

Importante pronuncia della Terza Sezione Penale della Suprema Corte in materia di sindacato del giudice penale su provvedimenti amministrativi

Cassazione: legittimo il sequestro preventivo di beni protetti per impedire attività che contrastano con la loro natura, anche se gli interventi sono autorizzati con provvedimenti vagliati dell'autorità giudiziaria amministrativa

Corte di Cassazione, sez. III Penale, sentenza n. 42065/11 depositata il 16 novembre 2011

A cura dell'Avv. Carla Campanaro

La Cassazione Penale, con sentenza n. 42065 della Terza Sezione depositata il 16 novembre 2011, interviene a stabilire un importante principio in materia di sindacato del giudice penale in ambito di attività amministrative, confermando l'ordinanza del Tribunale di Genova dell' 11 aprile 2011 di avallo di un decreto di sequestro preventivo di beni culturali emesso dal Giudice delle indagini preliminari in data 24 marzo 2011, stabilendo che ***'un atto illegittimo della pubblica amministrazione, per quanto confermato dal giudice competente, non può rimuovere gli ostacoli o i divieti che la legge ha posto nei confronti delle condotte del privato al fine di tutelare un interesse pubblico qualificato.'***

Il Tribunale penale di Genova aveva infatti confermato la misura cautelare del sequestro preventivo dell'area di Parco Pubblico dell'Acquasola di Genova dove stava per essere costruito un parcheggio, in quanto tali opere si ponevano in contrasto con il Codice dei beni culturali (artt. 20¹, 21² e 170³ d.lgs. n. 42/2004).

¹ Art 20 *Interventi vietati* 1. I beni culturali non possono essere distrutti, danneggiati o adibiti ad usi non compatibili con il loro carattere storico o artistico oppure tali da recare pregiudizio alla loro conservazione. 2. Gli archivi non possono essere smembrati.

² Articolo 21 *Interventi soggetti ad autorizzazione* 1. Sono subordinati ad autorizzazione del Ministero: a) la demolizione delle cose costituenti beni culturali, anche con successiva ricostituzione; b) lo spostamento, anche temporaneo, dei beni culturali, salvo quanto previsto ai commi 2 e 3; e) lo smembramento di collezioni, serie e raccolte; d) lo scarto dei documenti degli archivi pubblici e degli archivi privati per i quali sia intervenuta la dichiarazione ai sensi dell'articolo 13; e) il trasferimento ad altre persone giuridiche di complessi organici di

Infatti, l'intervento per la realizzazione dei lavori di un parcheggio interrato, progettato e autorizzato, muovendo dalle caratteristiche dei giardini e parchi storici e dalle specifiche esigenze di tutela che essi pongono, veniva considerato in contrasto con la conservazione e la tutela del parco, e quindi in violazione degli articoli 20 e 21 del decreto citato, e questo nonostante la regolarità degli atti amministrativi confermati anche in sede di Consiglio di Stato a seguito di ricorsi giurisdizionali.

I ricorrenti contestavano l'insussistenza del *fumus* del reato sotto il profilo dell'elemento soggettivo, l'errata applicazione delle norme del Codice dei beni culturali, e la facoltà per il giudice penale di sindacare l'atto amministrativo.

La Terza Sezione, nel confermare la misura cautelare *de qua*, rileva *in primis* come la materia oggetto della trattazione sia *'paradigmatica dei rapporti esistenti nel nostro Paese fra beni collettivi, diritti e interessi individuali, azione della pubblica amministrazione o, meglio delle pubbliche amministrazioni, e attribuzioni del giudice ordinario.'* In particolare la Corte rileva che se da un lato certamente il principio di affidamento del cittadino rispetto alle scelte della pubblica amministrazione vada tutelato, dall'altro deve comunque considerarsi che in materia di beni protetti ***'il bilanciamento tra l'interesse collettivo e quello individuale non è necessariamente esaurito dalle determinazioni delle amministrazioni pubbliche'***. In sostanza, non basta una determinazione della pubblica amministrazione a scriminare condotte altrimenti penalmente rilevanti ed a tutelare l'affidamento del privato, per il giudice penale.

Or bene, assai significative le posizioni della Suprema Corte in merito alla sussistenza del *fumus* di reato, per la parte inerente l'elemento soggettivo, in risposta alle deduzioni della ricorrente sull'esistenza di una **propria evidente buona fede**, che trovava fondamento nel complesso iter amministrativo seguito e nella conferma circa la legittimità del progetto derivante dalle decisioni che il Consiglio di Stato aveva assunto anteriormente all'avvio dei lavori.

documentazione di archivi pubblici, nonché di archivi di soggetti giuridici privati. 2. Lo spostamento di beni culturali, dipendente dal mutamento di dimora o di sede del detentore, e preventivamente denunciato al soprintendente, che, entro trenta giorni dal ricevimento della denuncia, può prescrivere le misure necessarie perché i beni non subiscano danno dal trasporto. 3. Lo spostamento degli archivi correnti dello Stato e degli enti ed istituti pubblici non è soggetto ad autorizzazione. 4. Fuori dei casi di cui ai commi precedenti, l'esecuzione di opere e lavori di qualunque genere su beni culturali è subordinata ad autorizzazione del soprintendente. 5. L'autorizzazione è resa su progetto o, qualora sufficiente, su descrizione tecnica dell'intervento, presentati dal richiedente, e può contenere prescrizioni.

³ Articolo 170 *Usa illecito*¹. È punito con l'arresto da sei mesi ad un anno e con l'ammenda da euro 775 a euro 38.734,50 chiunque destina i beni culturali indicati nell'articolo 10 ad uso incompatibile con il loro carattere storico od artistico o pregiudizievole per la loro conservazione o integrità.

Infatti la Corte, nel dichiarare comunque in termini generali la sua adesione all'interpretazione costituzionalmente orientata sulla scia della ordinanza della Corte costituzionale, n. 153 del 2007, *'secondo la quale il giudice può estendere il controllo anche alla sussistenza dell'elemento soggettivo, nel senso che il "fumus" può essere escluso quando si ravvisi "Ictu oculi" l'assenza di profili di dolo o di colpa rispetto alla condotta o all'evento posti a base della misura cautelare'* (cfr Quarta Sezione Penale con la sentenza 23944 del 2008, rv 240521), rileva che nel caso concreto ***'appare non corretto limitare la valutazione della fondatezza e della legittimità del sequestro avendo riguardo esclusivamente alla posizione soggettiva della persona individualmente indagata e trascurare, per contro, le finalità del provvedimento cautelare in relazione alla complessiva vicenda procedimentale.'***

In sostanza, la Corte da un lato privilegia **la natura e la finalità della misura cautelare**, strumento indispensabile ex art. 321, comma primo, c.p.p. *'al fine di impedire che il reato venga portato ad ulteriori conseguenze o che il bene protetto subisca comunque ulteriori offese'* e pertanto nel caso di specie *'non vi è dubbio, allora, che il sequestro può essere legittimamente disposto nei casi in cui sono ignote le persone che possono avere commesso l'illecito, così come nei casi in cui solo una parte dei possibili autori sono stati individuati e iscritti nel registro delle notizie di reato ex art. 335 c.p.p.'*, dall'altro sottolinea che nel caso in esame **il reato ipotizzato va considerato come plurisoggettivo** e l'iscrizione della notizia di reato è stata effettuata nei confronti della ricorrente in concorso con persone da identificare, pertanto sono al vaglio della magistratura eventuali ulteriori responsabilità, ad esempio di coloro che quei provvedimenti hanno emanato quanto meno in cooperazione colposa con la legale rappresentante della società appaltatrice dei lavori.

Quanto alla lamentata assenza di legittimazione del giudice ordinario allorché si sia in presenza di determinazioni amministrative, e a maggior ragione di pronunce del Consiglio di Stato, i giudici di Piazza Cavour contrastano in pieno tale interpretazione, in quanto, come già determinato in precedenti decisioni (Terza Sezione Penale n.37181 del 2010, PM in proc. Martino (rv 248623) e n. 34205 del 2010, Vastarini e altro rv 248369, sentenza n. 248 del 1992, rv 193416) sussiste **la piena legittimità di margini di apprezzamento del giudice ordinario anche in tali situazioni.**

In casi analoghi è stato stabilito, ad esempio, che l'annullamento da parte del giudice amministrativo della revoca del nulla osta rilasciato dall'ente preposto alla tutela del vincolo non comporta adeguatamente la caduta dei presupposti del sequestro preventivo disposto dal giudice dopo aver valutato la non legittimità del nulla osta stesso. Da ciò deriva un importante principio di diritto, *"spetta al giudice penale di verificare, a fronte di una compromissione del paesaggio e dell'ambiente, la corrispondenza delle opere al provvedimento nonché la liceità e legittimità (ma non l'opportunità) dei relativi atti amministrativi, in quanto l'eventuale illegittimità di tali atti potrebbe essa stessa costituire elemento essenziale della fattispecie criminosa (Sez.4, n.32125 del 29/3/2004, Rv, 229092)".*



Per le motivazioni su esposte, la Terza Sezione conferma in pieno la motivazione del Tribunale di Genova, confermando la sussistenza del *fumus* dell'illiceità degli interventi autorizzati in quanto, *'interventi che incidano sulla conservazione e l'integrità del bene storico sono possibili, e dunque autorizzabili, esclusivamente qualora essi mirino a valorizzare o meglio utilizzare il bene protetto, anche mediante modifiche d'uso che ne salvaguardino, pur in una prospettiva di adeguamento al mutare delle esigenze, la natura e il valore. Ciò non sembra avvenuto nel caso di specie, dove gli interventi sul bene protetto non sono stati progettati e realizzati con la finalità di salvaguardare e valorizzare la sua natura storica e di attualizzare la destinazione pubblica che gli appartiene, bensì con la finalità di soddisfare beni e interessi diversi che con quella natura e quella destinazione non hanno relazione alcuna e, anzi, si caratterizzano in concreto come interessi contrapposti'*

Una importante sentenza che valorizza lo strumento del sequestro preventivo come misura indispensabile per una garanzia efficace dei beni protetti rispetto alle attività discrezionali illecite della pubblica amministrazione, che potrà essere certamente riproposta in casi analoghi in materia di tutela ambientale.

Ed una ulteriore conferma della teoria degli "illeciti ambientali in bianco" ad opera della pubblica amministrazione e della conseguente legittimità della disapplicazione dei connessi atti amministrativi illegittimi sostenuta da "Diritto all'ambiente" in ogni sede seminariale ed editoriale⁴.

⁴ Dal volume **"Tecnica di Polizia Giudiziaria Ambientale"** - a cura di Maurizio Santoloci e Valentina Santoloci (Edizione 2012 - Diritto all'ambiente - Edizioni): " (...) Il comune denominatore che unisce gli illeciti penali ambientali e le violazioni amministrative ambientali è il presupposto di una violazione di legge che viene perseguita da una di queste due procedure e punita con le relative sanzioni. Vi è però un terzo campo, fino a ieri di scarsa incidenza nel settore ambientale, ma che oggi rappresenta invece una realtà di primaria ed emergente importanza: quello delle illegittimità amministrative.

L'atto amministrativo illegittimo è un provvedimento varato da una pubblica amministrazione che apparentemente ha tutte le carte in regola ma di fatto è stato adottato senza rispettare una legge sostanziale e/o una regola procedurale. Questo tipo di atto non è direttamente sanzionato né penalmente né in via amministrativa. E la competenza diretta per annullarlo non è né della polizia giudiziaria né del magistrato penale.

Che succede dunque? E chi è competente per questo settore? Entriamo a questo punto nel campo degli "illeciti ambientali in bianco ©", avvertendo il lettore che questa definizione non è giuridica ma di nostra "invenzione" e dunque è un nostro "copyright" come nostra elaborazione intellettuale

Come abbiamo sopra accennato, per "illecito ambientale in bianco ©" deve intendersi ogni illecito compiuto sulla base di un atto autorizzatorio della pubblica amministrazione apparentemente legittimo, almeno sotto il profilo procedimentale, con cui, specie nel campo dell'edilizia, dei rifiuti e degli scarichi, si vanno ad autorizzare condotte non assensibili, perché costituenti reato sulla base del codice penale ovvero delle vigenti leggi speciali in materia, o comunque illecito amministrativo.

Inutile ipotizzare reati di concussione, corruzione, collusione: mancano le prove. Ed in assenza di tali prove, l'atto è solo illegittimo in via amministrativa. E se nessuno propone ricorso al TAR, apparentemente non si può fare nulla contro questo "illecito ambientale in bianco".

Inoltre, questa sentenza assume particolare rilievo anche per la valorizzazione del sequestro preventivo, uno strumento spesso sottovalutato nel contesto delle indagini per reati ambientali.

Dunque, accanto all'abusivismo classico e brutale, quello che apre cantieri e realizza opere totalmente prive di ogni atto abilitativo, in totale dispregio di ogni legge e regola (e di cui il più delle volte non si accorge nessuno fino al momento dei condoni), esiste un'altra realtà, fatta di abusi più subdoli e meno plateali. Da anni - infatti - stiamo assistendo alla messa in opera di manufatti realizzati sulla base del rilascio di ex concessioni (ed oggi permessi di costruire) basati su illegittimità amministrative di varia natura, che "legittimano" in apparenza quello che non poteva essere autorizzato.

La questione è stata sempre fonte di grave danno territoriale, giacché la ex concessione urbanistico-edilizia (oggi permesso di costruire) - rilasciata violando la norma di settore - è stata sempre considerata sostanzialmente illegittima sotto il profilo amministrativo. (...)

I campi di illegittimità amministrativa sono stati e sono a tutt'oggi in questo settore molto ampi. Tra i principali: atti abilitativi rilasciati senza nulla-osta paesaggistico preventivo in area vincolata, ex concessioni e permessi di costruire in sanatoria per opere realizzate in zone protette dal vincolo e dunque non rilasciabili, provvedimenti in violazione dei piani regolatori ed altre ipotesi similari.

Ma - oltre al campo edilizio - gli "illeciti amministrativi in bianco" si sono sviluppati in diversi altri settori, ed in particolare nel campo dei rifiuti (si veda ad esempio, su tutti, il caso frequente dei depositi temporanei extraziendali autorizzati, in palese violazione di legge, con accordi di programma o provvedimenti dell'Amministrazione provinciale), degli scarichi industriali e dell'attività venatoria. In passato si trattava di casi isolati e sporadici, di scarso interesse e incidenza nel contesto del sistema di illeciti a danno dell'ambiente in ogni sua componente; oggi, tali casi sono aumentati in modo vertiginoso e sono estremamente diffusi ed in molti casi (edilizia e gestione rifiuti in testa) rappresentano un forte indice di incidenza sulle illegalità diffuse con danni al territorio. Una realtà dilagante che merita un contrasto fermo e chiaro.

Si è dunque creato in questo silente ed invisibile settore uno stato di pratica impunità che caratterizza la situazione personale di chi rilascia un qualunque atto amministrativo abilitativo palesemente illegittimo nei vari campi ambientali, quasi sottraendolo ad ogni responsabilità in una specie di zona franca.

Paradossalmente, si è creata anche una spirale perversa che porta ad eludere la responsabilità del titolare dell'abuso sul presupposto della "buona fede" giacché comunque è in possesso di un atto abilitativo rilasciato dalla P.A. e dunque non può presupporre una illegittimità alla radice del provvedimento! In pratica, le posizioni reciproche si scriminano a vicenda e l'abuso gode di vita indisturbata.

Ma questi "illeciti ambientali in bianco" sono veramente esenti da ipotesi di intervento in sede penale?

Fino a qualche tempo fa la situazione sembrava impossibile da affrontare per un paradosso già sopra espresso, ma che giova ribadire: la concessione illegittima comunque esiste e può essere annullata esclusivamente da un ricorso al TAR o dalla stessa pubblica amministrazione. Se nessuno propone ricorso al TAR (essendo peraltro soggetto legittimato) o se la stessa pubblica amministrazione non revoca l'atto illegittimo, quest'ultimo spiega comunque i suoi effetti e rende regolare un intervento edilizio sul territorio che viola comunque le norme di legge.

Successivamente la magistratura penale è intervenuta indirettamente in questo delicatissimo settore disapplicando in sede processuale gli atti amministrativi illegittimi in questione, e cioè non applicando nella realtà delle cose l'atto illegittimamente emanato dalla pubblica amministrazione, e quindi perseguendo coloro che avevano realizzato opere edilizie abusive.

Questo filone di intervento della Magistratura ha consentito fino ad oggi di affrontare molti casi di palesi violazioni di legge maturate all'interno degli atti di ex concessione illegittima. (...)

Infatti molto spesso non si ricorre al sequestro preventivo pur essendo necessario impedire che il reato venga portato ad ulteriori conseguenze e/o reiterato. Questa pronuncia ribadisce la validità di tale sequestro proprio per queste due importanti finalità nel contesto delle procedure penali.

Carla Campanaro

Pubblicato il giorno 11 dicembre 2011

Riportiamo in calce la motivazione integrale della sentenza in commento



Corte di Cassazione, sez. III Penale

sentenza 29 settembre – 16 novembre 2011, n. 42065

Presidente Ferrua – Relatore Marini

Rileva in fatto

Con decreto depositato in data 25 Marzo 2011 il Giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Genova ha disposto il sequestro preventivo "dell'area di Parco pubblico dell'(OMISSIS) interessata dai lavori di realizzazione del parcheggio interrato di cui alla determinazione dirigenziale n. (omissis) ". La richiesta del P.M. concerneva l'esistenza del "fumus" del reato previsto dagli artt. 110 c.p. e 170 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n.42 e del reato previsto dagli artt. 110 c.p. e 44, lett. c) del d.lgs. n.380 del 2001 in relazione agli artt.169 e 170 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42. Il Giudice ha respinto la richiesta avanzata dal P.M. con riferimento all'ipotesi ex art.44 del d.lgs. n.380 del 2001 e ha respinto l'ipotesi dallo stesso avanzata con riferimento al reato ex art. 170 d.lgs. 22 gennaio 2004, n.42 limitatamente alla prospettata illegittimità *ab origine* dell'intera procedura e dei provvedimenti autorizzatori a causa dell'esistenza di un grave illecito penale (concussione) commesso dal funzionario pubblico che gestì la prima fase della procedura e gli accordi transattivi con la società aggiudicataria dei lavori. Ha, quindi, proceduto (pagg. 5 e 6 del decreto) all'esame dei principali atti della complessa procedura, a partire dai pareri della Soprintendenza per giungere agli esiti della conferenza dei servizi e alla determinazione conclusiva dell'8 agosto 2008.

Sulla base di queste premesse il Giudice ha ritenuto (pag. 6 e ss.) fondata la richiesta del P.M. e ravvisato la sussistenza del "fumus" del reato previsto al capo A). Muovendo dalle caratteristiche dei "giardini e parchi storici" e dalle specifiche esigenze di tutela che essi pongono in quanto "beni viventi" e che sono state incluse nelle linee guida adottate nelle c.d. "carte di Firenze", il Giudice ha considerato che l'intervento progettato e autorizzato si pone in contrasto con la conservazione e la tutela del parco, soprattutto dopo che gli accertamenti tecnici hanno consigliato di rinunciare al reimpianto degli alberi di maggior fusto e dopo che si è reso evidente che con cadenza di circa 40 anni la copertura di terra e le piante poggiate sopra le aree prensili dovranno essere rimosse per la necessaria manutenzione dei manufatti. Di conseguenza, sebbene regolarmente autorizzate mediante atti amministrativi che hanno trovato conferma in sede di Consiglio di Stato a seguito di ricorsi giurisdizionali, le opere si pongono in contrasto con gli artt. 20 e 170 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n.42 e deve ritenersi sussistente il "fumus" di reato, anche sotto il profilo soggettivo (sul punto si rinvia al penultimo capoverso di pag. 9 della motivazione del decreto). Con la decisione impugnata in questa sede il Tribunale di Genova ha confermato il decreto di sequestro preventivo. Come



esposto in particolare alle pagine 6 e seguenti della motivazione, l'ordinanza illustra le ragioni che conducono a respingere le prospettazioni della difesa. Afferma, tra l'altro (pag. 7) che l'intervento conclusivamente autorizzato comporterebbe una demolizione di una parte consistente del parco senza una successiva ricostruzione, ipotesi vietata dall'art.20 e non effettuabile ai sensi dell'art.21, citati. Il carattere sostanzialmente demolitorio delle opere non viene meno per l'intervenuta emanazione dei provvedimenti autorizzatori. Quanto alla sussistenza dell'elemento soggettivo del reato, il Tribunale richiama la sentenza di questa Corte n. 10618 del 2010 per concludere che l'adozione del sequestro preventivo prescinde dall'accertamento dell'elemento soggettivo in capo al titolare del bene. Avverso tale decisione la Sig.ra G. , quale legale rappresentante della Sistema Parcheggio Srl, propone ricorso tramite il Difensore. Il ricorso, effettuata una sintetica esposizione dell'iter della procedura amministrativa che autorizza la Sistema Parcheggio Srl ad effettuare l'intervento edilizio, propone in sintesi i seguenti motivi.

Con primo motivo lamenta violazione di legge e vizio di motivazione per omessa considerazione della evidente assenza dell'elemento soggettivo del reato. Erroneamente il Tribunale ha ritenuto di escludere ogni propria competenza in ordine alla valutazione dell'elemento soggettivo, e ciò ha fatto richiamando in modo impreciso una sentenza di legittimità (Sesta Sezione Penale, sentenza n. 10618 del 2010) e omettendo di considerare che altre decisioni della Corte Suprema hanno espresso un diversa interpretazione sulla scia dell'ordinanza della Corte costituzionale, n. 153 del 2007. Con secondo motivo lamenta errata applicazione degli artt. 20 e 21 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n.42. In modo errato e infondato il Tribunale afferma l'esistenza di principi di ordine generale che in tema di beni culturali sottrarrebbero anche al Ministero la possibilità di autorizzare interventi diversi da quelli di conservazione e salvaguardia dei beni protetti; tali principi non sono certo enucleabili dal disposto degli artt.20 e 21 citati, così che non si ravvisa quale fonte giustifichi l'affermazione della intangibilità dei beni culturali. Con terzo motivo lamenta l'errata applicazione dell'art.70 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n.42. Erroneamente il Tribunale ha ritenuto integrata la violazione per l'esistenza di interventi modificativi del bene, mentre l'art.170, citato, sanziona esclusivamente la destinazione del bene ad un "uso" incompatibile col carattere storico e artistico oppure pregiudizievole per la conservazione e integrità del bene. E siccome il concetto di "uso" rilevante ai nostri fini non coincide con l'utilizzazione che le persone fanno del bene, ma solo l'utilizzazione che a questo è assegnata nel provvedimento concessorio, è evidente che la costruzione del parcheggio sotterraneo pone un tema di compatibilità che riguarda coloro che hanno autorizzato l'intervento e non chi sulla base di quell'autorizzazione, ha dato corso regolarmente ai lavori. Con quarto motivo lamenta l'assenza di legittimazione del giudice penale a sindacare l'atto amministrativo (in particolare la deliberazione 8 agosto 2008) sotto profili diversi dalla liceità e legittimità; in specie, il giudice penale non ha alcun titolo a valutare la legittimità dell'atto sotto il profilo della sua opportunità; quest'ultimo profilo è stato oggetto di plurime decisioni del giudice amministrativo richiamate in premessa così che, nel rispetto del principio di unicità della giurisdizione, non può formare oggetto della decisione in sede penale.

Osserva in diritto

L'ampio e articolato ricorso e gli altrettanto articolati provvedimenti giudiziari di cui si chiede il controllo descrivono una situazione di fatto di rilevante complessità, che potremmo definire paradigmatica dei rapporti esistenti nel nostro Paese fra beni collettivi, diritti e interessi individuali, azione della pubblica amministrazione o, meglio delle pubbliche amministrazioni, e attribuzioni del giudice ordinario. Il compito di questo giudice è, peraltro, limitato all'esame dei profili specifici sottoposti al suo controllo e alla individuazione dei soli profili di ordine generale rilevanti per la decisione. Non vi è dubbio, ad esempio **che il principio di affidamento del cittadino rispetto alle scelte della pubblica amministrazione costituisca un elemento che deve essere tenuto in considerazione, ma di analoga rilevanza risulta essere il principio di lealtà nei rapporti fra soggetti privati e soggetti pubblici, così come non può essere trascurata la considerazione che in materia di beni di particolare rilevanza per la collettività, che l'ente pubblico ha sottoposto a specifiche garanzie, il bilanciamento tra l'interesse collettivo e quello individuale non è necessariamente esaurito dalle determinazioni delle amministrazioni pubbliche**, come sarà in seguito specificato. Venendo ai singoli profili posti all'attenzione di questa Corte, si osserva quanto segue.

1. Sostiene la ricorrente che l'intero impianto logico che sorregge il provvedimento cautelare presenta un punto di criticità insormontabile: l'assenza dell'elemento soggettivo del reato in capo all'unica indagata, che fa sorgere l'obbligo per il giudice di escludere il "fumus" di reato e la possibilità di conservare il sequestro. Corrisponde a verità che la giurisprudenza non è più univoca nel considerare irrilevante in sede di riesame la valutazione dell'elemento soggettivo del reato, ivi compresa l'esistenza di profili di colpa. All'impostazione secondo cui nella valutazione circa l'esistenza del "fumus" il controllo giudiziale deve essere limitato alla sola corrispondenza tra l'ipotesi fattuale e la fattispecie legale (per tutte, Seconda Sezione Penale, sentenza n.2808 del 2009, rv 242650) si affianca oggi una interpretazione costituzionalmente orientata sulla scia della ordinanza della Corte costituzionale, n. 153 del 2007, secondo la quale il giudice può estendere il controllo anche alla sussistenza dell'elemento soggettivo, nel senso che il "fumus" può essere escluso quando si ravvisi "Ictu oculi" l'assenza di profili di dolo o di colpa rispetto alla condotta o all'evento posti a base della misura cautelare (si veda l'esame di tale profilo compiuto dalla Quarta Sezione Penale con la sentenza 23944 del 2008, rv 240521). Ora, non vi è dubbio che nel caso in esame non appare privo di rilievo l'argomento prospettato dalla ricorrente circa l'esistenza di una propria evidente buona fede, che trova fondamento nel complesso iter amministrativo seguito e nella conferma circa la legittimità del progetto derivante dalle decisioni che il Consiglio di Stato ha assunto anteriormente all'avvio dei lavori. Tuttavia, la Corte deve mettere in evidenza che appare non corretto limitare la valutazione della fondatezza e della legittimità del sequestro avendo riguardo esclusivamente alla posizione soggettiva della persona individualmente indagata e trascurare, per contro, le finalità del provvedimento cautelare in relazione alla complessiva



vicenda procedimentale. In altri termini, qualora il giudice ravvisi l'esistenza del "*fumus*" obiettivo di una violazione che offende interessi protetti, è tenuto a valutare la legittimità del sequestro tenendo conto della sua natura di strumento indispensabile ex art.321, comma primo, c.p.p. al fine di impedire che il reato venga portato ad ulteriori conseguenze o che il bene protetto subisca comunque ulteriori offese. Non vi è dubbio, allora, che il sequestro può essere legittimamente disposto nei casi in cui sono ignote le persone che possono avere commesso l'illecito, così come nei casi in cui solo una parte dei possibili autori sono stati individuati e iscritti nel registro delle notizie di reato ex art.335 c.p.p. Inoltre, se un problema di buona fede può porsi fin dalla prima fase delle indagini con riferimento alle ipotesi di confisca obbligatoria a seguito di condanna, nel senso che ove difetti manifestamente l'elemento soggettivo occorre considerare la prognosi di futura assoluzione che non consentirebbe la confisca del bene, non altrettanto può dirsi per le ipotesi in cui ai fini della confisca rileva anche il solo l'accertamento della violazione sul piano obiettivo. Tutto ciò premesso, la Corte rileva che nel caso in esame il reato ipotizzato va considerato come plurisoggettivo e l'iscrizione della notizia di reato è stata effettuata nei confronti della ricorrente in concorso con persone da identificare. Si tratta di impostazione coerente con l'ipotesi avanzata dal Pubblico Ministero, che valuta come non conformi a legge i provvedimenti autorizzativi e non può per questo non valutare la posizione di coloro che quei provvedimenti hanno emanato quanto meno in cooperazione colposa con la legale rappresentante della società appaltatrice dei lavori. Così ricostruita l'ipotesi di reato sottesa al sequestro in esame, la possibile assenza di profili di colpa in capo alla ricorrente assume contorni di complessità maggiori di quelli che possono essere rilevati ad una prima lettura degli atti; permangono, poi, i profili di responsabilità degli amministratori pubblici che spetta al Procuratore della Repubblica individuare e identificare. Sulla base di tali considerazioni la Corte ritiene che non sussista la prospettata manifesta assenza di "*fumus*" di reato con riferimento alla carenza dell'elemento soggettivo.

2. Quanto alla sussistenza del "*fumus*" di reato con riferimento alle condotte e alle altre circostanze di fatto ampiamente esposte nei provvedimenti cautelari e nel ricorso, la Corte ritiene di dover concentrare l'attenzione su un profilo che appare decisivo: la compatibilità dell'uso con la natura e le caratteristiche proprie del bene pubblico avente valore storico che risulta interessato dal progetto e dai lavori. Afferma la ricorrente con ampie argomentazioni che l'attenzione deve avere riguardo essenzialmente a due profili: a) il concetto di "uso" rilevante ai fini dell'art. 170 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 non ricomprende l'utilizzazione fattuale del bene, bensì l'utilizzazione che viene individuata e disciplinata dai provvedimenti di autorizzazione; b) la compatibilità fra l'utilizzo del bene e la sua natura e destinazione è giudizio rimesso esclusivamente all'ente pubblico, e al giudice amministrativo ove necessario, e non può costituire oggetto di valutazione da parte del giudice ordinario.

3. La Corte ritiene che non sia corretto sul piano sistematico affermare che il giudice ordinario deve arrestare il proprio controllo allorché si sia in presenza di determinazioni amministrative, e a maggior ragione di pronunce del Consiglio di Stato, che dopo avere bilanciato gli interessi contrastanti individuino il punto di equilibrio tra gli stessi e acconsentano alla realizzazione di interventi modificativi di un bene soggetto a tutela.



Questa Sezione ha avuto modo di affrontare più volte il tema del rapporto fra bene protetto e intervento del giudice ordinario in settori ove la pubblica amministrazione esercita poteri discrezionali che le sono attribuiti dalla legge; per ciò che rileva ai fini della presente decisione, la Corte può limitarsi a rinviare alle ampie argomentazioni con le quali il giudice di legittimità ha chiarito l'esistenza di margini di apprezzamento del giudice ordinario; in particolare, può rinviarsi alle osservazioni contenute nelle sentenze della Terza Sezione Penale n.37181 del 2010, PM in proc. Martino (rv 248623) e n.34205 del 2010, Vastarini e altro (rv 248369). La prima decisione afferma che l'annullamento da parte del giudice amministrativo della revoca del nulla osta rilasciato dall'ente preposto alla tutela del vincolo non comporta automaticamente la caduta dei presupposti del sequestro preventivo disposto dal giudice dopo avere valutato la non legittimità del nulla osta stesso. La seconda decisione evidenzia come anche successivamente alle modifiche apportate dalla legge n.308 del 2008 alla disciplina del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, l'accertamento sull'offesa al bene paesaggio è di competenza del giudice penale e il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica può assumere rilievo solo ai fini della valutazione dell'elemento soggettivo del reato e della gravità dello stesso; principio, questo, affermato dalle Sezioni Unite Penali con riferimento agli estremi della contravvenzione prevista dall'art.724 c.p. (sentenza n.248 del 1992, rv 193416).

4. La lettura della motivazione della sentenza n.34205 del 2010 introduce un ulteriore argomento interpretativo che assume rilevanza nel caso in esame. Osservava, infatti, la Corte che spetta "al giudice penale di verificare, a fronte di una compromissione del paesaggio e dell'ambiente, la corrispondenza delle opere al provvedimento nonché la liceità e legittimità (ma non l'opportunità) dei relativi atti amministrativi, in quanto l'eventuale illegittimità di tali atti potrebbe essa stessa costituire elemento essenziale della fattispecie criminosa (Sez.4, n.32125 del 29/3/2004, Rv, 229092)". Si è in presenza di un passaggio motivazionale, integralmente condiviso da questa Corte, che chiarisce come il giudice penale non possa sindacare l'esercizio della discrezionalità tecnica dell'ente e le determinazioni che su tale base sono state assunte, ma abbia il dovere di verificare la liceità e la legittimità dell'atto amministrativo al fine di vagliarne la rilevanza nella determinazione sulla liceità delle condotte tenute dal privato anche in base a quell'atto. In altri termini, un atto illegittimo della pubblica amministrazione, per quanto confermato dal giudice competente, non può rimuovere gli ostacoli o i divieti che la legge ha posto nei confronti delle condotte del privato al fine di tutelare un interesse pubblico qualificato. Osserva la Corte in via incidentale che le decisioni del T.A.R. e del Consiglio di Stato richiamate dalla ricorrente e acquisite agli atti del procedimento meriteranno una lettura più articolata e approfondita di quella che viene prospettata nel ricorso: il contenuto delle decisioni si collega alla specificità del *petitum* e degli argomenti presentati da ricorrenti e resistenti, così che sembra di poter concludere che si è in presenza di decisioni che non esauriscono tutti gli aspetti rilevanti per le determinazioni del giudice penale. Si tratta, peraltro, di temi che non risultano essenziali ai fini della presente decisione e che dovranno costituire oggetto dell'esame di merito.

5. Sulla base di tali premesse di ordine generale può essere esaminato adesso il contenuto degli atti autorizzatori e delle condotte poste in essere dalla ricorrente.

La pregevole illustrazione contenuta nel ricorso circa il concetto di "uso" rilevante ai fini della integrazione della violazione ex art.170 d.lgs. 22 gennaio 2004, n.42 deve essere esaminata alla luce delle previsioni contenute negli artt.20 e 21 di tale legge e alla luce della giurisprudenza che si è occupata dell'argomento. L'art.20 afferma che i beni culturali, e non vi è dubbio che tale debba essere considerato ai sensi dell'art.10 della stessa legge il Parco dell'(OMISSIS), "non possono essere distrutti, danneggiati o adibiti a usi non compatibili con il loro carattere storico o artistico oppure tali da recare pregiudizio alla loro conservazione". Il successivo art.21 disciplina gli interventi e le modifiche che possono essere apportate a tali beni e prevede l'obbligo di preventiva autorizzazione del Ministero nei casi specificamente indicati, fra i quali (comma 1, lett. a) è inclusa anche l'ipotesi di demolizione "anche con successiva ricostituzione". I commi 4 e 5 disciplinano più specificamente l'esecuzione di lavori, questa volta soggetti ad autorizzazione del Soprintendente e non del Ministero. È importante evidenziare che il mutamento di destinazione d'uso dei beni medesimi "è comunicato al soprintendente per le finalità di cui all'art.20, comma 1", e cioè per salvaguardare comunque il loro carattere storico o artistico e la loro integrità.

6. L'insieme degli elementi così richiamati consente alla Corte di giungere ad una prima conclusione: interventi che incidano sulla conservazione e l'integrità del bene storico sono possibili, e dunque autorizzabili, esclusivamente qualora essi mirino a valorizzare o meglio utilizzare il bene protetto, anche mediante modifiche d'uso che ne salvaguardino, pur in una prospettiva di adeguamento al mutare delle esigenze, la natura e il valore. Ciò non sembra avvenuto nel caso di specie, dove gli interventi sul bene protetto non sono stati progettati e realizzati con la finalità di salvaguardare e valorizzare la sua natura storica e di attualizzare la destinazione pubblica che gli appartiene, bensì con la finalità di soddisfare beni e interessi diversi che con quella natura e quella destinazione non hanno relazione alcuna e, anzi, si caratterizzano in concreto come interessi contrapposti. Osserva la Corte che l'integrità e la fruibilità da parte della cittadinanza del bene protetto hanno conosciuto una compressione rilevante e destinata a protrarsi nel tempo, tanto da poter essere definita strutturale, al fine favorire interessi alla viabilità e al parcheggio che attengono a sfere della vita sociale del tutto diverse. In altri termini è certo che una parte del parco ha subito una compromissione strutturale che non ha la finalità migliorare l'uso che la collettività può fare del parco stesso, come sarebbe, invece, nelle ipotesi in cui il parcheggio fosse finalizzato a migliorare l'accesso al bene o la sua fruibilità in concreto.

7. Può, dunque, concludersi che allo stato degli atti sussistono ragioni per ritenere immune da vizi logici la motivazione dell'ordinanza impugnata - che deve essere letta anche alla luce delle articolate considerazioni esposte nel decreto di sequestro - nella parte in cui afferma che si è in presenza del "fumus" del reato previsto dall'art. 170 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n.42, posto che l'uso che viene previsto per la porzione del parco soggetta ai lavori può essere considerato "incompatibile" con il carattere storico del bene e ne pregiudica la conservazione e la integrità.

8. Osserva, in ultimo, la Corte che anche nel caso in esame trova applicazione il principio fissato da questa Sezione, in linea con la più generale interpretazione delle norme in tema di limiti del giudizio di legittimità, secondo il quale la valutazione circa "l'uso incompatibile" del bene culturale consistente in una distorsione del godimento che gli è proprio (studio, ricerca, piacere estetico), ma lo stesso può affermarsi per i beni di riconosciuto valore storico, rappresenta una questione di merito non suscettibile di intervento della Corte di Cassazione se non in presenza di un radicale difetto di motivazione del provvedimento impugnato (sentenza n. 14377 del 2005, PM in proc. Veneroso, rv 231072) cosa che non è nel caso in esame.

Sulla base delle considerazioni che precedono il ricorso deve essere rigettato, con condanna della ricorrente al pagamento delle spese processuali ex art.616 c.p.p..

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali.