

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Dei reati in generale

La decisione

Dei reati in generale - Abuso Edilizio - Concorso di persone - Obbligo di impedire l'evento a carico del funzionario che rilascia il titolo illegittimo - Insussistenza.

Non è configurabile, nel caso di rilascio di un permesso di costruire illegittimo, una responsabilità ex art. 40 cpv. per il reato edilizio di cui all'art. 44, comma primo, lett. b), d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, in capo al dirigente o responsabile dell'ufficio urbanistica del Comune, in quanto titolare di una posizione di garanzia e dunque dell'obbligo di impedire l'evento, in quanto la titolarità della posizione di garanzia, discendente dall'art. 27 del d.P.R. n. 380 del 2001, ne determina la responsabilità ai sensi dell'art. 40, comma secondo, cod. pen. in caso di mancata adozione dei provvedimenti interdittivi e cautelari, ma non in caso di condotta commissiva.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE TERZA, 6 febbraio 2017 (ud. 25 ottobre 2016), RAMACCI, *Presidente* - RICCARDI, *Estensore*.

La Terza Sezione torna a pronunciarsi sul concorso del funzionario pubblico nel reato edilizio

1. Risalgono al 2012¹ le nostre considerazioni in materia di qualificazione giuridica della condotta del funzionario pubblico autore del rilascio di un Permesso di Costruire riconosciuto illegittimo da parte dell'A.G. penale.

Ivi infatti avevamo osservato come, sotto il profilo astratto, non sorgessero molti dubbi sulla configurabilità del reato di corruzione propria a carico del funzionario che avesse rilasciato il titolo illegittimo dietro dazione o promessa di indebita utilità.

Più controverso, in giurisprudenza, il caso in cui fosse mancata l'indebita utilità: secondo alcune decisioni il contrasto del titolo con lo strumento urbanistico ben poteva infatti integrare la "violazione di legge" prevista dall'art. 323 c.p., sempre che, ovviamente, alla base della condotta vi fosse in primo luogo la consapevolezza di violare la legge e, in seconda battuta, la specifica volontà di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale.

Ancor più controversa era la possibilità di ravvisare a carico del funzionario anche reati di natura edilizia e/o urbanistica.

Le conclusioni cui eravamo giunti erano quelle secondo cui fosse coerente con il sistema la possibilità di ravvisare il concorso volontario del funzionario

¹ In questa *Rivista*, 2012, n. 3.

pubblico nel reato edilizio/urbanistico per aver rilasciato un titolo autorizzatorio scientemente *contra legem*.

Per contro, in mancanza di espressa previsione normativa, non trovava (e, per quel che si vedrà a breve, non trova) collocazione giuridica in ambito penale la condotta del funzionario che abbia colposamente rilasciato un titolo edificatorio illegittimo.

La decisione in commento avalla le conclusioni cui eravamo pervenuti e, in particolare, l'impossibilità di applicare a tali fattispecie la disciplina dell'art. 40, cpv del codice penale, posto che il funzionario pubblico che rilascia un titolo illegittimo pone in essere una condotta commissiva incompatibile con la condotta omissiva disciplinata dal codice penale.

Il Supremo Collegio ha certificato tali conclusioni ribadendo che *“non è configurabile, nel caso di rilascio di un permesso di costruire illegittimo, una responsabilità ex art. 40 cpv. per il reato edilizio di cui all'art. 44, comma primo, lett. b), d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, in capo al dirigente o responsabile dell'ufficio urbanistica del Comune in quanto titolare di una posizione di garanzia e dunque dell'obbligo di impedire l'evento, in quanto la titolarità della posizione di garanzia, discendente dall'art. 27 del d.P.R. n. 380 del 2001, ne determina la responsabilità ai sensi dell'art. 40, comma secondo, cod. pen. in caso di mancata adozione dei provvedimenti interdittivi e cautelari, ma non in caso di condotta commissiva”*.

Avendo quindi i Giudici di Legittimità ritenuto che *“ogni qual volta la contestazione formulata nei confronti del funzionario pubblico consista nella condotta commissiva costituita dal rilascio di un permesso di costruire illegittimo si è al di fuori della previsione dell'art. 40 cpv. cod. pen”*, resta a questo punto da vedere se vi siano altri (e diversi) spazi normativi in cui collocare, in sede penale, il rilascio di un titolo illegittimo.

Gli ermellini sembrano esprimersi, in astratto, in termini affermativi, nella parte della decisione in cui affermano che, ben potendo l'*extraneus* concorrere nel reato “proprio” di cui all'art. 44 d.P.R. 380/2001 (i cui autori sono individuati, dall'art. 29 d.P.R. 380/01, nel proprietario, committente, nel costruttore e nel direttore dei lavori) affinché ciò avvenga, è necessario che *“l'extraneus abbia apportato, nella realizzazione dell'evento, un contributo causale rilevante e consapevole (sotto il profilo del dolo o della colpa)”*.

Ecco dunque il nodo da sciogliere: occorre individuare in che cosa debba consistere questo *“contributo causale rilevante e consapevole (sotto il profilo del dolo o della colpa)”*.

Nella decisione in commento nulla è detto, in quanto la decisione si connota in termini negativi; si dà infatti atto del fatto che *“nella sentenza impugnata*

non viene individuata alcuna forma di concorso o cooperazione”, essendosi la Corte territoriale limitata ad evidenziare *“l’illegittimità del permesso di costruire e a far derivare da tale illegittimità la responsabilità del tecnico comunale ai sensi dell’art. 40 cpv. cod. pen.”* (soluzione, come visto, ritenuta tecnicamente errata dai giudici di legittimità).

Il problema rimane dunque irrisolto da parte della Corte di cassazione.

Volendosi spingere alla ricerca di soluzioni, non si può non partire dal dato letterale della pronuncia *de qua*: per avere rilievo penale il *“contributo causale”* deve essere *“rilevante”* e *“consapevole”*.

Prima ancora di addentrarsi nella difficile analisi della portata quantitativa della *“rilevanza”*, va sottolineato che, avendo i Supremi Giudici correttamente indicato l’imprescindibile necessità di una condotta *“consapevole”*, essi stessi hanno inevitabilmente orientato l’analisi in direzione di una fattispecie dolosa. Si ritorna dunque al punto di partenza: è infatti indubbia la coerenza con il sistema penale della possibilità di individuare, sotto forma del concorso morale, il contributo alla realizzazione dell’opera abusiva da parte del funzionario che abbia volutamente rilasciato un titolo *“consapevolmente”* illegittimo.

Non può dirsi la stessa cosa laddove il contributo sia contestato a titolo colposo, caratterizzato per l’appunto dal fatto che il funzionario è convinto di rilasciare un atto regolare e che, in forza di quell’atto, verrà realizzata una regolare modifica del territorio.

La qual cosa esclude in radice la possibilità di ravvisare un concorso morale con il materiale esecutore delle opere.

Né la condotta può essere qualificata in termini di cooperazione colposa (art. 113 c.p.) in quanto la norma in questione si applica solo ed esclusivamente ai delitti (e non anche alle contravvenzioni).

L’art. 113 c.p., inoltre, presuppone che *“l’evento”* sia stato *“cagionato dalla cooperazione di più persone”*, di tal che il concorso deve necessariamente essere di tipo materiale e non anche morale.

Ebbene nei reati edilizi l’evento è costituito dall’illecita realizzazione di un’opera e non già non dal rilascio dell’atto amministrativo illegittimo.

Solo i soggetti tassativamente indicati dall’art. 29 del DPR 380/01 e chi materialmente (e non anche moralmente) contribuisca a realizzare l’abuso, può rispondere di cooperazione colposa nel reato.

L’esecutore materiale delle opere, infatti, volontariamente cagiona l’evento previsto dalla norma (trasformazione del territorio) e, laddove ciò faccia colposamente ignorando l’assenza di titolo autorizzatorio, ovvero la sua illegittimità, comunque risponde del reato a titolo colposo, avendo egli posto in essere la condotta materiale che ha determinato l’evento.

Il funzionario pubblico, invece, non partecipa ai lavori e, quindi, non pone in essere la condotta tipica qualificabile come reato.

In conclusione, sotto il profilo soggettivo, la condotta del funzionario pubblico che per colpa rilascia un titolo illegittimo, non è prevista dall'ordinamento come reato.

Alle medesime conclusioni si giunge, a ben vedere, esaminando la fattispecie sotto il profilo oggettivo.

Come detto, infatti, secondo la S.C. il contributo deve essere "*rilevante*", aggettivo che secondo i comuni dizionari significa "*di notevole entità, cospicuo, ingente, grande, considerevole*".

Motivo per il quale un contributo "modesto" dovrebbe ritenersi, secondo il ragionamento del massimo consesso di legittimità, irrilevante sotto il profilo penale.

La qual cosa sposta il ragionamento sul piano dell'eziologia, al fin di verificare se la fattispecie possa inquadarsi nell'istituto del concorso di cause indipendenti.

Andrebbe infatti verificato se il rilascio del titolo possa qualificarsi come causa preesistente all'evento, ma comunque ad esso eziologicamente connessa ex art. 41, primo comma, c.p.

Va tuttavia in proposito verificato che il permesso di costruire costituisce il punto di arrivo di un più articolato *iter* amministrativo che spesso coinvolge più soggetti operanti in diverse fasi di carattere procedimentale, i quali dovrebbero, a questo punto, tutti rispondere in concorso del reato, a meno da non voler ritenere il loro contributo non "*rilevante*".

Fatto sta che non è dato in alcun modo sapere quando, in materia edilizia, il contributo si debba ritenere "*rilevante*" e quando invece no.

Ne consegue che il concetto di rilevanza del contributo oltre ad essere del tutto disancorato da parametri certi di riferimento rischia di innescare pericolosi corti circuiti di carattere eziologico.

È forse per questo che allo stato la sua enunciazione è rimasta solo un *obiter* di carattere astratto che non ha trovato ancora concreta applicazione fattuale.

ALESSANDRO DELLO RUSSO