

PUBBLICAZIONE BIMESTRALE

ANNO XXXIII - Fasc. 1

Spedizione in abb. postale - Gruppo IV 70 %

GENNAIO - FEBBRAIO 1990

# RIVISTA GIURIDICA DELL' EDILIZIA

FONDATA DA  
ALDO M. SANDULLI

DIRETTA DA  
MASSIMO SEVERO GIANNINI - GIUSEPPE GUARINO  
MARIA ALESSANDRA SANDULLI - LINO SALIS

COMITATO SCIENTIFICO  
G. D'ANGELO - G. DEJANA  
M. GIORGIANNI - A. GUARINO - G. LOMBARDI - G. MIELE  
G. SANTANIELLO - V. SPAGNUOLO VIGORITA - G. VASSALLI

## ESTRATTO



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

IL POTERE DI DISAPPLICAZIONE DEL GIUDICE PENALE:  
IN PARTICOLARE L'IPOTESI  
DI CONCESSIONE EDILIZIA ILLEGITTIMA

SOMMARIO: 1. Premessa: il significato originario dell'art. 5, legge n. 2248 del 1865. Distinzione tra disapplicazione *in bonam partem* e disapplicazione *in malam partem*. — 2. L'ambito di efficacia dell'art. 5, legge n. 2248 del 1865 nel giudizio penale: in particolare la teoria che ammette la sola disapplicazione *in bonam partem*. Le altre teorie: a) quella che esclude del tutto, la possibilità di estendere alla giurisdizione penale la disciplina degli artt. 5 e 4, comma 2, legge cit.; b) teoria del Petrone; c) teoria che riconosce comunque al giudice penale la possibilità di disapplicare la concessione edilizia illegittima; d) teoria che ritiene, nel caso di specie, sussistente la lett. a) e non la lett. b) dell'art. 20, legge n. 47 del 1985. — 3. Impostazione del problema. A) Ipotesi in cui non solo l'atto amministrativo ma anche la sua qualificazione in termini di legittima-illegittimità penetra nella struttura tipica della fattispecie criminosa. Irrilevanza del ricorso al concetto di elemento normativo. B) Ipotesi in cui tra gli elementi costitutivi rientra solo l'atto amministrativo e non anche la sua legittimità: necessità di distinguere secondo che nel fatto di reato, tra gli *essentialia delicti*, rientri un provvedimento amministrativo *ampliativo* oppure un provvedimento amministrativo *restrittivo*. Necessità di limitare solo a quest'ultima ipotesi l'istituto previsto dagli artt. 5 e 4, comma 2, legge n. 2248 del 1865. Ammissibilità della sola disapplicazione *in bonam partem*. — 4. Esclusione della disapplicazione sia nei casi in cui l'illegittimità è elemento costitutivo del fatto di reato sia nell'ipotesi in cui tra gli *essentialia delicti* sia previsto un provvedimento amministrativo *ampliativo*: motivazioni di tale assunto. — 5. Effetti negativi di un eventuale riconoscimento del potere di disapplicazione *in malam partem*. — 6. Brevi riflessioni in tema di annullamento per effetto del giudicato del G.O. — 7. Crescente incidenza del sindacato del giudice ordinario sull'azione amministrativa. — 8. Individuazione dell'ambito di efficacia dell'art. 20, lett. b), legge n. 47 del 1985.

1. L'art. 5, legge n. 2248 del 1865 costituisce uno dei pilastri portanti dell'intera struttura giuridica regolante i rapporti tra giudice ordinario e Pubblica Amministrazione, prevedendo che, laddove l'atto amministrativo sia inficiato da un vizio di legittimità, il G.O. dovrà disapplicarlo (1), cioè decidere la controversia

(1) Cfr. sull'argomento A. ALBAMONTE, *Sindacato del giudice penale in materia di atti amministrativi*, in *Giust. pen.* 1975, III, 213 ss.; R. ALESSI, *Rilievi in tema di applicazione di atti amministrativi non conformi alle leggi da parte del giudice ordinario*, in *Studi Guicciardi*, Padova 1975, 121 ss.; R. ALESSI, *Spunti in tema di pregiudizialità nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1978, 671 ss.; A. ALBINI, *Annullamento implicito e disapplicazione di atti amministrativi da parte del giudice ordinario*, in *Foro pad.*

prescindendo completamente dall'atto illegittimo: *tamquam non esset*. Si tratta

1951, 715 ss.; T. ALIBRANDI, *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Napoli 1969; A. AMORTH, *Impugnabilità e disapplicazione dei regolamenti e degli atti generali*, in *Atti IX Conv. Varenza*, Milano 1964, 555 ss.; V. ANDRIOLI, *Bilancio della legge 20 marzo 1865 all. E*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1965, 1622 ss.; M. ANNUNZIATA, *Azioni esperibili nei confronti della pubblica amministrazione e poteri del giudice ordinario*, Napoli 1970; M. ANNUNZIATA, *Sui limiti del potere del giudice ordinario di fronte all'atto amministrativo*, in *Giust. civ.* 1971, II, 340 ss.; A. AZZENA, *Considerazioni sui limiti del potere di ordinanza e del sindacato giurisdizionale sul suo esercizio*, in *Riv. dir. agr.* 1967, II, 393 ss.; R. BAJNO, *La tutela penale del governo del territorio*, Milano 1980; BELLOMIA, *Ancora in tema di disapplicazione della concessione edilizia illegittima da parte del giudice penale*, in questa *Rivista* 1986, I, 887 ss.; BETTIOL R., *Tutela penale dell'ambiente in riferimento ai centri storici. L'illegittimità della concessione*, in *Giur. merito* 1982, 242 ss.; CACCIN R., *La concessione edilizia rilasciata senza l'acquisizione del nulla-osta dell'autorità preposta alla tutela delle bellezze naturali è illegittima ma non può essere disapplicata dal giudice ordinario con effetti ex tunc*, in *Giur. merito* 1988, 896 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano 1950; ID., *Recenti interpretazioni dell'art. 5 della legge sul contenzioso amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1952, 335 ss.; ID., *In tema di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria e di disapplicazione di atti amministrativi*, in *Foro amm.* 1956, II, I, 171 ss.; ID., *In tema di disapplicazione giudiziaria di un provvedimento amministrativo e di errore di fatto*, in *Foro pad.* 1958, I, 843; ID., *Disapplicazione di regolamenti da parte del Consiglio di Stato*, in *Giur. cost.* 1959, 518 ss.; ID., *La difesa del controinteressato e la disapplicazione dei provvedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1967, 256; CAPALDO, *Rilevanza penale delle opere edilizie illegittimamente assentite*, Milano 1983; E. CASETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1952, 662 ss.; S. CASSARINO, *Atti amministrativi discrezionali e disapplicazione in giudizio*, in *Foro amm.* 1956, II, I, 163 ss.; M. CODAGNONE, *Note sui limiti del sindacato dell'Autorità giudiziaria ordinaria sugli atti amministrativi*, in *Giust. pen.* 1967, II, 1078 ss.; G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari 1979; C. DAL PIAZ, *Osservazioni sui limiti del sindacato di legittimità dell'Autorità giurisdizionale ordinaria sugli atti amministrativi, con particolare riferimento al vizio di accesso di potere*, in *Giur. it.* 1957, II, 17 ss.; ID., *Osservazioni sulla configurabilità di limiti alla competenza del giudice ordinario in tema di atto amministrativo viziato da eccesso di potere*, in *Giur. it.* 1959, II, 223 ss.; F. DELFINO, *L'eccesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*, Napoli 1963, 126 ss.; ID., *Osservazioni in tema di sindacato del giudice penale sull'eccesso di potere*, in *Foro it.* 1962, II, 328 ss.; A. DELL'ORCO, *Potestà di disapplicazione e provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1965, 681 ss.; V. DEL POZZO, *Decorrenza del termine, lesione dell'interesse e disapplicazione dell'atto nel diritto processuale amministrativo*, in *Foro amm.* 1952, I, II, 134 ss.; G. FAVI, *Gli atti amministrativi illegittimi e i limiti della loro disconoscibilità*, in *Riv. dir. pubbl.* 1940, I, 645 ss.; F. FRANCHINI, *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1957, 337 ss.; FORNASARI, *Sulla rilevanza penale delle costruzioni edilizie realizzate in base ad atti concessori illegittimi*, in *Foro it.* 1986, I, 84 ss.; ID., *Costruzione edilizia in base a concessione illegittima e rilevanza della buona fede*, in *Giur. merito* 1986, IV, 233 ss.; FORTUNA, *Attività edilizia e controllo giudiziario*, Padova 1983; P.L. GALASSI, *L'istituto della disapplicazione nell'attuale contesto giuridico*, in *T.A.R.* 1977, II, 89 ss.; T. GALIANI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti del Pubblico Ufficiale in relazione al reato di abuso inominato d'ufficio*, in *Arch. pen.* 1962, 466 ss.; ID., *Sindacato giudiziario sugli atti amministrativi e norme penali*, in *Arch. pen.* 1968, 301 ss.; M. GARAVELLI, *Sui rapporti tra G.O. e l'attività amministrativa*, in *Giust. pen.* 1972, II, 97 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1970, pag. 643 ss.; ID., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.* 1973/4; G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Ius* 1951, 356 ss.; ID., *Profili costituzionali amministrativa e processuali delle leg-*

pertanto di una vicenda di natura processuale che attiene unicamente agli effetti dell'atto amministrativo (2).

Tale potere, in una logica sistematica di giurisdizione unitaria, venne concepito in funzione garantista del cittadino e cioè come strumento di tutela delle situazioni giuridiche soggettive che questi vantava nei confronti della P.A. (3). Quindi nell'ipotesi in cui il diritto del privato veniva illegittimamente leso da un

*gi per l'Altopiano silano e sulla riforma agraria fondiaria*, in *Foro it.* 1952, IV, 73 ss.; G. GUGLIELMI, *Sulla disapplicazione degli atti amministrativi*, in *Giur. compl. cass. civ.* 1953, II, 206 ss.; A. KLITSCHKE DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Padova 1961, 172 ss.; N. JAEGER, *Annullamento e disapplicazione di atti amministrativi illegittimi*, in *Giur. it.* 1942, II, 17 ss.; A. LUGO, *La dichiarazione incidentale di inefficacia dell'atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1957, 634 ss.; G. MANERA, *Sulla sindacabilità da parte del giudice penale dell'eccesso di potere nell'atto amministrativo*, in *Giur. it.* 1973, II, 313 ss.; L. MAROTTA, *Il sindacato del giudice ordinario sull'atto amministrativo*, Napoli 1976; L. MAZZAROLI, *Attività amministrativa e giustizia penale*, in *Dir. e soc.* 1978, 663 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1977, 218 ss.; F. NOVARESE, *Orientamenti in tema di disapplicazione di concessione edilizia illegittima secondo la legge 28 febbraio 1985 n. 47*, in *Giur. merito* 1986, 289 ss.; A. PALATIello, *Il sindacato di legittimità del giudice ordinario sull'attività amministrativa alla luce dell'eccesso di potere quale vizio della funzione*, in *Riv. pen.* 1967, II, 10, 63 ss.; PALMISANO F., *Responsabilità penale per le trasformazioni urbanistiche eseguite con concessione illegittima*, in questa *Rivista* 1989, II, 27 ss.; R. PANNAIN, *Osservazioni circa il sindacato del giudice penale sulla legittimità di un atto amministrativo*, in *Arch. pen.* 1964, II, 510 ss.; V. PATALANO, *La sindacabilità dell'atto amministrativo e la configurabilità del reato di abuso innominato d'ufficio*, in *Foro pen.* 1966, 61 ss.; PECORARO ALBANI, *Il reato di costruzione edilizia senza licenza: in particolare l'errore su legge extrapenale*, in questa *Rivista* 1959, II, 61; E.M. PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano 1980; M. PETRONE, *La disapplicazione dell'atto amministrativo (profili penali)*, in *Quaderni del C.S.M.* 1987, n. 1, 55 ss.; PRESUTTI, *L'art. 5 della legge 20 marzo 1865 all. E e le materie devolute a giurisdizioni speciali con competenza esclusiva*, in *Studi Ranelletti*, Padova 1931, 276 ss.; S.L. PICCARDI, *Sulla disapplicazione degli atti amministrativi*, in *Riv. amm.* 1968, 589 ss.; RAIMONDINI, *Impugnabilità, disapplicazione o irrilevanza delle circolari amministrative illegittime?*, in *Foro amm.* 1969, II, 3 ss.; RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, Milano 1984; A. ROMANO, *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1955, 939 ss.; SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1982, 1141 ss.; F. SATTA, *Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1965, 566 ss.; F.G. COCA, *Il termine giudiziale nell'adempimento delle obbligazioni amministrative*, Milano 1965, 115 ss.; P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano 1970, 41 ss.; P. TANDA, *La disapplicazione da parte del giudice penale di concessione edilizia illegittima*, in *Riv. pen. econ.* 1989, 173 ss.; G. TREVIES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova 1936, 131 ss.; R. VENDITTI, *Questioni sulla sindacabilità degli atti amministrativi da parte del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1964, 1135 ss.; R. VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1965, 28 ss.; R. VILLATA, « *Disapplicazione* » dei provvedimenti amministrativi e processo penale, Milano 1980; ID., *Disapplicazione della concessione edilizia*, in *Riv. proc. amm.* 1987, 407 ss.

(2) L'istituto della disapplicazione, pertanto, consiste in una facoltà di carattere processuale, che viene riconosciuta al giudice ordinario (cfr., tra gli altri MONTESANO, *Lezioni*, 79; LUGO, *La disapplicazione incidentale di inefficacia dell'atto amministrativo*, in *Studi per Calamandrei*, V, 43): è da respingere quindi la tesi che configura la disapplicazione come un istituto di diritto sostanziale e precisamente come una sottospecie dell'invalidità degli atti amministrativi, come sostenuto da CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, cit., 15 ss.

(3) Per una sapiente disamina storica sulla riforma che portò alla legge 20 marzo 1865 n. 2248 All. E si rinvia a L. MAROTTA, *Il sindacato del giudice ordinario*, cit., 21 ss.

atto amministrativo, la legge n. 2248 del 1865, in ossequio al principio della divisione dei poteri, attribuiva (e attribuisce tuttora) al giudice ordinario soltanto la possibilità di condannare la P.A. al risarcimento dei danni, escludendo espressamente, con l'art. 4 comma 2 (c.d. divieto di repressione degli atti amministrativi), ogni potere di annullare o revocare l'atto illegittimo che continuava a spiegare i suoi effetti tipici fino al momento in cui veniva annullato da parte del G.A. o dell'autorità amministrativa competente.

Pertanto dalla lettura in combinato disposto degli artt. 4 e 5, legge cit. si evince chiaramente che il legislatore del 1865 con tali norme non voleva certo introdurre due distinti ed autonomi precetti, che in realtà sono tra loro complementari (4): dalla disamina congiunta di tali disposizioni normative si desume, invece, che l'intento della legge n. 2248 del 1865 era, non già quello di attribuire al giudice ordinario un potere generalizzato di disapplicare l'atto amministrativo, ma quello di limitare tale potere unicamente ai casi in cui l'atto stesso veniva a ledere in modo illegittimo una posizione giuridica soggettiva qualificabile come diritto soggettivo.

Quindi nella sua originaria configurazione il potere in esame venne concepito come limitato unicamente alle ipotesi di c.d. disapplicazione *in bonam partem* e cioè circoscritto ai soli casi in cui l'atto amministrativo veniva a comprimere illegittimamente la sfera giuridica del cittadino: in questi casi disapplicare l'atto significava eliminare l'illegittima compressione di tale sfera giuridica la quale veniva così a riacquisire l'originaria espansione (5).

Era esclusa, invece, ogni forma di c.d. disapplicazione *in malam partem*, quando, cioè oggetto della vicenda disapplicativa era un atto amministrativo, quale la licenza (oggi concessione) edilizia che non comprimeva ma, al contrario, ampliava la sfera giuridica del cittadino facendo venir meno l'ostacolo che impediva l'esercizio dello *ius aedificandi*. In tali casi disapplicare l'atto significava comprimere in via di fatto la sfera giuridica del destinatario del provvedimento, disconoscendosi l'ampliamento che essa aveva acquisito (per effetto del suddetto atto oggetto della vicenda disapplicativa).

(4) Cfr. GIANNINI M.S. e PIRAS A., *Giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, voce in *Enc. dir.*, XV, 288 ss. Tali Autori definiscono « alquanto bizantina » la questione sul se le norme degli artt. 4 e 5, legge n. 2248 del 1865 contengano due precetti o uno solo: « in realtà sono due precetti tra loro complementari. In sostanza essi dispongono che quando la controversia portata al giudice comporta la cognizione di un atto amministrativo, se il giudice ritiene che l'atto sia invalido, non lo annulla ma lo disapplica, dichiarandolo improduttivo di effetti in ordine al caso dedotto in giudizio... la disapplicazione ha un ambito di applicazione molto ridotto, e non è per niente quella vicenda generale, connaturata alla giurisdizione del giudice civile, come invece si è ritenuto e in parte ancor si ritiene ».

(5) L'« individuazione del senso preciso » (cfr. A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 1976, 90 ss.) del comando giuridico (interpretazione in senso stretto) — il secondo dei due momenti in cui va scissa l'interpretazione giuridica — consta di tre operazioni distinte ma complementari: la prima, qualificabile come « analisi filologica », è diretta ad accertare il significato del tenore letterale del precetto (cd. *vox iuris*); la seconda operazione, l'« analisi logico-giuridica », determina l'*humus logicum* da attribuire al comando (c.d. *ratio legis*): *scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*.

È proprio l'analisi storica a chiarire l'esatta portata dell'art. 5, legge n. 2248 del 1865 e, di riflesso, del disposto dell'art. 20, lett. b), legge n. 47 del 1985.

È pur vero che la norma giuridica non vive come una monade a sé stante (come invece vorrebbe una inaccettabile visione puristica del diritto) e che all'opposto può venire a subire sensibili mutamenti in funzione del continuo rapporto osmotico tra il mondo dell'« essere » (norma sociale) e il mondo del « dover essere » (norma giuridica) (6), tuttavia nell'ipotesi dell'art. 5, legge n. 2248 del 1865, come si cercherà di dimostrare, non c'è motivo per credere che sussistano i presupposti per un'interpretazione contrastante con il significato originario di tale disposizione normativa.

Ora, se la *ratio* della norma succitata va ricostruita nei termini anzidetti, risulta evidente che la *vox iuris*, non facendo espresso riferimento al suddetto distinguo tra disapplicazione *in bonam partem* e *in malam partem* e cioè non limitando il potere di intervento del G.O. sull'atto illegittimo ai soli casi in cui questo incida negativamente su diritti soggettivi, risulta essere esorbitante rispetto alla *ratio iuris*: si impone, dunque, un'interpretazione restrittiva nel senso innanzi evidenziato.

2. L'introduzione di tali concetti nel processo penale comporta che la disapplicazione di provvedimenti *restrittivi* (d. *in bonam partem*) risulta essere vantaggiosa per il soggetto destinatario dell'atto non solo perché attraverso essa la sfera giuridica di questi, illegittimamente lesa, riacquisisce l'originaria espansione (ricomponendosi, così, la lesione del diritto soggettivo), ma anche perché tale vicenda disapplicativa conduce ad una pronuncia di assoluzione del privato: infatti qualora il reato presupponga un provvedimento amministrativo *restrittivo*, il giudice ordinario, come si cercherà di dimostrare più avanti, può di certo sindacare la legittimità dello stesso e, nel caso in cui il giudizio incidentale sull'atto risulti negativo, lo disapplica escludendo così l'antigiuridicità del comportamento ed assolvendo l'imputato perché il fatto non costituisce reato.

Viceversa la disapplicazione, da parte del giudice penale, di provvedimenti *ampliativi* (d. *in malam partem*) risulterebbe svantaggiosa per il cittadino non solo per il rilievo che attraverso di essa la sfera giuridica di questi, disconoscendosi l'ampliamento che aveva acquisito, viene in via di fatto compressa, ma anche perché tale vicenda disapplicativa porterebbe inevitabilmente ad una pronuncia di condanna del privato che ha agito sulla base di quell'atto: nell'ipotesi in cui la fattispecie criminosa presupponga un provvedimento *ampliativo*, il giudice penale verrebbe a sindacare la legittimità di atti che « lungi dal comportare una lesione di un diritto soggettivo, rimuovono invece un ostacolo al loro libero esercizio (nulla osta, autorizzazioni) o addirittura li costituiscono (concessioni) » (7). Qualora si ritenga che il giudice, nel caso di giudizio incidentale negativo, possa

(6) Cfr. P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli 1979, 19 ss., 24.

(7) Cass., Sez. Un., 31 gennaio 1987, in questa *Rivista* 1987, I, 328. Più di recente, in questo senso, Cass., Sez. III, 20 gennaio 1989 n. 375, in *Riv. pen. econ.* 1989, n. 1, 193. Tale pronuncia, dopo aver riaffermato l'ormai consolidato orientamento diretto a negare ogni equiparazione tra costruzione eseguita senza concessione edilizia e costruzione eseguita con concessione edilizia illegittima, rileva che alla mancanza della concessione sono equiparabili i casi in cui essa sia stata emessa da organo assolutamente privo del potere di provvedere o in cui il provvedimento sia frutto di attività criminosa del soggetto pubblico concedente o della collusione tra questi ed il privato che lo consegue. Tuttavia in senso contrario cfr. Cass., Sez. III, 9 gennaio 1989, Biscaglia, in *Foro it.* 1989, II, 297, con osservazioni di C.M. BARONE.

disapplicare l'atto, inevitabilmente ne seguirebbe una sentenza di condanna del privato che ha agito sulla base di quell'atto stesso.

Ora, dato che in campo penale, per un evidente « errore di grammatica giuridica » (8), si è fatto uso del potere di disapplicazione non solo in relazione ai provvedimenti che incidono riduttivamente su posizioni giuridiche soggettive del destinatario, ma anche nell'ipotesi in cui l'atto stesso costituisca per lui fonte di nuove facoltà (9), si impone un'inversione di tendenza (10) che consenta l'utilizzo dell'istituto in esame unicamente nella prima ipotesi, cioè *in bonam partem*: si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla fattispecie prevista dall'art. 663 cpv. cod. pen. che incrimina l'affissione di scritti o disegni ovvero mezzi luminosi o acustici senza osservare le prescrizioni dell'Autorità amministrativa. Si pensi inoltre all'ipotesi di cui all'art. 665, comma 3, cod. pen. che

(8) Così NIGRO, *Le giurisdizioni sui pubblici poteri tra sistema normativo e spinte fattuali*, in *Riv. dir. proc. amm.* 1984, 453 ss., il quale — ancora più categoricamente — afferma: « Mi scandalizzo quando un giudice penale... non accerta soltanto l'esistenza dell'atto amministrativo, l'unica cosa di cui esso sia legittimato ad occuparsi, ma indaga se l'atto abilitativo sia legittimo o illegittimo ».

(9) Cfr. Cass., Sez. III, 9 gennaio 1989, Bisceglia, in *Foro it.* 1989, II, 297; Pret. Lucca, 3 maggio 1989, in questa *Rivista* 1989, I, 610. Inoltre, v. Pret. Agropoli 31 ottobre 1987, in *Giust. civ.* 1988, 545. La motivazione di tale pronuncia contiene non poche soluzioni criticabili. Dopo una inaccettabile negazione dell'art. 5, legge n. 2248 del 1865 quale fonte del potere di disapplicazione — su cui *infra* nota n. 87 — il Pretore arriva a fondare la propria tesi asserendo che la legge n. 47 del 1985 avrebbe comportato un radicale mutamento dell'oggetto giuridico della tutela: « non solo (e non tanto) l'interesse al controllo preventivo dell'autorità comunale sulle innovazioni del territorio, ma anche (e ancor di più) la rispondenza delle opere di trasformazione urbanistica alle norme di diritto sostanziale che disciplinano l'attività edilizia ».

Tuttavia la S.C., sia con la sentenza n. 195 del 1988 (secondo cui « in tema di repressione degli illeciti edilizi l'oggetto della tutela penale non si identifica nella conformità dell'opera all'assetto normativo, ma nell'interesse al controllo preventivo da parte dell'autorità amministrativa »), sia con la citata sentenza n. 3 del 1987 a Sez. Un., ha individuato in modo incontrovertibile l'interesse tutelato nell'opportunità di « sottoporre l'attività edilizia al preventivo controllo della pubblica amministrazione ». Del resto la stessa Corte, respingendo la tesi abbracciata anche dal Pretore di Agropoli, richiama espressamente, sia pure tra parentesi, la legge n. 47 del 1985 e c'è da credere che se l'oggetto giuridico tutelato dall'art. 20, lett. b), fosse mutato rispetto al corrispondente art. 17, lett. b), legge n. 10 del 1977, certamente un aspetto di sì notevole momento sarebbe stato comunque evidenziato dalla Suprema Corte. In ogni caso, a voler tacere d'altro e pur non volendo aderire a quanto ora detto in punto di oggettività giuridica, è inconfutabile la violazione del principio di tassatività — su cui *infra* nel testo — da parte della tesi del Pretore di Agropoli, l'impostazione del quale, pertanto, non appare condivisibile. Per una più approfondita disamina cfr. P. TANDA, *La disapplicazione da parte del giudice penale*, cit., 173 ss.

(10) Cfr. Cass., Sez. III, 13 gennaio 1988 n. 193: « In virtù del combinato disposto degli artt. 4 e 5, legge 20 marzo 1865 n. 2248, All. E, il giudice penale deve disapplicare l'atto amministrativo soltanto quando esso per la sua illegittimità venga ad incidere negativamente su posizioni soggettive, determinandone la compressione. Ne deriva che va disapplicata la revoca di un'autorizzazione allo scarico, emessa in base ad analisi inutilizzabili perché eseguite senza preventivo avviso al titolare ».

Sul punto cfr. anche Cass., Sez. III, 8 febbraio 1974, Massaccesi, in *Giust. civ.* 1976, voce *Edilizia* n. 43; Cass. pen., Mass. 1975, 986; Cass., Sez. III, 14 aprile 1981, Di Donato, in *Riv. pen.* 1982, 297; Cass., Sez. III, 13 gennaio 1988 n. 193; Cass., Sez. III, 20 gennaio 1988 n. 673; Cass., Sez. III, 6 febbraio 1988 n. 1587, in *Riv. pen.* 1988, 355; Cass., Sez. III, 5 marzo 1988 n. 3082, in *Riv. pen.* 1988, 7749 e Cass., Sez. III, 20 gennaio 1989 n. 375 cit. alla nota 7.

punisce il fatto di chi conduce agenzie di affari, stabilimenti od esercizi pubblici non rispettando le prescrizioni dell'Autorità (11).

In questi casi la legittimità di tali prescrizioni sebbene non rientri, quale elemento costitutivo, nella struttura tipica della fattispecie normativa, è comunque sindacabile dal giudice penale il quale, accertate per illegittime le prescrizioni dell'Autorità amministrativa contenute nella licenza, le disapplica assolvendo il contravventore con la formula « il fatto non costituisce reato » (12).

Del resto la stessa S.C. sembra essersi posta in questo senso con l'ordinanza del 13 marzo 1985 (13), affermando che l'art. 5, legge n. 2248 del 1865 non prevede

(11) Analogamente si è ritenuto di poter far ricorso al potere di disapplicazione in *bonam partem* anche nell'ipotesi di inosservanza ad una illegittima ordinanza sindacale di sospensione dei lavori edili: cfr. Pret. Castelfranco Veneto 23 maggio 1975, in questa *Rivista* 1976, I, 648 ss.: secondo quest'orientamento giurisprudenziale « all'Autorità Giudiziaria è pacificamente consentito di esaminare la legittimità, quanto meno formale, di un atto amministrativo per la sua eventuale disapplicazione ». Pertanto il giudizio di legittimità, in ordine al provvedimento del Sindaco diretto ad interrompere l'attività edificatoria, è certamente negativo nell'ipotesi in cui tale provvedimento sia privo del suo presupposto giuridico, cioè l'assenza della concessione edilizia: « il giudizio incidentale negativo sull'atto *de quo* comporta appunto la sua *disapplicazione* nel senso della non riconoscibilità degli effetti connessi con l'atto » con la conseguenza che l'imputato deve andare assolto dal reato ascritto gli perché il fatto non costituisce reato.

Sul punto vd. anche Cass., Sez. III, 2 maggio 1974, Futuri, in *Giur. it.* 1975, II, 423; Pret. Padova 12 aprile 1973, Bustrio, in *Giur. merito* 1973, III, 193. In dottrina: CACCIAVILLANI, *Illegittimità dell'ordinanza di sospensione dei lavori e reato di abusiva prosecuzione della costruzione*, in *Giur. merito* 1976, III, 49 ss.; Id., *Illegittimità del diniego di licenza edilizia e reato di costruzione abusiva*, ivi 1973, III, 193; CICALA, *Reato di costruzione senza licenza edilizia e comportamento illegittimo della pubblica amministrazione*, in *Giur. it.* 1975, II, 423. Secondo DE ROBERTO G., *Le sanzioni penali*, in A. e G. DE ROBERTO, *Le sanzioni urbanistiche, amministrative e penali*, Milano 1978, 96 ss., « non pare pertinente... anche in questo caso il richiamo alle idee in tema di disapplicazione dell'atto amministrativo del giudice penale ».

(12) *Contra* R. VILLATA, *Disapplicazione*, cit., 123 ss. Tale Autore, pur avvertendo che le ipotesi prospettate nel testo aprono « un grave problema », afferma che « se la prospettiva esatta conduce alla ricostruzione della fattispecie, e se in essa l'illegittimità dell'atto non è elevata ad elemento costitutivo, il cennato orientamento non può essere condiviso. Del resto, siccome l'identificazione dei fatti da sanzionare penalmente e la descrizione delle relative fattispecie è rimessa in larga misura alla scelta del legislatore, non vi sarebbe nulla di strano se si dovesse concludere che... il legislatore ha inteso vincolare all'osservanza delle cautele imposte dall'autorità amministrativa, fino al momento in cui, esercitata la potestà di adire il giudice competente, esse non vengono caducate in quanto riconosciute illegittime ».

Tali affermazioni — come sarà ribadito *infra* nel testo — non appaiono condivisibili anche per il fatto che il potere di disapplicazione trova la sua giustificazione proprio in considerazione dell'esigenza, ispiratrice della legge n. 2248 del 1865, di tutelare il cittadino nei confronti di provvedimenti amministrativi illegittimi: è poco credibile che, nell'ipotesi prospettata nel testo, il privato debba essere pregiudicato dall'atto illegittimo ed osservarlo fino alla sua caducazione.

(13) Cass., Sez. III, 13 marzo 1985, Meraviglia, in questa *Rivista* 1986, I, 273 e in *Foro it.* 1986, II, 84, con nota di FURNASARI. Tuttavia ancora prima di tale pronuncia va segnalata un'interessante sentenza della S.C. secondo cui sul merito della revoca di una licenza edilizia difetta la competenza del giudice ordinario che però può sindacarne i presupposti per accertare se da parte della P.A. si è fatto uso legittimo del potere conferito, al fine di disapplicare l'atto amministrativo illegittimo (fattispecie relativa a contravvenzione per prosecuzione di lavori di sopraelevazione di un edificio nonostante la revoca della licenza precedentemente concessa): Cass., Sez. III, 8 febbraio 1974, Massaccesi, in *Giust. civ. Rep.* 1976, voce *Edilizia* n. 43; *Cass. pen. Mass.* 1975, 986.



affatto un potere generalizzato di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi da parte del giudice penale « per esigenze di diritto oggettivo », ma che, all'opposto, tale disposizione normativa contiene un precetto complementare al precedente art. 4, legge cit., sicché il sindacato di legittimità sull'atto amministrativo deve restare *rigorosamente limitato* ai soli atti « incidenti negativamente su diritti soggettivi », a condizione, però, che si tratti di un mero accertamento incidentale, lasciando, così, inalterati gli effetti tipici che l'atto è in grado di produrre al di fuori del giudizio. Invece il potere di disapplicazione va escluso allorché debba incidere su atti amministrativi che non ledono diritti soggettivi ma al contrario rimuovono un ostacolo al loro libero esercizio (nulla-osta, autorizzazioni) ovvero li costituiscono (concessioni): va pertanto esclusa ogni forma di disapplicazione *in malam partem*, essendo consentita unicamente quella *in bonam partem*. Anche la nota decisione a Sezioni Unite penali del 31 gennaio 1987 n. 3 sembra essersi collocata in tal senso, rilevando che l'orientamento in parola è certamente quello « più aderente ai principi e alla *ratio* ispiratrice della citata legge del 1865 »: l'istituto della disapplicazione, limitato ai soli atti che incidono negativamente su diritti soggettivi, è diretto esclusivamente alla tutela dei diritti del cittadino e non può in alcun modo comportare, a meno di non voler violare il principio della divisione dei poteri, « l'attribuzione al giudice penale di un potere di controllo e di ingerenza esterna sull'attività amministrativa e, quindi, l'esercizio di un'attività gestionale che dalla legge è, invece, demandata in via esclusiva ad altro potere dello Stato » (14).

A) Un atteggiamento più radicale è stato assunto da chi ha ritenuto di escludere *del tutto* la possibilità di estendere alla giurisdizione penale la normativa prevista dagli artt. 5 e 4, comma 2, legge cit. riconoscendo al G.O. il più ampio sindacato in ordine agli atti amministrativi: la *ratio* della disciplina contenuta nella legge n. 2248 del 1865 non ricorrerebbe nei confronti del giudice penale. Infatti la cognizione di un atto amministrativo da parte del giudice penale non presenta mai il pericolo di un intervento nella sfera del potere amministrativo, dato che si tratta sempre di una cognizione che non porta ad una pronuncia costitutiva inerente all'atto stesso, ma ad una pronuncia meramente dichiarativa, emanata *incidenter tantum* al solo scopo di accertare l'esistenza o meno di un reato. Ed inoltre tale pronuncia, data la sua natura, non può acquisire autorità di cosa giudicata nel giudizio civile o — secondo questo orientamento dottrinale — amministrativo, non rientrando nelle ipotesi di cui agli artt. 27 e 28 cod. proc. pen. del 1931. Tale conclusione sarebbe, inoltre, perfettamente conforme ai principi processuali penali della libera ricerca della verità storica e del libero convincimento del giudice: se, da un lato, è necessario che il giudice penale non venga vincolato dalle limitazioni probatorie proprie del processo civile, d'altro lato è necessario che all'accertamento in sede penale non si frappongano gli ostacoli nascenti dal sistema dei rapporti tra giurisdizione civile e amministrativa (15).

Inoltre la S.C. ha avuto modo di affermare che il Sindaco nell'effettuare la parziale revoca o l'annullamento di ufficio di una licenza edilizia, deve seguire il medesimo *iter* necessario per l'emanazione del provvedimento (nella specie è stata ritenuta illegittima la modifica di una concessione avvenuta con semplice lettera): Cass., Sez. III, 14 aprile 1981, Di Donato, in *Riv. pen.* 1982, 297.

(14) Cass., Sez. Un., 31 gennaio 1987, Giordano, in questa *Rivista* 1987, I, 328. *Contra* Cass., Sez. III, 9 gennaio 1989, Bisceglie e tra le altre, Pret. Lucca 3 maggio 1989, citt. alla nota 9.

(15) Cfr. VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv.*

B) Un differente orientamento dottrinale ha tentato di operare una pregevole ricostruzione dommatica del tema distinguendo tra atti a rilevanza esterna e diretta ed atti a rilevanza interna e indiretta (16).

Nella prima categoria vi rientrerebbero innanzitutto gli atti amministrativi a contenuto generale: dato l'espreso riferimento dell'art. 5, legge n. 2248 del 1865 ai « regolamenti generali e locali », esattamente si parla di « disapplicazione da parte del giudice penale dei regolamenti illegittimi contenenti norme penali, anche se solo per la parte meramente precettiva (es. provvedimenti in materia valutaria) o meramente sanzionatoria, o integrativi della norma penale in quanto qualificanti un suo elemento normativo (es. elenco degli stupefacenti, elenco delle armi, etc.) ». Sempre nella categoria degli atti a rilevanza esterna e diretta rientrerebbero gli atti amministrativi in senso stretto che operano o su di un piano sostanziale (provvedimento amministrativo col quale si ammette un soggetto all'oblazione; provvedimento di concessione della grazia) ovvero su di un piano processuale (richiesta di procedimento o autorizzazione a procedere del Ministro di Grazia e Giustizia): anche in questa ipotesi sarebbe impossibile contestare la disapplicabilità di tali atti se illegittimi (17). Diversa, invece, è la soluzione adottata — dall'orientamento dottrinale in esame — relativamente alla seconda categoria, quella degli atti a rilevanza interna e indiretta: si tratta di ipotesi in cui « il provvedimento amministrativo (ordine, autorizzazione etc.) è previsto dall'ordinamento, come di consueto, per una funzione tipica extrapenale, ma riceve all'interno di una figura criminosa un ulteriore momento di rilevanza (penale) di

*it. dir. proc. pen.* 1965, 31 ss. Tale Autore afferma inoltre che « l'art. 19 cod. proc. pen. — (del 1931) — prevede una sola ipotesi di pregiudiziale assolutamente devolutiva: la questione di stato personale. Ciò significa che al giudice penale la legge consente la più ampia libertà di indagine in tutte le altre materie di carattere civile o amministrativo, qualora dall'indagine nell'ambito di tali materie e dal conseguente accertamento incidentale possa dipendere la decisione sull'esistenza del reato ». Per una critica a tale orientamento ci sia consentito di rinviare, oltre che alle osservazioni contenute *infra* nel testo, alle condivisibili obiezioni sollevate sia da PETRONE, *La tutela penale*, cit., 224, sia da FORNASARI, *Costruzione edilizia*, cit., 234 e nota 5. Su posizioni non difformi sembra collocarsi T. GALLANI, *Sindacato giudiziario*, cit., 313 ss. il quale ritiene che, in relazione alla disciplina del procedimento di accertamento della legittimità dell'atto, è lecito dubitare se la competenza del G.O. non debba derivare da quelle norme processuali comuni (art. 20 cod. proc. pen. — del 1931 —) che si fondano sul principio dell'unicità del potere giurisdizionale, escludendo così ogni autonoma rilevanza dell'art. 5, legge n. 2248 del 1865 in relazione al giudice penale.

Vd. anche VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi*, cit., 95 ss. Secondo tale Autore, che arriva ad affermare la non operatività di tale schema anche nello stesso processo civile, « il gioco della cognizione principale — cognizione incidentale è collegato, nel processo civile, al problema del riparto delle giurisdizioni estraneo al processo penale. Inoltre nel giudizio civile viene in discussione la disciplina autoritativamente imposta dal provvedimento alle relazioni giuridiche intersubiettive, in cui la parte chiede, in buona sostanza, il disconoscimento. Nel processo penale, invece, l'oggetto del decidere è accertare o meno la sussistenza di un reato. Insomma nel giudizio penale non trovano posto quelle specifiche tematiche, quali la distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi, i rapporti tra cognizione principale ed incidentale, l'incidenza sulle relazioni intersubiettive, che costituiscono il presupposto della c.d. disapplicazione ».

Cfr., inoltre, RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, Milano 1984, 389 ss. Per una critica a tale orientamento dottrinale si rinvia *infra* nel testo.

(16) PETRONE, *La disapplicazione dell'atto amministrativo*, cit., 55 ss.; ID., *La tutela penale degli ordini amministrativi*, cit., 186 ss.

(17) PETRONE, *La disapplicazione*, cit., 70.

vario tipo, attraverso il suo richiamo, esplicito o implicito, da parte della norma incriminatrice ». Siffatta rilevanza può assumere diverse forme che si possono ricondurre a cinque casi, distinti in base al ruolo svolto dall'atto amministrativo, a seconda, cioè, che l'atto assuma la funzione di presupposto della condotta, di circostanza, di scriminante, di condotta, di oggetto materiale della stessa. In tali casi, secondo l'orientamento in parola (18), « non si tratta né di applicabilità né di inapplicabilità dell'atto amministrativo, ma puramente e semplicemente di verifica dei requisiti che il provvedimento deve presentare ai fini dell'integrazione del fatto penalmente rilevante ».

Tale impostazione non appare condivisibile né in relazione agli *atti restrittivi*, né a quelli *ampliativi*.

Infatti, quanto ai primi, l'autorevole dottrina in esame, dopo una quanto meno discutibile affermazione diretta ad escludere in via generale che l'atto, per concretizzare il dovere penale di osservanza, debba essere *sempre* ed integralmente legittimo, arriva a sostenere che i requisiti di legittimità dell'ordine — perché si possa ritenere integrato il reato — sono quelli richiesti dalla tutela dell'interesse protetto. Dato che la norma penale tutela non la *disobbedienza come tale* ma l'interesse alla prestazione in funzione del quale l'ordine è stato previsto, il provvedimento deve avere tutti i requisiti necessari per tutelare tale interesse: ciò comporta che il provvedimento stesso « deve essere legittimo, anche se ciò non è espressamente previsto nella disposizione penale » (19).

Tale orientamento non sembra che possa essere condiviso quanto meno per il suo palese contrasto col principio di tassatività (20) e con quello di offensività: nell'apprezzabile sforzo di dare al problema una soluzione « elastica » attraverso una disamina, caso per caso, dell'*interesse protetto* e della *ratio* dell'incriminazione, si finisce per accedere ad una impostazione alquanto macchinosa che non sembra soddisfare quelle esigenze di certezza imprescindibili in materia penale.

Indubbiamente la ricostruzione delle « finalità di tutela » — come asserisce la dottrina in oggetto — è opera consueta per l'interprete, ma sempre nel più assoluto rispetto del principio di tassatività: diversamente si correrebbe il rischio di aprire la strada ad interpretazioni fondate su dati non oggettivi ma soggettivi con evidente pregiudizio in termini di certezza del diritto.

Analoghi rilievi critici possono essere mossi alla teoria in esame anche relativamente agli *atti ampliativi*: in tali ipotesi il potere di disapplicazione va certamente escluso ma sulla base di motivazioni differenti da quelle avanzate dalla dottrina in parola. Anzi in relazione al reato di costruzione edilizia senza concessione, individuando l'interesse tutelato nell'« ordinato assetto del territorio » e non nel « governo dello stesso », tale orientamento sembra accedere ad una nozione sostanziale dell'illecito urbanistico che è stata respinta anche dalla nota sentenza a Sezioni Unite penali del 1987 n. 3.

(18) PETRONE, *op. cit.*, 72.

(19) PETRONE, *op. cit.*, 86.

(20) Pertanto opportunamente, in materia di misure di prevenzione, la giurisprudenza ha escluso, per effetto del potere di disapplicazione, la sussistenza del reato nell'ipotesi di disobbedienza ad un ordine di rimpatrio illegittimo, anche se l'art. 2, legge n. 1423 del 1956 non prevede espressamente il requisito della legittimità. *Contra*, PETRONE, *op. cit.*, 86.

Pertanto la tesi della disapplicazione, tutt'altro che « antica » (21), se va esclusa certamente in relazione agli *atti ampliativi*, è da ritenere tuttora valida in relazione agli *atti restrittivi*.

C) Secondo una contrapposta corrente dottrinale e giurisprudenziale (22) il

(21) PETRONE, *op. cit.*, 102.

(22) Cfr. Cass., Sez. III, 9 gennaio 1989 Bisceglie; Pret. Lucca, 9 maggio 1989, citt. alla nota 9; Pret. Agropoli 31 ottobre 1987, cit. *ibidem*, annotata criticamente da P. TANDA, *La disapplicazione da parte del giudice penale*, cit.; Pret. Roma 16 gennaio 1986, in questa *Rivista* 1986, I, 876, con nota contraria di BELLOMIA, *Ancora in tema di disapplicazione della concessione edilizia*, cit.; Pret. Clusone 8 maggio 1986, in *Giur. merito* 1986, 896 ss. con nota contraria di R. CACCIN, *La concessione di edilizia rilasciata senza l'acquisizione del nulla-osta* cit.; tra le altre, Cass. 31 maggio 1983, Zanotti, in *Cass. pen.* 1984, 1802. In dottrina: cfr. A. DI FRANZIA, *Abusivismo edilizio per licenza o concessione edilizia illegittima e poteri del giudice penale*, in *Giur. merito* 1981, 498 secondo tale Autore se l'atto autorizzato è illegittimo esso, per certo, non può essere invocato come valido presupposto per legittimare l'edificazione. Il Pretore, quindi, in perfetta applicazione di quanto disposto dall'art. 5 della legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. E), deve disapplicare tale licenza, per cui l'attività edilizia viene a trovarsi senza il suo indispensabile presupposto per poter esser ritenuta lecita.

Vd. anche G. PIFFERI, *Reato edilizio per parziale e totale difformità dei lavori*, in questa *Rivista* 1979, II, 247: alla costruzione senza concessioni va parificata l'ipotesi di costruzione in forza di concessione del tutto illegittima, perché in contrasto con gli strumenti urbanistici. Ciò perché, secondo l'Autore, il giudice ha il potere di disapplicare (e quindi ritenere non esistente) l'atto amministrativo illegittimo, con cui sia stata consentita al privato un'attività altrimenti vietata.

A. IANNELLI, *Le violazioni edilizie amministrative, civili e penali*, Milano 1981, 481, ritiene che la disposizione di cui alla lett. b) dell'art. 17 non presupponga la mancanza della concessione, ma punisce chi costruisce in difformità degli strumenti urbanistici vigenti nel comune. La presenza della concessione non legittima pertanto la condotta antigiuridica del costruttore; rientra nell'illecito il comportamento del privato e, a titolo di concorso, anche quello degli amministratori comunali che hanno rilasciato la concessione. Tale Autore, in linea con l'impostazione che assume in tema di legislazione urbanistica, finisce per accedere ad una nozione sostanziale di illecito: la *ratio* dell'art. 17, lett. b), legge n. 10 del 1977 (ora art. 20, lett. b), legge n. 47 del 1985) sarebbe quella di rendere in generale punibile chiunque costruisca in modo difforme dagli strumenti urbanistici del comune.

A parte la chiara violazione della lettera della legge, va ribadito che la S.C., con la nota sentenza a Sez. Un., in modo inequivocabile ha escluso la possibilità di « ritenere che la disposizione di cui all'art. 17, lett. b), legge 28 gennaio 1977 n. 10 (ora art. 20 lett. b), legge 28 febbraio 1985 n. 47) sia funzionale alla tutela dell'interesse all'osservanza delle norme di diritto sostanziale che disciplinano l'attività edilizia... » dato che « come è stato ormai ripetutamente precisato da questa S.C. con giurisprudenza consolidata (nonché della Corte costituzionale con la nota sentenza n. 47 del 1979), l'interesse tutelato da tale norma è quello pubblico di sottoporre l'attività edilizia al preventivo controllo della pubblica amministrazione, con conseguente imposizione, a chi voglia edificare dell'obbligo, di richiedere l'apposita autorizzazione amministrativa; per cui il reato *de quo* sussiste anche se il privato — che non ha chiesto o comunque non ha ottenuto la detta autorizzazione (denominata concessione) — abbia costruito o iniziato a costruire nel pieno rispetto delle norme sostanziali che disciplinano l'attività edilizia ».

Cfr. anche M. VASCELLARI (*Costruzioni abusive, diritto al risarcimento del vicino e costituzione di parte civile*, in *Riv. dir. civ.* 1977, 42) che non ritiene sussistere il reato quando la costruzione, pur eseguita in violazione delle norme urbanistiche, sia avvenuta su conforme licenza edilizia.

Sul punto cfr. V. GIUFFRÈ, *Il regime delle trasformazioni urbanistiche ed edilizie*, Napoli 1979, 193 ss. Secondo tale Autore non si comprende perché si insista da qualche esegeta a ritenere che la lett. b), legge n. 10 del 1977 non presupporrebbe sempre la mancanza della concessione, ma punirebbe anche chi, pur munito di concessione, costruisce comunque in buona fede, nonostante si tratti di ipotesi contravvenzionale.

« in questo, come in ogni altro caso... ». Tale inciso farebbe riferimento a due distinte ipotesi: la prima è quella indicata dal precedente art. 4 in cui il giudice viene adito per la lesione di un diritto soggettivo; la seconda ipotesi si riferirebbe a qualsiasi altro caso diverso da quelli rientranti nella prima ipotesi.

Pertanto, secondo quest'orientamento l'art. 5, legge cit. conferisce alla giurisdizione ordinaria lo stesso potere di disapplicazione sia nella prima ipotesi in cui sussiste un atto che lede un diritto sia nella seconda ipotesi in cui sussiste un atto che costituisce un diritto.

Su tale punto, tuttavia, la migliore dottrina ha posto in evidenza che l'art. 5 con l'inciso « in questo, come in ogni altro caso » intende far riferimento tanto alle ipotesi in cui il comportamento lesivo è tenuto dalla P.A. quanto a quelle in cui tale comportamento lesivo è tenuto da un privato (25).

Certo, la distinzione tra atti amministrativi lesivi di diritti soggettivi ed atti che invece li costituiscono è nata nell'ambito del processo civile: tuttavia la sua estensione al processo penale costituisce un ineliminabile passaggio logico essendo l'unica via per poter arrivare ad un approccio alla problematica in esame sulla base di dati oggettivi che consentano il rispetto, in particolare, del principio di tassatività.

Analogamente debole sembra l'ulteriore argomento addotto a sostegno di questa particolare impostazione. Tale argomento consiste nel fatto che le Sezioni Unite della Corte di cassazione, nella nota sentenza n. 3 del 1987, dopo aver limitato la disapplicazione agli atti che ledono diritti soggettivi e dopo aver affermato che « ciò per altro, non esclude che in determinati casi, il giudice penale possa conoscere dell'illegittimità dell'atto amministrativo », ammetterebbero che comunque esistono « determinati casi » in cui il giudice penale dovrebbe *disapplicare* l'atto amministrativo anche se non lesivo del diritto soggettivo (26).

Tuttavia va rilevato in senso contrario che quei « determinati casi » cui si riferisce la S.C. non hanno nulla in comune con la disapplicazione. In tali ipotesi, infatti, il giudice può certo « conoscere dell'illegittimità dell'atto amministrativo » ma non disapplicarlo: lo dice a chiare lettere la stessa Corte allorché afferma che tale potere (che non è quello disapplicativo) può trovare la sua fonte o in una espressa previsione legislativa (es.: art. 650 cod. pen.) o nell'ambito dell'interpretazione ermeneutica di una norma « qualora — aggiunge opportunamente la S.C. — l'illegittimità dell'atto amministrativo si presenti, essa stessa, *come elemento essenziale della fattispecie criminosa* ».

Ed infatti non è dato parlare di disapplicazione quando la qualificazione in termini di legittimità-illegittimità del provvedimento amministrativo è contemplata tra gli elementi costitutivi della fattispecie criminosa: qui — come sarà eviden-

(25) Cfr. P. VIRGA, *Diritto Amministrativo*, vol. 2, Milano 1988, 242. Secondo tale Autore, in linea con l'orientamento dottrinale prevalente, del potere di disapplicazione « il giudice ordinario può avvalersi non solo quando il provvedimento amministrativo è posto in essere dall'amministrazione (« in questo caso » di cui all'art. 5), ma anche quando il comportamento lesivo è stato posto in essere dal privato, il quale, a giustificazione del proprio operato, invoca un provvedimento emanato dall'amministrazione (« in ogni altro caso » di cui all'art. 5). Ciò avviene, ad es., quando il privato, nell'eseguire una costruzione, viola il diritto soggettivo del vicino, adducendo a giustificazione che è stato a ciò abilitato da una concessione edilizia ». Vd. sul punto anche ZANOBINI, *Corso*, II, 162; BENVENUTI, *Appunti*, 259; MONTESANO, *Processo civile*, 47.

(26) F. PALMISANO, *op. cit.*, 30.

ziato meglio in seguito — il giudice conoscerà dell'atto *principaliter* e non *incidenter tantum*. La disapplicazione presuppone la presenza, tra gli *essentialia delicti*, non dell'illegittimità ma solo del provvedimento amministrativo *restrittivo*. La legge penale, pertanto, fissa i limiti non del potere di disapplicazione ma della fattispecie criminosa descrivendone dettagliatamente l'aspetto strutturale: se in tale ambito è ricompreso anche un provvedimento amministrativo *restrittivo* prescindendo da una qualificazione di quest'ultimo in termini di legittimità-illegittimità, solo in tale caso può dirsi sussistente il potere disapplicativo, potere che trova il suo fondamento nella legge abolitrice del contenzioso amministrativo e non nella norma penale.

Il c.d. « sistema del doppio binario » (disapplicazione *in bonam partem* consentita e disapplicazione *in malam partem* vietata) ha certamente un fondamento oltre che logico anche giuridico e non può essere considerata fonte di pericolosi equivoci, anzi è l'unica via che consente una impostazione del problema nel rispetto di principi fondamentali altrimenti compromessi.

Analogamente presta il fianco a critiche l'affermazione secondo cui la legge n. 47 del 1985, per effetto del disposto di cui all'art. 6, avrebbe modificato l'oggetto tutelato dal diritto urbanistico: gli interessi protetti sarebbero due e cioè quello strumentale, costituito dal controllo preventivo delle trasformazioni urbanistiche, e quello finale, consistente nell'obbligo a che le trasformazioni siano conformi alla programmazione urbanistica (27).

Ora, a parte quanto già rilevato in altra sede sul punto specifico dell'oggetto giuridico tutelato dalla legge n. 47 del 1985 (28), in relazione all'art. 6 la prevalente dottrina ha preferito interpretarlo nel senso di escludere che « la norma, parlando di responsabilità per inosservanza della normativa urbanistica e delle previsioni di piano, si sia proposta di far cadere sotto il regime sanzionatorio (con applicazione di quali sanzioni?) i casi in cui si sia dato vita ad interventi in conformità di un titolo illegittimo non ancora annullato: e ciò in quanto — alla stregua di ovvi principi — la *res* posta in essere sulla base di un titolo illegittimo, fino a quando l'annullamento non sia stato pronunciato, è in tutto da assimilare alla *res* posta in essere sulla base di un titolo legittimo. L'interpretazione più verosimile — continua tale dottrina — è quella di ritenere che il legislatore abbia inteso, con la legge di conversione del d.l. n. 146 del 1985, assicurare un nuovo e più favorevole trattamento (esenzione da ogni sanzione amministrativa) al direttore dei lavori nel caso di annullamento del titolo illegittimo dopo che le opere sono state realizzate in presenza del titolo e in conformità con lo stesso » (29).

D) Secondo una teoria intermedia — su cui vedi *amplius* in nota — la realizzazione di una costruzione effettuata in presenza di un titolo concessorio illegittimo rientra nell'ipotesi tipica prevista dalla lett. a) e non dalla lett. b) dell'art. 17, legge n. 10 del 1977 (30).

(27) F. PALMISANO, *op. cit.*, 32.

(28) P. TANDA, *La disapplicazione da parte del giudice penale*, cit., 179 ss.

(29) A. DE ROBERTO, *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni*, a cura di A. PREDIERI, Roma 1985, 156. Commento all'art. 6, legge n. 47 del 1985.

(30) Cfr. Pret. Alghero 7 gennaio 1985, in *Foro it.* 1986, II, 118; Cass. 15 marzo 1982, Basso, in *Cass. pen.* 1983, 1856 ss. Nella motivazione di tale sentenza la S.C. — dopo aver precisato che di concessione illegittima può parlarsi solo quando tale concessione

e 698 cod. pen. (35). E proprio l'art. 650 cod. pen. in passato veniva indicato come un caso esemplare di disapplicazione in campo penale (36), sottolineandone il collegamento con l'art. 5, legge n. 2248 del 1865.

Tale impostazione, tuttavia, non può essere condivisa. Dato che l'illegittimità del provvedimento entra tra gli elementi costitutivi dell'ipotesi criminosa tipizzata dal legislatore, qui il compito del giudice penale « è quello di verificare la sussistenza o meno di una relazione di conformità tra fattispecie astratta e fatto in concreto realizzatosi, accertare cioè l'esistenza del reato, e tale accertamento viene esplicito non *incidenter tantum* ma *principaliter* anche in relazione alla valutazione di legittimità dell'atto amministrativo, non rilevando assolutamente l'istituto della disapplicazione » (37).

Né la soluzione potrebbe mutare nel caso in cui si sottolinei che, collegandosi la qualificazione dell'atto in termini di legittimità-illegittimità alla problematica dell'elemento normativo, la ricorrenza di un tale elemento nell'ambito del profilo strutturale della fattispecie criminosa « impone la verifica della sua produttività di effetti conformi alla norma e tale operazione può avere come epilogo *solo* la disapplicazione dell'atto amministrativo... » (38).

Già da tempo la dottrina ha distinto, nell'ambito del fatto di reato, tra *elementi descrittivi*, i quali indicano in via immediata, col solo significato terminologico, realtà di carattere naturalistico (es. incendio, animale ecc.) (39), ed *elementi normativi* (40), i quali postulano una « valutazione tutta speciale da parte

*Le contravvenzioni nel codice penale vigente*, Milano 1961, 202 ss.; V. MANZINI, *Trattato*, cit., vol. X, Torino 1964, 459 ss.

(35) « Chiunque trasgredisce all'ordine legalmente dato dall'Autorità di consegnare nei termini prescritti le armi o le munizioni da lui detenute, è punito con l'arresto non inferiore a nove mesi e con l'ammenda non inferiore a L. duecentoquarantamila ». Cfr. VILATA, *op. cit.*, 109 ss. secondo sui nella categoria in esame vi rientrerebbe anche, « a termini rovesciati », l'art. 51 cod. pen. nella parte in cui prevede, come causa di esclusione del reato, l'ordine legittimo.

(36) Così E. CANNADA BARTOLI, *Disapplicazione*, cit., 936-937; A. VENDITTI, *Dell'inosservanza dei provvedimenti*, cit., 461; E. BATTAGLINI, *Le ordinanze prefettizie di necessità e d'urgenza e l'art. 650 cod. pen.*, in *Giust. pen.* 1953, II, 891-892.

(37) P. TANDA, *La disapplicazione da parte del giudice penale*, cit., 180.

(38) Pret. Vallo della Lucania 12 febbraio 1986, Masarone, in *Riv. pen.* 1986, 906.

(39) MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova 1979, 100.

(40) Cfr. sul punto E. BATTAGLINI, *Diritto penale*, Padova 1949, 163; G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova 1966, 200 ss.; F. BRICOLA, *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel diritto di pubblicazioni e spettacoli osceni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1960, 764 ss.; ID., *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano 1965, 167 ss.; A. CRISTIANI, *Profilo dogmatico dell'errore su legge extrapenale*, Pisa 1955, 73 ss.; DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, 1930, 120 ss.; M. GALLO, *Dolo (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, 760 ss.; G. GRASSO, *Considerazioni in tema di errore su legge extrapenale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1976, 138 ss.; F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II, Milano 1947, 19-20; C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano 1961, 153 ss.; P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo 1948, 18 ss.; A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo 1960, 483 ss.; ID., *Fatto (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, 958 ss.; ID., *Appunti su alcuni elementi normativi contenuti nella legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1964, 420 ss.; ID., *Riserva di legge, elementi normativi e questioni pregiudiziali*, in *Indic. pen.* 1977, 381 ss.; F.C. PALAZZO, *L'errore su legge extrapenale*, Milano 1974, 5 ss.; A. PECORARO ALBANI, *Riserva di legge. Regolamento. Norma penale in bianco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1959, 762 ss.; ID., *Il reato di costruzione*, cit., 71 ss.; S. PIACENZA, *Errore ed ignoranza del diritto in materia penale*, Torino, 1960, 39 ss.; ID., *Rilevanza nel giudizio penale dell'errore sul fatto*

del giudice » (41), nel senso che il valore meramente terminologico non fa immediato riferimento ad una realtà di natura, individuabile con certezza, ma fornisce un criterio di valutazione per effetto del quale l'interprete deve far riferimento ad una norma extrapenale per l'esatta ricostruzione della fattispecie incriminatrice.

Nell'ipotesi in cui tra gli elementi costitutivi del reato sia previsto anche un *elemento normativo*, non può ritenersi che la mera presenza di quest'ultimo comporti la possibilità di far ricorso al potere di disapplicazione: infatti nel caso dell'art. 650 cod. pen., ad esempio, il giudice valuta la legittimità dell'atto alla stregua di tutti gli altri elementi costitutivi del reato: sebbene nella struttura della fattispecie penale sia inserito, quale elemento essenziale, una « valutazione del dato alla stregua di un'altra norma secondo lo schema tipico degli elementi normativi... », il giudice, lungi dal dover affrontare un problema di disapplicazione dell'atto, deve soltanto accertare che nel singolo caso concorrano tutte le circostanze integratrici della fattispecie legale » (42).

B) Particolarmente ampia ed interessante è la seconda categoria innanzi individuata, quella cioè in cui tra gli elementi essenziali della fattispecie criminosa è previsto il solo atto amministrativo e non anche la sua illegittimità: in tali casi è indispensabile che vi sia un provvedimento autorizzatorio della P.A. in quanto la sua mancanza è fonte di responsabilità penale. Si pensi alla formazione di un corpo armato (art. 653 cod. pen.), all'esercizio dell'arte tipografica, litografica o fotografica (art. 662 cod. pen.), alla vendita e distribuzione in luogo pubblico o aperto al pubblico di scritti e disegni (art. 663 cod. pen.), all'apertura e conduzione di agenzie d'affari e stabilimenti (art. 665 cod. pen.), agli spettacoli e trattenimenti in luogo pubblico (art. 666 cod. pen.), all'esercizio di mestieri girovaghi (art. 669 cod. pen.), alla fabbricazione o al commercio di sostanze esplodenti (art. 678 cod. pen.), alla fabbricazione o al commercio di armi (art. 695 cod. pen.), agli spari, al lancio di razzi o in generale alle accensioni pericolose nell'abitato (art. 703 cod. pen.), al commercio di cose preziose (art. 705 cod. pen.). Inoltre molte altre ipotesi sono contenute in leggi speciali: così, ad esempio, in materia urbanistica (art. 17, lett. b), legge n. 10 del 1977), in materia di beni culturali (artt. 11-59, legge n. 1089 del 1939), di beni ambientali (art. 21, legge n. 319 del 1976), di stupefacenti (art. 71, legge n. 689 del 1975), in materia valutaria (d.l. n. 31 del 1976), di mercato mobiliare (art. 10, legge n. 77 del 1983), ecc.

In tutti questi casi, diversamente dalla categoria precedente, il problema dell'illegittimità dell'atto e delle sue conseguenze penali non può risolversi solo sul piano della fattispecie penale e dei suoi elementi costitutivi: infatti, come già accennato in precedenza, una corretta interpretazione degli artt. 4 e 5, legge n. 2248 del 1865 induce ad operare, nella categoria in esame, un netto distinguo secondo che il fatto di reato sia strutturato in base alla tecnica dell'inserimento, tra i suoi elementi costitutivi, di un provvedimento amministrativo *ampliativo* o di un provvedimento amministrativo *restrittivo* della sfera giuridica del soggetto destinatario dell'atto.

*costitutivo del reato*, in *Giust. pen.* 1949, II, 193 ss.; D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano 1976, 214 ss.

(41) BETTIOL, *Manuale di diritto penale*, Padova 1982, 243.

(42) VILLATA, *op. cit.*, 120.



Soltanto nell'ipotesi in cui il profilo strutturale della fattispecie criminosa contenga, tra gli *essentialia delicti*, un provvedimento *restrittivo*, il giudice può sindacare la sua legittimità e, in caso di giudizio incidentale negativo, disapplicarlo assolvendo l'imputato perché il fatto non costituisce reato: infatti solo in tali casi può realizzarsi, attraverso l'illegittimità del provvedimento restrittivo, quella ingiusta lesione di diritti del cittadino che la legge n. 2248 del 1865 ha inteso evitare. In tali casi la disapplicazione, come già accennato in precedenza, risulta essere vantaggiosa per il soggetto destinatario dell'atto non solo perché attraverso esso viene eliminata l'illegittima lesione dei diritti del privato, riacquisendo così la sfera giuridica di questi l'originaria estensione, ma anche perché tale vicenda disapplicativa avrà in tal caso come suo naturale epilogo una pronuncia di assoluzione del privato stesso.

Diversa è l'ipotesi in cui sia un provvedimento (non restrittivo ma) *ampliativo* a rientrare nel fatto tipico di reato come suo elemento costitutivo. In questi casi, laddove tale provvedimento fosse illegittimo, è da escludersi decisamente il potere di disapplicazione di cui agli artt. 4 e 5 legge n. 2248 del 1865 in quanto non sussiste quell'esigenza di tutelare una lesione di diritti soggettivi: anzi, si tratta di atti che, lungi dal comportare siffatta lesione, rimuovono un ostacolo al loro libero esercizio (es. nulla osta, autorizzazioni) o addirittura li costituiscono (concessioni) (43). Del resto in tali ipotesi, come già si è avuto modo di constatare, la disapplicazione da parte del giudice penale risulterebbe svantaggiosa per il privato destinatario dell'atto non solo perché attraverso essa la sfera giuridica di questi, disconoscendosi l'ampliamento che aveva acquisito, viene in via di fatto compressa, ma anche perché tale vicenda disapplicativa condurrebbe immancabilmente ad una sentenza di condanna del soggetto che ha agito sulla base di quell'atto *ampliativo* illegittimo. Qui, a differenza dell'ipotesi precedente, non si pone assolutamente un problema di disapplicazione: si tratta soltanto di esaminare l'aspetto strutturale della fattispecie criminosa tipizzata dal legislatore ed accertare quali siano i suoi elementi costitutivi. Dato che nel caso in esame l'illegittimità dell'atto non è contemplata tra gli *essentialia delicti*, ciò che rileva è unicamente l'ontologica esistenza dell'atto (44) e non la sua illegittimità dovendosi escludere, agli effetti penali in discorso, ogni equiparazione tra atto amministrativo inesistente ed atto esistente ma illegittimo. Analogamente a quanto accertato in precedenza *sub A*), anche qui si tratta di un problema che attiene unicamente alla fattispecie penale: solo per tale via può escludersi la sussistenza del reato.

Anche in relazione ai *provvedimenti restrittivi* illegittimi va esclusa la sussistenza del reato ma non certo per la « lettera » della norma incriminatrice: anzi lo schema descrittivo della disposizione normativa non esclude testualmente l'esistenza del reato, scopo che poteva essere raggiunto costruendo la norma secondo

(43) Cass., Sez. Un., 31 gennaio 1987, Giordano, in questa *Rivista* 1987, I, 328.

(44) Cfr. PECORARO ALBANI, *Il reato di costruzione edilizia*, cit., 51, il quale già sotto il regime della legge n. 1150 del 1942 sosteneva che il rilascio di una licenza, sia pure illegittima, escludeva l'illecito allora previsto dall'art. 41, lett. b), legge cit. L'insigne Autore, tra l'altro, critica l'orientamento (MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., I, 581) che individua nel difetto della licenza una pura condizione di legittimità e respinge la tesi (CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova 1933, 55) che ravvisa nella licenza una causa di giustificazione: *op. cit.*, 55 ss.

il modulo tipico dell'art. 650 cod. pen., utilizzando cioè l'espressione di « atto legalmente dato ». Si pensi, ad esempio, a chi non rispetti le prescrizioni dell'Autorità nell'ipotesi di cui agli artt. 663 cpv. e 665, comma 3, cod. pen.: se le prescrizioni sono legittime il fatto indubbiamente costituisce reato; ma se, viceversa, le prescrizioni sono illegittime è da escludere un giudizio di disvalore penale del fatto. In quest'ultimo caso va negata l'esistenza del reato ma solo per effetto del potere di disapplicazione e non per la dizione letterale della norma che individua gli *essentialia delicti* (come, invece, nelle ipotesi di provvedimenti ampliativi). Potrebbe sussistere la fattispecie criminosa solo se gli artt. 663 e 665 cod. pen. facessero riferimento, giusta il modello di cui all'art. 650 cod. pen., a prescrizioni « legalmente date »: soltanto in simili casi il giudice potrebbe valutare, ma in via principale e non incidentale, la legittimità dell'atto. Visto, però, che l'illegittimità non è prevista nella struttura della fattispecie criminosa, la presenza di un *provvedimento restrittivo* illegittimo consente di escludere la sussistenza del reato solo attraverso la via della disapplicazione (*in bonam partem*), esistendo solo in quest'ipotesi quell'esigenza di evitare un'ingiusta lesione dei diritti del cittadino, che la legge n. 2248 del 1865 ha inteso tutelare con gli artt. 4 e 5.

In senso contrario si è affermato che « non vi sarebbe nulla di strano se si dovesse concludere che, in relazione a materie nelle quali l'interesse pubblico appare particolarmente vivo, quali la disciplina del territorio e la lotta contro gli inquinamenti, il legislatore suddetto ha inteso vincolare all'osservanza delle cautele imposte dall'autorità amministrativa, fino al momento in cui, esercitata la potestà di adire il giudice competente, esse vengono caducate in quanto riconosciute illegittime » (45).

Tuttavia rende poco condivisibile tale autorevole impostazione proprio quell'esigenza di tutela del privato contro gli atti restrittivi illegittimi della P.A., che il legislatore del 1865 intendeva perseguire.

Sempre in senso contrario si potrebbe anche addurre il cosiddetto principio di presunzione di legittimità degli atti amministrativi secondo cui « l'atto, laddove possieda quel *minimum* di forma e di sostanza richiesto dalla legge perché possa essere inquadrato in una data categoria di atto amministrativo, sebbene affetto da qualche vizio, può produrre comunque i propri effetti fintanto che non venga annullato dall'autorità emanante o da un organo di controllo » (46). In base a tale principio si potrebbe sostenere che il provvedimento *restrittivo*, sebbene illegittimo, è comunque produttivo di effetti fin quando intervenga il suo annullamento, imponendo così un obbligo di osservare tale provvedimento anche se è illegittimo, con tutte le conseguenze intuibili sotto il profilo della responsabilità penale.

Anche tale impostazione non può essere condivisa. Nell'ipotesi in esame, in cui la fattispecie criminosa prevede tra i suoi elementi essenziali un provvedimento *restrittivo*, sussistono due esigenze tra loro contrastanti: la prima ricollegabile al succitato principio, la seconda riconducibile, invece, alla « tutela del diritto di libertà del cittadino, in cui va individuato il momento genetico » (47) delle nor-

(45) VILLATA, *op. cit.*, 124.

(46) TANDA, *op. cit.*, 179.

(47) Pret. Vallo della Lucania 12 febbraio 1986, Masarone, in *Riv. pen.* 1986, 906.

me di cui agli artt. 4 e 5, legge n. 2248 del 1865. Quest'ultima esigenza si presenta indubbiamente con una maggiore consistenza non certo perché il principio di presunzione di legittimità dell'atto amministrativo è in declino (48), ma per il semplice motivo che altrimenti si verrebbe a contravvenire proprio l'intento ispiratore della legge n. 2248 del 1865 relegando così l'art. 5 nel « mondo dell'inutile giuridico ». Tale disposizione normativa, come già accennato in precedenza, non trova applicazione nell'ipotesi in cui l'illegittimità è contemplata tra gli *essentialia delicti* della fattispecie criminosa, né qualora nel profilo strutturale del fatto di reato sia previsto, in funzione di elemento costitutivo, un provvedimento *ampliativo*, ma unicamente nel caso in cui l'ipotesi descrittiva della norma incriminatrice contenga un provvedimento *restrittivo*: escludere anche in questo caso l'operatività della norma in esame (art. 5, legge cit.) significa svuotarla di ogni contenuto rendendola del tutto inutile e superflua in palese violazione del fondamentale principio ermeneutico della conservazione delle norme giuridiche (49).

Un'attenta dottrina ha compreso che l'ipotesi di reato strutturato secondo la tecnica dell'inserimento, tra i suoi elementi essenziali, di un provvedimento *restrittivo*, costituisce il punto più delicato della problematica in esame: si « apre un *problema grave* per i casi nei quali le norme, pur modellate secondo uno schema simile (a quello dell'art. 650 cod. pen.), non contengono siffatto riferimento all'illegittimità », richiamando a titolo esemplificativo gli artt. 17, lett. a), legge n. 10 del 1977, 22 legge Merli, 663 cpv. e 665 comma 3 cod. pen. Tale dottrina ritiene di poter superare l'ostacolo qualificando tali ultime disposizioni come norme penali in bianco in relazione alle quali potrebbe affermarsi il dovere del giudice di verificare la legittimità del provvedimento ma « per null'affatto come vicenda di disapplicazione sibbene per la riserva di legge *ex art. 25 Cost.* e i riflessi conseguenti sulla determinazione *ex lege* degli elementi costitutivi della fattispecie criminosa. In tanto cioè si può ritenere soddisfatto il principio di riserva di legge e la rigorosa tipicità della fattispecie di reato ove — continua tale orientamento dottrinale — la disposizione incriminatrice rinvii per la descrizione della condotta concreta prescritta ad un provvedimento amministrativo, in quanto il provvedimento amministrativo oggetto del rinvio sia conforme ad un precepto contenuto in una legge o in un atto avente forza di legge. La soluzione proposta attiene ancora una volta alla fattispecie penale » (50).

Tuttavia, è bene ribadirlo, il potere di sindacare la legittimità del provvedimento deriva al giudice certamente non dalla riserva di legge di cui all'art. 25 Cost. ma dall'art. 5 in relazione all'art. 4, comma 2, legge n. 2248 del 1865: se mancassero tali articoli, il giudice — vincolato alla lettera della legge — dovrebbe limitarsi, come nell'ipotesi di provvedimento *ampliativo*, ad accertare l'ontologica esistenza dell'atto *restrittivo* e, sebbene questo sia illegittimo, pronunciare una sentenza di condanna. Non si tratta, pertanto, di un problema che attiene alla fattispecie perché proprio la fattispecie normativa esclude la possibilità di sindacare la legittimità del provvedimento: se un sindacato in tal senso è possibile, ciò è consentito solo in base agli artt. 5 e 4, comma 2, legge cit.

(48) Così PETRONE, *La disapplicazione dell'atto amministrativo*, cit., 97.

(49) Cfr. in merito a tale principio MANTOVANI, *Manuale*, cit., 100.

(50) VILLATA, *op. cit.*, 131.

Per effetto di tali norme deve ritenersi esistente, nell'ambito della categoria in esame — quella cioè in cui tra gli elementi essenziali della fattispecie criminosa è previsto il solo atto amministrativo e non anche la sua illegittimità — un netto sbarramento tra le ipotesi criminose che presuppongono un provvedimento *ampliativo* e quelle che invece presuppongono un provvedimento *restrittivo*, venendosi così a delimitare in modo netto e preciso i confini del « penalmente rilevante »: se il provvedimento è illegittimo, in entrambi i casi è da escludersi la sussistenza del reato, anche se, come si è visto, per vie differenti e tutt'al più il fatto in concreto posto in essere potrà integrare un diverso tipo di illecito, ad esempio amministrativo, ma certamente non penale. Se invece il provvedimento è legittimo, deve escludersi l'esistenza del reato nelle ipotesi di provvedimento *ampliativo* diversamente da quelle in cui vi sia un provvedimento *restrittivo*.

Del tutto differente è l'ipotesi in cui il provvedimento anziché illegittimo sia illecito e cioè caratterizzato dalla presenza di una collusione tra soggetto richiedente e pubblico amministratore: qui troverà applicazione la più rigida e rigorosa tutela predisposta dal codice penale (su cui *infra* nel testo).

4. Le argomentazioni fin qui sviluppate conducono a due importanti conseguenze: a) il potere di disapplicazione ha un fondamento giuridico solo in relazione alle ipotesi di reato che contemplan, tra gli *essentia delicti*, un provvedimento *restrittivo*; b) è da escludere che si possa parlare di disapplicazione nei casi in cui l'aspetto strutturale della fattispecie criminosa contempra, tra i suoi elementi costitutivi, la qualificazione in termini di legittimità-illegittimità dell'atto ovvero contenga un provvedimento amministrativo *ampliativo*.

Le motivazioni che possono essere addotte a fondamento dell'assunto *sub b)* sono molteplici: innanzitutto argomentare diversamente significherebbe violare il fondamentale principio di legalità nella sua più delicata espressione, cioè il principio di tassatività (51) (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenale scripta et stricta*): si tratta di una regola tecnica che deve presiedere alla formulazione della norma penale, regola che impone una specificazione in termini precisi e puntuali di tutti gli elementi della fattispecie criminosa. Tale principio « impedisce al giudice di andare al di là di quelli che sono i limiti fissati dalla legge formale in relazione all'aspetto strutturale della figura di reato: se pertanto il legislatore ha fissato in termini chiari e precisi gli argini entro cui allocare la fattispecie criminosa, non è consentito al giudice fuoriuscirne » (52).

L'ipotesi di reato prevista dall'art. 17 lett. b) legge n. 10 del 1977 (ora art. 20, lett. b), legge n. 47 del 1985) è strutturata secondo la tecnica dell'introduzione, nel fatto tipico, di un atto amministrativo in funzione di elemento positivo a contenuto negativo: l'assenza della concessione edilizia integra uno degli elementi costitutivi della fattispecie tipica (53).

In tali ipotesi la questione sulla legittimità o meno del titolo concessorio è un problema che va impostato e risolto certamente non su di un piano proces-

(51) Circa il fondamento logico e giuridico di tale principio si veda MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 95 ss. ed *ivi* riferimenti bibliografici; cfr. anche nota 20 di FORNASARI, *op. cit.*, 237.

(52) TANDA, *op. cit.*, 181.

(53) Cfr. sul punto: BELLOMIA, *Ancora in tema di disapplicazione*, cit., 877 ss.; BARONE, nota in *Foro it.* 1982, II, 89; CAPALDO, *Rilevanza penale*, cit., 41 ss.; FORNASARI, *Sulla rilevanza penale delle costruzioni edilizie*, cit., 86 ss.; FORTUNA, *Attività edilizia*, cit.,

suale, facendo cioè ricorso al potere di disapplicazione, ma su di un piano squisitamente sostanziale, analizzando cioè la fattispecie tipizzata dal legislatore per verificare la sussistenza del potere di valutazione della legittimità dell'atto amministrativo.

Nell'ambito del profilo strutturale della norma di cui all'art. 17, lett. b), legge n. 10 del 1977 (ora art. 20, lett. b), legge n. 47 del 1985) tale valutazione è da ritenersi esclusa in quanto si prescinde del tutto da una qualificazione in termini di legittimità-illegittimità dell'atto amministrativo, incriminando solo l'ipotesi di attività edificatoria realizzata in assenza di concessione edilizia.

Equiparare quest'ultima ipotesi a quella in cui il titolo concessorio sia illegittimo significa, pertanto, alterare la fattispecie tipizzata dal legislatore sostituendo ad un fatto oggettivo (mancanza della concessione) un mero giudizio di valore (illegittimità dell'atto): non più il legislatore ma il giudice stabilirebbe quali fatti costituiscono reato. Nel caso in esame « la norma incriminatrice è legata (non agli elementi normativi che consentono il rilascio della concessione, ma) al fatto che la concessione esista nella sua materialità, tanto è vero che la concessione in sanatoria, allorquando gli elementi normativi per l'edificazione sussistevano sin dall'inizio dei lavori, non elimina la contravvenzione, fondandosi l'infrazione sull'attività edilizia in assenza della concessione, ed essendosi il reato interamente consumato per effetto di quel dato formale negativo, indipendentemente da ogni questione circa la concreta edificabilità del suolo » (54).

Accanto al principio di tassatività si verrebbe a violare un ulteriore fondamentale principio: quello di irretroattività. Infatti il criterio in base al quale l'atto amministrativo disapplicato debba considerarsi *tamquam non esset*, « comporta — in via di fatto — il retroagire di un elemento costitutivo del reato (l'inesistenza della concessione), elemento che non sussiste nel momento in cui si viene ad esplicare la condotta » (55).

Inoltre, come evidenziato in precedenza, ogni provvedimento amministrativo è assistito da una presunzione di legittimità (56), per cui una concessione edi-

15 ss.; VERDE, *Rimozione degli atti amministrativi ed effettività della tutela*, in *Riv. dir. proc.* 1984, 68 ss.; GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano 1961, 68 ss.

(54) Cass., Sez. III, 13 marzo 1985, Meraviglia, in questa *Rivista* 1986, I, 273 ss. e in *Foro it.* 1986, II, 84, con nota di FURNASARI. Sul punto v. anche ESPOSITO C., *Illegittimità della concessione edilizia in sanatoria ed estinzione del reato di costruzione abusiva*, in *Riv. pen. econ.* 1989, 117 ss. In merito cfr. altresì C. Cost. 23 marzo 1988 n. 370, in *Foro it.* 1989, I, 2424 ss., con nota di G. GIORGIO.

(55) TANDA, *op. cit.*, 176. Sul punto cfr. anche DE ROBERTO, *Le sanzioni penali*, in A. e G. DE ROBERTO, *Le sanzioni urbanistiche, amministrative e penali*, cit., 81; BAJNO, *op. cit.*, 93; PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa, comportamenti economici e legislazione penale*, Milano 1979, 40; FURNASARI, *op. cit.*, 239, il quale sottolinea come agli effetti penali la disapplicazione di un atto illegittimo con efficacia *ex tunc* si risolve « in una forma di retroattività *in malam partem* delle norme, poiché si finisce col qualificare illecita una condotta che, nel momento in cui è tenuta, viene esplicita in piena conformità al titolo che ne funge da presupposto ». *Contra* VENDITTI, *La disapplicazione*, cit., 96, secondo cui se il giudice ritiene rilevante ai fini dell'integrazione di un reato anche l'illegittimità di un atto ampliativo (e non solo la sua mancanza) non fa certo retroagire la sua declaratoria, visto che, da un lato, non annulla certo l'atto, dall'altro, il vizio esisteva già al momento del reato.

(56) Sul punto cfr., DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma 1917; ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano 1939; CODACCI-PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano 1939.

lizia rilasciata illegittimamente, proprio perché produttiva di effetti fin quando non intervenga una pronuncia di annullamento da parte dell'autorità emanante o da un organo di controllo (57), non consente al privato una valutazione in ordine alla legittimità del titolo concessorio stesso: sicché il soggetto destinatario ben può avvalersi degli effetti, sia pure caducabili, dell'atto. Anzi questi non solo potrà ma addirittura dovrà iniziare i lavori edificatori, visti i termini particolarmente rigorosi previsti dalla legge urbanistica (58).

Ulteriore argomento a favore della tesi diretta ad escludere la disapplicazione in *malam partem* e quindi l'equiparazione tra concessione edilizia illegittima e concessione inesistente, lo si può desumere da uno specifico riferimento normativo: infatti l'art. 1 del d.l. 4 marzo 1976 n. 31, a fronte di una iniziale incriminazione delle ipotesi di esportazioni valutarie senza la prescritta autorizzazione, in sede di conversione è arrivato a prevedere e punire anche l'ipotesi di esportazione sulla base di una autorizzazione illegittima (59). Tale modifica, apportata appunto in sede di conversione, trova la sua *ratio* nella considerazione che in base all'originaria formulazione sarebbero andati esenti da pena coloro che avessero esportato valuta sulla base di una autorizzazione illegittima (60).

Del resto con l'introduzione della normativa prevista dalla legge 28 febbraio 1985 n. 45 e successive modifiche ed integrazioni, l'orientamento in parola non ha subito alcuna smentita (61). Infatti l'art. 11, legge n. 47 del 1985 (che riproduce

(57) Già parecchi anni addietro, sulla base dell'argomentazione riportata nel testo, un'autorevolissima dottrina (A.M. SANDULLI, *Spunti di diritto amministrativo in materia di diserzione militare*, in *Foro it.* 1942, II, 171 ss.) escludeva la sussistenza del reato di diserzione militare nell'ipotesi di autorizzazione ad assentarsi dal servizio inficiata da un vizio di legittimità. Infatti — si sostiene — l'atto amministrativo, pur se viziato, è comunque efficace e, fino a che esso non sia annullato, costituisce un titolo legittimo che giustifica l'assenza: è vero che l'annullamento opera con efficacia *ex tunc*, ma con il limite del *factum infectum fieri nequit*. Nello stesso senso vd. anche REGINA, *Sul concorso del reato di diserzione coi reati di falso e corruzione*, in *Giust. pen.* 1943, II, 395; MANASSERO, *I codici penali militari*, vol. II, 1950, 176; ZINNI, « Giusto motivo » e « autorizzazione » nei reati di assenza dal servizio militare, in *Riv. pen.* 1955, I, 452; VASSALLI, *Un caso di imputazione congiuntiva e di doppia preclusione in materia di reati militari*, in *Giust. pen.* 1957, III, 630.

Si sono invece pronunciati per la soluzione contraria ARDIZZONE, *Autorizzazione illecita e diserzione*, in *Giust. pen.* 1943, II, 59; CAMPANELLI, *Mancanza alla chiamata e diserzione*, 1961, I, 108; MALIZIA, voce *Diserzione (diritto penale militare)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, 1964, 119.

(58) Così anche T. ALIBRANDI, *L'incidenza del rilascio*, cit., 1969.

(59) Così anche FORTUNA E., *Aspetti giuridici del controllo sull'attività edilizia: reati edilizi e processo penale*, in *Cass. pen.* 1983, 460 ss. Tale autore afferma inoltre che se il legislatore avesse voluto consentire al giudice penale di disapplicare la concessione edilizia illegittima, avrebbe raggiunto tale intento attraverso una formulazione adeguata.

(60) Bisogna, inoltre, evidenziare che l'equiparazione menzionata nel testo verrebbe a creare una ulteriore disparità di trattamento: infatti chi ha costruito sulla base di una concessione illegittima avrebbe inevitabilmente incontro alle gravi sanzioni di cui all'art. 20, lett. b), legge cit., mentre chi ha posto in essere attività edificatoria senza alcun titolo concessorio o in base a un titolo colpito da un provvedimento amministrativo di annullamento potrebbe godere dei benefici previsti dagli artt. 11, 13 e 22, legge n. 47 del 1985: così anche S. BELLOMIA, *Ancora in tema di disapplicazione della concessione edilizia illegittima da parte del giudice penale*, cit., 87; *contra*, NOVARESE, *op. cit.*, 297.

(61) Inoltre va rilevato che la succitata legge n. 47 del 1985 ha riconfermato e potenziato la scelta del doppio sistema sanzionatorio e quindi la contemporanea esistenza di procedimenti amministrativi e di procedimenti penali. Si tratta di una caratteristica del nostro

fedelmente il comma 9 dell'art. 15, legge n. 10 del 1977) lascia intendere in modo inequivocabile l'impossibilità di una equiparazione tra concessione illegittima e concessione mancante, prevedendo l'irrogazione unicamente di sanzioni amministrative nell'ipotesi di attività edificatoria attuata sulla base di concessione poi annullata (cioè illegittima) (62).

Inoltre tale equiparazione verrebbe a comportare la creazione, in capo al soggetto richiedente, di un inammissibile obbligo (*rectius*: onere) di controllo avente ad oggetto la legittimità del provvedimento amministrativo richiesto. Tut-

ordinamento che non trova una completa rispondenza nelle legislazioni straniere nelle quali è generalmente prevista unicamente la sanzione pecuniaria.

In Danimarca, infatti, la legge urbanistica prevede all'art. 25 la competenza della polizia per le multe non inferiori a 40 corone da irrogare a coloro che trasgrediscono tale legge o le decisioni delle autorità competenti adottate in conformità ad essa.

In Gran Bretagna il *Town and Country Planning Act* del 1962 dispone l'emanazione di un *enforcement notice* per il ripristino del terreno su cui si sia verificato uno sviluppo senza il relativo permesso o la violazione dei limiti e delle condizioni stabilite dal permesso stesso. In caso di inosservanza dell'*enforcement notice* sarà irrogata una ammenda non superiore a 100 sterline e, in caso di continuazione dell'inadempienza, l'ammenda ulteriore di 20 sterline per ogni giorno di mancato adempimento.

La legge 8 giugno 1962 della Germania federale sulla limitazione delle attività edilizie prevede che le infrazioni agli ordini esecutivi di cessazione dei lavori abusivi sono punibili con un'ammenda fino a 100.000 marchi.

In Spagna (legge 12 maggio 1956 sul regime del suolo e l'ordine urbano) le infrazioni urbanistiche sono sanzionate dai sindaci mediante imposizione di multe in misura proporzionale al numero degli abitanti delle singole città: anche dal Presidente della Commissione urbanistica provinciale e dal Ministro degli interni possono essere imposte multe.

Negli U.S.A. si applica il sistema delle penalità quotidiane per le infrazioni: così ad esempio, la sezione 205 dell'ordinanza 23 luglio 1968 di Dallas prevede una penalità (*fine*) per le violazioni alle disposizioni del provvedimento ed egualmente per ogni giorno di persistente violazione (cfr. City of Dallas, *Building Code*, Dallas 1968, 262).

La legge edilizia cantonale del Ticino 19 febbraio 1973, prevede all'art. 58 l'irrogazione, da parte del municipio, di una multa fino a 100.000 franchi per le contravvenzioni a tale legge, ai piani e ai regolamenti edilizi: cfr. A. SCOLARI, *Commentario della legge edilizia*, Bellinzona 1976, 291.

Un sistema sanzionatorio simile al nostro si rinviene in Belgio e in Svezia: in quest'ultimo Paese la legge urbanistica 30 giugno 1947 n. 385, prevede, per chi intraprende nuove costruzioni o altre attività in contrasto con i divieti contenuti nella legge o emanati in forza di essa, l'ammenda commisurata alle disponibilità dell'interessato a favore dello Stato e in presenza di circostanze ritenute particolarmente aggravanti la reclusione fino a un massimo di 6 mesi.

In Belgio la legge organica 29 marzo 1962, sulla pianificazione territoriale e urbanistica prevede, all'art. 64, l'arresto da 8 a 15 giorni e l'ammenda da 26 a 2.000 franchi o una sola di dette sanzioni per le violazioni dei piani particolareggiati, delle prescrizioni dei titoli II, III della legge, delle norme dei regolamenti. Il tribunale inoltre può disporre la rimessione in pristino stato del terreno ai sensi e per gli effetti dell'art. 65 della legge citata.

(62) Così anche BETTIOL, *op. cit.*, 242; FORNASARI, *op. cit.*, 241; Trib. Teramo 19 aprile 1983, in *Arch. pen.* 1984, 205 con nota di CASTALDO; *contra*, NOVARESE, *op. cit.*, 291, secondo il quale proprio dall'art. 11, legge n. 47 del 1985 deriverebbe, sia pure indirettamente, la « conferma della configurabilità di una fattispecie criminosa nell'esecuzione di opere edilizie con concessione illegittima »: infatti il citato art. 11 richiama gli effetti di cui all'art. 13 della stessa legge e tra questi, *ex art.* 22, legge cit., secondo l'Autore, vi sarebbe l'estinzione dei reati previsti dalle leggi urbanistiche. È da ritenersi tuttavia che tra questi effetti siano compresi solo quelli di natura civile ed amministrativa con esclusione di quelli penali. Diversamente sussisterebbe una disparità di trattamento per l'ipotesi in cui sia possibile la restituzione in pristino: così anche TORREGROSSA-SANDULLI-BELLOMIA, *Sanzioni urbanistiche e recupero degli insediamenti e delle opere abusive*, Milano 1985, 28 ss. e P. TANDA, *op. cit.*, 180.

tavia far ricadere sul cittadino, il quale abbia ottenuto un provvedimento *ampliativo* della propria sfera giuridica, un siffatto onere è un'operazione non divisibile sul piano logico prima che giuridico: infatti è *in primis* compito della P.A. valutare la sussistenza di norme giuridiche ostative per il rilascio di un provvedimento amministrativo, anche perché in possesso di strumenti di conoscenza tecnica di cui il cittadino normalmente è sprovvisto. Del resto, a parte tale rilievo di ordine logico, va posto ben in evidenza la circostanza che nel nostro ordinamento normativo è previsto un complesso sistema di controlli (63) che sembra escludere ogni possibilità di configurare in capo al cittadino un onere di controllo: l'espletamento di siffatta attività di riesame fuori dalla sua sede naturale verrebbe a comportare notevoli intralci allo snodarsi dell'azione della Pubblica Amministrazione.

D'altronde, nel nostro ordinamento giuridico non sembra possa individuarsi una disposizione normativa dalla quale desumersi in via di interpretazione l'esistenza di un siffatto onere (64).

Inoltre il principio, sia pure controverso, di presunzione di legittimità dell'atto amministrativo, al quale si è accennato in precedenza, sembra non consentire dubbi in merito (65): è quanto meno contraddittorio affermare l'esistenza di una presunzione di legittimità dell'atto ed imporre nel contempo, in capo al soggetto richiedente, un obbligo di verifica dell'atto stesso.

Infatti — come rileva anche la S.C. — « il rilascio della concessione edilizia costituisce a favore del richiedente un diritto immediatamente valido ed efficace, nient'affatto subordinato all'indagine di conformità dell'atto concessorio agli elementi normativi, che consentono l'edificabilità del suolo: sicché il richiedente non può essere chiamato a rispondere di un comportamento omissivo in ordine al controllo di legalità della concessione, che non è richiesto per l'esercizio del suo diritto, in mancanza di espresa previsione in proposito » (66). Pertanto inevitabile sarebbe il contrasto con l'art. 40, comma 2, cod. pen.: « affermare l'esistenza di un obbligo (*rectius*: onere) di controllo che non ha alcun riscontro normativo equivarrebbe ad una quanto meno arbitraria operazione di creazione di un reato commissivo mediante omissione contravvenendo, appunto, al disposto di cui all'art. 40, comma 2, cod. pen. » (67). Infatti quest'esigenza di un « controllo sul controllore » verrebbe ad articolare l'elemento oggettivo della fattispecie in un duplice comportamento: « da un lato la condotta attiva consistente nel costruire, dall'altro la condotta omissiva consistente nel non aver effettuato alcun controllo sulla legittimità dell'atto amministrativo » (68). Si vio-

(63) Per la nozione di controllo cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 219 ss. e M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 1981, 196 ss.

(64) Così anche NOVARESE, *op. cit.*, 296.

(65) *Contra* PETRONE, *La disapplicazione dell'atto amministrativo*, cit., 97, secondo cui non può farsi riferimento al principio di presunzione di legittimità dell'atto amministrativo non solo perché esso è in declino ma anche perché tale principio « può svolgere al massimo effetti probatori ma non vale certo a trasformare, ai fini penali, un atto illegittimo in legittimo ».

(66) Cass., Sez. III, 13 marzo 1985 Meraviglia, in questa *Rivista* 1986, I, 273 e in *Foro it.* 1986, II, 84, con nota di FORNASARI.

(67) TANDA, *op. cit.*, 178.

(68) FORNASARI, *op. cit.*, 253.



la, così, l'art. 40, comma 2, cod. pen. e si « altera artificiosamente la fattispecie aggiungendovi un elemento non previsto nel suo ambito descrittivo, in palese violazione del principio di tassatività » (69).

Seppure, a tutto concedere, volesse ammettersi l'esistenza di un siffatto onere, si porrebbe il grave problema di stabilire fino a quale punto debba spingersi il controllo sulla legittimità dell'atto amministrativo da parte del cittadino. Si tratta di un problema che nell'ipotesi in esame assume una notevole delicatezza e complessità in quanto la concessione edilizia costituisce il profilo attuativo di formule pianificatorie a loro volta verificabili in termini di legittimità, trattandosi di atti amministrativi generali. Per cui si potrebbe arrivare a stabilire il limite dell'onere in esame ben oltre il controllo del singolo atto ottenuto dal cittadino, arrivando a comprendere in tale operazione di verifica anche la legittimità dello strumento urbanistico a monte.

Ritenere che esista sempre e comunque, in capo al soggetto destinatario del provvedimento un onere di controllo, verrebbe a comportare delle conclusioni veramente aberranti: si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui venga emesso un provvedimento amministrativo illegittimo perché proveniente dal titolare prorogato nonostante la cessazione della propria legittimazione in quanto trascorso un termine « congruo » (70). In questa ipotesi, come in tante altre simili per la complessità della materia, è davvero opinabile ritenere di far ricadere sul cittadino un onere di controllo la cui violazione può essere addirittura fonte di responsabilità penale: può sussistere qualche dubbio per l'accertamento del vizio di incompetenza (ma si tratta di ipotesi del tutto marginale in quanto, ad esempio, il caso della concessione edilizia rilasciata non dal sindaco è puramente di scuola), tuttavia in relazione agli altri due vizi di legittimità è da escludere la possibilità di configurare un onere di conoscenza anche in considerazione delle innumerevoli difficoltà che il cittadino inevitabilmente verrebbe ad incontrare in relazione all'ipotesi di violazione di legge sia, soprattutto, di eccesso di potere (si pensi ai casi di violazione di norme interne, di circolari, disparità di trattamento, etc.) (71). Secondo un particolare orientamento dottrinale e giurisprudenziale, in queste ipotesi, che fuoriescono dalla sfera di dominio e di controllo di ogni individuo, l'eventuale ignoranza nella quale il cittadino incorra può costituire un er-

(69) FORNASARI, *op. cit.*, 253.

(70) Autorevole dottrina — MARRAMA, *Titolare degli organi pubblici e principio di continuità (sul problema della c.d. « prorogatio » dei poteri)*, Napoli 1969 — ha affrontato *ex professo* il problema della sussistenza di un limite temporale di operatività dell'istituto della *prorogatio*, superato il quale limite la legittimazione dovesse ritenersi cessata con conseguente invalidità degli atti adottati.

A tal fine si è ritenuto opportuno ricorrere al criterio elastico della congruità: la scadenza verrà a verificarsi nell'ipotesi di mancata nomina del successore entro un margine di tempo « congruo » variabile a seconda che l'organo sia o meno rappresentativo.

Afferma ancora l'insigne Autore: « Gli atti amministrativi emessi da titolari cessati dalla carica per scadenza del termine congruo devono considerarsi riferibili all'organo dal quale promanano e quindi esistenti ed efficaci in quanto posti in essere da un soggetto fornito di titolo di investitura, anche se divenuto privo di efficacia; ma illegittimi — e cioè annullabili — perché il soggetto che li emana è privo ormai (essendo cessato dalla carica) della relativa legittimazione ». Cfr. MARRAMA, *Titolare degli organi pubblici*, cit., 95 ss. al quale si rinvia per i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

(71) Così anche ALIBRANDI, *op. cit.*, 1669 e TANDA, *op. cit.*, 179.

rore inevitabile e quindi scusabile (72): tanto anche perché il rilascio della concessione edilizia è un atto in buona parte discrezionale (73).

Bisognerebbe, quindi, « sempre verificare che il reato sia integrato anche nell'elemento psicologico... anzi, proprio tale ulteriore verifica depone in modo decisivo per l'ammissibilità dell'uso della disapplicazione in quanto attraverso di essa si realizza la tutela del cittadino, che originariamente la norma mirava a realizzare proprio con lo strumento della disapplicazione » (74).

Tuttavia, come si è cercato di dimostrare in precedenza, la complessa problematica relativa alle ipotesi in cui l'aspetto strutturale della fattispecie criminosa contempra, tra i suoi elementi costitutivi, o l'illegittimità dell'atto o un provvedimento *ampliativo*, va spostata su di un piano meramente oggettivo e non soggettivo: è una questione che attiene all'aspetto strutturale della fattispecie normativa tipizzata dal legislatore e non al mero profilo psicologico del reato.

Oltretutto non va tralasciata la circostanza che la concessione edilizia è atto integrativo della fattispecie penale, per cui l'errore sulla legittimità della stessa, traducendosi in un errore sull'interpretazione di una norma integrante la legge penale, non scusa l'agente (75).

5. Già da tempo autorevole dottrina ha posto in evidenza le irreversibili distorsioni del sistema a cui si andrebbe incontro laddove si riconoscesse al giudice ordinario il potere di disapplicazione *in malam partem* dell'atto amministrativo illegittimo segnatamente nell'ipotesi di atto preordinato a produrre un unico effetto che è poi oggetto della vicenda disapplicativa (come nel caso di specie): in tale evenienza è quanto meno dubbia l'eventualità che l'esercizio del potere di cui gli artt. 5 e 4, comma 2, legge n. 2248 del 1865, venendo ad incidere su quello che è l'unico effetto dell'atto, faccia rimanere inalterato l'atto stesso: sotto tale aspetto si è messo in evidenza come la disapplicazione, in buona sostanza, non si atteggi diversamente dall'annullamento (76). Infatti « l'intervento del giudice or-

(72) Per una breve disamina di tale orientamento dottrinale e giurisprudenziale cfr. *retro* nota n. 23.

(73) Cfr. PREDIERI, *La legge 28 gennaio 1977 n. 10 sulla edificabilità dei suoli*, Milano 1977. *Contra* KLITSCE DE LA GRANGE, *La potestà del sindaco nel rilascio della concessione edilizia*, in *T.A.R.* 1972, II, 81 ss. Afferma MAROTTA, *La disapplicazione della concessione edilizia da parte del giudice penale*, in *Urbanistica. Aspetti civilistici, amministrativi e penali*, Padova 1985, 399, che un settore così delicato come l'urbanistica, dove ampio è il margine della discrezionalità amministrativa e tecnica, non consente in alcun modo, senza sovvertire il fondamentale principio della divisione dei poteri, l'inammissibile attività di supplenza cui tende il giudice penale.

(74) Pret. Vallo della Lucania 12 febbraio 1986, Masarone, in *Riv. pen.* 1986, 906.

(75) Afferma PETRONE (*La disapplicazione*, cit., 98) che, di fronte al principio dell'irrelevance della conoscenza della norma penale (art. 5 cod. pen.), ciò che può esplicare efficacia scusante è solo l'errore sul fatto o quello sugli elementi normativi (art. 47, comma ult., cod. pen.). Sul punto cfr. anche *retro* nota 23.

(76) Così G. CONTENUTO, *op. cit.*, 177, che tra l'altro osserva: « è davvero difficile... intravedere in che cosa la disapplicazione differisca dall'annullamento... quando l'atto di applicato fosse destinato esclusivamente a produrre proprio e soltanto l'effetto del quale, in un dato singolo rapporto, viene ad essere privato, a causa della disapplicazione ». Conforme anche PICARDI, *Sulla disapplicazione degli atti amministrativi*, in *Riv. amm.* 1968, 597; SATTA, *Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1965, 599; DEL POZZO, *Decorrenza del termine*, cit., 147; VILLATA, *Disapplicazione*, cit., 84 ss.; P. TANDA, *op. cit.*, 180 ss.

dinario si tradurrebbe in una ingerenza ed in un controllo dell'attività amministrativa, teso ad eliminare *ex officio* non solo i diritti derivati dall'atto amministrativo ma anche lo stesso atto amministrativo, la cui accertata invalidità lo svuoterebbe di contenuto all'interno ed all'esterno del giudizio, talché, *sostanzialmente*, esso sarebbe *annullato* dall'autorità giudiziaria ordinaria » (77).

Inoltre il potere di disapplicazione del giudice penale, per certi profili, sembra contraddistinguersi per una maggiore ampiezza sia rispetto al potere di annullamento del giudice amministrativo in sede giurisdizionale, sia rispetto a quello della P.A. in sede di autotutela.

Infatti, da un lato, l'annullamento di ufficio (78) presuppone la sussistenza dell'interesse pubblico concreto ed attuale all'eliminazione dell'atto stesso, non coincidente con l'interesse al ripristino della legalità; dall'altro, l'annullamento da parte del giudice amministrativo (79) è condizionato dall'individuazione di una lesione attuale e diretta di un interesse, anch'esso personale ed attuale, alla pronuncia richiesta.

Invece l'esercizio da parte del giudice penale del potere di cui agli artt. 5 e 4, comma 2, legge n. 2248 del 1865 prescinde da tali presupposti: pertanto l'illegittimità dell'atto amministrativo sembrerebbe avere in campo penale una rilevanza maggiore che in quello amministrativo (80).

Tali considerazioni — che richiederebbero un maggiore approfondimento non consentito dai limiti del presente studio — fanno comprendere quanto sia opinabile e « poco rassicurante un'eccessiva dilatazione dei poteri del G.O. in ordine agli atti amministrativi illegittimi e quindi uno slargamento dell'art. 20, lett. b), legge n. 47 del 1985 fino a fargli comprendere l'ipotesi — non prevista — di attività edificatoria effettuata sulla base di una concessione (non mancante ma) illegittima » (81).

6. Dichiarata dal G.O. l'illegittimità dell'atto amministrativo, la P.A. è tenuta « a conformarsi » al giudicato *ex art. 4 comma 2, legge n. 2248 del 1865*, e cioè ad annullare l'atto accertato per illegittimo.

In questi casi si potrebbe teorizzare uno spostamento in via di fatto del potere decisionale di annullamento dalla P.A. al G.O., fenomeno ancora più accentuato nelle ipotesi in cui la P.A. non ha la possibilità di « scegliere tra varie forme di adeguamento della realtà dei fatti a quella giuridica definita dal giudice » (82), rimanendo un'unica alternativa: annullare l'atto.

La P.A., in buona sostanza, diventa esecutrice di una volontà adottata in altra sede: solo da un punto di vista formale l'imputazione dell'annullamento sa-

(77) Cass., Sez. III, 13 marzo 1985, Meraviglia, in questa *Rivista* 1986, I, 273 ss. Ed è proprio quello richiamato nel testo il motivo principale, insieme alla mancanza di lesività dell'atto, a far ritenere alla S.C. che l'istituto della disapplicazione non riguarda gli atti amministrativi che rimuovono un ostacolo al libero esercizio di diritti (nulla-osta, autorizzazioni) ovvero li costituiscono (concessioni).

(78) Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 645 ss. ed *ivi* richiami bibliografici.

(79) Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 1063 ss.

(80) Così anche CAPALDO R., *Rilevanza penale delle opere edilizie illegittimamente assentite*, cit., 34 ss.

(81) P. TANDA, *op. cit.*, 180.

(82) Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 1234.

rà riferibile alla P.A. ma sostanzialmente l'annullamento stesso va imputato al G.O.

Tale fenomeno di fatto viene a determinare in concreto una sovrapposizione della valutazione del giudice ordinario a quella della P.A.: tutto ciò solo sul piano squisitamente formale consente una qualche osservanza del principio della divisione dei poteri (83), mentre sul piano sostanziale desta non poche perplessità.

Ma non bisogna dimenticare che la sentenza passata in giudicato non di rado viene « trascurata » dalla P.A.

Siamo ben lontani dai tempi in cui il legislatore con la legge n. 2248 del 1865, proprio in considerazione dei rapporti di assoluta correttezza che sussistevano tra P.A. ed autorità giudiziaria, sanciva un formale « obbligo di conformarsi » della P.A. senza prevedere dei rimedi per l'ipotesi dell'inosservanza di tale obbligo, ipotesi nella quale la tutela del cittadino nei confronti della P.A. veniva irrimediabilmente compromessa stante l'impossibilità di procedere all'esecuzione forzata delle pronunce del G.O. per effetto del c.d. divieto di repressione degli atti amministrativi (84).

I tempi, però, ben presto mostrarono l'incongruità di tale mancanza per cui venne introdotto nel 1889 il c.d. giudizio d'ottemperanza (art. 4 n. 4, legge n. 5392 del 1889 riprodotto integralmente nell'art. 27 n. 4 T.U. C.d.S.).

Pertanto, nell'ipotesi in cui il G.O. dichiara, con sentenza passata in giudicato, l'illegittimità dell'atto amministrativo e la P.A. non ottemperò « l'obbligo di conformarsi » ex art. 4, legge n. 2248 del 1865 (85), vi può essere un ulteriore procedimento relativo all'esecuzione del giudicato (giudizio d'ottemperanza) (86).

(83) Sulla divisione dei poteri e sull'evoluzione storica del relativo principio, T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 201 ss., e da ultimo G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I, Milano, ed ivi indicazioni bibliografiche. Esclude nel processo penale il pericolo di infrangere il principio della separazione dei poteri V. PATALANO, *La sindacabilità*, cit., 73.

(84) Cfr. sul punto A. QUARANTA, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Novara 1982, 544 ss.

(85) Circa i rapporti tra l'inottemperanza al giudicato amministrativo e il reato di cui all'art. 328 cod. pen. si rinvia a L. CONCAS, *Inottemperanza al giudicato amministrativo e omissione di atti di ufficio*, in *Aspetti e problemi dell'esercizio del potere di sostituzione nei confronti dell'amministrazione locale*, Atti del convegno di studi amministrativi in Cagliari 19-20 dicembre 1980, 123 ss.; più di recente vd. P. TANDA, *Omessa autorizzazione di prestazioni specialistiche « esterne » e responsabilità penale del Comitato di Gestione della U.S.L.*, in *Riv. pen. econ.* 1989 n. 3.

(86) Sull'argomento cfr.: A.M. SANDULLI, *Consistenza e natura dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1960; ROEHRSEN, *L'azione esecutiva nei giudizi contro la P.A. nel diritto italiano*, in *Rass. lav. pubb.* 1978; GUICCIARDI, *L'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi al giudicato dei tribunali*, in *Scritti in on. di Romano*, II, 393 ss.; CANNADA BARTOLI, *Osservazione sull'obbligo della P.A. di conformarsi*, in *Studi sassaresi* 1946; OTTAVIANO, *Note sull'art. 27 n. 4 T.U. C.d.S.*, in *Giur. Corte Cass.* 1951, XXX, 3°; GIANNINI, *Contenuto e limiti del giudizio d'ottemperanza*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1960. Sul punto vd. anche V. SPAGNUOLO-VIGORITA, *Evoluzione della giustizia amministrativa*, nel volume *Una giustizia per la P.A.*, 51 ss.

Sul rapporto interesse legittimo-ottemperanza si rinvia a L. IANOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi (Il sindacato sul comportamento della P.A. nella giurisdizione sul pubblico impiego)*, Napoli 1984, 42 ss.

Ciò conferma ulteriormente le preoccupazioni, innanzi espresse, di un esercizio in via di fatto del potere di annullamento al di fuori della sua sede naturale ed istituzionale con conseguente sovrapposizione della valutazione del giudice ordinario a quella della P.A.

7. Se a tutto ciò si aggiunge il rilievo innanzi evidenziato (e cioè che il potere di disapplicazione (87) sembra essere connotato da una maggiore ampiezza rispetto al potere di annullamento del G.A. in sede giurisdizionale e della P.A. in sede di autotutela), ci si rende conto come tutto ciò può costituire la via attraverso cui il G.O. cominci « a recuperare il terreno perso » nei confronti del giudice amministrativo. Già da tempo la dottrina (88) ha messo in luce come l'incidenza del sindacato della Magistratura ordinaria sull'azione amministrativa sia andata via via crescendo: infatti « quanto più la P.A. si mostrava poco sensibile ai nuovi interessi (concernenti l'ambiente, la salute, il lavoro, etc.), ponendo in essere atti sotto le specie di autorizzazioni o concessioni che favorendo l'interesse personale di singoli ledevano non solo l'interesse generale pubblico ma nel contempo pregiudicavano la sfera della collettività, degli abitanti, dei lavoratori, etc., cioè dei soggetti i cui interessi costituivano proiezione dell'interesse globale trascurato, tanto più si allargava l'ambito di intervento del giudice penale » (89).

Tale fenomeno si muove sostanzialmente lungo tre direttrici: estensione del sindacato di legittimità anche alla complessa figura dell'eccesso di potere (90),

(87) Che il potere di disapplicazione non sussista solo in forza dello specifico precepto di cui all'art. 5, legge n. 2248 del 1865 ma che, invece, sia il corollario del principio di legalità degli atti della P.A. e della loro assoggettabilità ad un controllo *ope iudicis* è sostenuto da GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, cit., 356 ss. e ID., *Profili costituzionali amministrativi e processuali*, cit., 89 ss. Cfr. anche ROMANO, *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti della P.A.*, cit., 939 ss.; DEL POZZO, *Decorrenza del termine, lesione dell'interesse e disapplicazione dell'atto nel diritto processuale amministrativo*, cit., II, 134 ss. *Contra*: STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, cit., 1970, 58 ss.; GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova 1954, 339 ss.; CANNADA BARTOLI, *Recenti interpretazioni dell'art. 5 della legge sul contenzioso amministrativo*, cit., 335 ss.

La disapplicazione troverebbe un ostacolo nell'inoppugnabilità dell'atto: così SATTA, *Principi di giustizia amministrativa*, Padova 1978, 58 ss. *Contra* CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, cit., 142 ss. secondo cui il G.O. ben può disapplicare un atto illegittimo ancorché inoppugnabile. Circa la possibilità di disapplicare da parte del G.O. il decreto del prefetto nella parte relativa all'indennità al fine di liquidare l'indennità stessa con i criteri stabiliti da un provvedimento diverso da quello applicato dalla P.A., si veda L. MAROTTA, *Insindacabilità della scelta del procedimento di espropriazione per pubblica utilità da parte del giudice ordinario nel giudizio di opposizione alla stima*, in questa *Rivista* 1976, I, 712 ss.

(88) Cfr. BERTONI, *La repressione penale degli abusi edilizi*, in questa *Rivista* 1971, II, 213 ss.; VILLATA, *op. cit.*, 2 ss.; P. TANDA, *op. cit.*, 180 ss.

(89) ALBAMONTE, *op. cit.*, 215.

(90) Circa la questione, ormai risolta, relativa al controllo — da parte del giudice ordinario — della legittimità dell'atto amministrativo anche sotto il profilo dell'eccesso di potere, si vedano i seguenti autori: G. ALBAMONTE, *La natura del foglio di via obbligatorio*, in *Rass. dir. pubbl.* 1955, 238 ss.; A. ALBAMONTE, *Sindacato*, cit., 214 ss.; L. ALIBRANDI, *Peculato per distrazione e sindacato dell'atto amministrativo da parte del giudice penale*, in *Riv. pen.* 1976, 41; AZZENA, *Considerazioni*, cit., 410; CANNADA BARTOLI, *Disapplicazione di ordini illegittimi*, in *Giust. pen.* 1951, II, 937 ss.; C. DAL PIAZ, *Osservazioni sui limiti*, cit., 18; F. DELFINO, *Osservazioni*, cit., 329 ss.; C. FERRARI, *Osservazioni sulla motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. it.* 1958, II, 236 ss.; F. FRANCHINI, *Aspetti*

ampliamento del potere di disapplicazione anche alle ipotesi in cui l'aspetto strutturale della fattispecie criminosa contenga, tra i suoi elementi costitutivi, un provvedimento *ampliativo* ed infine incremento delle previsioni di reati in relazione a fatti che direttamente o indirettamente vengano ad intersecarsi con l'azione amministrativa.

Alla base di questa crescente incidenza del controllo del giudice ordinario c'è senza dubbio un atteggiamento di sfiducia nella capacità della P.A. di gestire beni di importanza vitale, ma bisogna evitare di incorrere nell'eccesso opposto: « la giustizia penale non può assumersi un ruolo primario, o, peggio, sostitutivo di altre funzioni statali o di iniziative parallele » (91). Certo, il giudice penale, costantemente impegnato a colmare le lacune derivanti non solo dall'inerzia del legislatore ma anche (e soprattutto) dallo scarso intervento dell'autorità amministrativa, rappresenta uno strumento fondamentale nella lotta contro il dilagante fenomeno dell'abusivismo edilizio (92), ma non bisogna dimenticare che è in chiaro contrasto con la funzione giurisdizionale penale qualsivoglia tentativo di generalizzazione della portata del relativo giudizio fino a dilatarne le dimensioni in modo da trasformarlo in strumento per operazioni di carattere sociale (93): « un ampliamento oltremodo eccessivo dell'incidenza della Magistratura nel settore della speculazione edilizia può comportare il rischio di perdere di vista quelli che sono i limiti funzionali del giudizio penale e di mettere in moto procedure arbitrarie e pericolose per la libertà del cittadino » (94).

8. Un attento orientamento dottrinale e giurisprudenziale ha posto in evidenza che, nelle ipotesi in cui l'aspetto strutturale della fattispecie criminosa preveda — tra i suoi elementi costitutivi — un provvedimento *ampliativo* (come nel caso dell'art. 20, lett. b), legge n. 47 del 1985), la presenza di quest'ultimo, anche se illegittimo, preclude al giudice penale ogni controllo in ordine alla sua legittimità, *esclusi* però i casi di collusione tra soggetto richiedente e pubblico amministratore, nei quali casi « essendo la concessione il mezzo attraverso il quale si intende consumare l'abuso edilizio, si applicano le norme sul concorso di persone

*del sindacato*, cit., 336 ss.; T. GALLANI, *Sindacato giudiziario*, cit., 321 ss.; M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 433 ss.; G. MANERA, *Sulla sindacabilità da parte del giudice penale dell'eccesso di potere nell'atto amministrativo*, in *Giur. it.* 1973, II, 314; L. MAROTTA, *Il sindacato del giudice ordinario*, cit., 119 ss.; L. MAZZAROLLI, *Attività amministrativa*, cit., 663; U. NANNUCCI, *Il sindacato del giudice penale nell'ordine di scioglimento della riunione*, in *Giust. pen.* 1968, II, 256 ss.; A. PALATIello, *Il sindacato*, cit., 1063 ss.; V. PATALANO, *La sindacabilità*, cit., 69; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1143 ss.; A. SPIZUOCO, *Eccesso di potere, sviamento di potere ed eccesso arbitrario*, in *Giust. pen.* 1965, II, 960 ss.; L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, cit., 225 ss.; TANDA, *op. cit.*, 182; R. VENDITTI, *Il sindacato*, cit., 38; ID., *Dell'inservanza dei provvedimenti legali dell'autorità*, in *Giust. pen.* 1953, II, 461 ss.; VILLATA, *Disapplicazione*, cit., 35.

(91) Cfr. BERTONI, *La repressione penale*, cit., 215.

(92) Cfr. A.M. SANDULLI, *Più legalità per le licenze edilizie, più severità per le costruzioni senza licenza*, in questa *Rivista* 1962, II, 65; ID., *In tema di licenza edilizia ora per allora*, in *Giur. it.* 1972, III, 1, 483.

(93) Inoltre la Corte Costituzionale con la decisione n. 370 del 1988, ha affermato che: « il giudice penale non ha competenza istituzionale per compiere l'accertamento di conformità delle opere agli strumenti urbanistici ».

(94) TANDA, *op. cit.*, 179 ss.

Tuttavia sul punto è indispensabile fare una precisazione: le violazioni edilizie previste dalla lett. a), art. cit., in presenza di una concessione illegittima, possono acquisire rilevanza penale unicamente nell'ipotesi in cui ineriscano direttamente l'attività edificatoria e non la concessione edilizia (salvo le violazioni delle prescrizioni e delle modalità esecutive del provvedimento amministrativo): diversamente le succitate violazioni si tradurrebbero in vizi di legittimità della concessione che non sono sindacabili dal giudice penale (102). Pertanto non è possibile, ad esempio, che la violazione del programma di fabbricazione venga ritenuta « elemento essenziale » (*rectius*: vizio) dell'illegittimità della concessione (103): ciò comporterebbe un sindacato sulla legittimità del provvedimento amministrativo *ampliativo*, ritenuto inammissibile dalla nota sentenza della Cassazione a Sezioni Unite.

In senso contrario — come opportunamente rileva la S.C. — non si può obiettare, facendo « riferimento ad un *obiter dictum* della sentenza di questa sezione 13 marzo 1985, ric. Meraviglia, che le violazioni di cui all'art. 17, lett. a) della legge n. 10 del 1977 (inosservanza delle norme urbanistiche e delle prescrizioni edilizie e modalità esecutive previste dalla legge n. 10 del 1977 citata e degli strumenti urbanistici e regolamenti edilizi) possono assumere rilevanza penale anche nell'ipotesi di rilascio di concessione illegittima. La compatibilità di tali violazioni con l'esistenza di una concessione illegittima e la conformità della costruzione alle sue disposizioni è ammissibile sempre che le stesse non siano ravvisabili nell'illegittimità della concessione; diversamente si ricadrebbe nel controllo della legittimità precluso al giudice penale » (104).

Soltanto operando nel senso innanzi evidenziato è possibile individuare l'esatto rapporto esistente tra le succitate norme del codice penale e le ipotesi di reato previste dalla normativa sull'edificabilità dei suoli. Indubbiamente nell'ambito di tale rapporto un ruolo centrale è ricoperto dagli artt. 5 e 4, comma 2, legge n. 2248 del 1865 che, limitando il potere di disapplicazione alle sole ipotesi in cui nella struttura della fattispecie criminosa sia previsto — come elemento essenziale — un provvedimento amministrativo *restrittivo*, finisce per assumere una importante « funzione spartiacque » per l'esatta individuazione del « penalmente rilevante ».

PAOLO TANDA

(102) Così testualmente Cass., Sez. III, 5 marzo 1988 n. 3082, in *Riv. pen.* 1988, 749.

(103) Così Pret. Vallo della Lucania, sent. del 14 maggio 1987 n. 126.

(104) Cfr. Cass., Sez. III, 10 gennaio 1984, in *Riv. pen.* 1985, 1446 e Cass., Sez. III, 5 marzo 1988 n. 3082, in *Riv. pen.* 1988, 749.