionale”), il mantenimento per l'intero anno di manufatti amovibili originariamente assentiti per la sola stagione estiva con obbligo di rimozione per la stagione invernale».

Appare chiaro, di contro, che l'intervento legislativo supera il regime ordinario che impone una valutazione della pubblica amministrazione, con la previsione di un regime eccezionale di mantenimento dei manufatti *ex lege* (senza alcuna istanza)⁶⁵, così ravvisandosi un chiarissimo e concreto significato normativo, non destinato ai concessionari uscenti (ovvero ai titolari di concessione prorogate *ex art.1, co.18, DL 194/2009*), in virtù dell'incontestabile giudicato eurounitario⁶⁶, ma ai titolari di concessioni demaniali marittime regolarmente in vigore che, in base alla concessione, avrebbero l'obbligo della stagionalità dei manufatti installati. Non coglie nel segno, dunque, l'ulteriore censura mossa dal Tribunale salentino alla disposizione nazionale (indebito vantaggio), rispetto alla norma di indirizzo comunitario, non essendo chiaramente interessati alla prescrizione derogatoria della stagionalità i concessionari uscenti, come detto.

12. L'influenza sovranazionale sul sistema punitivo domestico. Cenni di analisi dei conflitti tra norma interna e norma europea.

Il conflitto tra la norma europea ad efficacia diretta e la norma penale, come noto, impone la disapplicazione di quella nazionale. Ad ogni modo, le norme comunitarie non direttamente applicabili possono anche solo interferire con la norme penali interne attraverso (1) la tecnica della *definizione* di elementi normativi della disposizione penale interna⁶⁷ o sua *integrazione* e (2) quella dell'*assimilazione* per cui le norme comunitarie espandono la portata punitiva della norma penale nazionale.

65 Anche il Tribunale salentino ritiene non corretta l'interpretazione della giurisprudenza amministrativa dell'art.1, co.246, L. 145/2018, per cui è, comunque, necessaria un'istanza di proroga da parte del concessionario marittimo alla pubblica amministrazione competente. *Contra*, Cass. pen. Sez. III, 02-05-2013, n. 32966.

66 È indiscutibile, come condivisibilmente sottolineano i giudici salentini, il manifesto contrasto con il giudicato europeo dell'ennesima previsione di proroga automatica previsto dall'art.1, co.682 e 683 L. 145/2018.

67 VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, I, Milano, Giuffrè, 2009, p. 166.



Un ruolo primario, nella prospettiva dirimente le problematiche dell'interferenza tra diritto penale interno e diritto europeo, è la distinzione, non solo, tra effetti *diretti* ed *indiretti* della norma comunitaria, ma, anche, e forse soprattutto, proprio tra effetti *riduttivi* (o *in bonam partem*) ed *espansivi* (o *in malam partem*) della stessa⁶⁸, perché l'effetto *in malam partem* determina una presunzione relativa di contrasto con il principio di legalità, che, dunque, impone all'interprete di valutare, di volta in volta, se effettivamente l'effetto interferente pregiudica la riserva di legge costituzionale⁶⁹.

Nell'ipotesi di norma comunitaria ad effetti *riduttivi*, la stessa sarebbe sempre dotata di effetti diretti; diversamente, nel caso di norma ad effetti *espansivi*, la stessa sarebbe certamente priva di effetti diretti. Da ciò, dunque, in caso di conflitto ad effetti riduttivi il giudice non deve mai rinviare alla Corte costituzionale, mentre, nell'ipotesi di conflitti ad effetto espansivo invece deve rinviare alla Corte costituzionale.

Il contrasto della norma europea ad effetti *riduttivi* (e diretti) determina la inapplicabilità della disposizione interna (in ipotesi, anche solo un elemento di fattispecie), senza però sostituirla e, dunque, la norma europea non diventa *regola di giudizio*, determinando solo, come detto, la non applicazione dell'*intera* norma, a cui consegue il proscioglimento dell'imputato, ai sensi dell'art.129 c.p.p., immediato corollario attuativo dell'art.27, co.2, Cost., che costituisce la regola (*predeterminata*) di giudizio, per la materia penale⁷⁰. Il parametro costituzionale appena richiamato serve a comprendere le ragioni che impongono la non applicazione dell'intera norma incriminatrice, pur se in contrasto con un principio europeo (di per sé non chiaro e preciso), una volta concretizzato dall'esegesi interpretativa della Corte di Giustizia, senza alcuna necessità dell'intervento del giudice costituzionale. Da ciò, la norma europea con effetti riduttivi del penalmente rilevante ha una funzione meramente *paralizzante*, non anche di disciplina, alla stregua della granitica giurisprudenza della Corte di Giustizia⁷¹ e, dunque, tali norme hanno diretta efficacia⁷².

In tale prospettiva, appare quindi opportuno chiedersi se le modifiche apportate dalle fonti europee alla normativa extrapenale di rinvio possano modificare il contenuto precettivo della fattispecie e influire così sull'estensione dell'area di illiceità penale.

68 SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, Giuffrè, 2007, 230, utilizza le espressioni in questione in considerazione degli effetti che la norma europea determina non per il reo (*in bonam* o *in malam partem*), ma sulla norma interna (*riduttivi* o *espansivi*). Più di recente, ampiamente, STEA, *Elementi per un'analisi del reato alimentare tra rischio, pericolo e necessità di prevenzione*, in Riv. Dir. Alimen., 2, 2018, pp. 42 ss.

69 Sul principio di legalità in materia alimentare, ma con argomenti relativi ad ogni ramo del diritto domestico, cfr. BERNARDI, *Il principio di legalità alla prova delle fonti sovranazionali e private: riflessi sul diritto penale alimentare*, in Riv. Dir. Alim., IX, 1, 2015, *passim*.

70 SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., p. 234.

71 Corte Giust. Com. Eur., 05-02-1963, C-26/62, *Van Gend e Loos*. In dottrina, le acute osservazioni di POCAR, *Diritto dell'Unione e della Comunità europea*, IX Ed., Milano, Giuffrè, 2004, p. 291, secondo cui «l'effetto diretto della norma comunitaria non è una qualità intrinseca della norma stessa, ma dipende dalla funzione che essa è chiamata a svolgere nel caso di specie, di volta in volta, considerato».

72 Cass. pen., Sez. III, 16-05-2012, n. 18767, § 5, con nota di PARODI, VIGANÒ, *Una (problematica) sentenza della Cassazione in tema di raccolta abusiva di scommesse e di rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, in www.penalecontemporaneo.it.



Per rispondere all'interrogativo appena proposto è indispensabile chiarire la natura del raccordo che lega la norma incriminatrice alle fonti di diritto dell'Unione e stabilire se tale legame operi anche in prospettiva dinamica, consentendo di adeguare la legge penale all'evoluzione dell'apparato normativo europeo di settore, limitatamente, nell'economia del contributo, all'ipotesi esaminata dal Tribunale salentino (ove fosse valida), ovvero la norma extrapenale interna di favore in contrasto con la norma di indirizzo europeo.

12.1 Analisi della decisione del Tribunale di Lecce sull'inapplicazione dell'art.1, co.246, L. 145/2018 alla luce dei criteri di risoluzione dei conflitti tra norma nazionale e principio europeo.

Facendo riferimento alla classificazione proposta da Carlo Sotis, ma sottolineando che non è la sola indicata dalla dottrina⁷³, né rappresenta un criterio alternativo agli altri individuati, ma, effettivamente, pare essere quello più utile per la distinzione per tipo di *azionabilità*⁷⁴, va osservato che la norma domestica, secondo l'interpretazione dei giudici leccesi, ha ad oggetto l'ulteriore proroga della durata del titolo concessorio demaniale, attraverso l'autorizzazione al mantenimento delle strutture amovibili per l'intero anno solare. Tale disposizione interferisce con le previsioni punitive interne (artt.44 DPR 380/2001, 181 d.lgs. 42/2004 e 1161 cod. nav.), sottraendo, secondo la nota distinzione indicata dalla Corte costituzionale, «una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva». In altri termini, la previsione di cui all'art.1, co.246, L. 145/2018, interferendo sull'ipotizzata fattispecie concreta punitiva (omessa rimozione dei manufatti assentiti stagionali), determina la sottrazione di tale sotto-fattispecie dal cono applicativo delle figure incriminatrici (edilizia, paesaggistica e demaniale), in quanto descrive una contrazione indiretta dell'area della rilevanza penale. Per tali ragioni, dunque, la previsione del 2018, esterna alle norme incriminatrici di riferimento, è certamente giustiziabile.

Il parametro europeo di riferimento è individuato dal Tribunale nell'art.12 Dir. 2006/123/CE, Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno (cd. Direttiva Bolkestein), secondo cui “*qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento*”, aggiungendo, al secondo paragrafo: “*Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere*

73 Fra i più significativi, PEDRAZZI, *L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano*, ora in PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti*, I, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 462 ss.; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 267 ss.; MAZZINI, *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, in Dir. Un. Eur., 2000, pp. 353 ss.; RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, Cedam, 1984, pp. 206 ss.; EPIDENDIO, *Diritto comunitario e diritto penale interno*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 238 ss. Per l'analisi sintetica delle varie classificazioni proposte, SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., pp. 263 ss., nonché nota 196, pp. 285 ss.

74 SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., p. 261.



la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami". L'incompatibilità delle proroghe automatiche delle concessioni demaniali marittime, come detto, è stata affermata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sotto due profili: da un lato, in relazione alla norma di indirizzo suddetta che osta a una misura nazionale che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati; dall'altro, rispetto all'art.49 TFUE che osta a una normativa nazionale che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo.

Si tratta di disposizioni di principio e non di regole direttamente applicabili. Da ciò, il contrasto tra norma nazionale e principio europeo ha ad oggetto un giudizio di bilanciamento tra gli interessi coinvolti ed, in particolare, di una valutazione della limitazione nazionale al principio europeo, per cui, a determinate condizioni, è ammessa una deroga domestica allo stesso principio. L'intervento del giudice europeo è caratterizzato dalla costante ricerca del punto di equilibrio delle limitazioni nazionali alle libertà comunitarie, bilanciando i contrapposti interessi, ma anche verificando necessità, proporzionalità ed adeguatezza della soluzione derogatoria domestica. La competenza a dirimere tale contrasto spetta alla Corte di Giustizia che dovrà svolgere un cd. *pre-bilanciamento* in cui individuare il peso degli interessi in gioco, residuando, poi, al giudice del rinvio di applicare quei pesi nel giudizio di bilanciamento vero e proprio che solo lui potrebbe compiere, essendo l'unico competente a giudicare della validità della norma nazionale in conflitto con il principio comunitario.

È, dunque, una questione di attività ermeneutica del giudice domestico, volta ad adeguare la norma interna, nella sua applicazione concreta, alla norma comunitaria di riferimento, in adempimento dell'obbligo di fedeltà e leale cooperazione, alla stregua della giurisprudenza lussemburghese⁷⁵, così delineandosi una tecnica di armonizzazione indiretta ma immediata (perché prescinde dall'intervento del legislatore)⁷⁶. Tale tecnica di armonizzazione si pone a metà strada tra la diretta applicazione della norma europea, con correlata inapplicabilità di quella nazionale, e rinvio alla Corte costituzionale, finalizzato all'annullamento della norma domestica in contrasto con quella sovranazionale (non direttamente applicabile) che funge da norma interposta secondo il parametro costituzionale di cui agli artt.11 e 117 Cost.

Nella vicenda in esame, i giudici salentini hanno optato per la diretta inapplicabilità della norma interna (ritenuta) in contrasto con i principi europei come stigmatizzati dalla Corte eurounitaria, così omettendo di rimettere la questione alla Corte costituzionale ed avventurandosi in una sorta di interpretazione conforme della normativa punitiva interna attraverso l'inapplicabilità della disposizione esterna incompatibile con il sistema comunitario di riferimento.

È un'opzione non convincente.

⁷⁵ Sulla questione, Corte Giust. Un. Eur., Grande Sez., 05-10-2004, C-397/01-C-403/01.

⁷⁶ Così letteralmente, MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Direkta, 2012, p. 70.



È noto che l'interpretazione conforme in materia penale va contenuta nei confini delineati da alcuni limiti, *ontologici e assiologici*⁷⁷.

Il primo limite *ontologico* va posto nella lettera della legge, ovvero che l'interprete deve rispettare l'univoco tenore letterale o lessicale della disposizione, non potendosi ammettere un'attività ermeneutica che *forzi* il dato testuale con un esito interpretativo addirittura *contra legem*, così trasformando, come acutamente osservato⁷⁸, «l'interpretazione adeguatrice in *normazione mascherata* da parte del giudice comune, facendo in realtà applicazione diretta della norma europea, aggirando il vaglio del giudice costituzionale»⁷⁹.

I limiti *assiologici* dell'interpretazione conforme sono quelli più afferenti al sistema garantistico proprio della materia penale, con l'effetto che è costantemente affermata l'inammissibilità di un'esegesi *in malam partem* di una disposizione domestica in contrasto con una norma sovranazionale e ciò, essenzialmente, da un lato, perché gli Stati membri non hanno accettato alcuna limitazione di sovranità in materia penale, in quanto la relativa competenza europea è *indiretta e mediata*, con l'effetto che l'inadempimento statale non può essere fatto valere sul singolo cittadino e, dall'altro, perché la riserva di legge è garante della necessaria democraticità della norma penale, che, come evidenziato dal Tribunale di Karlsruhe⁸⁰, non può essere assicurata dall'Unione Europea che ha un grado di democrazia proporzionato al livello dell'integrazione politica⁸¹. E poi, è costantemente affermato, a livello europeo, il principio per cui «una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati», tradotto dalla Corte costituzionale, sottolineando come «l'efficacia diretta di una direttiva è ammessa solo se da essa derivi un diritto riconosciuto al cittadino, azionabile nei confronti dello Stato inadempiente» e, parallelamente, evidenziando che «gli effetti diretti devono invece ritenersi esclusi se dall'applicazione della direttiva deriva una responsabilità penale»⁸². Pertanto, il (forzato) percorso interpretativo effettuato dai giudici leccesi con l'effetto di neutralizzare e di disapplicare la norma interna più favorevole⁸³ non è persuasivo ed, anzi, si pone in netto contrasto con i limiti delle tecniche di esegesi giudiziaria⁸⁴.

77 VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, in Corso, Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani. 2, Diritto processuale penale e profili internazionali: diritto straniero e diritto comparato*, Piacenza, La Tribuna, 2010, pp. 617 ss., 649 ss.; anche MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 56. In giurisprudenza, si segnala Corte Giust. Un. Eur., 24-01-2012, C-282/10, *Maribel Dominguez*, ove si ribadisce che «il principio di interpretazione conforme esige inoltre che i giudici nazionali si adoperino al meglio nei limiti del loro potere, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo».

78 MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 57.

79 LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione conforme*, in www.federalismi.it. Sui limiti ontologici dell'interpretazione conforme, cfr. anche Corte cost. n.28 del 2010, § 4 *Considerato in diritto*; Corte cost. n.196 del 2010; Corte cost. n.227 del 2010.

80 BVerfG, 30-06-2009, 2 BvE 2/2008.

81 Sia consentito il rinvio a STEA, *I principi di diritto penale nella giurisdizione europea*, cit., pp. 111 ss.

82 Corte Giust. Un. Eur., Sez. VI, 08-10-1987, C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*. Negli stessi termini, Corte Giust. Un. Eur., Sez. I, 05-07-2007, C-321/05, *Kofoed*.

83 MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 59.

84 Cass. Pen., Sez. VI, 05-08-2016, n.34699, in motivazione, si legge: «Il principio di interpretazione conforme al diritto sopranazionale richiede che il giudice interno si adoperi al meglio, nei limiti della sua competenza, applicando i metodi di interpretazione a sua disposizione, al fine di garantire la piena effettività del diritto medesimo e pervenire ad una soluzione



13. Conclusioni. L'applicabilità dell'art.1, co.246, L. 145/2018 all'approdo turistico idruntino e incidenza sul *periculum in mora cautelare*.

Il Tribunale ha, come già detto, disapplicato l'art.1, co.246, L. 145/2018, attribuendogli un significato normativo sistematicamente coordinato con quello dell'art.1, co.18, DL 194/2009, che è una disposizione pacificamente incompatibile con il sistema comunitario. Di contro, proprio per evitare la disapplicazione e, dunque, dare alla disposizione *de qua* un'interpretazione conforme al diritto eurounitario, il Tribunale avrebbe dovuto interpretare l'art.1, co.246 L. 145/2018 secondo il suo significato letterale *ex art.12 disp. prel. c.c.*, nel senso che, come visto, lo stesso deroga alla prescrizione amministrativa di stagionalità per i soli titolari di concessioni demaniali marittime regolarmente in vigore, con esclusione, dunque, dei concessionari uscenti (anche quelli che hanno usufruito delle proroghe automatiche comunitariamente illegittime).

L'esegesi corretta della disposizione in esame, quindi, avrebbe dovuto portare i giudici leccesi ad esaminare il profilo di relativa effettiva sussumibilità dell'approdo turistico idruntino nella previsione derogatoria della prescrizione di stagionalità. Pur nei limiti dell'esegesi di una norma eccezionale, si ritiene che la stessa sia applicabile alla situazione esaminata dal Tribunale (come, del resto, ritengono implicitamente gli stessi giudici cautelari, altrimenti, la questione di disapplicazione dell'art.1, co.246, L. 145/2018, non sarebbe stata rilevante). Da quanto descritto nell'ordinanza in commento, l'opera realizzata consiste (almeno) in un approdo turistico *ex art.2, co.1, lett. b)*, DPR 509/1997⁸⁵, così potendo configurare il presupposto soggettivo stabilito dalla disposizione derogatoria (*"I titolari (...) dei punti di approdo con (...) finalità turistico ricreative, che utilizzino manufatti amovibili di cui alla lettera e.5) del comma 1 dell'articolo 3 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in*

conforme alla finalità da quest'ultimo perseguita (CGUE, sentenza 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer; CGUE, sentenza 4 luglio 2006, C-212/04, Adeneler). Tuttavia, tale attività incontra i limiti propri dell'interpretazione e non può condurre ad un'applicazione *contra legem* del diritto nazionale (arg. ex sentenze CGUE 8 ottobre 1987, C-80/86, Kolpinghuis Nijmegen e 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino). Allo stesso modo, l'interpretazione conforme, rispetto alla Costituzione, è ammessa ogni qual volta essa sia compatibile con il disposto letterale della disposizione, che ad essa insuperabilmente non osti. L'interpretazione conforme è quindi doverosa e prioritaria, ma appartiene pur sempre alla platea delle tecniche esegetiche, poste a disposizione del giudice nell'esercizio della funzione giurisdizionale, che hanno carattere dichiarativo. Ove, perciò, sulla base di tali tecniche, non sia possibile trarre dalla disposizione la norma che si ritiene rispondente al parametro sopraordinato, il giudice non può ricorrervi».

⁸⁵ Come indicato dal Tribunale (p. 37), l'art.2, co.1, DPR 509/1997 (*Regolamento recante disciplina del procedimento di concessione di beni del demanio marittimo per la realizzazione di strutture dedicate alla nautica da diporto, a norma dell'articolo 20, comma 8, della L. 15 marzo 1997, n. 59*), rubricato "Definizioni" distingue tre diverse strutture dedicate alla nautica da diporto: a) il "porto turistico", "ovvero il complesso di strutture amovibili ed inamovibili realizzate con opere a terra e a mare allo scopo di servire unicamente o precipuamente la nautica da diporto ed il diportista nautico, anche mediante l'apprestamento di servizi complementari"; b) l'"approdo turistico", "ovvero la porzione dei porti polifunzionali aventi le funzioni di cui all'articolo 4, comma 3, della legge 28 gennaio 1994, n. 84, destinata a servire la nautica da diporto ed il diportista nautico, anche mediante l'apprestamento di servizi complementari"; c) i "punti d'ormeggio", "ovvero le aree demaniali marittime e gli specchi acquei dotati di strutture che non importino impianti di difficile rimozione, destinati all'ormeggio, alaggio, varo e rimessaggio, anche a secco, di piccole imbarcazioni e natanti da diporto".



materia edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, possono mantenere installati i predetti manufatti fino al 31 dicembre 2020⁸⁶).

Tuttavia, tale disposizione, di stretta interpretazione⁸⁶, non ha certamente efficacia retroattiva e di sanatoria, con l'effetto che la condotta contestata agli indagati, già perfetta sin dal 2016 – secondo quanto indicato dallo stesso Tribunale – al più, è cessata con l'entrata in vigore dell'art.1, co.246 L. 145/2018 (1.1.2019). La cessazione della permanenza della condotta antigiuridica abusiva edilizia (in genere)⁸⁷ può incidere sull'effettiva sussistenza del *periculum in mora* necessario a confermare la misura cautelare reale.

86 T.A.R. Piemonte Torino Sez. II, 09-10-2019, n. 1051.

87 Argomentando da Cass. pen. Sez. III Sent., 09-01-2019, n. 6732, in CED Cass. rv. 275837-01.