

LEXAMBIENTE

RIVISTA TRIMESTRALE
DI DIRITTO PENALE DELL'AMBIENTE

Con il supporto di



DIPARTIMENTO DI
GIURISPRUDENZA
SCHOOL OF LAW

ISSN 2612-2103

Rivista classificata scientifica per il settore IUS 17 da Anvur



NUMERO 4 \ 2021

- Questioni processuali relative al delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (art. 452-*quaterdecies* c.p.) di L. RAMACCI
- La qualificazione giuridica del percolato di discarica tra "rifiuti" e "acque di scarico" di A. GALANTI
- Le sanzioni nell'autorizzazione unica ambientale: tra vuoto di tutela e principio di legalità di E. RIVA
- Quando il giudice penale può disapplicare l'ordinanza sindacale in materia di rifiuti? La problematica distinzione tra vizi formali e vizi sostanziali di L. BISORI
- Il restyling del delitto d'incendio boschivo: limitate novità e nodi interpretativi irrisolti di G. REYNAUD



LEXAMBIENTE

Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell' Ambiente

Fasc. 4/2021

**QUANDO IL GIUDICE PENALE PUÒ DISAPPLICARE L'ORDINANZA SINDACALE IN
MATERIA DI RIFIUTI? LA PROBLEMATIC DISTINZIONE TRA VIZI FORMALI E
VIZI SOSTANZIALI**

**WHEN CAN THE CRIMINAL COURT DISREGARD THE MAYOR'S ORDER ON
WASTE? THE PROBLEMATIC DISTINCTION BETWEEN FORMAL AND
SUBSTANTIVE DEFECTS**

di Luca BISORI

Abstract. L'Autore analizza criticamente la sentenza, la quale in ordine alla disapplicazione dell'ordinanza di rimozione dei rifiuti, presupposto di applicazione dell'art. 255 d.lgs. n 152/2006, differenzia tra violazioni sostanziali e violazione meramente formali; solo le prime escluderebbero la punibilità. L'Autore osserva polemicamente, tra l'altro, che tale interpretazione "sostanzialistica", qui sfavorevole al reo, non viene viceversa seguita in altri casi, ove potrebbe essere valorizzata in *bonam partem*.

Abstract. The Author critically analyzes the judgment, which with regard to the disapplication of the order for the removal of waste, a prerequisite for the application of art. 255 d.lgs. n 152 2006, differentiates between substantive and purely formal violations; only the former would exclude punishability. The Author remarks polemically, among other things, that this interpretation "substantive", here unfavorable to the offender, is not followed in other cases, where it could be valued in *bonam partem*.

Parole chiave: rifiuti, abbandono, ordinanza di rimozione, disapplicazione

Key words: waste, abandonment, removal order, non-application



Cass. Sez. III n. 16350 del 29 aprile 2021 (udienza 11 feb 2021), Cattelan

Massima: *La fattispecie di cui all'art. 255 ultimo comma d.lgs. n. 152/2006 presuppone un'ordinanza di rimozione dei rifiuti non adempiuta ("chiunque non ottempera all'ordinanza del Sindaco di cui all'art. 192 comma 3"). La presenza del provvedimento presupposto, ancorché affetto da vizi di legittimità, non esclude necessariamente il reato. La configurazione della fattispecie, in stretto rapporto con l'inottemperanza di un'ordinanza sindacale di rimozione, fa sì che il dovere del giudice penale di verificare il legittimo esercizio del potere deve essere commisurato alla peculiarità della fattispecie penale, e quindi assume rilievo solo per quei vizi dell'atto la cui esistenza possa incidere di per sé su posizioni giuridiche soggettive. Nel caso di specie era stato omessa la comunicazione di avvio del procedimento amministrativo, ma il ricorrente, prima dell'emanazione dell'ordinanza, aveva presenziato al sopralluogo della polizia locale sul terreno ove vennero rinvenuti i rifiuti abbandonati.*

La decisione che si annota esprime un principio di diritto assai peculiare: onde sollecitare il potere-dovere del giudice penale di disapplicare l'atto amministrativo da cui discende il dovere del privato la cui inadempienza è punita dalla fattispecie tipica (nel caso di specie, l'ordinanza sindacale di rimozione dei rifiuti, emessa ex art. 192 e costituente elemento tipico del reato di cui all'art. 255, ult. co. d.lgs. 152/2006), non è sufficiente lamentare la mera deduzione di un vizio formale del procedimento (nel caso di specie l'omessa notifica dell'avviso di avvio del procedimento), ma occorre piuttosto prospettare la concreta incidenza dell'omissione sui diritti su cui incide l'atto amministrativo, e più in particolare – nel caso in esame – l'idoneità del vizio procedimentale a determinare la mancata possibilità per il privato di rappresentare e far valere in sede amministrativa circostanze di fatto idonee a rilevare sul corretto esercizio del potere amministrativo.

Era accaduto in fatto, piuttosto banalmente, che il proprietario di un terreno sul quale erano stati scaricati rifiuti da demolizione, era stato raggiunto da una ordinanza di rimozione dei rifiuti alla quale non aveva adempiuto: l'ordinanza era stata emessa però (lamenta il ricorrente) in violazione di alcune norme amministrative, e precisamente senza che vi fosse stata comunicazione dell'avvio del procedimento volto ad accertare la responsabilità – per dolo o colpa del destinatario – dell'abbandono dei rifiuti da rimuovere (come vuole il citato art. 192), e senza che risultasse lo svolgimento di una istruttoria a detto riguardo.



L'imputato ritiene che, in una simile condizione, il giudice penale sia tenuto a valutare la legittimità anche formale dell'atto amministrativo fondante la responsabilità penale, e quindi – verificata la mancanza procedimentale, in questa vicenda apparentemente piuttosto pacifica, e dunque l'illegittimità formale dell'atto – a disapplicarlo ai fini del giudizio di sussistenza della fattispecie tipica.

La Corte – con una pronuncia persino di inammissibilità – formula una riflessione inedita, non senza premettere una osservazione in fatto che, se da un lato spiega la 'sostanza' della decisione, dall'altro lato lumeggia però anche la precisa volontà del Collegio di esprimersi nei termini di cui al principio di diritto di cui sopra.

Ed infatti, emerge in fatto che prima dell'emissione dell'ordinanza poi inadempita vi era stato, sul luogo di abbandono dei rifiuti, un sopralluogo ad hoc della polizia locale, precisamente inteso ad accertare gli elementi di fatto poi posti a fondamento dell'ordinanza stessa: sopralluogo cui l'interessato aveva preso parte, essendo perciò sicuramente notiziato tanto del procedimento amministrativo in corso come delle ragioni del sopralluogo medesimo.

E' interessante notare che questa considerazione avrebbe consentito alla Corte di motivare il rigetto del ricorso non già a cagione della 'irrelevanza in concreto' della violazione procedimentale formale ai fini della disapplicazione dell'atto, bensì proprio, e più in radice, di una insussistenza della illegittimità dell'atto amministrativo disapplicando. Come si sottolinea in un passaggio della decisione, infatti, la stessa giurisprudenza amministrativa ha enucleato ipotesi nelle quali, proprio con riguardo all'omesso avviso formale di avvio del procedimento, l'azione amministrativa non può ritenersi illegittima ogni qual volta l'interessato abbia "comunque avuto conoscenza del procedimento in tempo utile", vuoi per aver avuto conoscenza dello stesso *aliunde* ed in tempi tali da consentirgli di partecipare utilmente all'iter istruttorio, vuoi per derivazione necessaria del procedimento avviato da precedente attività amministrativa già conosciuta, vuoi perché si tratta di procedimento iniziato ad istanza della stessa parte. Nel caso di specie ricorreva senz'altro la prima ipotesi (sopralluogo della polizia locale avvenuto in presenza dell'interessato e finalizzato all'accertamento delle condizioni legittimanti l'emissione dell'ordinanza), talché ben avrebbe potuto la Corte rigettare il ricorso per insussistenza di una illegittimità dell'atto, in diretta applicazione della giurisprudenza del Consiglio di Stato citata in motivazione.



Ed invece la pronuncia 'vuole' compiere un passo più in avanti, muovendo dalla affermazione che, proprio con riguardo al reato di cui al combinato disposto degli articoli 192, 3° comma e 255, ult. comma d.lgs. 1\52/2006, "la presenza del provvedimento presupposto, ancorché affetto da vizi di legittimità, non esclude necessariamente il reato ... il dovere del giudice penale di verificare il legittimo esercizio del potere deve essere commisurato alla peculiarità della fattispecie penale, e quindi assume rilievo solo per quei vizi dell'atto la cui esistenza possa incidere di per sé sulle posizioni giuridiche soggettive".

In una parola: c'è vizio e vizio, ed ancorché in una data ipotesi possa predicarsi l'illegittimità formale di un atto, il giudice penale deve altresì verificare che tipo di vizio si è verificato, e se esso è tale da incidere direttamente sui diritti soggettivi del privato.

All'esito di una rassegna delle pronunce in tema di disapplicazione degli atti da parte del giudice penale¹, si giunge così ad affermare che la violazione delle norme che non disciplinano direttamente il potere espressivo dell'atto amministrativo, ma ne definiscono solo la procedimentalizzazione, non appartengono al novero dei vizi idonei ad incidere sui diritti soggettivi; nello specifico, l'avvio del procedimento è sì funzionale al contraddittorio precedente l'emissione dell'atto, ma la sua assenza non necessariamente comporta che il privato non abbia avuto in concreto la possibilità di partecipare all'istruttoria preliminare o non abbia effettivamente proposto i suoi rilievi. Così che l'imputato che volesse dolersi di un simile vizio, non potrebbe arrestarsi alla allegazione – pur se pacifica, almeno nel caso de quo – dell'omissione procedimentale, ma dovrebbe anche allegare (e dimostrare, immaginiamo) la concreta incidenza del vizio sulla possibilità di partecipare al contraddittorio anticipato, funzionale all'emissione dell'atto.

Il principio enunciato dalla Corte si lega strettamente – nella trama argomentativa della decisione – con l'indirizzo ermeneutico a mente del quale il sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo è possibile solo nell'ipotesi di inesistenza del potere, ipotesi che si configura allorché l'emanazione dell'atto sia espressamente vietata in mancanza delle condizioni formali e sostanziali, previste dalla legge, mentre non è consentito nell'ipotesi di mancato rispetto delle norme che, regolando l'esercizio del potere, determinano solo invalidità.

Occorre però osservare come le pronunce richiamate dalla Corte attengano a fattispecie concrete nella cui economia di fatto l'atto amministrativo non costituiva elemento costitutivo



fondante la responsabilità penale. Nel caso deciso da Cass. pen., sez. III, 16.3.2018, n.18530, rv. 273214, ad esempio, il principio di cui sopra è stato espresso rispetto al motivo di ricorso che atteneva alla mancata disapplicazione di un atto che era stato posto a fondamento di un ordine di sgombero di aree demaniali, la cui inottemperanza aveva poi provocato il mancato rinnovo di una concessione, la cui mancanza stava infine alla base del reato contestato. Come è agevole comprendere, non si trattava – in questo caso – della lamentata illegittimità di un atto fondante direttamente la tipicità dell'illecito (cioè di un atto amministrativo la cui inottemperanza è reato), bensì di un (lontano) presupposto di fatto di una fattispecie nella cui trama normativa quell'atto amministrativo non dispiegava alcuna diretta rilevanza, e certamente non sul piano della tessitura normativa della fattispecie.

Allo stesso modo, l'altra decisione citata in motivazione (Cass. pen., sez. IV, 17.9.2008, n.388245, rv 241064) attiene ad una vicenda processuale nella quale la disapplicazione dell'atto amministrativo era stata invocata contra reum dalla parte civile insoddisfatta nei gradi di merito, ed aveva ad oggetto un atto di concessione con il quale si era trasferita la disponibilità di un bene da un ente pubblico ad un altro, ciò da cui era dipesa anche la trasmigrazione della posizione di garanzia: dalla disapplicazione avrebbe così dovuto evincersi – secondo la parte civile ricorrente – la mancanza di effetti traslativi di responsabilità in capo al (nuovo) concessionario e quindi il permanere dell'obbligo di garanzia oggetto di contestazione sul precedente garante-concessionario. Anche in questo caso, come è agevole comprendere, si tratta di questione che non impinge l'atto amministrativo quale elemento tipico in sé della fattispecie astratta, bensì come (mero) presupposto di fatto della fattispecie concreta, e per di più comportante effetti in pejus: per il quale si sarebbe potuto invocare – oltre che la limitazione dell'ambito di sindacato da parte del giudice penale – proprio l'insindacabilità tout court dell'atto, poiché dalla sua disapplicazione sarebbero conseguiti solo effetti lesivi della posizione soggettiva del privato.

Dunque, a ben vedere, la decisione in commento non sembra fondarsi su un indirizzo ermeneutico strettamente in termini: non in uno dei casi evocati, infatti, la (non) disapplicazione dell'atto amministrativo – siccome invocata solo sulla base di elementi formali o comunque non integranti vizi di sufficiente 'spessore' – aveva riguardo ad un atto fondante direttamente (e per diretta previsione normativa) l'obbligo inadempito e perciò penalmente sanzionato.



La decisione, peraltro, non convince sotto altri profili.

A destare perplessità vi sono anzitutto considerazioni di ordine sistematico.

La pronuncia riguarda infatti una contravvenzione (il citato art. 255, ult. co. d.lgs. 152/2006) la cui struttura tipica ripete sostanzialmente quella di fattispecie del tutto analoghe, ed è anzi stata sostanzialmente costruita sul paradigma di alcuna di esse, nell'esplicito timore che altre, e più generali norme non fossero sufficienti allo scopo. Come noto, la norma in esame fu introdotta nel d.lgs. 152 essenzialmente in ragione del timore che le 'ragioni di igiene' contemplate dall'art. 650 c.p. potessero risultare insufficienti ad includere anche l'ordinanza sindacale di rimozione dei rifiuti².

Ebbene, l'art. 650 c.p. prevede tuttavia, ed esplicitamente, la legittimità dell'atto amministrativo (il "provvedimento legalmente dato") quale elemento di fattispecie, né in giurisprudenza si è mai dubitato che l'illegittimità dell'atto inosservato possa avere effetti diversi dalla radicale insussistenza dell'illecito. Al contrario, è *ius receptum* che, ai fini del giudizio di responsabilità per detto illecito, il giudice sia tenuto a verificare la legalità tanto sostanziale che formale del provvedimento che si assume violato, sotto tutti e tre i profili tradizionali (violazione di legge, eccesso di potere e incompetenza), così che ove venga rilevato il difetto del presupposto della legittimità, sotto uno qualsiasi di tali profili, l'inosservanza del provvedimento non integra reato perché per la sussistenza di esso è richiesto esplicitamente che l'atto sia "legalmente dato" (così Cass. pen., sez. I, 3.7.1996, n.7954).

Sotto un ulteriore, e forse più radicale profilo, ci pare francamente arduo immaginare che un atto amministrativo fondativo di responsabilità penale (per il caso della sua inottemperanza/inosservanza) possa spiegare effetti di tal genere pur se illegittimo: l'affermazione di responsabilità discenderebbe in tal caso da una violazione della legalità, ciò che non può essere, massimamente quando venga in gioco la libertà personale. Vi osta, insomma, il principio di coerenza dell'ordinamento giuridico, che non può – da un lato – prevedere strumenti per la rimozione dell'atto illegittimo (l'annullamento, giudiziale o in autotutela) e dall'altra parte farne però discendere effetti fondativi di obblighi penalmente sanzionati.



Né potrebbe argomentarsi dalla scarsa gravità della illegittimità o dalla sua natura eminentemente formale, per due ordini di eccellenti ragioni: da un lato, perché se il vizio rende l'atto illegittimo alla stregua delle norme di diritto amministrativo, e per l'effetto ne consente l'espunzione dall'ordinamento giuridico indipendentemente dalla natura (dalla gravità, etc.) del vizio, sarebbe comunque contraddittorio ammetterne effetti residui (sopravvivendi al vizio?) ai limitati fini della sua rilevanza in *malam partem* nel quadro di una fattispecie penale; in secondo luogo, perché ciò determinerebbe l'affidamento al giudice penale di una discrezionalità in *malam partem* e – di fatto – *contra jus* contraria ai più elementari principi del diritto penale liberale (conformità a legge della sentenza di affermazione di responsabilità, riserva di legge e tassatività della fattispecie), totalmente insuscettibile di essere stretta entro norme tassative di governo di detta discrezionalità.

La sostanzializzazione del 'vizio rilevante' dell'atto penalmente sanzionato apre tuttavia anche scenari interpretativi ulteriori, del tutto innovativi, e forse financo *ultra vires* rispetto agli intendimenti della Corte.

Scenari forse inquietanti per chi abbia a cuore i principi della separazione dei poteri e della riserva di legge, laddove sembra volersi assegnare al giudice penale un potere di sindacato sull'atto amministrativo persino più ampio che quello dello stesso giudice amministrativo, alla cui stregua egli potrebbe conoscere dell'atto e dei suoi vizi, ma potrebbe altresì decidere della irrilevanza concreta del vizio rispetto agli assetti sostanziali di tutela.

Dall'altra parte, però, il principio espresso dalla Corte apre ad una riflessione più ampia, che potremmo compendiare in questo interrogativo: il giudice penale che si occupi di condotte violative di assetti amministrativi, può sempre apprezzare la sostanza della violazione, e decidere sulla sussistenza della violazione oltre la forma?

Il tema potrebbe assumere una grande rilevanza se il principio fosse pantografato in *bonam partem*: se il giudice può affermare la sussistenza del fatto violativo di un atto formalmente irregolare sol per difformità che non incidono sulla sostanza dell'assetto della tutela (ti era stato imposto di rimuovere i rifiuti, l'atto è stato emesso dal soggetto provvisto del relativo potere e su presupposti di fatto conformi, l'irregolarità formale prodottasi non ti ha impedito di far valere i tuoi



diritti di interlocuzione preventiva con la P.A.), ben potrà allora il cittadino invocare la valutazione sostanziale dell'illecito quando gli si addebiterà di avere operato in difetto di un atto abilitativo formalmente legittimo, pur sussistendo un provvedimento magari formalmente illegittimo ma conforme agli assetti di tutela, ovvero quando gli si addebiterà di avere agito sulla base di un atto concessorio scaduto ma certamente rinnovabile (o con rinnovo richiesto tardivamente), o ancora quando gli si addebiteranno violazioni formali insuscettibili di determinare in concreto lesioni d'alcun genere ai beni tutelati, neppure agli interessi strumentali di previa informazione o di controllo in capo alla P.A..

La capacità espansiva di un simile principio è certamente molto vasta, specie in un assetto di tutela – quale quello del diritto penale dell'ambiente *lato sensu* inteso – in cui il paradigma di tipicità è sempre innervato da atti amministrativi di governo della risorsa ambientale. Si pensi, giusto per non allontanarsi troppo dal tema che ci occupa, al disposto del 4° comma dell'art.256, che punisce con pena ridotta l'inosservanza delle prescrizioni contenute o richiamate nelle autorizzazioni, nonché le ipotesi di carenza dei requisiti e delle condizioni richiesti per le iscrizioni o comunicazioni.

Potrà l'imputato della violazione meramente formale (es. il trasportatore di rifiuti che non reca con sé, ancorché prescritto dall'autorizzazione, una copia autentica della stessa) lamentare l'inidoneità della prescrizione non osservata ad incidere concretamente sull'assetto di tutela?³

Immaginiamo la replica: si tratta di reati meramente formali, per la cui sussistenza è irrilevante financo la impossibilità astratta del comportamento punito ad esporre a pericolo il bene tutelato.

Alla luce del (discutibile, e non condivisibile) principio affermato dalla decisione in commento, non sarebbe questa una risposta incoerente?

Le domande retoriche, si sa, son fatte per avere senso anche senza risposta.