

PAOLO TANDA

*Piano paesaggistico illegittimo e poteri del giudice penale*

*Estratto da*  
RIVISTA PENALE DELL'ECONOMIA  
N. 4 - 1991

Edizioni Scientifiche Italiane

## Attività edificatoria effettuata sulla base di piano paesistico adottato da organo incompetente e sindacato del G.O.

### I

Cass. sez. III, 13 marzo 1991, 1510.

Pres. Accini, ric. Di Meglio.

*Nel caso di attività edificatoria posta in essere sul presupposto di un piano paesistico adottato dalla Giunta regionale anziché dal competente Consiglio regionale, il sindacato del giudice ordinario non può estendersi a tale strumento urbanistico essendo non già atto nullo per incompetenza assoluta ma, tutt'al più semplicemente illegittimo siccome proveniente pur sempre da un organo della stessa amministrazione.*

### II

Trib. Napoli, sez. I, 18 marzo 1991.

Pres. D'Ottavio, ind. Di Meglio.

*La concessione edilizia avente ad oggetto l'esecuzione di lavori su territorio coperto da vincolo di inedificabilità non può esplicare effetti fino al momento dell'adozione del piano paesistico da parte del Consiglio regionale e sempreché tale concessione non sia in contrasto col piano stesso: in quest'ipotesi la realizzazione di attività edificatoria integra gli estremi del reato di cui agli artt. 1-quinquies e 1-sexies l. 431/1985.*

(l. 8-8-1985, n. 431, artt. 1-quinquies ed 1-sexies; l. 20-3-1865 n. 2248, all. E, artt. 4 e 5).

### I

(*Omissis*).

Rilevato che con i motivi di ricorso il Di Meglio documenta:

1) difetto di motivazione ed erronea applicazione di legge in quanto l'ordinanza non sarebbe fondata sulla esistenza e sulla configurabilità di un'attività criminosa, giustificatrice del provvedimento cautelare;

2) violazione di legge per illegittimità del sindacato del giudice penale in materia ad essa sottratta, in quanto gli atti concessi rilasciati in esito di un iter amministrativo-giudiziario assolutamente trasparente e addirittura in ottem-

peranza di un giudicato del giudice amministrativo, non costituisce il frutto di un'attività criminosa;

3) erronea applicazione della normativa sul sequestro probatorio.

Rilevato, altresì, che i difensori hanno presentato un parere «*pro-veritate*» in ordine alla legittimità delle concessioni edilizie rilasciate al Di Meglio nonché una memoria indicando ulteriori motivi:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 88 r. d. 17-8-1907 n. 647, dell'art. 2909 c.c., e dell'art. 324 c.p.p. in quanto il p.m. non poteva privare di ogni valenza effettuale gli atti rilasciati dal commissario *ad acta* in esecuzione del giudicato, sindacandone la legittimità;

2) violazione e falsa applicazione dell'art. 1-quinquies l. 431/1985, in quanto il vincolo di inedificabilità imposto dalla legge Galasso non era esente da eccezioni e tale vincolo non poteva valere allorché, come nella specie, era in corso di realizzazione un piano di lottizzazione a suo tempo autorizzato *ex art. l. 1497/1939*;

3) violazione e falsa applicazione dell'art. 1-quinquies l. 431/1985 sotto un ulteriore profilo, in quanto né il p.m. né il giudice potevano validamente disattendere il piano paesaggistico adottato dalla Giunta regionale Campania con la delibera 1512/1986, che aveva caducato il divieto di inedificabilità della Galasso, sostituendolo con le norme di salvaguardia del piano. In diritto, per quanto riguarda anzitutto il c.d. *fumus* del reato ipotizzato di cui all'art. 1-sexies l. 431/1985 (realizzazione di opere edilizie in zona sottoposta a vincolo paesaggistico ambientale di inedificabilità), la Corte osserva che i giudici del riesame mentre, da un conto hanno ravvisato l'illegittimità degli atti concessori sotto il profilo paesaggistico (illegittimità pur sempre insindacabile dal giudice penale, giusta la nota sentenza delle Sezioni Unite 31-1-1987 n. 3, ric. Giordano), dall'altro hanno sostenuto quale presupposto del comportamento illecito del Di Meglio anche che la regione Campania non ha ancora adottato il piano paesaggistico di cui all'art. 1-bis l. 431/1985, per cui, vigendo il divieto di inedificabilità *ex art. 1-quinquies* anche dopo il 31-12-1986 (Cass. S.U. 15-3-1989, ric. Graziani) il Di Meglio dovrebbe, appunto, rispondere del reato suddetto.

Senonché, non va sottaciuto che un piano urbanistico

regionale per la tutela paesaggistico-ambientale è stato redatto ed emanato dalla Giunta regionale Campania con delibera 15-12-1986; piano che, quand'anche non approvato dal Consiglio regionale e quand'anche privo di grafici e della necessaria particolarizzazione, anziché apparire come un atto nullo affetto da incompetenza assoluta (nulla più di un indirizzo programmatico), avrebbe dovuto, invece, valere tutt'al più come atto illegittimo siccome proveniente pur sempre da un organo dell'amministrazione come tale sottratto al sindacato del giudice ordinario che, a norma degli artt. 4 e 5 l. 20-3-1865 n. 2248 all. E, può disapplicare gli atti amministrativi illegittimi, non per esigenze di diritto oggettivo, bensì per i soli effetti incidenti negativamente sui diritti soggettivi ed alla condizione specifica che si tratti di accertamento incidentale, che lasci persistere gli effetti che l'atto medesimo è capace di produrre all'esterno del giudizio (conf. Cass. S.U. 31-1-1987 n. 3, già citata).

Sulla base di queste premesse non vi è dubbio che i giudici del riesame avrebbero dovuto quanto meno dubitare, in una fase incidentale del processo come quella di cui trattasi, della presenza di un comportamento antigiuridico in atto del Di Meglio quale presupposto del provvedimento di sequestro.

Per quanto riguarda, invece, il c.d. *periculum in mora* (necessità di disporre delle cose per l'accertamento del reato) è assolutamente da escludere, ad avviso della Corte, che sussistessero le esigenze istruttorie indicate dai giudici (indispensabili indagini tecniche per accertare dimensione ed esatta ubicazione delle opere in corso senza che nelle more lo stato dei luoghi possa essere modificato); e ciò, ove si consideri che la zona e le opere in corso potevano essere facilmente individuate mediante semplici rilievi fotografici e, per altro, scaturendo la prova del reato ipotizzato proprio dall'esecuzione dei lavori con la conseguente modifica della zona soggetta al preteso divieto della legge Galasso.

(*Omissis*).

## II

(*Omissis*).

Ritiene il Collegio che il provvedimento di sequestro preventivo emesso dal G.I.P presso la Pretura vada confermato.

Il rilascio, come atto «dovuto» ora per allora, delle concessioni nn. 242 e 243/1990 in favore della FADIM s.r.l. non vale a determinare la liceità, sotto il profilo della tutela paesaggistica, della esecuzione dei lavori posti in essere in base alle concessioni stesse.

Invero l'attuale quadro normativo in materia edilizia e paesaggistica – quest'ultima pacificamente di rilevanza costituzionale – esclude che si possono effettuare nuovi interventi edilizi nelle zone sottoposte a vincolo di inedificabilità assoluta, ai sensi della l. 431/1985, fino all'adozione dei piani paesaggistici da parte delle Regioni, ed è fuori dubbio che tale adempimento non sia stato ancora realizzato dalla Regione Campania.

Va a tal proposito rilevato che, nonostante il contrario parere espresso nella risposta ministeriale all'interrogazione parlamentare D'Angelo, la dizione legislativa «adozione dei piani paesaggistici non può che essere intesa nel senso di adozione definitiva, ossia approvazione del piano stesso in via definitiva da parte del Consiglio Regionale, poiché, diversamente opinando, potrebbero essere autorizzate, sulla base della adozione provvisoria da parte della Giunta, costruzioni ed interventi sul territorio che si trovino ad essere, successivamente, in irrimediabile contrasto con il piano adottato in via definitiva dal Consiglio Regionale.

Orbene, è pacifico che nel rilasciare la concessione di cui si è detto non si è tenuto conto delle conformità delle costruzioni da autorizzare alla l. 431/1985 ed ai decreti Ministeriali di attuazione della legge stessa. Né poteva essere diversamente poiché in tal senso andavano «eseguite» le decisioni del Consiglio di Stato che imponevano al Comune di pronunciarsi, dopo l'annullamento del provvedimento di diniego, tenendo conto solo della situazione legislativa al momento del predetto provvedimento («ora per allora»).

Tutto quanto finora detto, se vale ad escludere che i lavori posti in essere dalla FADIM s.r.l., sulla base delle concessioni indicate, possono considerarsi abusivi sotto il profilo strettamente edilizio, essendo assistiti dalle menzionate concessioni, non può però valere a far venir meno il limite costituito dal divieto di modificare la situazione ambientale sottoposta a vincolo paesaggistico.

Al momento della esecuzione dei lavori, nell'ottobre 1990, il territorio su cui l'intervento edilizio doveva attuarsi era soggetto (così come lo è tutt'ora) a vincolo di inedificabilità assoluta, per cui l'intervento stesso non poteva essere attuato: la sua esecuzione integra certamente il reato di cui agli artt. 1-*quinquies* ed 1-*sexies* l. 431/1985.

È appena il caso di rilevare che non può rientrare nella valutazione odierna la presunta buona fede dell'indagato, suggerita dalla difesa, trattandosi di esame riservato al giudice del dibattimento; può, comunque, fin d'ora fondatamente escludersi tale asserita buona fede, essendo *de iure* presunta la conoscenza della l. 431/1985, in particolare da parte di chi di tante vicende giudiziarie è stato protagonista anche per tale normativa.

Le concessioni nn. 242 e 243 del 1990 non potranno esplicare effetto, quindi, fino al momento dell'adozione del piano paesaggistico da parte della Regione Campania e sempre che col piano stesso esse non siano in contrasto.

Né può dirsi in tal modo creata artificiosamente una categoria di atti validi ma inefficaci, poiché è di tutta evidenza che nel caso di specie le concessioni risultano, sotto il profilo dell'efficacia, bloccate per effetto del provvedimento legislativo (c.d. legge Galasso) che ha ritenuto prevalente l'interesse pubblico alla tutela paesaggistica rispetto all'interesse privatistico di edificare sul proprio terreno.

Va aggiunto che, anche ove si volesse in via di mera ipotesi considerare che il c.d. piano adottato dalla Giunta

Regionale con delibera del 5-12-1986 (peraltro decaduto come ha riferito il teste Cimmarotta) possa essere sufficiente a soddisfare le esigenze della legge Galasso, ne risulterebbe ugualmente ribadito il divieto dei lavori di cui alle concessioni già dette, avendo il piano predetto confermato la totale inedificabilità della zona di Posillipo. Diversamente da quanto prospettato dalla difesa, infatti, la delibera della Giunta Regionale dell'1-3-1990 non contiene integrazioni del Piano approvato il 5-12-1986, ma contempla solo una proposta di «piano normativo» in materia paesaggistica al Consiglio Regionale: tale proposta è certa-

mente estranea al piano paesaggistico con la conseguenza logica ulteriore che anche la norma di tale «piano normativo» che fa riferimento al «contenzioso» non farebbe, comunque, parte del presente piano paesaggistico «adottato» dalla Giunta Regionale.

Legittimamente, pertanto, il G.I.P. presso la Pretura di Napoli ha disposto il sequestro preventivo delle opere poste in essere dalla FADIM s.r.l., al fine di evitare che il reato *ex art. 1-quinquies e 1-sexies l. 431/1985* sia portato a conseguenze ulteriori che renderebbero insuscettibile di ripristino la situazione ambientale.

## Piano paesaggistico illegittimo e poteri del giudice penale

Di Paolo Tanda

In data 31-10-1990 il p.m. presso la Pretura circondariale di Napoli disponeva in danno della FADIM s.r.l. il sequestro probatorio del cantiere sito in Napoli tra via Stazio e via Pacuvio ricadente nei lotti 47, 48 e 49 della V Convenzione Speme, nonché delle opere edilizie in corso di esecuzione.

Tale provvedimento di sequestro inizialmente confermato dal Tribunale del riesame di Napoli con ordinanza del 26-11-1990, veniva annullato senza rinvio dal S.C. con provvedimento reso in Camera di Consiglio in data 13-3-1991.

Tuttavia in data 25-1-1991 il giudice per le indagini preliminari presso la Pretura circondariale di Napoli accoglieva la richiesta formulata dal p.m., disponendo il sequestro preventivo ai sensi dell'art. 321 c.p.p. delle summenzionate opere.

Anche tale provvedimento, proposta domanda di riesame, veniva inizialmente confermato dal Tribunale con ordinanza del 18-3-1991 e successivamente annullato senza rinvio dal S.C.

Tale ultima sentenza della Corte di cassazione sembra costituire il punto d'arrivo di un lungo e tormentato *iter* procedurale per l'esatta comprensione del quale è necessario prendere le mosse dalle vicende giuridiche (e non) a monte dei provvedimenti di sequestro annullati dalla Cassazione.

I danti causa della FADIM s.r.l. con

istanze nn. 546/1967 e 58/1969, richiedevano al Sindaco di Napoli il rilascio di licenze edilizie per la costruzione di tre fabbricati ricadenti nei lotti 47, 48 e 49 della V Convenzione stipulata fra la Soc. SPEME ed il Comune di Napoli, ubicati fra la via Pacuvio e la via Stazio.

Ottenuto dalla Sovrintendenza ai Monumenti della Campania il nulla osta di cui all'art. 7 l. 1497/1939 e nonostante il parere favorevole della Commissione edilizia comunale, il Sindaco, con provvedimenti n. 5463 in data 9-8-1969, negava le licenze: tali provvedimenti venivano impugnati innanzi al Consiglio di Stato che li dichiarava illegittimi con sentenze della V Sez. n. 9/1971 e n. 11/1971. Queste venivano notificate al Comune di Napoli, cui il 18-11-1971 venivano altresì notificati gli atti di diffida ad adempiere che, peraltro, non sortivano effetto alcuno, di tal che nuovamente veniva adito il Consiglio di Stato per ottenere l'esecuzione dei giudicati.

In accoglimento dei ricorsi la V Sezione del Consiglio di Stato, con decisioni n. 468/1972 e n. 469/1972, statuiva che nel termine di trenta giorni dalla data di comunicazione delle decisioni il Comune di Napoli doveva pronunciarsi sulle domande di licenza: in mancanza il Prefetto di Napoli avrebbe dovuto provvedere alla nomina di un commissario *ad acta*.

Anche questa volta decorreva il termine senza che dal Comune fosse adottata alcuna decisione: il Prefetto di Napoli, pertanto, nominava il commissario *ad acta*.

Tuttavia *medio tempore* il Sindaco di Napoli in data 5-10-1972, con provvedimenti n. 15624 e n. 15625, nuovamente denegava le licenze edilizie sul rilievo che le stesse erano in contrasto con il nuovo P.R.G. approvato il 31-3-1972.

Veniva proposto ulteriore ricorso, avverso i nuovi dinieghi, al T.A.R. della Campania che con decisioni n. 1/77 e n. 4/77 dichiara illegittimi i provvedimenti sindacali: avverso tali decisioni veniva interposto appello dal Comune.

Il Consiglio di Stato, con decisione n. 64079 della V Sez., respingeva l'appello osservando, fra l'altro, che la IV Sez. con la decisione n. 827/76 aveva annullato il P.R.G. di Napoli approvato il 31-03-1972 nella parte in cui non recepiva la V Convenzione Speme.

Veniva inoltre stabilito che il Comune di Napoli doveva pronunciarsi sulle domande di licenza edilizia avendo riguardo alla normativa urbanistica in vigore alla data di notifica (10-3-1971) delle decisioni che annullavano i primi dinieghi.

Ancora una volta il Comune, costituito ritualmente in mora, non dava seguito alle richieste: di qui i ricorsi al T.A.R. Campania per l'esecuzione del giudicato.

La I sezione del T.A.R., con decisione del 15-11-1983, ordinava al Comune di Napoli di riesaminare nel termine di sessanta giorni le domande di licenza edilizia, ribadendo che le stesse dovevano essere esaminate alla luce della normativa vigente all'epoca del primo diniego; statuiva, inoltre, che in caso di ulteriore inottemperanza il Prefetto di Napoli avrebbe dovuto provvedere, come poi effettivamente ebbe a verificarsi, alla nomina di un commissario *ad acta*.

Questi dopo lungo tempo richiedeva alla C.E. del Comune di Napoli, quale organo tecnico, parere sulla conformità delle richieste licenze alla normativa urbanistica vigente all'epoca del primo diniego; richiedeva, inoltre, che anche la C.E.I. si esprimesse ai fini della relativa autorizzazione o comunque per il riesame dei progetti alla luce della sopravvenuta legislazione.

In data 18-6-1990 la C.E.I. del Comune di Napoli si pronunciava favorevolmente alla realizzazione delle opere a tre condizioni: 1) che le stesse fossero ulteriormente abbassate, mediante interrimento, di mt. 1,60; 2) che fossero collocati a dimora, per ogni lotto, dieci pini mediterranei di mt. 3 minimo di altezza; 3) che tutte le parti esterne fossero ricoperte da verde.

In data 25-06-1990 la C.E. esprimeva, per quanto attiene al profilo urbanistico, il proprio parere favorevole.

Il Sindaco in data 25 e 27-6-1990 rilasciava i decreti *ex art. 7 l. 1497/1939* e inviava gli stessi alla locale Sovrintendenza perché rimettesse il tutto al Ministero dei Beni Ambientali e Culturali per l'eventuale esercizio, nel termine perentorio di sessanta giorni, del potere di annullamento.

Elasso tale termine il commissario *ad acta*, accertato che non vi era stato annullamento ministeriale, rilasciava in data 14-24 settembre 1990 le richieste concessioni edilizie, sicché in data 9-10-1990, espletati gli adempimenti di legge, si comunicava al Comune di Napoli che si sarebbe dato inizio ai lavori assentiti, lavori che però venivano sospesi per effetto dei succitati provvedimenti di sequestro, poi annullati dal S.C.

Il nucleo centrale della decisione della Corte di Cassazione si fonda essenzialmente sulla esistenza di uno strumento urbanistico che, quantunque adottato da un organo non competente, è comunque sottratto al sindacato del Giudice Ordinario, salve le ipotesi di cui appresso: nel caso di specie, rileva il Supremo Collegio, il piano regionale per la tutela paesaggistico-ambientale è stato redatto ed emanato dalla Giunta della Regione Campania con delibera del 15-12-1986 e sebbene tale piano non sia stato approvato dal Consiglio Regionale (quand'anche sia privo di grafici e della particolareggiatura) non è comunque un atto nullo affetto da incompetenza assoluta: si tratta, tutt'al più, di un atto illegittimo in quanto pur sempre proveniente da un organo della stessa amministrazione.

Pertanto, in relazione a tale atto deve ritenersi escluso ogni potere di sindacato del G.O. che, *ex artt. 4 e 5 l. 23-3-1865 n. 2248 all. E*, può disapplicare gli atti amministrativi illegittimi unicamente in relazione agli effetti negativi su diritti soggettivi ed a condizione che si tratti di accertamento incidentale.

Sulla base di queste argomentazioni ritiene la Corte di Cassazione che il Tribunale del Riesame avrebbe dovuto quanto meno dubitare della sussistenza di una condotta antiggiuridica posta in essere dall'indagato, quale presupposto del provvedimento di sequestro.

È stata così ribaltata la tesi sostenuta dai giudici del Riesame secondo cui l'esistenza delle concessioni edilizie n. 242 e n. 243/1990, se da un lato valgono ad escludere rispettivamente il reato di costruzione senza concessione e quello di costruzione senza l'autorizzazione paesaggistica, non valgono, d'altro lato, ad escludere il reato di cui all'art. 1 *quinqüies* l. 8-8-1985 n. 431 (esecuzione di lavori edificatori prima dell'adozione del piano paesaggistico).

Secondo il Tribunale del Riesame pertanto la dizione contenuta nella norma di legge «adozione di piani paesaggistici» deve essere necessariamente intesa nel senso di adozione ed approvazione del piano stesso da parte del Consiglio Regionale: diversamente si potrebbero autorizzare, sulla base di

un'adozione provvisoria del suddetto piano da parte della Giunta, un'attività edificatoria che poi si trovi in contrasto col piano adottato in via definitiva dal Consiglio Regionale.

Del resto, sottolinea ancora il Tribunale del Riesame, le concessioni rilasciate non hanno tenuto conto della conformità (dell'attività edificatoria da effettuarsi) alla l. 431/1985: né poteva essere diversamente perché le concessioni dovevano essere rilasciate tenendo conto della normativa urbanistica vigente in epoca anteriore e l'applicazione del principio «ora per allora» andava operata, secondo i giudici del Riesame, solo in relazione alla materia urbanistica e non anche a quella paesaggistica, stante la diversa natura dell'interesse urbanistico e di quello paesaggistico e stante la diversa disciplina legislativa.

Le concessioni n. 242 e n. 243/1990, fino al momento dell'adozione del piano da parte del Consiglio Regionale, vanno considerate, a detta del Tribunale del Riesame, «bloccate» nell'efficacia per effetto di un provvedimento legislativo (c.d. legge Galasso).

Di difficile comprensione appare, come già ottimamente messo in luce dalla difesa della FADIM s.r.l., la creazione di due categorie attualmente ignote alla normativa vigente in materia: «adozione definitiva» ed «adozione provvisoria».

Invece, le categorie tipiche previste dalla specifica legislazione sono quelle della «adozione» (di competenza della Giunta) e quella della «approvazione» (di competenza del Consiglio Regionale). Non vi è dubbio che la lettera e la *ratio* degli artt. 1 *ter* ed 1 *quinqüies* l. 431/1985 hanno inteso ricollegare la cessazione dell'effetto di vincolo alla fase dell'adozione e non già a quella dell'approvazione.

Comunque sembra certamente decisiva la considerazione che nel caso di specie si sia in presenza di una tipica ipotesi di materia sottratta al sindacato del giudice penale.

L'esistenza infatti di un atto non illecito (in quanto non può ritenersi frutto di collusione tra il richiedente e la P.A.) avrebbe dovuto portare il

Tribunale del Riesame a qualificare, tutt'al più, illegittimo il provvedimento adottato dalla Giunta Regionale, in quanto adottato da organo incompetente ma pur sempre della stessa amministrazione: pertanto, l'esistenza di un'attività edificatoria posta in essere sulla base di tale provvedimento non illecito (ma solo illegittimo), esclude la possibilità di una vicenda disapplicativa da parte del giudice ordinario.

Per un'esatta comprensione delle argomentazioni che sembrano escludere, nel caso in esame, la sussistenza del potere di disapplicazione del giudice ordinario, è bene prendere le mosse da riflessioni già sviluppate ed approfondite in altra sede (1).

Più precisamente va evidenziato che nella disamina della struttura del reato previsto dalla l. 8-8-1985 n. 431 – che all'art. 1 *quinquies* pone il precetto ed all'art. 1 *sexies* (2) pone la sanzione rinviando all'art. 20 l. 47/1985 – si sono trascurati alcuni, fondamentali canoni ermeneutici.

In particolare l'analisi storica – quella cioè finalizzata ad una presa in considerazione del momento storico in cui nasce ed in cui trova applicazione il precetto (cd. *historia iuris*) – ricopre un ruolo determinante nella individuazione della esatta portata della disposizione normativa di cui all'art. 5 l. 2248/1865 e, di riflesso, della norma di cui agli artt. 1 *quinquies* ed 1 *sexies* l. 431/1985: il potere di disapplicazione previsto dall'art. 5 l. cit. (3), in una logica sistematica di giurisdizione unitaria, venne concepito come strumento di tutela del privato nei confronti della P.A. per consentire al giudice ordinario di condannare la stessa pubblica amministrazione al risarcimento dei danni nell'ipotesi di illegittima lesione di una posizione di diritto soggettivo.

Tuttavia il G.O. – per effetto del c.d. divieto di repressione degli atti amministrativi ex art. 4, c. 2, l. 2248/1865 – non poteva (e non può) annullare o revocare l'atto amministrativo il quale continuava a spiegare i suoi effetti tipici (4).

Pertanto nella sua originaria configurazione tale potere venne concepito

come limitato unicamente all'ipotesi di disapplicazione *in bonam partem*.

È, quindi, certamente condivisibile l'affermazione contenuta nella sentenza delle Sezioni Unite penali (decisione del 31 gennaio 1987 n. 3, ric. Giordano) secondo cui l'istituto della disapplicazione è diretto esclusivamente alla tutela dei diritti soggettivi 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 una attività gestionale che dalla legge è, invece, demandata in via esclusiva ad altro potere dello Stato»: da qui l'impossibilità di equiparare l'ipotesi di costruzione edilizia effettuata prima dell'adozione dei piani paesistici e quella di attività edificatoria posta in essere, come nel caso di specie, sulla base di una concessione rilasciata in presenza di un piano regionale per la tutela paesaggistico-ambientale tutt'al più illegittimo e non nullo per incompetenza assoluta.

Pertanto, 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* ed *in malam partem*, risulta essere esorbitante rispetto alla *ratio iuris*: si impone, quindi, una interpretazione restrittiva nel senso innanzi indicato.

Come è stato efficacemente rilevato, per un evidente «errore di grammatica giuridica» (5), del potere in esame – anche se sempre più di rado – si fa un uso distorto, disapplicando l'atto amministrativo non solo quando venga a comprimere la sfera giuridica del cittadino ma anche nell'ipotesi in cui l'atto stesso costituisca per lui fonte di nuove facoltà.

Pertanto, dato che in materia penale anche di recente si è fatto ricorso (6) al potere di disapplicazione ai fini di una declaratoria di responsabilità (disapplicazione *in malam partem*), si impone un totale superamento di tale – seppur minoritaria – tendenza per un utilizzo dell'istituto in parola in relazione unicamente ai provvedimenti che incido-

no riduttivamente sulle posizioni giuridiche soggettive del destinatario (7).

La non infondatezza di tale postulazione è confortata dalla inconfigurabilità logico-giuridica del potere di disapplicazione *in malam partem* del giudice penale.

Delle due l'una: o la qualificazione dell'atto amministrativo in termini di legittimità-illegittimità penetra nella struttura tipica della fattispecie criminosa assurgendo, pertanto, ad elemento costitutivo della stessa ed allora il potere di disapplicazione è fuori discussione *ictu oculi*; o l'illegittimità dell'atto non è contemplata tra gli *essentialia delicti* ed allora ciò che rileva è unicamente l'ontologica esistenza dell'atto (8) e non la sua illegittimità, dovendosi escludere ogni equiparazione tra atto amministrativo inesistente ed atto esistente ma illegittimo.

Per cui nella prima ipotesi compito precipuo del G.O. è quello di verificare la sussistenza del reato e tale accertamento viene esplicato non *incidenter tantum* ma *principaliter* anche in relazione alla valutazione di legittimità dell'atto amministrativo, non rilevando assolutamente l'istituto della disapplicazione (9).

Non diversa è la soluzione nella seconda ipotesi, in cui la dicotomia legittimità-illegittimità dell'atto amministrativo non entra nel novero degli elementi costitutivi della fattispecie criminosa (11): es. art. 663 cpv. c.p., art. 665, c. 3 c.p., art. 22 legge Merli, art. 20 lett. b l. 47/1985 ed artt. 1 *quinquies* e *sexies* l. 431/1985: «il giudice penale deve conoscere dell'invalidità degli atti amministrativi autorizzatori presupposti o concessori solo se l'illegittimità degli stessi costituisca presupposto editale della condotta incriminata» (11).

Argomentare diversamente significa innanzitutto violare il fondamentale principio di legalità nella sua più delicata espressione (principio di tassatività) (12): *nullum crimen, nulla poena sine preavia lege poenale scripta et stricta*.

Si tratta di una regola tecnica che deve presiedere alla formulazione della norma penale in termini di dettaglio preciso e puntuale di tutti gli elementi della fattispecie criminosa in

modo da dire a chiare lettere ciò che il cittadino può fare e ciò che non può fare.

Ulteriore fondamentale principio che verrebbe ad essere violato è quello dell'irretroattività.

Infatti la regola in base alla quale l'atto amministrativo (nella specie il piano paesaggistico illegittimo) disapplicato debba considerarsi *tamquam non esset*, comporta – in via di fatto – il retroagire di un elemento costitutivo del reato (13) (l'inesistenza del piano paesistico), elemento che non sussiste nel momento in cui si viene ad esplicitare la condotta (14).

Va altresì evidenziato che ogni provvedimento amministrativo è assistito da una presunzione di legittimità (15), nel senso che l'atto laddove possieda quel *minimum* di forma e di sostanza richiesta dalla legge perché possa essere inquadrato in una data categoria di atto amministrativo, ciò è sufficiente per consentire che l'atto stesso, sebbene affetto da qualche vizio, produca comunque i propri effetti fin tanto che non venga annullato dall'autorità emanante o da un organo di controllo. Per cui, un piano paesistico illegittimo non consente al privato una valutazione in tal senso; questi non solo potrà ma addirittura dovrà iniziare i lavori edificatori, visti i termini particolarmente rigorosi previsti dalla legge urbanistica (16).

Del resto, la succitata equiparazione tra attività edificatoria posta in essere prima dell'adozione del piano paesistico ed attività edificatoria effettuata in presenza di un piano illegittimo, comporterebbe la creazione in capo al cittadino di un inammissibile obbligo (*rectius*: onere) di controllo avente ad oggetto la legittimità dello strumento urbanistico.

Tuttavia, sembra anche essere un assurdo logico (prima che giuridico) sostenere che a carico del cittadino, il quale abbia ottenuto un provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica, sussista sempre e comunque un siffatto onere.

Nel nostro ordinamento normativo è previsto un complesso sistema di controlli (17) che sembra fugare ogni

dubbio in ordine alla 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 creare notevoli intralci allo snodarsi dell'azione della pubblica amministrazione.

Del resto, non è dato rinvenire alcuna disposizione normativa dalla quale si possa desumere in via di interpretazione l'esistenza di un siffatto onere (18).

Ed in più il principio, sia pure controverso, di presunzione di legittimità dell'atto amministrativo sembrerebbe allontanare ogni dubbio in merito: non sembra affatto possibile affermare la presunzione di legittimità di un atto ed imporre al contempo in capo al soggetto richiedente un obbligo di verifica.

Ancora più accentuato sarebbe il contrasto con l'art. 40, c. 2, c.p.: prevedere un obbligo (*rectius*: onere) di controllo che non ha alcun fondamento 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, c. 2, c.p. (19).

Autorevole dottrina già da tempo ha evidenziato le irreversibili distorsioni del sistema a cui si andrebbe incontro laddove si riconoscesse al G.O. il potere di disapplicare *in mala partem* l'atto amministrativo illegittimo segnatamente nell'ipotesi di atto preordinato a produrre un unico effetto che è poi oggetto della vicenda di disapplicazione.

In questa evenienza è almeno dubbia l'eventualità che la vicenda disapplicativa, venendo ad incidere su quello che è l'unico effetto dell'atto, faccia rimanere inalterato l'atto stesso: sotto questo profilo si è posto in evidenza come la disapplicazione non si atteggi diversamente dall'annullamento (20).

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

Infatti, da un lato, l'annullamento di ufficio (21) presuppone la sussistenza dell'interesse pubblico concreto ed attuale alla eliminazione dell'atto stesso, non coincidente con l'interesse al ripristino della legalità; dall'altro, l'annullamento da parte del giudice amministrativo (22) è condizionato dalla individuazione di una lesione attuale e diretta di un interesse, anch'esso personale ed attuale, alla pronuncia richiesta: orbene, il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice penale prescinde da tali presupposti di tal che l'illegittimità dell'atto sembrerebbe avere nell'ambito penale una rilevanza maggiore che in quello amministrativo.

Tali brevi osservazioni – che richiederebbero un maggiore approfondimento non consentito in questa sede – lasciano intendere quanto sia discutibile una eccessiva dilatazione dei poteri del G.O. in ordine agli atti amministrativi illegittimi e quindi un allargamento dell'art. 1 *quinquies* l. 431/1985 fino a fargli comprendere l'ipotesi – non prevista – di attività edificatoria effettuata sulla base di un piano paesistico (non inesistente ma) illegittimo.

Sulla base delle argomentazioni su esposte deve pertanto ritenersi ineccepibile la conclusione a cui è giunta la S.C.: attesa la limitazione del sindacato del giudice ordinario unicamente alle ipotesi di disapplicazione *in bonam partem* era inevitabile l'annullamento senza rinvio, da parte della stessa Suprema Corte, dei succitati provvedimenti di sequestro. Infatti, sebbene – come accennato in precedenza – il piano urbanistico regionale per la tutela paesaggistico-ambientale sia stato emanato (non dal Consiglio Regionale ma) dalla Giunta, tale strumento urbanistico non può considerarsi affetto da nullità assoluta (e quindi non produttivo di effetti).

Tutt'al più si può ritenere, nel caso di specie, di essere in presenza di un provvedimento illegittimo che, in quanto tale, comunque produce i suoi effetti fin quando l'atto stesso non venga annullato o dalla stessa autorità emanante o da un organo di controllo.

L'esistenza, pertanto, di un atto

semplicemente illegittimo costituisce un insormontabile ostacolo al sindacato del giudice ordinario nei termini in precedenza indicati.

(1) Cfr. TANDA, *La disapplicazione da parte del giudice penale di concessione illegittima*, in questa *Rivista*, 1989, I, 173 ss. e TANDA, *Il potere di disapplicazione del giudice penale: in particolare l'ipotesi di concessione edilizia illegittima*, *Riv. giur. ed.*, 1990, 17 ss.

(2) ABBAMONTE, *Le interferenze della «legge Galasso» sul condono edilizio*, *Atti del convegno di Sorrento del 25-27 ottobre 1985*; ABRAMI, *Considerazioni sul decreto Galasso*, *Giur. agr. it.*, 1984, 588; ABRAMI-CASTIGLIONI, *Guida all'ambiente*, Padova, 1986-87; ALBAMONTE, *La tutela penale delle risorse ambientali*, *Cass. pen.* 1987, 2021; ALIBRANDI-FERRI, *I beni culturali ed ambientali: appendice di commento alla legge 8 agosto 1985*, 431, Milano, 1985; AMENDOLA, *In nome del popolo inquinato*, Milano, 1985; BAJANO, *Precetti e sanzioni indeterminati: un nuovo rinvio alla consulta per la legge Galasso*, *Corr. giur.*, 1986, 1157; BARONE, *Vincolo paesaggistico nella legge 8 agosto*, 431: *una normativa organica di tutela delle bellezze naturali ad integrazione della legge n. 1497 del 1939*, *Riv. giur. ed.* 1985, III, 1205; CACCIN, *I profili urbanistici del d.m. beni culturali ed ambientali 31 settembre 1984 (Gaz. Uff. 26 settembre 1984, 365) concernente la dichiarazione di notevole interesse pubblico di taluni beni e luoghi ex novo indicati ed individuati*, *Giur. it.* 1985, IV, 163; CARRARO, *Legittimità costituzionale ed invalidità amministrativa del d.m. 31 settembre 1984 (c.d. decreto Galasso)*, *Riv. giur. urb.* 1985, III, 471; COZZUTO QUADRI, *Nota ad ordinanza T.A.R. Campania 7 agosto 1985, n. 855*, *Foro it.*, 1985, III, 477; GIUFFRÉ, *Sanatoria delle opere abusive comprese negli ambiti territoriali tutelati dalla c.d. legge Galasso*, *Atti del Convegno di Sorrento del 25-27 ottobre 1985*; IMMONDINO, *Dal decreto Galasso alla legge n. 431 del 1985: la tutela del paesaggio fra Stato e Regione*, *Riv. giur. ed.*, 1985, III, 693; LIGUORI, *Appunti sul potere governativo di integrazione degli elenchi delle bellezze naturali*, *Riv. giur. ed.*, 1985, II, 53; LIBERTINI, *Tendenze innovative in tema di tutela del paesaggio: le vicende del «decreto Galasso»*, *Foro it.*, 1985, V, 209; MADDALENA, *Responsabilità amministrativa danno pubblico e tutela dell'ambiente*, Rimini, 1985, 121; MAGLIA, *D.m. 21 settembre; verso una effettiva tutela del territorio*, *Riv. pen.*, 1985, 11.

(3) Cfr. sull'argomento ALBAMONTE, *Sindacato del giudice penale in materia di atti amministrativi*, *Giust. pen.*, 1975, III, 312 ss.; ALESSI, *Rilievi in tema di applicazione di atti amministrativi non conformi alle leggi da parte del giudice ordinario*, *Studi Guicciardi*, Padova, 1975, 121 ss.; ALESSI, *Spunti in tema di pregiudizialità nel processo amministrativo*, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1978, 671 ss.; ALBINI, *Annullamento implicito e disapplicazione di atti amministrativi da parte del giudice ordinario*, *Foro pad.*, 1951, 715 ss.; ALIBRANDI, *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Napoli,

In ultima analisi, quindi, non può che considerarsi meritevole di accoglimento l'orientamento della S.C. secondo cui i giudici del Riesame avreb-

1969; AMORTH, *Impugnabilità e disapplicazione dei regolamenti e degli atti generali*, *Atti IX Conv. Varenza*, Milano, 1964, 555 ss.; ANDRIOLI, *Bilancio della legge 20 marzo 1965 all. E*, *Riv. trim. dir. pubbl.* 1965, 1622 ss.; ANNUNZIATA, *Azioni esperibili nei confronti della pubblica amministrazione e potere del giudice ordinario*, Napoli, 1979; ANNUNZIATA, *Sui limiti del potere del giudice ordinario di fronte all'atto amministrativo*, *Giust. civ.* 1971, 11, 340 ss.; BAJNO, *La tutela penale del governo del territorio*, Milano, 1980; BELLOMIA, *Ancora in tema da parte del giudice penale*, *Riv. giur. ed.*, 1986, I, 887 ss.; BETTIOL, *Tutela dell'ambiente in riferimento ai centri storici. L'illegittimità della concessione*, *Giur. merito* 1982, 242 ss.; CACCIN, *La concessione edilizia rilasciata senza l'acquisizione del nulla-osta dell'autorità proposta alla tutela delle bellezze naturali è illegittima ma non può essere disapplicata dal giudice ordinario con effetti ex tunc*, *Giur. merito* 1988, 896 ss.; CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950; ID., *In tema di disapplicazione giudiziaria di un provvedimento amministrativo e di errore di fatto*, *Foro pad.* 1985, I, 843; ID., *Disapplicazione di regolamenti da parte del Consiglio di Stato*, *Giur. cost.* 1959, 518 ss.; ID., *La difesa del controinteressato e la disapplicazione dei provvedimenti amministrativi*, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1967, 256; CAPALDO, *Rilevanza penale delle opere edilizie illegittimamente assentite*, Milano, 1983; CASETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, *Riv. trim. dir. pubbl.* 1952, 662 ss.; CASSARINO, *Atti amministrativi discrezionali e disapplicazione in giudizio*, *Foro amm.*, 1956, II, 163 ss.; CODAGNONE, *Note sui limiti del sindacato dell'Autorità giudiziaria sugli atti amministrativi*, *Giust. pen.* 1967, II, 1078 ss.; CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979; DAL PIAZ, *Osservazioni sui limiti del sindacato di legittimità dell'Autorità giurisdizionale ordinaria sugli atti amministrativi, con particolare riferimento al vizio di eccesso di potere*, *Giur. it.* 1975, II, 17 ss.; ID., *Osservazioni sulla configurabilità di limiti alla competenza del giudice ordinario in tema di atto amministrativo viziato da eccesso di potere*, *Foro it.* 1962, II, 328 ss.; DELL'ORO, *Potestà di disapplicazione e provvedimento amministrativo*, *Riv. trim. dir. pubbl.* 1965, 681 ss.; DEL POZZO, *Decorrenza del termine, lesione dell'interesse e disapplicazione dell'atto di diritto processuale amministrativo*, *Foro amm.* 1952, I, II, 134 ss.; FAVI, *Gli atti amministrativi illegittimi e i limiti della loro disapplicabilità*, *Riv. dir. pubbl.* 1975, 337 ss.; FORNASARI, *Sulla rilevanza penale delle costruzioni edilizie realizzate in base ad atti concessori illegittimi*, *Foro it.* 1986, I, 84 ss.; ID., *Costruzione edilizia in base a concessione illegittima e rilevanza della buona fede*, *Giur. merito* 1986, IV, 233 ss.; FORTUNA, *Attività edilizia e controllo giudiziario*, Padova, 1983; GALASSI,

bero dovuto quanto meno dubitare della presenza di una condotta antiggiuridica quale presupposto dei provvedimenti di sequestro.

*L'istituto della disapplicazione nell'attuale contesto giuridico*. T.A.R. 1977, II, 89 ss.; GAGLIANI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti del P.U. in relazione al reato di abuso inominato d'ufficio*, *Arch. pen.* 1962, 466 ss.; ID., *Sindacato giudiziario sugli atti amministrativi e norme penali*, *Arch. pen.* 1968, 301 ss.; GARAVELLI, *Sui rapporti tra G.O. e l'attività inominata*, *Giust. pen.* 1972, II, 97 ss.; GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 643 ss.; ID., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, *Riv. dir. proc.* 1973, IV; GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, *Ius* 1951, 356 ss.; ID., *Profili costituzionali, amministrativi e processuali delle leggi per l'Altopiano Silano e sulla riforma agraria fondiaria*, *Foro it.* 1952, IV, 73 ss.; GUGLIELMI, *Sulla disapplicazione degli atti amministrativi*, *Giur. compl. cass. civ.* 1953, II, 206 ss.; KLITSCHKE DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Padova, 1961, 172 ss.; JAEGER, *Annullamento e disapplicazione di atti amministrativi illegittimi*, *Giur. it.* 1942, II, 17 ss.; LUGO, *La dichiarazione incidentale di inefficacia dell'atto amministrativo*, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1957, 634 ss.; MANERA, *Sulla sindacabilità da parte del giudice penale dell'eccesso di potere nell'atto amministrativo*, *Giur. it.* 1973, II, 313 ss.; MAROITA, *Il sindacato del giudice ordinario sull'atto amministrativo*, Napoli, 1976; MAZZOROLI, *Attività amministrativa e giustizia penale*, *Dir. soc.* 1977, 218 ss.; NOVARESE, *Orientamenti in tema di disapplicazione di concessione edilizia illegittima secondo la legge 28 febbraio 1985 n. 47*, *Giur. merito* 1986, 289 ss.; PALATIello, *Il sindacato di legittimità del giudice ordinario sull'attività amministrativa alla luce dell'eccesso di potere quale vizio della funzione*, *Riv. pen.* 1976, II, 10, 63 ss.; PALMISANO, *Responsabilità penale per la trasformazioni urbanistiche eseguite con concessione illegittima*, *Riv. giur. ed.* 1989, II, 27 ss.; PANNAIN, *Osservazioni circa il sindacato del giudice penale sulla legittimità dell'atto amministrativo*, *Arch. pen.* 1964, II, 510 ss.; PATALANO, *La sindacabilità dell'atto amministrativo e la configurabilità del reato di abuso inominato d'ufficio*, *Foro pen.* 1966, 61 ss.; PECORARO ALBANI, *Il reato di costruzione edilizia senza licenza: in particolare l'errore su legge extra penale*, *Riv. giur. ed.* 1959, II, 61 ss.; PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, 1980; PETRONE, *La disapplicazione dell'atto amministrativo (profili penali)*, *Quaderni del C.S.M.* 1987, n. 1, 55 ss.; PRESUTTI, *L'art. 5 della legge 20 marzo 1965 all. E e le materie devolute a giurisdizione speciali con competenza esclusiva*, *Studi Ranelletti*, Padova, 1931, 276 ss.; PICCARDI, *Sulla disapplicazione degli atti amministrativi*, *Riv. amm.* 1968, 589 ss.; RAIMONDINI, *Impugnabilità, disapplicazione o irrilevanza delle circolari amministrative illegittime*, *Foro amm.* 1969, II, 3 ss.; RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, Milano 1984; ROMANO,

osservazioni sull'impugnativa della pubblica amministrazione, *Riv. trim. dir. pubbl.* 1955, 939 ss.; SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, 1141 ss.; SATTA, *Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1965, 566 ss.; SCOCA, *Il termine giudiziale nell'adempimento delle obbligazioni amministrative*, Milano, 1965, 115 ss.; STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970, 41 ss.; TANDA, *Il potere di disapplicazione*, cit., nt. 1; TANDA, *La disapplicazione da parte del giudice penale di concessione edilizia illegittima*, cit., nt. 1; TREVIES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi da parte del giudice penale*, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1964, 1135 ss.; VENDITTI, *Questioni sulla sindacabilità degli atti amministrativi da parte del giudice penale*, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1964, 135 ss.; ID., *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1965, 28 ss.; VILLATA, *Disapplicazione di provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980; ID., *Disapplicazione della concessione edilizia*, *Riv. proc. amm.* 1987, 407 ss.

(4) Per una sapiente disamina storica della riforma che portò alla l. 20 marzo 1865, 2248, all. E, si rinvia a MAROTTA, *Il sindacato del giudice ordinario*, cit., 12 ss.

(5) Così, NIGRO, *La giurisdizione sui pubblici poteri tra sistema normativo e spinte fattuali*, *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».

(6) Cfr. Pret. Agropoli 31 ottobre 1987, *Giust. civ.* 1988, 545. La motivazione di tale pronuncia contiene non poche soluzioni di continuità. Dopo un poco aderente negazione dell'art. 5 l. 2248/1865 quale fonte del potere di disapplicazione e dopo aver evidenziato alcuni casi di cui il giudice penale può conoscere dell'atto amministrativo (e ritenerlo *tanquam non esset*) – casi del tutto eterogenei che nulla hanno da spartire con una vicenda disapplicativa relativa agli effetti dell'atto amministrativo – il Pretore arriva a fondare la propria tesi asserendo che la legge 47/1985 avrebbe comportato un radicale mutamento dell'oggetto giuridico della tutela: «non solo (e non tanto) l'interesse al controllo preventivo della 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». Ora, a parte il rilievo che lo stesso Pretore avverte la forzatura delle proprie asserzioni, tant'è vero che non si esprime in termini categorici ma di compromesso – non solo (non tanto) ...ma anche (e ancor di più) – ed a parte il sintomatico atteggiamento dubitativo assunto in relazione all'ipotesi di «sanatoria impropria» e di lavori senza concessione non sanati ma conformi agli strumenti urbanistici, va rilevato che la Suprema Corte nella nota sentenza a S.U. ha individuato in modo incontrovertibile l'interesse tutelato nell'opportunità di sottoporre l'attività edilizia al preventivo controllo della pubblica amministrazione (v. da ultimo ed anco-

ra più inequivocabilmente, Cass. Sez. III, sent. n. 197 del 1988).

Del resto la stessa Corte respingendo la tesi abbracciata anche dal pretore di Agropoli, richiama espressamente, sia pure tra parentesi, la legge 47/1985 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 l. 10/1977, certamente un aspetto di sì notevole momento sarebbe stato comunque evidenziato. 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 è da reputarsi meritevole di accoglimento. Per una più approfondita disamina cfr. TANDA, *La disapplicazione da parte del giudice penale*, cit., 173 ss.

(7) Conforme Cass. sez. III, 13 gennaio 1986 n. 193: «In virtù del combinato disposto degli artt. 4 e 5 l. 20-3-1865, 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 una autorizzazione allo scarico, omessa in base ad analisi inutilizzabili perché eseguite senza preventivo avviso al titolare.

(8) Cfr. PECORARO ALBANI, *Il reato di costruzione edilizia*, cit., 51, il quale già sotto il regime della l. 1150 del 1942 sosteneva che il rilascio di una licenza, sia pure illegittima, escludeva l'illecito allora previsto dall'art. 41 lett. b, l. cit. L'insigne Autore, tra l'altro, critica l'orientamento (MANZINI, *Trattato di diritto penale*, 1941, 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.

(9) Così, tra gli altri, anche FORNASARI, *op. cit.*, 235. Osserva VILLATI, *op. cit.*, 110 ss. e 120 ss., che «il giudice non disapplica affatto il provvedimento, sebbene verifica sulla base degli elementi della fattispecie descritti dalla norma incriminatrice, se sussiste o meno un reato» si tratta pertanto – secondo l'Autore – di un problema di ordine sostanziale e non processuale: non vi è nulla che possa inserire una pretesa vicenda processuale relativa agli effetti dell'atto amministrativo. Da ultimo, così anche TANDA, *La disapplicazione da parte del giudice penale*, cit., 174.

(10) Escludere in questi casi la sussistenza della fattispecie criminosa per altra via, cioè attraverso la via dell'interpretazione analogica *in bonam partem*, costituisce viatico non praticabile non perché debbasi aderire alla teoria che tale analogia esclude, ma perché non sussiste il presupposto di tale procedimento ermeneutico, ossia la lacuna giuridica.

(11) Così testualmente Cass. sez. III, 11 maggio 1987, 5946.

(12) Circa il fondamento logico e giuridico

di tale principio si veda MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 95 ss. ed ivi riferimenti bibliografici; cfr. anche nota 20 di FORNISARI, *op. cit.*, 237.

(13) Trattasi di elemento positivo a contenuto negativo: cfr. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, 68 ss.

(14) Cfr. DE ROBERTO, *Sanzioni penali*, in A. e G. DE ROBERTO, *Le sanzioni urbanistiche amministrative e penali*, Milano, 1978, 81; BAJNO, *op. cit.*, 93; PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979, 40; FORNISARI, *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 esplicata in piena conformità al titolo che ne funge da presupposto. Conforme sul punto TANDA, *La disapplicazione da parte del giudice penale*, cit., 175.

(15) 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.

(16) Così anche ALIBRANDI, *L'incidenza del rilascio*, cit., 1669.

(17) Per la nozione di controllo cfr. A.M. SANDULLI, *op. cit.*, 219 ss. ed ivi richiami bibliografici.

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

(19) Così anche FORNASARI, *op. cit.*, 253, il quale afferma che quest'esigenza di un «controllo sul controllore» verrebbe a far articolare l'elemento oggettivo della fattispecie in un duplice comportamento: «da un lato la condotta attiva consistente nel costruire, dall'altro una condotta omissiva consistente nell'atto amministrativo. Si veda così, l'art. 40 c. 2 c.p. e si altera artificialmente la fattispecie aggiungendovi un elemento non previsto nel suo ambito descrittivo, in palese violazione del principio di tassatività». Così anche TANDA, *op. cit.*, 177.

(20) Così CONTENTO, *op. cit.*, 177, che tra l'altro osserva: «è davvero difficile ...intravedere in che cosa la disapplicazione differisce dall'annullamento ...quando l'atto disapplicato 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*, *Riv. amm.* 1968, 597; SATTA, *Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1965, 599; DEL POZZO, *Decorrenza del termine*, cit., 147; VILLATA, *Disapplicazione*, cit., 84 ss.; TANDA, *op. cit.*, 177.

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

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