

Cassazione penale

direttore scientifico **Domenico Carcano**
condirettore **Mario D'Andria**
LIV - novembre 2014, n° 11

II

20
14

| **estratto**

PRESUPPOSTI E LIMITI DEL CONCORSO
DEI FUNZIONARI PUBBLICI NEI REATI
EDILIZI COMMESSI DAI PRIVATI

di **Alessandro Roiati**

742 IL CONCORSO COLPOSO DEL FUNZIONARIO PUBBLICO NEL REATO EDILIZIO COMMESSO DAL PRIVATO

SEZ. III - UD. 7 NOVEMBRE 2013 (DEP. 19 FEBBRAIO 2014), N. 7765 - PRES. FIALE - REL. GAZZARA - P.M. BALDI (CONCL. DIFF.) - (258300)

EDILIZIA E URBANISTICA - Costruzione in contrasto con gli strumenti urbanistici - Responsabile del procedimento per l'istruttoria della pratica edilizia - Parere favorevole al rilascio del titolo abilitativo illegittimo - Concorso nel reato - Configurabilità - Condizioni.

(C.P. ART.IIO; D.P.R. 6 GIUGNO 2001, N. 380, ARTT. 29, 44).

RITENUTO IN FATTO - Il G.i.p. del Tribunale di Trento, con sentenza del 17-7-2012 pronunciata in esito a giudizio celebrato con il rito abbreviato, ha affermato la responsabilità penale di B.G. in ordine al reato di cui:

- all'art. 110 c.p., e d.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, lett. a), poiché, in qualità di geometra comunale responsabile del procedimento amministrativo per il rilascio della concessione edilizia - in variazione essenziale rispetto alla concessione edilizia rilasciata il 15-10-2009 alla s.r.l. "Duebi" per un intervento di ristrutturazione ed in contrasto con l'art. 32 delle norme di attuazione del PRG del Comune di Trento - concorreva nell'effettuazione della demolizione della parete perimetrale est dell'edificio principale da ristrutturare, non avendo rilevato, colposamente, nelle tavole allegate dalla società al progetto, la volontà implicita di procedere a detta demolizione non consentita dalle previsioni di piano, esprimendo pareri favorevoli (il 17 luglio ed il 21 agosto 2009) al rilascio del titolo abilitativo - in Trento, tra il 2-11-2009 ed il 25-2-2010 e, riconosciute circostanze attenuanti generiche, lo ha condannato alla pena di euro 4.000,00 di ammenda, concedendo il beneficio della non menzione.

Avverso tale sentenza ha proposto ricorso l'imputato, il quale ha eccepito:

- Vizio di motivazione e violazione dell'art. 40 c.p.

Secondo la prospettazione difensiva il d.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, lett. a), prevede una fattispecie contravvenzionale di mera condotta a forma libera, che non potrebbe «essere estesa ai funzionari degli enti pubblici che rilasciano le autorizzazioni o ancor di più a coloro che hanno istruito la pratica» nel corso dell'iter amministrativo per il rilascio del titolo abilitativo.

Il d.P.R. n. 380 del 2001, art. 27, a sua volta, «prevede l'obbligo di vigilanza e quindi individua una posizione di controllo; non costituisce, però, fattispecie autonoma di reato né determina responsabilità a titolo di concorso»; tale norma, inoltre, «non determina un obbligo giuridico di impedire l'evento descritto nel d.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, lett. a)». Non sarebbe applicabile pertanto, nella specie, la previsione dell'art. 40, cpv., c.p., stante l'insussistenza di un obbligo giuridico siffatto.

Osserva a quest'ultimo riguardo il ricorrente che l'art. 40, cpv., c.p., stabilisce che non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo, intendendo così estendere la punibilità della condotta illecita a carico di determinati soggetti per eventi che colpiscono altre persone e che non sono da loro procurati, purché conseguenti all'azione di terzi o di altri fattori anche di natura accidentale, ma che pure si sarebbero evitati se fosse stato posto in essere un intervento teso ad eliminare la lesione del bene messo in pericolo, intervento richiesto come doveroso da una norma che imponga a tali soggetti di attivarsi. Deve quindi individuarsi, per ritenere configurabile la responsabilità ex art. 40, cpv., c.p., un'omissione; mentre si è al di fuori di tale previsione normativa nel caso in cui l'agente abbia posto in essere una condotta commissiva, contribuendo con essa alla produzione dell'evento: cosa che è accaduta nella fattispecie in esame, ove il sostanziale riferimento accusatorio è ad una condotta commissiva per avere consentito la esecuzione di lavori *contra legem* attraverso la redazione di una relazione tecnica favorevole al rilascio della concessione edilizia.

– Violazione di legge e vizio di motivazione in punto di riscontro della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato, in quanto il Tribunale si sarebbe limitato ad attribuire ad esso ricorrente «una generica condotta omissiva senza evidenziare alcun collegamento con gli autori del reato se non per un generico richiamo, nel capo di imputazione, all'art. 110 c.p.».

– La impossibilità di ricomprendere la condotta contestata nella previsione incriminatrice di cui al d.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, lett. a), poiché la demolizione e ricostruzione di un tratto di muratura perimetrale non può ritenersi in contrasto con la definizione di "ristrutturazione edilizia" fornita dal t.u. statale ma anche con quella rinvenibile nella legislazione provinciale (leggi n. 22/1991 e n. 1/2008), sicché l'intervento demolitorio eseguito nella specie ben avrebbe potuto essere legittimamente autorizzato.

CONSIDERATO IN DIRITTO - 1. Appare opportuna, per una migliore comprensione della vicenda, una ricostruzione sintetica dei fatti.

Il Tribunale ha evidenziato che:

a) Il B. non ha rilasciato la concessione edilizia in oggetto (non è, infatti, il dirigente o responsabile del competente ufficio comunale deputato all'adozione del titolo abilitativo edilizio) ma ha provveduto ad istruire la relativa pratica quale tecnico nominato come responsabile del procedimento.

b) L'intervento edilizio in questione ha riguardato la ristrutturazione di un edificio ricadente pro parte, secondo le previsioni del PRG, in sottozona A/4 ed A/5.

c) B., compiuta l'istruttoria, aveva redatto (in data 17-7-2009) una proposta favorevole al rilascio del provvedimento finale, attestando che i progetti con contrastavano con la pianificazione urbanistica vigente o adottata.

d) La commissione edilizia comunale, però (in data 29-7-2009), aveva respinto la domanda osservando che la previsione di un nuovo volume addossato sul lato est dell'immobile principale, in sostituzione di una barchessa (tettoia-fienile annessa a casa colonica) esistente, non era sufficientemente integrata nelle forme e nelle finiture con il resto dell'edificio e con il contesto storico dello stesso. Aveva prospettato, pertanto, di riproporre con altre soluzioni quel corpo edilizio, evitando tipologie e materiali in contrasto con l'ambito architettonico, attraverso elaborati progettuali modificati in tal senso.

Dalle tavole di progetto successivamente presentate si sarebbe potuto dedurre, per l'esistenza di «difficoltà tra le sezioni e le piante», che – con previsione innovativa – le pareti perimetrali dell'edificio principale in sottozona A/4 verso est dovessero essere demolite per consentire la realizzazione di un garage interrato. Tale demolizione non era consentita ai sensi dell'art. 32 delle norme di attuazione del PRG vigente ma B. aveva ribadito la proposta favorevole in data 21-8-2009.

2. In relazione alla vicenda dianzi delineata la difesa aveva sostenuto che nessun addebito potesse essere mosso al tecnico comunale poiché, dopo la presentazione delle nuove tavole di progetto, al B. sarebbe spettato esclusivamente il compito di verificare se la parte di cui era prevista la demolizione e ricostruzione in sottozona A/5 fosse ben integrata con la restante parte dell'edificio e ciò in quanto egli sarebbe stato tenuto a controllare solo quella parte progettuale che aveva costituito oggetto della valutazione negativa da parte della commissione edilizia.

A giudizio del Tribunale, invece, il tecnico aveva l'obbligo di riesaminare il progetto nella sua interezza, perché solo a seguito di un tale riesame integrale avrebbe potuto verificare la conformità del complessivo intervento alle disposizioni normative ed alle prescrizioni di piano e sarebbe stato in grado di percepire – tenuto conto della evidente «discordanza tra le tavole che descrivono i punti e le tavole che descrivono le sezioni» (accertata inconfutabilmente in dibattimento attraverso le deposizioni rese dai testi P., S. e P.) – la ambiguità della documentazione tecnica di nuova produzione e la illegittimità della demolizione che parte dei documenti sembrava rappresentare in zona ove essa non era consentita.

Da ciò il tribunale ha fatto discendere connotazioni di colpa nel comportamento del B., ravvisando a suo carico un comportamento omissivo connotato o da negligenza (mancata verifica dei nuovi elaborati) o da imperizia (mancato rilievo delle anomalie discendenti dalla presentazione di tavole progettuali contrastanti delle quali non era stata richiesta la giustificazione dei contrasti).

Tale comportamento, nel caso sia della negligenza sia dell'imperizia, si era inserito causalmente nella serie dei fatti che hanno portato alla realizzazione di un abuso edilizio, sicché il Tribunale ha ascritto al B.

di avere concorso a tale abuso ritenendo che egli abbia violato, unitamente ai realizzatori dell'opera, la previsione incriminatrice del d.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, lett. a).

3. A fronte dei motivi di ricorso, compendiate nella parte espositiva, rivolti a contestare le argomentazioni svolte dal Tribunale, ritiene questo Collegio di svolgere le seguenti considerazioni.

3.1. Nei reati urbanistici possono eventualmente concorrere anche gli organi pubblici deputati al controllo sugli interventi di trasformazione del suolo posti in essere da privati (vedi già – con riferimento al previgente l. n. 47 del 1985, art. 6, – Cass., Sez. III, 23.2.1987, Pezzoli e 21.9.1988, Maglione) e l'ipotesi più frequente di concorso con i soggetti che si trovino in possesso delle particolari qualità soggettive indicate dall'art. 29 t.u. edilizia è quella del rilascio di un atto amministrativo illegittimo per contrasto con disposizioni di legge o di regolamento ovvero con le previsioni degli strumenti urbanistici.

La responsabilità penale a titolo di concorso nel reato edilizio essendo stata ritenuta la possibilità di ravvisare contestualmente anche il delitto di abuso di ufficio ex art. 323 c.p., può configurarsi non soltanto a carico del soggetto che rilascia l'atto abilitativo illegittimo ma anche nei confronti di funzionari pubblici che svolgano in modo dolosamente infedele attività di carattere istruttorio nel procedimento amministrativo finalizzato al rilascio del titolo (vedi: Cass., Sez. V, 18.12.1991, Morroni e, con riferimento ad un'ipotesi di lottizzazione abusiva, Cass., Sez. III, 14.6.2002, Drago).

3.2. L'ipotesi più frequente di concorso del funzionario pubblico nel reato edilizio è caratterizzata dalla presenza di un comportamento infedele per dolo, ma non può escludersi la possibile corresponsabilità del funzionario anche in relazione a condotte meramente colpose e questa Corte ha già ritenuto possibile configurare una illegittimità parziale di una concessione edilizia (limitata alle sole opere contrastanti con il regolamento edilizio) come fonte di responsabilità penale degli operatori pubblici che abbiano contribuito a darvi causa per inosservanza della norma regolamentare, l. n. 10 del 1977, ex art. 17, lett. a), (vedi Cass., Sez. III, 10.1.1984, Tortorella).

3.3. L'esistenza di una «posizione di garanzia che trova il proprio fondamento normativo nell'art. 40 c.p.» è stata inoltre ravvisata, nei confronti del dirigente dell'area tecnica comunale che abbia rilasciato una concessione edilizia illegittima, da Cass., Sez. III, 25.3.2004, D'Ascanio.

4. Nella fattispecie in esame inconferenti sono le argomentazioni riferite in ricorso all'art. 40, cpv., c.p., perché il tribunale non ha ravvisato una posizione di garanzia riferita al tecnico che ha proceduto alla mera istruttoria della pratica edilizia, al quale sicuramente non spetta un obbligo di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia svolgentesi nel territorio comunale.

È stata affermata, invece, la responsabilità del B. a titolo di concorso con la parte che ha realizzato la demolizione non consentita, ma ciò è stato correlato al deposito di tavole processuali che lo stesso tribunale ha definito "ambigue" ed idonee ad indurre «qualche dubbio interpretativo», omettendo di valutare adeguatamente, però, quali fossero le motivazioni per le quali il dirigente del competente ufficio comunale – al quale spetta in via definitiva l'accertamento della conformità dell'opera «alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente» (d.P.R. n. 380 del 2001, ex art. 12, comma 1 – avesse ritenuto di rilasciare la concessione edilizia e quale incidenza causale sul provvedimento finale del dirigente dovesse riconnettersi alla formulazione concreta della proposta positiva del responsabile del procedimento.

Deve altresì rilevarsi che all'imputato è stato contestato di avere concorso in una demolizione parziale del manufatto preesistente che non era consentita dalla pianificazione generale, ma anche che ciò era avvenuta «in variazione essenziale rispetto alla concessione edilizia del 15.10.2009».

Da tanto potrebbe razionalmente dedursi che quel titolo abilitativo non autorizzava la demolizione e ciò escluderebbe radicalmente ogni responsabilità del B. Il punto però non è stato chiarito dal giudice del merito, che avrebbe dovuto anzitutto esaminare il contenuto effettivo della concessione edilizia e pervenire all'interpretazione della stessa sulla base della sua formulazione testuale.

PRESUPPOSTI E LIMITI DEL CONCORSO DEI FUNZIONARI PUBBLICI NEI REATI EDILIZI COMMESSI DAI PRIVATI

Requirements and Limits of the Involvement of Public Officials in Building Violations Committed by Private Citizens

Il commento trae origine da una peculiare ipotesi di concorso colposo del funzionario pubblico nel reato edilizio commesso dal privato, che ha riguardato la posizione del tecnico comunale chiamato ad istruire la pratica amministrativa, anziché quella del dirigente responsabile dell'ufficio. Esclusa la possibilità di configurare una fattispecie fondata sull'omesso impedimento dell'evento in tutti i casi in cui sia stato adottato un provvedimento abilitativo, a prescindere dalla sua eventuale illegittimità, l'indagine si è concentrata sui presupposti e sui limiti del concorso criminoso. Al riguardo le maggiori perplessità si registrano in relazione al concorso colposo, per quanto secondo l'orientamento maggioritario il generico richiamo dell'art. 110 c.p. al "medesimo reato" ricomprenderebbe senza dubbio anche le fattispecie contravvenzionali. Una volta affrontata la non agevole questione della rilevanza causale delle condotte di partecipazione atipiche, occorre altresì accertare in concreto la sussistenza dell'elemento soggettivo, per cui si è ritenuto opportuno accennare alle peculiari caratteristiche che contraddistinguono l'indagine colposa in riferimento al settore in esame.

The article originates from a particular case of contributory negligence of the public official in a building violation committed by the private citizen, which regarded the position of the municipal surveyor called to instruct an administrative dossier, instead of the position of the responsible of office director. Excluding the possibility to configure a particular case based on the omitted impediment of the event in all cases in which a qualifying measure has been adopted, regardless of its possible illegitimacy, the survey focuses on requirements and limits of contributory violations. To this end, most uncertainties are registered with regards to contributory negligence, although according to the main orientation the generic reference of Art. 110 of the Penal Code to "the same violation" would also include contravention circumstances. Once we deal with the difficult matter of the causal significance of conducts of atypical participation, at last we must verify concretely the existence of the subjective element. It was therefore considered appropriate to mention the peculiar characteristics which distinguish the involuntary survey in reference to the field under consideration.

di **Alessandro Roiati**

Ricercatore - Università degli Studi di Roma Tor Vergata

Sommario 1. La fattispecie in esame e il giudizio di primo grado. — 2. I principi di diritto recepiti e sviluppati dalla Corte di cassazione. — 3. Il contrasto giurisprudenziale esistente in materia ed il ruolo del funzionario pubblico sospeso tra gli artt. 40, cpv., c.p. e 110 c.p. — 4. L'ammissibilità del concorso del funzionario pubblico e la rilevanza delle condotte causali atipiche. — 5. I limiti del concorso colposo ed i parametri di giudizio sottesi al suo accertamento in concreto.

1. LA FATTISPECIE IN ESAME E IL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO

Il caso di specie si segnala all'attenzione dell'interprete, sia per la rilevanza della questione giuridica sottesa, relativa ad un'ipotesi di concorso colposo del funzionario pubblico nel reato edilizio materialmente commesso dal privato, sia per le sue indubbie peculiarità, in quanto a

venire in rilievo è la posizione del tecnico chiamato ad istruire la pratica amministrativa, anziché quella del dirigente responsabile dell'ufficio comunale deputato all'adozione del titolo abilitativo.

In particolare, a fronte di una richiesta di concessione edilizia per la ristrutturazione di un edificio, il geometra nominato responsabile del procedimento, compiuta l'istruttoria, aveva redatto una proposta favorevole al rilascio del provvedimento finale, ma la commissione edilizia comunale aveva inizialmente respinto la domanda, invitando il privato a proporre soluzioni alternative in relazione al richiesto intervento edilizio. Successivamente, sempre a fronte del parere favorevole del tecnico nominato, la commissione edilizia aveva provveduto al rilascio del titolo abilitativo richiesto e, sulla scorta di esso, il privato aveva posto in essere la demolizione della parete perimetrale dell'edificio da ristrutturare.

Il tecnico comunale veniva quindi condannato in concorso con il privato ex artt. 110 c.p. e 44, lett. a), d.P.R. n. 380/2001, per non aver rilevato colposamente, nelle tavole allegate al progetto, la volontà implicita di procedere ad una demolizione non consentita dalle previsioni del piano regolatore vigente. Nello specifico il giudice riscontrava elementi di colpa nella condotta del geometra, ravvisando a suo carico un comportamento omissivo connotato o da negligenza (mancata verifica dei nuovi elaborati) o da imperizia (mancato rilievo delle anomalie discendenti dalla presentazione di tavole progettuali contrastanti) e tale da inserirsi casualmente nella serie dei fatti che avevano portato alla realizzazione dell'abuso edilizio.

Da notare come il tribunale di primo grado abbia correttamente distinto il piano strettamente causale, qualificato in termini commissivi in virtù dell'istruttoria compiuta e dell'apposizione del parere favorevole, rispetto al c.d. momento omissivo della colpa, caratterizzato invece dalla mancata osservanza delle regole cautelari, *sub specie* di negligenza/imperizia ⁽¹⁾.

Di qui la non frequente qualificazione del fatto quale concorso colposo ex artt. 110 c.p. e 44, lett. a), d.P.R. n. 380/2001 ⁽²⁾, là dove invece solitamente, nelle fattispecie dolose si tende a

⁽¹⁾ Come noto, poiché la colpa è sempre caratterizzata da un momento omissivo consistente nella violazione della regola cautelare, si corre il rischio, per un verso di procedere alla pressoché automatica "conversione" di ogni reato colposo in reato omissivo, per l'altro di giungere al sostanziale annullamento del nesso tra violazione della regola cautelare e l'evento entro la formula della causalità omissiva. Sul punto cfr. in particolare, CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo di evento*, Jovine, 1989, p. 115 ss.; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, 1990, p. 38 ss.; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Cedam, 1994, p. 92-94 ss.; MARINUCCI, *Il reato come "azione". Critica di un dogma*, Giuffrè, 1971, p. 144; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel reato colposo*, Giuffrè, 1997, p. 138 ss. Più di recente DONINI - ORLANDI, *La parabola della colpa, in Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di Donini - Orlandi, Bologna University Press, 2013, p. 17-18; GROTTA, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Giappichelli, 2012, p. 207 ss.; MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Jovine, 2013, p. 132-133; VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito, in Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., p. 282 ss.; VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1679 ss.

⁽²⁾ L'orientamento prevalente tende infatti ad escludere la possibilità di estendere la responsabilità di cui all'art. 44, lett. a), anche ai funzionari pubblici che abbiano esercitato in maniera scorretta i propri poteri. Al riguardo cfr. PIGHI, *«Permesso» e «norme» nella disciplina penale dell'abuso edilizio*, Giuffrè, 2003, p. 23; POLI, in *L'attività edilizia nel testo unico*, a cura di Caringella - De Marzo, Ipsoa, 2006, p. 630, secondo i quali la disposizione sanziona solo attività materiali urbanistiche o edilizie e non quelle meramente amministrative. In giurisprudenza, Sez. III, 30 gennaio 1989, in *Giust. pen.*, 1990, c. 235.

ricorrere alla più rilevante fattispecie dell'abuso d'ufficio ⁽³⁾, nelle fattispecie colpose si fa riferimento allo schema del mancato impedimento dell'altrui illecito *ex art. 40, comma 2, c.p.* ⁽⁴⁾

Il richiamo all'art. 110 c.p. in funzione incriminatrice suscita quindi particolari motivi di interesse, in quanto potenzialmente foriero di ulteriori ampliamenti della casistica relativa al concorso dei pubblici funzionari nelle fattispecie edilizie commesse dai privati. Non a caso, per quanto la Cassazione con l'ordinanza in esame abbia annullato la sentenza impugnata con rinvio al giudice di primo grado, la massima estrapolata si sofferma sul principio di diritto volto a stabilire l'astratta configurabilità del concorso colposo, là dove si ritiene ammissibile «il concorso nel reato di cui all'art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001, commesso dal privato che abbia realizzato un intervento in contrasto con gli strumenti urbanistici, a carico del funzionario comunale nominato responsabile del procedimento che, procedendo ad istruire la pratica edilizia, abbia colposamente espresso parere favorevole al rilascio di un titolo abilitativo illegittimo, in tal modo apportando un contributo causale rilevante ai fini della determinazione dell'evento illecito» ⁽⁵⁾.

2. I PRINCIPI DI DIRITTO RECEPITI E SVILUPPATI DALLA CORTE DI CASSAZIONE

La Corte di cassazione ha affrontato la questione sottoposta al suo esame in primo luogo mediante una analitica attività ricognitiva delle acquisizioni giurisprudenziali in materia, a partire dall'assunto generale secondo cui «nei reati urbanistici possono eventualmente concorrere anche gli organi pubblici deputati al controllo sugli interventi di trasformazione del suolo posti in essere da privati» ⁽⁶⁾. Per quanto poi l'ipotesi più frequente di concorso sia costituita dal rilascio di un atto amministrativo illegittimo, la responsabilità penale può configurarsi non soltanto a carico del soggetto che rilascia l'atto amministrativo illegittimo, ma anche «nei confronti di funzionari pubblici che svolgano in modo dolosamente infedele attività di carattere istruttorio nel procedimento amministrativo finalizzato al rilascio del titolo» ⁽⁷⁾.

Allo stesso modo, si afferma, la casistica più ricorrente di concorso del funzionario pubblico nel reato edilizio è caratterizzata dalla presenza di un comportamento infedele per dolo, ma non può escludersi la possibile corresponsabilità del funzionario anche in relazione a condotte meramente colpose, tanto che si è ritenuto di poter configurare l'illegittimità parziale di una concessione edilizia come fonte di responsabilità penale degli operatori pubblici che abbiano contribuito a darvi causa per l'inosservanza della norma regolamentare ⁽⁸⁾.

⁽³⁾ *Ex plurimis*, Sez. VI, 14 marzo 2000, n. 6247, in *C.E.D. Cass.*, n. 216229. Per una recente panoramica sul punto cfr. MERLLI, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. cont.*, 16 novembre 2012.

⁽⁴⁾ In giurisprudenza cfr., Sez. III, 25 marzo 2004, n. 19566, in *C.E.D. Cass.*, n. 228888; in dottrina v. l'ampia indagine recentemente svolta da MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, cit., in particolare p. 229 ss.

⁽⁵⁾ Così la massima rinvenibile in *C.E.D. Cass.*, n. 258300.

⁽⁶⁾ Sez. III, 23 febbraio 1987, n. 380, in *C.E.D. Cass.*, n. 175484.

⁽⁷⁾ Sez. V, 18 dicembre 1991, n. 1489, in *C.E.D. Cass.*, n. 189107 e, con riferimento ad un'ipotesi di lottizzazione abusiva, Sez. III, 14 giugno 2002, n. 30141, *ivi*, n. 222191.

⁽⁸⁾ Sez. III, 10 gennaio 1984, n. 2168, in *C.E.D. Cass.*, n. 163037; più in generale cfr. Sez. III, 12 novembre 2008, n. 48025, *ivi*, n. 241799, secondo cui è responsabile del reato di costruzione abusiva non solo l'esecutore dei lavori che collabori all'edificazione delle opere principali, ma anche quello chiamato a svolgere lavori di completamento dell'immobile (quali la pavimentazione, l'intonacatura, gli infissi), sempre che sia ravvisabile un profilo di colpa collegato alla mancata conoscenza del carattere abusivo dei lavori.

Ribaditi tali assunti di provenienza giurisprudenziale, la Corte di cassazione ha correttamente escluso che il caso di specie potesse afferire ad un'ipotesi omissiva ex art. 40, cpv., c.p., *a fortiori* trattandosi della posizione del tecnico chiamato alla mera attività istruttoria della pratica edilizia, ma ha comunque ritenuto l'affermazione della responsabilità non sufficientemente motivata, in considerazione della mancata valutazione di elementi fattuali da considerare dirimenti.

In particolare lo stesso tribunale aveva definito la documentazione allegata alla pratica «ambigua ed idonea ad indurre qualche dubbio interpretativo», omettendo di valutare adeguatamente quali fossero le motivazioni per le quali il dirigente del competente ufficio comunale avesse ritenuto di rilasciare la concessione edilizia e quale incidenza causale sul provvedimento finale del dirigente dovesse riconnettersi alla formulazione della proposta positiva del responsabile del procedimento. La demolizione del manufatto preesistente inoltre, non solo era avvenuta in contrasto con gli strumenti di pianificazione generale, ma anche «in variazione essenziale rispetto alla concessione edilizia rilasciata», per cui il giudice di merito avrebbe dovuto esaminare in primo luogo il contenuto della concessione edilizia, valutando in particolare se detto titolo abilitativo autorizzasse o meno la demolizione.

Sul punto può sin d'ora evidenziarsi che, una volta escluso il sussistere di una fattispecie omissiva fondata sull'omesso impedimento dell'evento, l'indagine si è incentrata sull'effettiva incidenza causale dell'attività istruttoria effettuata dal tecnico comunale, da valutare dapprima sul rilascio in seconda istanza della concessione edilizia e, successivamente, sulla demolizione del manufatto effettuata dal privato ⁽⁹⁾.

Si consideri infine che la mancata valutazione in ordine all'effettivo contenuto dell'atto concessorio, se per un verso ha determinato l'annullamento della sentenza di primo grado, per l'altro ha portato anche a tralasciare la *vexata questio* relativa alla possibilità di equiparare l'illegittimità del permesso alla sua assenza, ai fini dell'inquadramento penale della esecuzione dei lavori in presenza di un titolo illegittimo. Sul punto è opportuno rammentare l'ultimo pronunciamento della Cassazione a Sezioni unite ⁽¹⁰⁾, secondo cui in presenza di opere eseguite in base a concessione illegittima non è in questione la disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo, ma l'accertamento in concreto degli elementi costitutivi della fattispecie di reato, per valutare se l'opera contrasti o meno con i parametri di legalità urbanistica ed edilizia.

Tale orientamento, come sottolineato da attenta dottrina, sposta il problema del sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo dalla procedura di disapplicazione di cui all'art. 5 l. n. 2248 del 1865 alla verifica della conformità del fatto alla fattispecie di reato, valorizzando quale oggetto di tutela la salvaguardia del territorio ⁽¹¹⁾. E senza dubbio nel momento in cui prevale la concezione "sostanziale" ed il disvalore delle fattispecie in esame si incentra sull'e-

⁽⁹⁾ SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Giuffrè, 1988, p. 119, sottolinea la necessità che l'idoneità causale della condotta atipica sia riferita all'intera fattispecie di reato, per ovviare al rischio di un'eccessiva dilatazione delle condotte colpose di compartecipazione.

⁽¹⁰⁾ Sez. un., 12 novembre 1993, Borgia, n. 11635, in *C.E.D. Cass.*, n. 195358. Al di là dell'evoluzione giurisprudenziale, tendono a ritenere non costituente reato l'esercizio di attività in presenza di un atto amministrativo illegittimo, in virtù del principio di legalità, GAMBARELLA, *Disapplicazione in bonam partem e divieto per il giudice penale di sostituirsi all'amministrazione nell'emanazione di atti amministrativi discrezionali*, in *questa rivista*, 1997, p. 3560; PALAZZO, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, *ivi*, 2012, p. 1619 ss.

⁽¹¹⁾ Così PELISSERO, *Edilizia e Urbanistica - Art. 44*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di Palazzo - Paliero, 2007, Cedam, p. 549, il quale sottolinea altresì che l'incertezza delle interpretazioni proposte, in un settore in cui la complessità della materia può condurre a facili errori sulla conformità del permesso alle prescrizioni

servizio dell'attività edilizia lesiva del corretto assetto territoriale, i responsabili dei competenti uffici comunali finiscono per rientrare tra i possibili soggetti degli illeciti urbanistici ed edilizi ⁽¹²⁾.

3. IL CONTRASTO GIURISPRUDENZIALE ESISTENTE IN MATERIA ED IL RUOLO DEL FUNZIONARIO PUBBLICO SOSPESO TRA GLI ARTT. 40, CPV., C.P. E 110 C.P.

Nel richiamare i precedenti sopra citati, la Corte di cassazione ha omesso di menzionare l'esistenza di un evidente contrasto giurisprudenziale relativo all'effettivo ambito di responsabilità del dirigente dell'area tecnica comunale, con particolare riguardo all'oscillazione interpretativa che ha portato a fondare la sua eventuale responsabilità, in alcuni casi sulla posizione di garanzia *ex art. 40, cpv., c.p.*, in altri sul concorso commissivo *ex art. 110 c.p.*

Al riguardo, un non lontano precedente giurisprudenziale ⁽¹³⁾ ha sostenuto che «in materia edilizia il dirigente dell'area tecnica che abbia rilasciato un permesso di costruire illegittimo risponde del reato di cui all'art. 20 della l. 28 febbraio 1945, n. 47, ora sostituito dall'art. 44 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, in quanto titolare in via diretta ed immediata della relativa posizione di garanzia, che trova il proprio fondamento dell'art. 40 c.p.». Nell'affermare ciò la stessa Corte di cassazione finiva per configurare una vera e propria responsabilità di posizione, sostenendo perentoriamente che il pubblico amministratore «non può addurre a propria discolta le inadempienze o le insufficienze di altri funzionari la cui attività confluisca nell'adozione di un determinato atto, dal momento che egli, in quanto specificatamente incaricato in ragione del proprio ufficio del rilascio di quello stesso atto, è in via diretta ed immediata titolare della relativa posizione di garanzia».

La rigidità di un simile assunto è stata temperata da una pronuncia più recente ⁽¹⁴⁾, in cui la medesima Corte di cassazione ha espressamente preso le distanze dal precedente arresto giurisprudenziale, ritenendo che, laddove si contesti di aver posto in essere una condotta commissiva mediante rilascio di un permesso di costruire illegittimo, «non è condivisibile la decisione con la quale è stato affermato il principio che in materia edilizia risponde del reato di cui all'art. 44 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, il dirigente dell'area tecnica comunale che abbia rilasciato una concessione edilizia illegittima, atteso che questi è titolare in via diretta della relativa posizione di garanzia». Secondo i giudici di legittimità infatti la posizione di garanzia di cui si discute, fondata sull'art. 27 d.P.R. n. 280 del 2001, pone a carico del dirigente o del responsabile del competente ufficio comunale un obbligo di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia nel territorio comunale da cui deriva esclusivamente «l'obbligo di intervenire ogni qual volta venga accertato l'inizio o l'esecuzione di opere eseguire senza titolo o in difformità della normativa urbanistica, attraverso la emanazione di provvedimenti interdittivi e cautelari». Di conseguenza la stessa Corte di cassazione ritiene che, nel caso in cui la contestazione risulti

urbanistiche, di fonte sia legislativa che regolamentare, dovrebbe sollecitare il legislatore a prendere una chiara posizione sui riflessi penali dell'illegittimità del titolo edilizio abilitativo.

⁽¹²⁾ PALAZZO, *Il concorso colposo del funzionario pubblico nel reato edilizio*, in *Giur. it.*, 2014, p. 964, sottolinea che laddove si consideri il reato di cui all'art. 44, lett. A), t.u. quale reato comune, il pubblico ufficiale potrebbe realizzare la fattispecie, a titolo autonomo e non solo necessariamente concorsuale, tutte le volte in cui violando le norme urbanistiche abbia contribuito alla realizzazione del risultato edilizio anti giuridico.

⁽¹³⁾ Sez. III, 25 marzo 2004, n. 19566, cit.

⁽¹⁴⁾ Sez. III, 26 gennaio 2011, n. 9281, in *C.E.D. Cass.*, n. 249785.

costruita come fattispecie di concorso nel reato, non potendosi dubitare della natura di reato proprio delle fattispecie in questione ⁽¹⁵⁾, viene in considerazione «un'ipotesi di concorso nel reato dell'*extraneus*, dovendosi accertare che questi abbia apportato, nella realizzazione dell'evento, un contributo causale rilevante e consapevole sotto il profilo del dolo o della colpa».

In realtà la natura di reato proprio delle fattispecie previste in materia edilizia, anche in considerazione del mutamento interpretativo che ha portato ad individuare il bene giuridico tutelato nell'interesse ad un corretto assetto territoriale piuttosto che nella mera tutela di funzioni ⁽¹⁶⁾, appare tutt'altro che scontata ⁽¹⁷⁾, così come risulta quantomeno paradossale assegnare la qualifica di *extraneus* al soggetto direttamente investito dal legislatore, non solo dell'obbligo di vigilanza e controllo sull'assetto territoriale, ma anche dei relativi poteri in ordine alla possibilità o meno di procedere ad interventi di natura edilizia. Al riguardo si consideri comunque che la questione relativa alla soggettività delle fattispecie di reato in esame ha ormai perso la sua effettiva valenza pratica, posto che la giurisprudenza ammette senza riserve la possibilità di un concorso nel reato che coinvolga soggetti diversi da quelli indicati nell'art. 29 d.P.R. n. 280 del 2001 ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁵⁾ Sul punto la giurisprudenza è ormai ampiamente consolidata per quanto la questione non possa ancora considerarsi pacifica. Cfr. *ex plurimis* Sez. III, 15 ottobre 1988, n. 996; Sez. III, 17 giugno 2005, in *Urb. e appalti*, 2005, p. 1236; Sez. III, 27 aprile 2011, in *Guida dir.*, 2011, n. 29, p. 74.

⁽¹⁶⁾ Cfr. in particolare Sez. un., 12 novembre 1993, Borgia, cit., secondo cui con l'evoluzione della materia si è imposto un interesse non più formale o strumentale al controllo dell'attività edilizia da parte dei pubblici poteri, ma sostanziale, ossia relativo alla tutela dell'assetto del territorio in conformità alla normativa urbanistica. In dottrina sul punto, in particolare MADEO, *Inosservanza di norme, prescrizioni e modalità esecutive*, in *Reati contro l'ambiente e il territorio*, a cura di Pelissero, Giappichelli, 2013, p. 364; CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura «sanzionatoria»*, Cedam, 1996, p. 51 ss.; DI GIOVINE, in *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni*, a cura di Predieri, Nuova Italia Scientifica, 1985, p. 297; GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 1097; INSOLERA, *Modello penalistico puro per la tutela dell'ambiente*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 740; F. MANTOVANI, *L'esercizio di un'attività non autorizzata*, Giappichelli, 2003, p. 88; PELISSERO, *Edilizia e urbanistica*, cit., p. 1091 ss.; PISANI-PREZIOSI, sub art. 44, in *Commentario al testo unico dell'edilizia*, a cura di Ferrara e Ferrari, Cedam, 2005, p. 475-476; PRETE, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso edilizio e nei reati edilizi*, in *Dir. pen. cont.*, p. 11.

⁽¹⁷⁾ Il panorama dottrinale risulta al riguardo particolarmente variegato. Ritengono trattarsi di reati propri, BERTOLINI, *Reati urbanistici*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1999, p. 18; POLI, *L'attività edilizia nel testo unico*, cit., p. 630; RAMACCI, *Manuale di diritto penale dell'ambiente*, Cedam, 2003, p. 102; CINGARI, *Il concorso dell'extraneus nelle contravvenzioni edilizie proprie*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 585, il quale però precisa che tra le possibili ipotesi di concorso non rientra anche quella in cui il mero esecutore materiale della costruzione, manovale o operaio, non si sia reso conto della natura abusiva dell'opera che concorre a realizzare, non potendosi considerare tali soggetti destinatari né di obblighi impeditivi, né di obblighi cautelari di controllo. Più di recente sostiene la tesi della soggettività ristretta PALAZZO, *Il concorso colposo del funzionario pubblico nel reato edilizio*, cit., p. 963-964. Sempre in dottrina, favorevoli invece all'impostazione per la quale le fattispecie in esame appartenerebbero al novero di quelle a soggettività comune, con riferimento all'art 17 l. n. 10 del 1997, BETTIOL, *La tutela penale dell'assetto territoriale per le norme sull'edificazione dei suoli*, Cedam, 1978, p. 172 ss.; con riferimento all'art. 20 l. n. 47 del 1985, PADALINO MORICINI, *I soggetti attivi dei reati urbanistici*, in *I reati urbanistici*, a cura di Bresciano - Padalino Morichini, Giuffrè, 2000, p. 3 ss; MARINI, *Urbanistica (reati in materia di)*, in *Dig. d. pen.*, vol. XV, Utet, 1999, p. 81. In riferimento all'art. 44 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, t.u., MAGNINI - NENCINI, *Commento all'art. 44 Sanzioni penali, d.P.R. 6.6.2001, n. 380, Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia*, in *Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali*, a cura di Giunta, Cedam, 2007, p. 1592 ss.; FIGHI, «Permesso» e «norme» nella disciplina penale dell'abuso edilizio, cit., p. 43 ss.; PELISSERO, *Reati dell'urbanistica*, in ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale - Leggi complementari*, a cura di Grosso, Giuffrè, 2008, p. 547.

⁽¹⁸⁾ Sez. III, 27 aprile 1999, Iacovelli, n. 7626, in *questa rivista*, 2000, p. 3409; Sez. III, 26 agosto 2004, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 581, con nota di CINGARI, *Il concorso dell'extraneus nelle contravvenzioni edilizie proprie*, cit.; Sez. III, 23 ottobre 2012, Borzachiello, in *www.lexambiente.it*; Sez. III, 23 marzo 2011, n. 16571, in *C.E.D. Cass.*, n. 250147.

Nonostante ciò alla sentenza da ultimo menzionata va certamente riconosciuto il merito di aver circoscritto l'ambito di responsabilità derivante dalla posizione di garanzia del dirigente comunale alle sole fattispecie omissive fondate sul mancato impedimento dell'illecito altrui ex art. 40, cpv., c.p. Di conseguenza, qualora invece venga in considerazione una condotta commissiva, con particolare riferimento ai casi in cui venga commesso un abusivismo edilizio a seguito dell'adozione di un permesso di costruire illegittimo, possono astrattamente configurarsi a carico del dipendente comunale solo due ipotesi: la fattispecie di cui all'art. 323 c.p. laddove ne ricorrano tutti gli estremi, oggettivi e soggettivi; la fattispecie di concorso commissivo nel reato urbanistico commesso dal privato in cui valutare, caso per caso, l'incidenza causale del singolo provvedimento rispetto a quanto realizzato successivamente, nonché la sussistenza, in capo al funzionario, del dolo o della colpa.

4. L'AMMISSIBILITÀ DEL CONCORSO DEL FUNZIONARIO PUBBLICO E LA RILEVANZA DELLE CONDOTTE CAUSALI ATIPICHE

Una volta affermata la necessità di configurare in termini commissivi l'eventuale responsabilità del dirigente responsabile dell'ufficio comunale e/o dei suoi collaboratori in tutti i casi in cui sia stato adottato un provvedimento abilitativo, è opportuno concentrare la nostra indagine sul concorso nelle fattispecie commesse dal privato, con specifico riguardo alle ipotesi di cui all'art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001.

Al riguardo, nessun dubbio sussiste in riferimento all'ammissibilità del concorso doloso⁽¹⁹⁾, potendosi al più discutere in merito alle possibili interferenze e sovrapposizioni con la fattispecie di cui all'art. 323 c.p., ferma restando l'evidente eterogeneità dei beni giuridici oggetto di tutela⁽²⁰⁾. Maggiori perplessità si registrano invece in relazione alla possibilità di configurare un concorso colposo, per quanto prevalga l'orientamento secondo il quale il generico richiamo dell'art. 110 c.p. al "medesimo reato" ricomprenderebbe senza dubbio anche le ipotesi contravvenzionali e, posto che queste ultime possono essere indifferentemente punite per dolo o colpa, non vi sarebbe ostacolo alcuno ad ammettere la possibilità di un concorso colposo nelle contravvenzioni⁽²¹⁾. In questa direzione, non si ritiene condivisibile la tesi secondo cui l'art. 113

Un'ampia panoramica giurisprudenziale al riguardo è offerta da PECCIOLLI, *Elementi generali di struttura dei reati urbanistica ed edilizi*, in *Reati contro l'ambiente e il territorio - Trattato teorico-pratico*, cit., p. 356-357. PIGHI, «Permesso» e «norme» nella disciplina penale dell'abuso edilizio, cit., p. 41 ss., ritiene però che se si considera tassativa l'elencazione normativa contenuta nell'art. 29 t.u., è necessario circoscrivere la compartecipazione criminosa ai soli soggetti menzionati, con ciò escludendo la possibilità di configurare il concorso dell'*extraneus*.

⁽¹⁹⁾ CINGARI, *Il concorso dell'extraneus nelle contravvenzioni edilizie proprie*, cit., p. 588-589, ritenendo trattarsi di reati propri, sostiene ad esempio che risponderà a titolo di concorso doloso, ai sensi della fattispecie plurisoggettiva eventuale che risulta dalla combinazione dell'art. 110 c.p. e la norma speciale che incrimina la violazione urbanistica, sia colui che ha fornito un consiglio all'intraneo nella consapevolezza della mancanza dell'autorizzazione alla costruzione dell'opera, sia colui che, con la stessa consapevolezza, ha fornito i materiali o i macchinari per la realizzazione della costruzione.

⁽²⁰⁾ Sul punto cfr., Sez. VI, 10 gennaio 2000, n. 1609, in *C.E.D. Cass.*, n. 215427, favorevole all'astratta possibilità di configurare il concorso formale di reati tra abuso d'ufficio e concorso in costruzione abusiva correlata al rilascio di una concessione edilizia illegittima.

⁽²¹⁾ Al riguardo, per tutti, F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Cedam, 2013, p. 543; MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2012, p. 441-442; PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, Giuffrè, 1983, p. 61; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, 2003, p. 542. In giurisprudenza sul tema cfr., Sez. III, 22 aprile 2010, in *Riv. giur. edil.*, 2011, p. 275, secondo cui la contravvenzione di lottizzazione abusiva

c.p. menzionerebbe i soli delitti per escludere le contravvenzioni ⁽²²⁾, poiché detta norma si limiterebbe ad estendere ai delitti medesimi quella disciplina del concorso colposo già implicitamente attribuibile alle contravvenzioni in base all'art. 110 c.p. ⁽²³⁾

Di contro si sottolinea però che «a ritenere incriminabile il concorso colposo nelle contravvenzioni ex art. 110 si cadrebbe, innanzitutto, nella incongruenza di ritenere le circostanze aggravanti di cui ai primi due numeri dell'art. 112 applicabili alle contravvenzioni colpose e inapplicabili, invece, ai delitti colposi che pure rappresentano ipotesi criminose comparativamente più gravi» ⁽²⁴⁾. Inoltre si finisce per «estendere la punibilità di un numero di comportamenti atipici ben maggiore di quello riscontrabile nell'ambito del concorso nei delitti colposi (comparativamente le contravvenzioni colpose sono, infatti, di gran lunga più numerose dei delitti colposi), e ciò nonostante che gli illeciti (colposi) contravvenzionali siano tendenzialmente caratterizzati da un minore disvalore» ⁽²⁵⁾.

Laddove comunque, in linea con l'indirizzo interpretativo dominante, si ritenga configurabile il concorso colposo nelle fattispecie contravvenzionali, occorrerà in primo luogo affrontare, al pari di quanto accade in riferimento alle ipotesi dolose, la non agevole questione della rilevanza causale delle condotte di partecipazione atipiche ⁽²⁶⁾. Tale indagine diviene particolarmente sfuggente quando, come nel caso di specie, vengano in considerazione procedure articolate che si svolgono diacronicamente attraverso la convergenza di valutazioni e condotte provenienti da diversi soggetti ⁽²⁷⁾.

Inoltre, per evitare il sempre ricorrente pericolo di configurare ipotesi occulte di responsabilità oggettiva ⁽²⁸⁾, una volta accertata l'effettiva sussistenza di un contributo causale rilevante, non si potrà prescindere dal successivo accertamento, in concreto, del dolo o della colpa ⁽²⁹⁾.

Si consideri al riguardo che, secondo la dottrina più risalente, la legge avrebbe dispensato il giudice dall'indagine sull'atteggiamento psichico dell'agente, sancendo una sorta di presunzione *juris tantum* di colpevolezza (dolo o colpa) ed addossando all'agente l'onere della prova contraria ⁽³⁰⁾.

In realtà si è correttamente obiettato che in tal modo si finirebbe per configurare una vistosa quanto ingiustificata deroga al principio di colpevolezza, per di più contrastante con la disposizione di cui all'art. 43, comma 4, c.p. che, attribuendo rilevanza alla distinzione tra dolo e colpa anche in riferimento alle fattispecie contravvenzionali, ogni qual volta da tale distin-

bene può essere commessa con colpa, non essendo ravvisabile alcuna eccezione al principio generale stabilito per le contravvenzioni dall'art. 44, comma 4, c.p.

⁽²²⁾ In questa direzione cfr. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Giuffrè, 1984, p. 192 ss.; ALICE, *Il concorso colposo in fatti contravvenzionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, p. 1027 ss.; ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Studi di Delitala*, I, 1984, p. 67 ss.; RISCATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, p. 178 ss.

⁽²³⁾ Cfr. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., p. 84 ss.; in giurisprudenza Sez. III, 7 novembre 1990, in *questa rivista*, 1992, p. 1209.

⁽²⁴⁾ ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., p. 194.

⁽²⁵⁾ FIANDACA - MUSCO, *Manuale di diritto penale*, Zanichelli, 2010, p. 517.

⁽²⁶⁾ Per tutti, PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2011, p. 508 ss.

⁽²⁷⁾ Il tema è ricorrente soprattutto in ambito medico, cfr. in particolare VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento "diacronicamente plurisoggettivo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 480.

⁽²⁸⁾ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 398.

⁽²⁹⁾ PELISSERO, *Edilizia e urbanistica*, cit., p. 1096.

⁽³⁰⁾ Al riguardo, in particolare cfr. PANNAIN, *Della buona fede e dell'elemento soggettivo nelle contravvenzioni*, in *Annali di dir. proc. pen.*, 1935, p. 202; VANNINI, *Sul cd. elemento soggettivo nelle contravvenzioni*, in *Riv. it.*, 1932, p. 867.

zione derivino conseguenze giuridiche, presuppone logicamente che il giudice in primo luogo accerti se l'illecito contravvenzionale sia stato commesso con dolo o con colpa ⁽³¹⁾.

In merito, mentre l'accertamento del dolo non si discosterà da quanto normalmente richiesto per la sussistenza del c.d. dolo di concorso, l'accertamento della colpa appare tutt'altro che agevole e scarsamente approfondito nella prassi, soprattutto in riferimento ai suoi parametri di giudizio ⁽³²⁾.

5. I LIMITI DEL CONCORSO COLPOSO ED I PARAMETRI DI GIUDIZIO SOTTESI AL SUO ACCERTAMENTO IN CONCRETO

Ribadita la necessità che anche in riferimento alle fattispecie contravvenzionali sia accertata in concreto la sussistenza del dolo o della colpa, occorre ora soffermarsi in particolare sulle caratteristiche peculiari che contraddistinguono l'indagine colposa in riferimento al settore in esame.

Oltre a doversi condividere l'assunto per cui ormai non esiste la colpa quale concetto di genere onnicomprensivo, ma esistono tante colpe quanto sono le attività che possono dar luogo ad un'imputazione colposa ⁽³³⁾, è opportuno considerare che allorché si discuta di concorso colposo in una fattispecie contravvenzionale come quella in esame, il concetto di colpa che viene in rilievo non può coincidere con quello a cui solitamente si fa riferimento, strutturato sull'individuazione di regole "modali" volte ad evitare il verificarsi di un evento in senso naturalistico e scandito dall'accertamento della c.d. causalità della colpa, mediante i giudizi della concretizzazione del rischio e dell'evitabilità in concreto dell'evento ⁽³⁴⁾.

Laddove infatti si discuta del concorso colposo del funzionario pubblico nell'abusivismo edilizio commesso dal privato, viene in rilievo una peculiare ipotesi di colpa nell'esercizio delle proprie funzioni che dovrebbe portare all'individuazione di una regola cautelare rivolta ad evitare la realizzazione del risultato offensivo da parte del terzo, ma che finisce inevitabilmente per assumere le fattezze di una "colposa" violazione della normativa di riferimento (piano

⁽³¹⁾ V. FIANDACA - MUSCO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 416; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 367.

⁽³²⁾ La giurisprudenza si limita infatti solitamente ad affermare la necessità di accertare che l'agente abbia appurato, nella realizzazione dell'evento, un contributo causale rilevante e consapevole sotto il profilo del dolo o della colpa. In dottrina invece CINGARI, *Il concorso dell'extraneus nelle contravvenzioni edilizie proprie*, cit., p. 590, rileva che, sotto il profilo oggettivo, da un lato, occorre che la condotta atipica del concorrente sia eziologicamente legata al fatto tipico previsto dalla fattispecie monosoggettiva, e dall'altro lato, occorre che la condotta del concorrente rappresenti la violazione di una regola cautelare diretta a prevenire eventi dannosi derivanti dal proprio o dall'altrui comportamento; PALAZZO, *Il concorso colposo del funzionario pubblico nel reato edilizio*, cit., p. 965, sottolinea che, perché si configuri la compartecipazione colposa, oltre alla colposità intrinseca della condotta tenuta dal soggetto, occorrono due requisiti distinti, ovvero la consapevolezza della futura condotta altrui e la violazione di una regola cautelare diretta ad evitare che si realizzi quel risultato ad opera del terzo.

⁽³³⁾ Più in generale sul punto già FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in questa rivista, 1995, p. 1722 ss., il quale fa riferimento ad un "diritto concretizzato casisticamente":

⁽³⁴⁾ Al riguardo cfr., tra gli altri, FIANDACA, *Il comportamento alternativo lecito*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, p. 1602; GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Giuffrè, 1960, p. 642 ss.; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 415 ss.; MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, p. 15 ss.; MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Giuffrè, 1983, p. 297 ss.; PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di un "diritto penale del rischio"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 1485.

regolatore, testo unico dell'edilizia, etc.) o di una errata valutazione delle istanze e/o delle dichiarazioni provenienti dal medesimo privato, come avvenuto nel caso di specie ⁽³⁵⁾.

Ciò non toglie però che, affinché il rimprovero colposo possa considerarsi effettivo ⁽³⁶⁾, sia necessario in primo luogo garantire che l'individuazione della norma comportamentale violata risulti cristallizzata nella prospettiva *ex ante* riferibile al momento in cui l'agente ha prestato la propria attività professionale ⁽³⁷⁾. Il rilievo, per quanto possa apparire ovvio, risulta nella prassi tutt'altro che scontato, stante lo scarto temporale esistente tra il momento della valutazione tecnica rimessa al funzionario pubblico e la successiva realizzazione della fattispecie edilizia commessa dal privato. Il giudice è infatti chiamato a valutare la condotta del dirigente o tecnico comunale a fronte dell'avvenuta realizzazione del fatto di reato, con ciò riproponendosi il rischio che la prospettiva *ex post* condizioni inevitabilmente il giudizio colposo, che dovrebbe invece arrestarsi al momento della condotta posta in essere ⁽³⁸⁾. Di conseguenza la colpa andrà esclusa ogni qual volta la realizzazione di un abuso edilizio non fosse prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento, stante ad esempio una divergenza tra quanto dichiarato, il più delle volte mediante perizie tecniche asseverate, e quanto successivamente realizzato dal privato.

Per quanto concerne invece l'oggetto dei giudizi di prevedibilità ed evitabilità, occorre far riferimento alla fattispecie posta in essere dal privato, *sub specie* di lesione al corretto assetto del territorio, la quale deve potersi ritenere in concreto "rappresentabile" dal modello di agente dell'attività in questione ⁽³⁹⁾ ed in concreto evitabile laddove la condotta colposa attribuita al funzionario pubblico non fosse stata posta in essere.

Occorrerà valutare infine anche la c.d. colpevolezza colposa, ovvero l'esigibilità in concreto della condotta doverosa omessa ⁽⁴⁰⁾, potendosi ad esempio escludere la responsabilità del funzionario pubblico laddove la normativa di riferimento si presenti particolarmente oscura o contraddittoria ⁽⁴¹⁾, oppure ancora laddove l'ufficio pubblico, per la scarsità dei mezzi e delle

⁽³⁵⁾ In questa direzione PALAZZO, *Il concorso colposo del funzionario pubblico nel reato edilizio*, cit., p. 965-966, secondo cui «non rimane che individuare la norma cautelare di impedimento dell'offesa nelle stesse norme di legge o di pianificazione urbanistica alla cui osservanza è tenuto il funzionario nel procedimento di concessione dell'atto autorizzatorio».

⁽³⁶⁾ MUSCATIELLO, *La tutela penale dell'ambiente (il diritto e il rovescio)*, in *Diritto penale dell'ambiente*, a cura di Amato - Muscatello - Nitti - Rossi - Triggiani, Cacucci, 2006, p. 49 ss., sottolinea il rischio, per le fattispecie contravvenzionali a tutela dell'ambiente e del territorio, di ritenere la colpevolezza *in re ipsa*.

⁽³⁷⁾ FIANDACA - MUSCO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 546.

⁽³⁸⁾ Sul rischio di formulare vere e proprie regole cautelari "retroattive", per tutti, PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 1695 ss.

⁽³⁹⁾ Si noti che con tale accertamento viene soddisfatto anche il requisito della consapevolezza dell'altrui futura condotta di realizzazione del risultato lesivo.

⁽⁴⁰⁾ Nella nostra dottrina l'indagine è per lungo tempo rimasta ferma a V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi urbinati, 1977-78*, 339 ss. Di recente invece cfr., seppure con accenti diversi, CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, Giappichelli, 2011, p.186 ss.; CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, 2009, p. 341 ss.; CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., p. 183 ss.; DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, Giappichelli, 2012, p. 230 ss.; DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., p. 231 ss.; GROTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Giappichelli, 2012, p. 293 ss.; MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, cit., p. 310 ss.

⁽⁴¹⁾ Quanto alla rilevanza dell'errore sulla normativa urbanistica in ordine alla necessità del permesso di costruire, si consideri però che la giurisprudenza tende a considerarlo quale errore sul precetto ex art. 5 c.p., in quanto tale

risorse a disposizione, non consenta al funzionario la possibilità di effettuare quei sopralluoghi o quegli accertamenti ulteriori che avrebbero consentito una corretta valutazione della singola fattispecie ⁽⁴²⁾.

L'accertamento di tali requisiti dovrà infine essere particolarmente rigoroso laddove vengano in rilievo, come nel caso di specie, condotte antecedenti e prodromiche all'adozione di un titolo abilitativo, in quanto più l'indagine risulta temporalmente distanziata dalla realizzazione della fattispecie edilizia, e più sarà difficile accertare l'effettiva rappresentabilità ed evitabilità della stessa, dovendosi altresì considerare il ruolo di tutti i fattori causali sopravvenuti, a partire dall'adozione e dal contenuto del titolo abilitativo ⁽⁴³⁾.

irrelevante salvo il ricorrere di un errore inevitabile, come nel caso in cui la convinzione dell'assenza del vincolo di in edificabilità sia stata determinata da provvedimento del giudice amministrativo. Cfr. al riguardo Sez. un., 10 giugno 1994, in *Foro it.*, 1995, II, c. 154, con nota critica di BELFIORE, *Brevi note sul problema della scusabilità dell'ignorantia legis*.

⁽⁴²⁾ CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1637, sottolinea la possibilità di uno scarto tra modello astratto e soggetto reale, meritevole di considerazione in sede di colpevolezza ed inversamente proporzionale al grado di complessità organizzativa dell'attività svolta in concreto.

⁽⁴³⁾ Si consideri infine che anche in questo settore, in parallelo con quanto avviene nell'ambito della responsabilità medica, potrebbe invocarsi la possibilità di trasporre il limite della colpa grave di cui all'art. 2236 c.c. per i casi di colpa professionale. La questione come noto, per quanto fin troppo dibattuta, non è ancora giunta a conclusioni univoche, ed una delle maggiori obiezioni che si sollevano in merito alla possibilità di ricorrere all'art. 2236 c.c. riguarda proprio la sua esclusiva applicazione all'ambito della responsabilità medica, là dove invece la disposizione fa riferimento, senza alcuna distinzione, al prestatore d'opera. Per un quadro di sintesi delle differenti posizioni in materia, si consenta un rinvio a ROJATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, 2012, p. 118 ss. Per quanto concerne la più recente evoluzione giurisprudenziale cfr. Sez. IV, 5 aprile 2011, n. 46328, in *C.E.D. Cass.*, n. 251960; Sez. IV, 22 novembre 2011, n. 4391, *ivi*, n. 251941; Sez. IV, 21 giugno 2007, n. 39592, *ivi*, n. 237875, in cui si sostiene che l'art. 2236 c.c. potrebbe trovare riscontro anche in ambito penale, non per effetto di diretta applicazione, ma come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia. In merito cfr. BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., p. 322 ss.

