

Giovanni Cocco

**La rilevanza penale dei vizi degli
atti amministrativi elementi della
fattispecie estintiva penale:
in particolare le ipotesi della
concessione edilizia in sanatoria
e del condono edilizio**

Estratto da

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI

Volume LVI: 1995-1996



G. Giappichelli Editore – Torino

GIOVANNI COCCO

LA RILEVANZA PENALE DEI VIZI
DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI ELEMENTI DELLA
FATTISPECIE ESTINTIVA PENALE: IN PARTICOLARE
LE IPOTESI DELLA CONCESSIONE EDILIZIA
IN SANATORIA E DEL CONDONO EDILIZIO

SOMMARIO: I. *Lineamenti generali*. – 1. Un approccio induttivo. – 2. La questione della c.d. pregiudiziale amministrativa. – 3. Le nozioni di rilevanza diretta e di rilevanza indiretta nell'ordinamento penale dell'atto amministrativo ed altre estranee alla materia penale. – 4. La rilevanza dell'atto amministrativo invalido nelle fattispecie incriminatrici ed estintive come problema unitario. – 5. La ridefinizione operata dalla norma penale dell'atto amministrativo elemento della fattispecie estintiva. – 6. La qualificazione giuridica del fatto di reato e le conseguenze sul piano della applicazione delle cause di estinzione. – II. *La rilevanza in sede penale dei vizi della concessione in sanatoria c.d. di regime*. – 7. I requisiti di validità penale della concessione in sanatoria. – 8. Conclusioni. – III. *La rilevanza in sede penale dei vizi del c.d. condono edilizio*. – 9. La natura giuridica dei condoni edilizi. – 10. La fattispecie estintiva penale prevista nel caso di sanatoria delle opere abusive. – 11. L'estinzione del reato in assenza della sanatoria delle opere abusive. – 12. Profili peculiari del c.d. nuovo condono. – 13. I requisiti di validità penale dei condoni edilizi. – 14. Gli abusi che beneficiano del condono edilizio. – 15. La valutazione giudiziaria delle domande di sanatoria e di condono ai fini della sospensione del "procedimento" penale.

I

LINEAMENTI GENERALI

1. *Un approccio induttivo*. – La problematica del rilievo in sede penale dei vizi dell'atto amministrativo, specialmente esaminata con riguardo all'atto amministrativo elemento di fattispecie incriminatrici¹, si ripropone relativamente al potere del giudice penale di valutare la legittimità degli atti ammi-

¹ Riproponiamo il tema già trattato nell'ultimo capitolo della nostra monografia, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari, 1996, pp. XII-498, incisiamente rielaborato ed approfondito con particolare riguardo agli istituti della concessione in sanatoria e del condono edilizio, di cui si è conclusa la travagliata vicenda con l'approvazione della legge 23 dicembre 1996, n. 662, "collegata alla Finanziaria".

strativi che costituiscono un elemento della fattispecie estintiva penale² ed, in specie, con riguardo alle cause di estinzione dei reati urbanistici ed edilizi integrate dalla concessione in sanatoria c.d. di regime (art. 22, legge n. 47 del 1985)³, che useremo come modello di verifica dei ragionamenti proponibili in materia, e dal c.d. condono edilizio (cap. IV, legge n. 47 del 1985 e art. 39, legge n. 724 del 1994).

Procedendo dalla ipotesi di lavoro, in assenza di decisivi argomenti in senso contrario⁴, della identità degli strumenti logico-dogmatici da utilizzare nell'esame della questione con riguardo sia alle fattispecie incriminatrici che a quelle estintive, e dato il significato della concessione in sanatoria di regime di riaffermazione, seppure tardiva, della riserva di controllo dello sviluppo urbanistico in capo all'autorità amministrativa⁵, si può affermare in prima battuta che quest'ultima non deve andare soggetta ad un sindacato giudiziario di per sé più pregnante di quello relativo alla concessione edilizia preventiva⁶, pur con i *distinguo* imposti dalla peculiare struttura delle diver-

² In generale in materia cfr. PECORARO ALBANI, *L'estinzione delle situazioni soggettive penali*, Napoli, 1967, p. 363 s., che delinea la figura della fattispecie estintiva penale, costituita dal complesso di fatti (o atti) a cui l'ordinamento ricollega la estinzione o la vicenda estintiva; per lo più si tratterebbe di un unico fatto, ma potrebbe configurarsi anche una pluralità di fatti costitutivi.

Secondo l'illustre autore (p. 345) il fondamento giuridico della c.d. estinzione del reato e della pena dovrebbe essere colto unicamente sul piano della efficacia estintiva attribuita dall'ordinamento ad alcuni fatti o atti e non con riguardo ad un particolare istituto di carattere generale, pertanto la autonoma figura della fattispecie estintiva sarebbe idonea a caratterizzare la essenza dei singoli fatti estintivi esclusivamente alla stregua della loro efficacia, che ne costituirebbe il vero comune denominatore. Viene affermata, inoltre, la natura di stretto diritto positivo del fenomeno estintivo penale, nel senso che nel diritto positivo il fenomeno trova la sua causa e la sua disciplina (p. 345 s.).

³ Sul cui inquadramento dogmatico e sulla cui disciplina cfr. il nostro, *L'atto*, cit., cap. IV, par. 2 s.

⁴ Contrastanti impostazioni saranno esaminate nel successivo par. 3.

⁵ Cfr. il nostro, *L'atto*, cit., cap. IV, e, in questo lavoro, il par. 7.

⁶ Mentre Corte cost. 31 marzo 1988, n. 370, in *Riv. giur. ed.*, 1988, I, p. 234, non pare assumere una precisa posizione sul punto, limitandosi ad affermare che «il giudice penale, oltre all'accertamento sull'esistenza in concreto dell'intera fattispecie estintiva prevista dal capo I della legge in discussione, conserva tutti i poteri che l'ordinamento normalmente gli conferisce in ordine alla valutazione della legittimità dell'atto amministrativo», richiamando con ciò, senza prendere posizione, i risultati in materia raggiunti dalla giurisprudenza. Invece, più di recente, Corte cost. ord. 14 giugno 1990, n. 288, in *Cass. pen.*, 1990, p. 2084 s.; e in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 811 (s.m.), ribadendo i principi affermati nella sentenza n. 370 del 1988, fa esplicito riferimento – poiché richiamata nell'ordinanza del Pretore di Teramo, sez. distaccata di Atri, 14 ottobre 1989, che solleva la questione di legittimità costituzionale degli artt. 4 e 5, legge cont. amm., e, di riflesso, degli artt. 13 e 22, legge n. 47 del 1985 – alla giurisprudenza delle Sezioni Unite, Giordano, secondo cui il giudice ordinario non può disapplicare il provvedimento amministrativo, in quanto – salvo i casi di lesione di diritti soggettivi o di illiceità penale – non può valutare la legittimità neppure *incidenter tantum*: giurisprudenza che riguarda sia le concessioni edilizie che quelle in sanatoria.

se fattispecie in questione. In particolare, non potendosi ricollegare alla fattispecie estintiva prevista nell'art. 22, legge n. 47 del 1985, la tutela diretta dell'interesse della conformità dell'opera alla normativa urbanistica, deve anche in tale ipotesi negarsi la equiparazione *sic et simpliciter* di concessione in sanatoria illegittima e mancanza di sanatoria⁷. In vero anche nella scelta di non punire un reato per l'intervento di fatti successivi alla sua consumazione il legislatore può essere mosso dalla valutazione di particolari interessi che inducono ad attribuire rilevanza per la integrazione della fattispecie estintiva (o di non punibilità sopravvenuta⁸) alla sola esistenza di un atto o provvedimento amministrativo, civile, ecc., indipendentemente dalla sua legittimità nel settore dell'ordinamento che lo regola originariamente. Possono assumere valore il comportamento del reo nel suo obiettivo significato – magari in aggiunta, come nella fattispecie estintiva in esame, a valutazioni operate dalla P.A. – lo svolgimento degli effetti giuridici dell'atto imperfetto, ecc.⁹.

Non è, d'altra parte, pertinente obiettare che la natura della concessione in sanatoria di elemento della fattispecie estintiva rilevante *ex post* rispetto alla consumazione dell'abuso esclude ogni riferimento alle valutazioni d'ordine garantistico connesse ai principi di tassatività e determinatezza ed alla tutela dell'affidamento del privato (o, nella versione amministrativistica, della presunzione di legalità dell'atto amministrativo), considerate il fondamento della esclusione del potere del giudice penale di disapplicare la concessione preventiva illegittima. Con la ammissione soltanto del pericolo, anche nell'ipotesi della concessione in sanatoria, che vengano comprese le legittime linee interpretative in materia urbanistica degli organi comunali, sovrapponendo ad esse le decisioni del giudice penale¹⁰. In quanto, non sono soltanto la necessità di *garantire* l'affidamento del privato sulla concessione illegittima e il principio di tassatività e determinatezza inteso restrittivamente come *pendant* della tutela dell'affidamento ad imporre dogmaticamente il superamento delle tradizionali concezioni della *disapplicazione* – sebbene tali argomenti possano avere avuto decisiva influenza sulle soluzioni adottate dalle Sezioni Uni-

⁷ In tema cfr., ampiamente, in questo scritto, i par. 7 e 8.

⁸ È opportuno precisare che, pur riconoscendosi talune differenze anche di disciplina tra cause sopravvenute di non punibilità e cause estintive, codicistiche e non, sembra che questi istituti abbiano un unico comune denominatore che consente con riguardo alla problematica in esame di fare riferimento ad un unico concetto onnicomprensivo di fattispecie estintiva. Cfr. anche prec. nt. 2.

⁹ Conformi in materia Cass. 3 ottobre 1988, in *Riv. pen.*, 1989, p. 732; Cass. 23 giugno 1988, *ivi*, 1989, p. 413.

¹⁰ Cfr. ad es., in tal senso, Pret. Castellammare del Golfo 19 ottobre 1988, in *Riv. giur. ed.*, 1989, I, pp. 259-260.

te, 31 gennaio 1987 n. 3, Giordano¹¹ in tema di disapplicazione ai sensi dell'art. 5, legge cont. amm. – ma, principalmente, una più attenta riflessione sul principio di legalità in materia penale e sulla struttura delle fattispecie penali, sia incriminatrici che estintive, contenenti un elemento integrato da un atto amministrativo od anche civile, ecc., che evidenzia come sia la legge penale e solo la legge penale ad attribuire rilevanza nell'ambito da essa regolato agli atti extrapenali, con la conseguente obbligata autonomia delle valutazioni del penalista su tali elementi normativi rispetto a considerazioni e principi propri di altri ordinamenti.

In tema pare istruttivo un cenno ad elementi di fattispecie di natura civilistica in una prospettiva di trattazione unitaria della questione dei vizi degli atti extrapenali, dunque non solo amministrativi ma anche civili, ecc., richiamati dalla norma penale, che a nostro avviso consente di liberare la materia dagli inconferenti riferimenti a principi extrapenali ed, in particolare, agli artt. 4 e 5, legge cont. amm.¹²

Con riguardo, ad esempio, alla causa estintiva dei delitti contro la libertà sessuale e di corruzione di minorenni (v. art. 544 cod. pen., ora abrogato) si è giunti autorevolmente a prospettare la rilevanza anche del matrimonio valido esclusivamente ai sensi della legge personale del nubente, dunque non solo e non tanto invalido per la legge civile (nullo o annullabile) ma, addirittura, senza alcuna efficacia civile¹³. E, altra dottrina, pur richiedendo un matrimonio valido¹⁴, afferma che, poiché ai sensi dell'art. 128 cod. civ. il matrimonio invalido produce gli effetti del matrimonio valido nei confronti del coniuge in buona fede, l'effetto estintivo non viene meno nella ipotesi in cui il matrimonio venga dichiarato nullo, ma il beneficiario dalla causa di estinzione lo abbia contratto in buona fede¹⁵, oppure il suo consenso sia stato «estorto con vio-

¹¹ In *Riv. giur. ed.*, 1987, I, p. 328; e in *Cass. pen.*, 1987, p. 789 s. Cfr. ampiamente in tema il nostro, *L'atto*, cit., *passim* (in part. cap. III).

¹² V. il nostro, *L'atto*, cit., in part. cap. III, par. 7.

¹³ Cfr. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, p. 325 (nt. 2).

¹⁴ In tal senso v. D'AGOSTINO, *Estinzione del reato e matrimonio invalido*, in *Giust. pen.*, 1963, II, p. 531; LEMME, *Libertà sessuale (delitti contro)*, in *Enc. dir.*, Milano, p. 564; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VII, Torino, 1951, p. 301; PANNAIN, *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*, Torino, 1952, p. 68; PETRONE, *Moralità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Milano, p. 79; VENDITTI, *Riapertura della istruzione e cause estintive del reato con particolare riferimento al matrimonio successivamente annullato*, in *Giust. pen.*, 1960, II, p. 135.

¹⁵ Così LEMME, *Libertà*, cit., p. 564; TESTORI CICALA, *Problematica del matrimonio religioso in relazione all'ordinamento penale statale*, Milano, 1980, pp. 90-91; VENDITTI, *Riapertura*, cit., p. 135; contra PETRONI, *Moralità*, cit., p. 80; in giurisprudenza in tal senso v. *Cass.* 21 maggio 1960, in *Giur. it.*,

lenza o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne agli sposi» (art. 128 cod. civ.)¹⁶.

Non si ravvisano, pertanto, impedimenti, in linea di principio, ad attribuire rilevanza alla mera esistenza-validità penale della concessione in sanatoria elemento della fattispecie estintiva, che – come per la concessione preventiva, elemento della fattispecie incriminatrice – deve peraltro negarsi quando l'atto venga emanato da organo assolutamente privo di potere o sia frutto di collusione tra privato e pubblico amministratore oppure della frode del richiedente¹⁷, in quanto estraneo al controllo dell'attività edilizia da parte della P.A., bene giuridico che la previsione della fattispecie estintiva vuole ristabilire post factum e che consente di delineare l'atto *valido* ai sensi della fattispecie penale¹⁸.

2. *La questione della c.d. pregiudiziale amministrativa.* – Già sulla base di tali prime considerazioni si comprende l'infondatezza del ragionamento¹⁹ secondo cui la esclusione del sindacato sulla concessione in sanatoria significa la attribuzione al sindaco del potere di «decidere quali contravvenzioni urbanistiche vanno dichiarate estinte e quali contravventori non vanno puniti, mentre al magistrato penale residuerebbe soltanto la funzione di rendere esecutiva la decisione del Sindaco, dichiarando l'estinzione del reato». Con l'effetto di far sorgere dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 22, legge n. 47 del 1985, cui s'imputa l'assoggettamento del giudice penale all'esito del procedimento amministrativo di sanatoria, in contrasto con l'art. 101, 2° comma Cost., «soprattutto ove si ritenga, secondo qualche autore, sottratto al sindacato del giudice penale il giudizio sulla legittimità della stessa»²⁰.

¹⁶ Cfr. TESTORI CICALA, *Problematica*, cit., p. 91.

¹⁷ Cfr. il nostro, *L'atto*, cit., cap. III, par. 11. V., inoltre, in questo studio, i par. 7 e 8.

¹⁸ Cfr. PECORARO ALBANI, *Invalità del matrimonio ed estinzione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, pp. 1225-1226.

¹⁹ V. PALMISANO, *Responsabilità penale per le trasformazioni urbanistiche eseguite con concessione illegittima*, in *Riv. giur. ed.*, 1989, II, p. 42 s.

²⁰ Cfr. Pret. Pizzo ord. 23 ottobre 1985, in *Riv. pen.*, 1986, p. 497 s. (conforme PALMISANO, *Responsabilità*, cit., p. 42 s.). Risulta esplicito nella ordinanza il riferimento alla problematica della c.d. pregiudiziale amministrativa (cfr. il richiamo a Corte cost. n. 88 del 1982), che in materia non appare pertinente, come esattamente afferma Corte cost. 31 marzo 1988, n. 370, cit., 229 s., secondo cui «sarebbe ravvisabile la tipica relazione di pregiudizialità allorché l'inizio del procedimento penale fosse subordinato all'accertamento negativo di corrispondenza delle opere realizzate alla normativa urbanistica da parte dell'autorità amministrativa» (p. 233), vale a dire se competesse alla autorità amministrativa accertare la sussistenza di un elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice (in ipotesi la non conformità agli strumenti urbanistici), mentre nell'ipotesi in esame è proprio il provvedimento

Siffatto ragionamento, oltretutto, dovrebbe portare a sostenere la tesi della subordinazione del giudice penale ad altra autorità o giudice tutte le volte in cui la legge gli imponga di attenersi ad accertamenti extragiudiziali²¹, di cui è ben evidente l'infondatezza in quanto in tali casi ciò che rileva in sede penale è esclusivamente la sussistenza dell'atto extrapenale (ad es. concessione in sanatoria o sentenza dichiarativa di fallimento²²) assunto quale elemento del reato o della fattispecie estintiva²³ e non dei requisiti richiesti dall'ordinamento extrapenale per l'emissione dell'atto in questione (negli esempi proposti: conformità agli strumenti urbanistici o stato d'insolvenza).

D'altra parte, che la rilevanza in sede penale della concessione in sanatoria ancorché illegittima non significhi affatto la rimessione ad un organo amministrativo della valutazione di elementi rilevanti in tale sede è confermato dal dato evidente che la estinzione della contravvenzione edilizia non è la necessaria, naturale conseguenza della concessione in sanatoria – la quale esplica,

amministrativo a costituire un elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice (la concessione edilizia) e della fattispecie estintiva (la concessione in sanatoria).

Analoghe a quelle del Pretore di Pizzo paiono le argomentazioni di Pret. Milano 18 febbraio 1988, in *Riv. giur. ed.*, 1988, I, p. 492 s., per cui, laddove si trattasse di opere eseguite in difformità alla concessione spetterebbe esclusivamente al giudice penale accertare la integrazione dell'art. 20, lett. b), legge n. 47 del 1985, cioè l'ipotesi di totale difformità dalla concessione (cfr. art. 7, 1° comma, legge n. 47 del 1985), a nulla rilevando l'eventuale diversa valutazione della autorità comunale, quand'anche venisse rilasciata una concessione in sanatoria «che riconoscesse come sanabili difformità che totali (e non, ad esempio, varianti in corso d'opera o difformità parziali) sono, per di più non suscettibili di sanatoria perché al di fuori dei rigidi e tassativi – estranei, perciò, ad apprezzamento discrezionale – requisiti di sanabilità prescritti dall'art. 13». Contro cui va rilevato che anche l'ipotesi di totale difformità è sanabile ex artt. 22 e 13, legge n. 47 del 1985 e, dunque, si tratta di valutare quali sono i poteri del giudice penale con riguardo all'accertamento della integrazione della fattispecie estintiva. Pertanto il ragionamento in esame avrebbe una sua coerenza laddove si inserisse nell'alveo dell'orientamento in contrasto con le Sezioni Unite, Giordano, mentre nella sentenza si afferma la totale estraneità alle ipotesi considerate da tale giurisprudenza, senza che nemmeno venga sottolineata una eventuale distinzione tra elemento costitutivo (di segno negativo) del reato ed elemento della fattispecie estintiva.

Cfr., sulle analoghe questioni sollevate in materia di condono edilizio, in questo studio, par. 9 s.

²¹ Cfr. Corte cost. 31 marzo 1988, n. 370, cit., 234; Corte cost. ord. 14 giugno 1990, n. 288, cit.

²² Cfr. PAGLIARO, *Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 50 s.

²³ Cfr., in questo capitolo, n. 59.

Per un esempio di pregiudiziale amministrativa si veda la contestabile proposta, tesa a superare l'ampissima applicazione dell'art. 323 cod. pen. ed il sospetto della sua incostituzionalità, di QUARANTA, *Atto amministrativo e poteri del giudice penale*, in *Riv. pen. econ.*, 1993, p. 201, che sollecita l'introduzione di «una condizione di procedibilità dell'azione penale, in relazione all'ipotesi delittuosa dell'abuso di ufficio, rappresentata dal preventivo accertamento della illegittimità del provvedimento amministrativo da parte del giudice amministrativo ovvero della illiceità amministrativa del comportamento del pubblico funzionario, idoneo a generare danno erariale, da parte della Corte dei conti», riguardo a cui sono note le censure mosse dalla Corte costituzionale (v. in tema anche il nostro, *L'atto*, cit., cap. III, par. 8).

invece, la sua efficacia in primo luogo (e, in ipotesi, anche solo) nella sfera amministrativa: basti osservare che la sanatoria riguarda anche abusi che non hanno rilevanza penale – ma tale atto acquista efficacia estintiva penale in quanto assunto quale elemento della fattispecie estintiva dalla norma penale, che dunque lo plasma a suo piacimento in funzione degli scopi che si propongono di raggiungere.

Un riferimento alla tradizionale figura della bigamia (art. 556 cod. pen.)²⁴ può forse favorire la comprensione di quanto affermiamo. La causa di estinzione integrata dalla dichiarazione di nullità del primo matrimonio o dall'annullamento del secondo matrimonio per causa diversa dalla bigamia è censurata da autorevole dottrina²⁵ perché le cause di invalidità del matrimonio agirebbero *ex tunc* e, dunque, il vincolo si dovrebbe considerare come mai esistito²⁶. Senonché l'applicazione dei principi civilistici alla materia pare del tutto impropria in quanto il legislatore penale (condivisibilmente o meno non importa) non attribuisce alcuna rilevanza alla validità del matrimonio nella fattispecie incriminatrice²⁷ poiché vuole tutelare in modo rigoroso il principio monogamico e, con scelta per niente illogica o dogmaticamente scorretta²⁸, attribuisce invece rilevanza estintiva penale al fatto, successivo alla integrazione della fattispecie incriminatrice, della dichiarazione di nullità o dell'annullamento del matrimonio, così contemperando la volontà legislativa di non permettere la assurdità della coesistenza di due famiglie formalmente legittime in attesa della impugnazione del matrimonio invalido con quella di evitare «la conseguenza estrema di una condanna per bigamia inflitta a chi, secondo la legge civile non è più bigamo»²⁹.

Concludendo in tema di concessione in sanatoria, l'autorità amministrativa, nell'ambito delle proprie competenze istituzionali di rilevanza costituzionale, si limita ad effettuare un accertamento postumo di conformità delle opere abusive agli strumenti urbanistici e di sussistenza degli altri requisiti di legge secondo quanto previsto dall'art. 13, legge n. 47 del 1985, al cui esito consegue o meno il rilascio della concessione in sanatoria; mentre è la norma penale ad attribuire a tale concessione efficacia estintiva penale, cosicché il

²⁴ V. il nostro, *L'atto*, cit., cap. III, par. 7, nt. 140 s.

²⁵ V. PESAPIA, *Problemi in tema di bigamia*, in *Scritti in ricordo di Ferdinando Salvi*, Bologna, 1966, p. 163 s.

²⁶ Così FRISOLI, *L'oggetto della tutela penale nei reati contro il matrimonio*, Pola, 1942, p. 25 s.

²⁷ Cfr. il nostro, *L'atto*, cit., cap. III, par. 7, nt. 140 s.

²⁸ La coerenza della previsione è riconosciuta dallo stesso PESAPIA, *Problemi*, cit., p. 378.

²⁹ V. *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, II, p. 337. Cfr. anche, da ultimo, DE LOUQU, *Commentaria al diritto di famiglia*, VII, *Diritto penale*, Padova, 1995, pp. 47-48.

giudice penale deve accertare secondo i principi generali il reale intervento dell'elemento della fattispecie estintiva, accertamento in cui è soggetto solamente ai limiti fissatigli dalla costruzione legislativa della fattispecie estintiva³⁰. Tale accertamento deve, in primo luogo, riguardare la *esistenza materiale* della concessione in sanatoria o degli altri atti extrapenalici (ad es. oblazione extraprocessuale³¹, ecc.) elementi di una fattispecie estintiva: ad esempio l'effettivo versamento della oblazione, potendo – tra l'altro – essere prodotta una falsa bolletta di versamento. Inoltre, deve concernere la *validità penale* di tali atti, vale a dire la presenza di tutti i requisiti richiesti dalla norma penale perché si verifichi l'estinzione del reato³²: così, ad esempio, potrebbero ritenersi impedimenti a tale fine il versamento dell'oblazione effettuato fuori termine e la presentazione fuori termine della domanda di ammissione alla sanatoria o alla oblazione, sempreché la norma estintiva penale configuri detti termini come essenziali e/o perentori³³; mentre, d'altra parte, potrebbe reputarsi ido-

³⁰ Proprio tale passaggio pare essere equivocato da quella giurisprudenza (ma anche dottrina, v., tra gli altri, da ult., GALLUCCI, *Brevi note sui poteri del giudice penale rispetto alle concessioni edilizie in sanatoria illegittime*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3060) che fa esattamente riferimento in materia al suo potere di verificare l'avvenuta realizzazione della fattispecie estintiva, ma poi attribuisce *sic et simpliciter* rilevanza in sede penale ai vizi di legittimità della concessione in sanatoria (in particolare difetto del requisito della c.d. doppia conformità) senza preoccuparsi di verificare il fondamento di tale rilevanza alla luce del dettato della norma estintiva penale.

³¹ Si tratta, in particolare, delle ipotesi di c.d. conciliazione amministrativa, con esclusione della c.d. oblazione in via breve, qualificabili come cause di estinzione del reato ed integrate dal «pagamento di una somma di denaro, fissata entro i limiti previsti dalla legge, all'amministrazione competente la quale ne trasmette gli atti all'autorità giudiziaria perché questa, accertata la regolarità del pagamento, dichiara estinto il reato» (così, di recente, D'ASCOLA, voce *Oblazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, p. 2; cfr., inoltre, MAZZA, voce *Oblazione volontaria (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, p. 578). In vero attualmente tali ipotesi presentano una modesta rilevanza pratica (una rassegna delle ipotesi ancora vigenti in MARTINI, voce *Oblazione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, p. 429) per la depenalizzazione di buona parte delle contravvenzioni interessate per effetto della legge n. 681 del 1981, purtuttavia costituiscono un interessante termine di confronto teorico per l'approfondimento che dottrina e giurisprudenza hanno effettuato della questione della sindacabilità da parte del giudice penale dell'atto amministrativo che chiude il procedimento di conciliazione.

³² Cfr. per la sottolineatura del principio, ma non condivisibile nella applicazione, Cass. 21 maggio 1960, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 1214 s. (in part. p. 1224).

³³ Cfr. PECORARO ALBANI, *Invalitù*, cit., p. 1219. In tema di termini per la presentazione della domanda di ammissione all'oblazione v. MAZZA, *Oblazione*, cit., p. 601; DINI, *Oblazione amministrativa e sindacato dell'autorità giudiziaria ordinaria*, in *Nuovo dir.*, 1952, p. 17; e SAMBENEDETTO, *La oblazione*, Milano, 1955, p. 57 s., il quale, pur muovendo dalla valutazione della legittimità dell'atto ex art. 5, legge cont. amm., rileva (p. 74) che deve tenersi presente la differenza tra termini perentori e ordinati, fra termini fissati per la domanda e termini fissati per il pagamento.

Riguardo alla natura perentoria o meno del termine di presentazione della domanda appare necessario di volta in volta determinarne la rilevanza nella fattispecie estintiva. Non perentorio pare il termine di presentazione della domanda indicato nell'art. 13, legge n. 47 del 1985, per ottenere la concessione in sanatoria di regime (v. in questo scritto par. 7, nt. 9). Mentre è indubbio che in materia di

neo ad integrare la fattispecie estintiva anche un versamento effettuato in misura errata³⁴.

Da tali *valutazioni*, focalizzate su una specifica fattispecie estintiva, può procedere un esame complessivo della problematica che confermi la validità delle soluzioni accolte quali principi di valore generale.

3. *Le nozioni di rilevanza diretta e di rilevanza indiretta nell'ordinamento penale dell'atto amministrativo ed altre estranee alla materia penale.* – In primo luogo occorre sottolineare che non costituisce il frutto di consolidata tradizione dogmatico-interpretativa la distinzione tra rilevanza *diretta* nel sistema penale dell'atto amministrativo, quale elemento di una vicenda estintiva all'esterno della fattispecie incriminatrice, e la sua rilevanza *indiretta* quale elemento della fattispecie incriminatrice, posta per affermare che solo nella seconda ipotesi il particolare modo di rilevanza dell'atto e l'influenza esercitata dal bene tutelato su tutti gli elementi della fattispecie incriminatrice agiscono sulla fisionomia dell'atto assumendo un ruolo decisivo nella soluzione del problema del sindacato sulla sua legittimità³⁵; mentre nella prima ipotesi troverebbe applicazione la previsione dell'art. 5, legge cont. amm., quale disciplina generale della illegittimità dell'atto amministrativo ogni qual volta rilevi davanti alla autorità giudiziaria ordinaria civile e penale e, dunque, si avrebbe la paralisi degli effetti dell'atto illegittimo rilevante direttamente all'esterno della fattispecie incriminatrice in quanto causa di estinzione del reato.

In altre parole, si sostiene che mentre la libera costruzione della fattispecie da parte del legislatore penale potrebbe, direttamente o indirettamente, precisare i limiti di rilevanza in sede penale – cioè il grado richiesto di conformità allo schema originario – degli atti amministrativi rilevanti solo in via indiretta nel sistema penale in quanto elementi normativi della fattispecie incriminatrice, perché la tipizzazione propria delle singole figure di reato ben consentirebbe una configurazione particolare del requisito di legittimità necessario in

c.d. condono edilizio (v. in questo scritto par. 13, n. 62, e par. 15, nntt. 79 e 86) il mancato rispetto del termine stabilito per la presentazione dell'istanza di sanatoria comporta l'impossibilità della stessa integrazione della fattispecie estintiva.

³⁴ PECORARO ALBANI, *Invalitù*, cit., p. 1219 (nt. 18), richiama il caso dell'irrelevanza dell'errore dell'autorità amministrativa circa l'importo della somma da pagare. Sul punto cfr., inoltre, in questo studio, par. 4, nt. 51 s., e par. 5, nt. 62.

³⁵ V. per tale distinzione PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, 1980, p. 186 s.; ID., *La disapplicazione dell'atto amministrativo (aspetti penali)*, in AA.VV., *Il giudice ordinario ed il controllo di legittimità sugli atti della pubblica amministrazione*, Quaderni del C.S.M., Roma, 1987, p. 69 s. Si veda, per un cenno in materia, anche CRIMIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1952, I, p. 303.

ciascuna ipotesi. Ciò sarebbe escluso nei casi in cui la concatenazione degli effetti dell'atto ad una determinata fattispecie incriminatrice agisca nelle più svariate situazioni sfuggenti ad una previsione normativa; tanto più che in tali casi l'atto, manifestandosi come esplicazione di un potere, non potrebbe influenzare la fattispecie se non rivestito del grado di conformità al suo schema legale, qualificato dall'art. 5, legge cont. amm., proprio come fattore condizionante ogni effetto dell'esercizio di quel potere. D'altro canto si respinge la tesi che esclude radicalmente la applicazione della legge sulla abolizione del contenzioso amministrativo nei giudizi penali, perché essa non consentirebbe di individuare il regime del sindacato sugli atti amministrativi rilevanti direttamente ed all'esterno della fattispecie incriminatrice³⁶.

Tale distinzione comporterebbe nello specifico settore al nostro esame che la concessione in sanatoria³⁷, rilevando, quale causa estintiva, in via diretta ed autonoma sul sistema penale all'esterno della fattispecie incriminatrice, non sarebbe soggetta ai principi in materia di rilevanza dell'atto amministrativo illegittimo nella fattispecie incriminatrice; ma al giudice penale competerebbero i medesimi poteri che avrebbe con riguardo alle comuni cause di estinzione del reato integrate da un atto amministrativo, tra cui l'oblazione, comprendenti secondo tale tesi anche la valutazione della legittimità dell'atto ex art. 5 cit.³⁸.

Inoltre, nella materia in esame potrebbe richiamarsi la distinzione tra atti amministrativi restrittivi (lesivi di diritti soggettivi) e atti ampliativi, proposta dalle Sezioni Unite 31 gennaio 1987, Giordano³⁹, con riguardo agli elementi delle fattispecie incriminatrici. Anche in tema di atti amministrativi elementi delle fattispecie estintive quali l'oblazione o la concessione in sanatoria si potrebbe sostenere, trattandosi di atti di favore, che non sia applicabile l'istituto della disapplicazione ex artt. 4 e 5, legge cont. amm., relativo agli atti lesivi di diritti soggettivi, e, quindi, attuabile esclusivamente *in bonam partem*⁴⁰.

³⁶ PETRONE, *La tutela*, cit., pp. 229 (nt. 21) e 231 s.

³⁷ Riprende la distinzione proposta da Petrone, con riferimento alla concessione in sanatoria, Pret. Lucca 3 maggio 1989, in *Riv. giur. ed.*, 1989, I, p. 611.

³⁸ V. sul punto, in questo capitolo, nt. 43.

³⁹ Ricordiamo in proposito che le Sezioni Unite 31 gennaio 1987, Giordano, cit., limitano comunque il controllo di legittimità dell'atto amministrativo, ai sensi degli artt. 4 e 5, legge cont. amm., a quegli atti che incidono *negativamente* sui diritti soggettivi (v. il nostro, *L'atto*, cit., cap. I, par. 2, e cap. III), categoria in cui non può comprendersi l'atto amministrativo che costituisce un elemento della fattispecie estintiva penale. V. anche Corte cost. 18 giugno 1990, n. 288, cit.

⁴⁰ In tal senso, in sostanza, si esprime con riguardo alla concessione in sanatoria c.d. di regime quella giurisprudenza che nega rilevanza in sede penale alla illegittimità dell'atto amministrativo (cfr. in questo scritto, par. 7, nt. 2 s.).

Infine, potrebbe affermarsi che la rilevanza nella materia di atti individuali, destinati all'unico effetto che un intervento disapplicativo porrebbe nel nulla con risultati analoghi all'annullamento dell'atto, renderebbe inammissibile la disapplicazione ex artt. 4 e 5, legge cont. amm.

Tuttavia la irrilevanza di tali ultime distinzioni nella materia penale, già sottolineata con particolare riguardo agli elementi costitutivi di fattispecie incriminatrici⁴¹, appare ancor più evidente con riguardo agli atti amministrativi elementi di fattispecie estintive per la loro incapacità strutturale di dare risposta adeguata ai problemi rilevanti in materia e la loro sostanziale estraneità (come delle norme su cui vengono fondate) ai principi penalistici che debbono essere chiamati in causa, basti considerare che la pedissequa attribuzione di rilevanza a tali distinzioni porterebbe ad escludere ogni valutazione del giudice penale riguardo alla validità-legittimità dell'atto amministrativo elemento della fattispecie estintiva penale a prescindere dal dettato della norma estintiva penale.

D'altra parte, deve essere ribadito che esse attribuiscono una diversa rilevanza, ingiustificata sul piano penalistico, alla illegittimità (o invalidità) dell'atto amministrativo elemento di fattispecie rispetto ad analoghi vizi degli atti di natura civile⁴².

4. *La rilevanza dell'atto amministrativo invalido nelle fattispecie incriminatrici ed estintive come problema unitario.* – Il punto centrale della questione è, comunque, costituito dalla infondatezza del differente modo di valutare la legittimità o, meglio, la conformità dell'atto amministrativo allo schema extrapenale, a seconda che sia un elemento costitutivo del reato o un elemento della fattispecie estintiva.

Con riguardo alla concessione in sanatoria c.d. di regime la sicura differenza dalle fattispecie estintive del reato comunemente ritenute soggette al c.d. potere di disapplicazione del giudice penale⁴³ ed, in particolare, dalla

⁴¹ Cfr. in tema il nostro, *L'atto*, cit., cap. III, par. 4.

⁴² Cfr. il nostro, *L'atto*, cit., cap. III, par. 7.

⁴³ Cfr., con riferimento all'oblazione, ALBAMONTE, *Riflessioni sulla oblazione nelle contravvenzioni*, in *Giust. pen.*, 1974, II, p. 411 s.; D'ASCOJA, *Oblazione*, cit., p. 9; DINI, *Oblazione*, cit., p. 13; FELICETTI, *Conciliazione amministrativa ed esercizio dell'azione penale*, in *Giust. pen.*, 1963, I, p. 173; MANGIONE, *L'atto di accertamento tributario nel diritto penale*, Padova, 1970, p. 378; MAZZA, *Oblazione*, cit., p. 362 s. (in part. p. 399 s.); RAPISARDA, voce *Oblazione*, in *Noviss. Dig., App.*, Torino, p. 365 s. (in part. p. 369); SAMBENEDETTO, *La oblazione*, cit., pp. 26 s. e 70 s. Esplicitamente delinea un parabelo a tale proposito tra oblazione e concessione in sanatoria SIVIGNI, *Art. 22, legge 28 febbraio 1983, n. 47*, in *Leg. pen.*, 1983, p. 646. In giurisprudenza cfr. Cass. 20 novembre 1972, Bondini, in *Giust. pen.*, 1974, II, p. 411 s.

ipotesi di oblazione penale extraprocessuale⁴⁴, in verità esimerebbe dalla necessità di respingere il riconoscimento su un piano generale di tale potere non essendo configurabile una categoria omogenea di cause di estinzione del reato assoggettabile ad uniforme disciplina (o, comunque, richiedendo tale asserzione autonomo fondamento)⁴⁵. Differenza di cui è indice, tra l'altro, l'impossibilità di ammettere un potere analogo all'affermata sindacabilità dell'eventuale rigetto della domanda di oblazione⁴⁶ con riferimento alla concessione in sanatoria⁴⁷, in quanto, altrimenti, si attribuirebbe efficacia estintiva penale all'accertamento in sede penale della sussistenza della conformità dell'opera agli strumenti urbanistici, alla condizione della presentazione della domanda di sanatoria⁴⁸, con l'effetto di stravolgere il dettato normativo che esige proprio la presenza della concessione amministrativa in sanatoria, cui attribuisce, dunque, il valore di restaurazione, di per sé, del bene leso con l'esecuzione di opere senza concessione⁴⁹, scartando altre opzioni di costruzione delle fattispecie incriminatrici ed estintive.

Ma, più in generale, va sottolineato che la stessa affermazione del sindacato sulla validità dell'atto amministrativo in materia di oblazione non è altro che l'estensione del riconoscimento di un generale potere di disapplicazione del-

⁴⁴ Tra gli altri esclude che l'ipotesi in esame configuri una ipotesi di oblazione ed afferma che si tratta di una causa di estinzione a sé, CADOPPI, *La concessione in sanatoria come causa estintiva dei reati contravvenzionali* (art. 22, 3° comma), in *Riv. giur. ed.*, 1986, p. 540.

⁴⁵ Sottolinea l'incertezza vigente in materia di cause di estinzione del reato Corte cost. 31 marzo 1988, n. 369, in *Riv. giur. ed.*, 1988, I, in part. pp. 238 e 244, la quale evidenzia che «il necessario dibattito sul significato di questa formula (com'è noto, una novità del vigente codice penale) non esclude l'esame del diverso fondamento, dei diversissimi modi di funzionamento delle singole cause di estinzione: anzi, da questo esame non può, invero, pervenire nuova luce proprio intorno al concetto generale di causa di estinzione del reato».

In dottrina per la sottolineatura della difficoltà di ricostruire concettualmente e ricondurre ad unità il fenomeno estintivo v. ANTONINI, *I rapporti fra amnistia e l'estinzione del reato per intervenuta applicazione di sanzioni sostitutive a richiesta dell'imputato: nel D.P.R. 16 dicembre 1986, n. 865. Spunti per una riflessione sul fenomeno estintivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 169 e 188. V., con riguardo in particolare al c.d. patteggiamento introdotto dalla legge n. 689 del 1981, VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo nella legge 24 novembre 1981, n. 689*, Padova, 1983, p. 324 s. Cfr., inoltre, prec. nt. 2.

⁴⁶ In tal senso cfr. MAZZA, *Oblazione*, cit., p. 600, il quale rileva che «vi sarà violazione di legge riscontrabile dal giudice penale quante volte la domanda sia stata accolta mentre la norma non lo consentiva, ovvero respinta mentre doveva essere accolta»; inoltre CIGOLINI, *La responsabilità della circolazione stradale*, Milano, 1954, p. 581; SAMBENEDETTO, *La oblazione*, cit., p. 69; e, in materia di oblazione ai sensi degli artt. 31 s., legge n. 47 del 1985, FORTUNA, in ASSINI-CICALA-FORTUNA, *Condoni edilizi, recupero urbanistico e sanzioni*, Padova, 1985, p. 86; Id., in CICALA-FORTUNA, *La nuova sanatoria edilizia. Profili amministrativi e penali*, Padova, 1995, p. 245.

⁴⁷ Cfr. il nostro, *L'atto*, cit., cap. III, par. 6, nt. 123.

⁴⁸ Peraltro si confronti quanto affermato in questo scritto, alla fine del par. 6.

⁴⁹ V. il nostro, *L'atto*, cit., cap. IV, par. 5.

l'atto amministrativo illegittimo del giudice penale ai sensi dell'art. 5, legge cont. amm., tanto che la dottrina non evidenzia al riguardo alcuna peculiarità inerente le cause di estinzione del reato⁵⁰. Oltretutto, anche in tale materia si è ben lontani dal conseguimento di una univocità di vedute, basti rammentare, tra gli altri, l'antico precedente in tema di errore della P.A. nella quantificazione della somma dovuta a titolo di oblazione e pagata dal contravventore, seguito dalla riliquidazione della somma dovuta con la provocazione della azione penale contro il contravventore inadempiente quanto al pagamento del supplemento. La Cassazione⁵¹ perentoriamente definisce un assurdo giuridico che, dopo la estinzione del reato, la pretesa punitiva possa essere richiamata in vita per atto del privato o della P.A., determinando la reviviscenza del reato, in quanto ciò presumerebbe l'attribuzione alla autorità giudiziaria di un sindacato sul merito della oblazione extraprocessuale, che, invece, manifestamente, non le competerebbe. D'altra parte, nella dottrina e nella giurisprudenza del primo trentennio del secolo prevale la tesi «che il magistrato penale sia autorizzato ad esaminare se l'atto di oblazione sia stato fatto davanti ad un'autorità competente e nelle materie dalla legge stabilite; ma che gli sia interdetto di verificare se anche la somma versata a titolo di oblazione sia contenuta nei limiti prescritti, sul riflesso che con l'avvenuta oblazione l'azione penale è estinta, e al giudice non rimane che di prendere atto di tale estinzione»⁵².

Non è, quindi, una novità il negare la riduzione della problematica della rilevanza dell'atto amministrativo elemento della fattispecie estintiva ad una pedissequa applicazione dei principi amministrativistici, cui si deve opporre che dell'elemento extrapenale si *appropria* ai propri fini l'ordinamento penale, i cui principi esclusivamente debbono valere per l'accertamento della integrazione delle fattispecie estintive e incriminatrici.

⁵⁰ È appena il caso di rilevare che nello studio di MAZZA, *Oblazione*, cit., p. 600, il problema del controllo del giudice penale sul provvedimento che ammette il contravventore all'oblazione viene inquadrato nel generale istituto del sindacato dell'autorità giudiziaria sull'atto amministrativo «tradizionalmente impostato sul testo dell'art. 5, legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, abolitrice del contenzioso amministrativo», con esplicito riferimento al dibattuto problema della fattispecie di cui all'art. 650 cod. pen. In conformità cfr. ALIAMONTE, *Riflessioni*, cit., p. 415; D'ASCOLA, *Oblazione*, cit., p. 9; DINI, *Oblazione*, cit., p. 16; FORTUNA, in CICALA-FORTUNA, *La nuova*, cit., p. 245; GALLUCCI, *Brevi*, cit., p. 3060; e gli autori citati in questo par., nt. 43. In giurisprudenza v. Cass. 20 novembre 1972, BONDINI, in *Giust. pen.*, 1974, II, p. 411 s.

⁵¹ Cfr. Cass. 10 giugno 1937, PAPA, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, p. 601 s.; v. anche Cass. Roma 25 marzo 1918, in *Foro it.*, 1918, II, p. 226; Cass. 13 gennaio 1919, in *Cass. Un.*, 1919, p. 436; Pret. Sant'Agata di Puglia 7 dicembre 1912, NIGRO, in *Giust. pen.*, 1913, p. 1333 s. (nota di CEVELOTTI, *Degli effetti dell'avvenuta conciliazione amministrativa in ordine all'azione penale, quando la somma pagata, per errore dell'autorità, sia inferiore al minimo legale della pena*). In tema in dottrina v. VINCIGUERRA, *La definizione amministrativa dei delitti di contrabbando nella legge doganale 25 settembre 1940, n. 1424*, in *Tem. tributaria*, 1962, p. 325; MANGIONE, *L'atto*, cit., p. 367 s.; SAMBENEDETTO, *La oblazione*, cit., p. 75 s.

⁵² V. BRICHETTI, *L'atto invalido nel diritto penale italiano*, Napoli, 1933, pp. 91-92.

La stessa distinzione prospettata tra rilevanza diretta e indiretta nell'ordinamento penale dell'atto amministrativo⁵³ non ha, a nostro avviso, un evidente fondamento in peculiari caratteristiche che differenzino con riguardo al problema in esame le fattispecie estintive rispetto a quelle incriminatrici e, dunque, giustifichino una diversa disciplina delle due ipotesi, cosicché pare il frutto velenoso della petizione di principio implicita nel ragionamento: la applicabilità in sede penale dell'art. 5, legge cont. amm., la quale fa nascere in quella dottrina l'esigenza non tanto di giustificare il riconoscimento del potere di disapplicazione sugli atti amministrativi elementi di fattispecie estintive, ritenuto un corollario della ordinaria applicazione dell'art. 5, legge cont. amm., quanto di spiegare la negazione di tale potere riguardo agli atti amministrativi elementi della fattispecie incriminatrice, mentre, a nostro avviso, a dover essere dimostrate sono proprio le ragioni che escluderebbero la applicazione alle fattispecie estintive dei principi validi per le fattispecie incriminatrici, cui è estraneo l'art. 5, legge cont. amm.

Nella fase propositiva la questione non può che essere posta, dunque, in modo unitario per le fattispecie incriminatrici ed estintive e consiste nel valutare il fondamento e i limiti del potere del giudice penale, quando verifica l'integrazione di siffatte fattispecie, di accertare la presenza dei requisiti pretesi dall'ordinamento di origine per la validità dell'atto extrapenale elemento di fattispecie, ed a richiedere approfondite spiegazioni dovrebbe essere, a nostro avviso, l'eventuale distacco in tema di fattispecie estintiva dalle soluzioni accolte con riguardo alla fattispecie incriminatrice, e non il contrario. Dunque, deve ammettersi anche con riguardo alle fattispecie estintive che un atto illegittimo nell'ordinamento extrapenale può assumere rilevanza in sede penale poiché l'ordinamento penale può, per sue particolari esigenze, non solo di tutela di determinati beni ma anche riferite ad altre valutazioni di opportunità, reputare adeguata la mera esistenza fattuale dell'atto – i cui contorni vanno peraltro definiti con riguardo ai singoli elementi ed alle distinte fattispecie estintive – anche in ordine alla rinuncia dello Stato a punire⁵⁴. Anche in siffatta materia possono acquistare peso valutazioni di peculiari interessi e/o considerazioni di opportunità che fanno valutare positivamente la mera esistenza dell'atto indipendentemente dalla sua legittimità nella sfera extrapenale⁵⁵ e che, dunque, inducono ad elevare ad elemento della fattispecie estintiva un atto non del tutto rispondente ai requisiti di validità extrapenale.

D'altra parte, tale soluzione del problema deve essere estesa – come, a no-

⁵³ Cfr. in questo studio, par. 3.

⁵⁴ Cfr. PECORARO ALBANI, *L'estinzione*, cit., pp. 112 e 394 (v. anche prec. nt. 2).

⁵⁵ Cfr. PECORARO ALBANI, *Invalidità*, cit., p. 1225.

stro avviso, viene proposto con estrema lucidità – anche agli atti di natura non amministrativa, si pensi alla irrilevanza dell'eventuale annullamento del matrimonio cui il codice Rocco attribuisce efficacia estintiva⁵⁶.

Gli atti giuridici extrapenali elementi della fattispecie estintiva penale, siano essi di natura amministrativa – come le differenti ipotesi di oblazione extraprocessuale e la concessione in sanatoria – o civile – come il matrimonio di cui all'art. 544 cod. pen. (abrogato) e l'adempimento della obbligazione civile di cui all'art. 641 cod. pen. – assumono natura penale⁵⁷ e divengono elementi di una fattispecie di cui la estinzione penale è il predicato, non operano, dunque, di per sé stessi ma nell'ambito di tale fattispecie, fuori dalla quale non possono dirsi estintivi penalmente ma hanno altra e diretta efficacia giuridica e, dunque, anch'essi, così come gli atti richiamati nelle fattispecie incriminatrici, non hanno diretta rilevanza nell'ordinamento penale⁵⁸.

Peraltro il riferimento alla conformazione dell'atto nell'ordinamento di origine, trattandosi di elemento normativo, ha l'ovvia rilevanza in sede penale di consentirne l'identificazione, dovendo sussistere una qualche corrispondenza dell'elemento di fattispecie al modello normativo fissato dalle norme che originariamente lo disciplinano senza cui non avrebbe senso l'uso di tale tecnica di costruzione della fattispecie; ma ciò non esclude che la norma estintiva penale assuma l'atto secondo speciali criteri e attribuisca rilevanza per l'integrazione della fattispecie estintiva anche all'atto illegittimo nella sfera extrapenale, in quanto la misura di tale corrispondenza non può che essere fissata dalla stessa norma penale. Anche con riguardo alle fattispecie estintive, insomma, la libera costruzione della fattispecie da parte del legislatore penale può precisare il grado di conformità dell'atto in essa richiamato allo schema extrapenale.

Ovviamente, in tale modo – come si è già evidenziato – non viene affatto attribuita alla decisione amministrativa l'aberrante autorità di cosa giudicata⁵⁹, o simile effetto, nel giudizio penale, poiché – oltre a non trattarsi evi-

⁵⁶ Cfr., ampiamente in tema, PECORARO ALBANI, *Invalidità*, cit., p. 1214 s.

⁵⁷ V. PECORARO ALBANI, *L'estinzione*, cit., p. 392 s.

⁵⁸ In senso contrario v. la posizione di Petrone riferita in questo scritto, par. 3.

⁵⁹ Sul punto MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, III, Torino, 4^a ed., 1981, p. 654 s., afferma esattamente che la decisione amministrativa che accoglie e determina l'oblazione volontaria vincola l'autorità giudiziaria non già con le forze del giudicato bensì soltanto per effetto della norma giuridica che dichiara preclusa l'azione penale una volta accertato competentemente il fatto dell'avvenuta oblazione. In tal senso v. Cass. III, 20 novembre 1972, BONDINI, in *Giust. pen.*, 1974, II, p. 411 s. V. anche FELICETTI, *Conciliazione*, cit., p. 170 s. Cfr., inoltre, in questo scritto, par. 2, nt. 19 s.

È appena il caso di notare che anche la giurisprudenza che esclude la rilevanza dell'errore nel computo dell'oblazione ai fini dell'estinzione della contravvenzione ha ben chiara la natura amministrativa e non giurisdizionale del provvedimento dell'autorità amministrativa di ammissione all'oblazione (per tutte v. Cass. 10 giugno 1937, PAPA, *op. cit.*).

dentemente di decisioni giurisdizionali e potendo essere elementi delle fattispecie estintive atti per cui è impossibile qualsiasi avvicinamento allo stesso concetto di decisione (si pensi al matrimonio) – agli atti amministrativi, civili e simili, in ipotesi anche quando illegittimi, viene semplicemente attribuita la natura di elementi della fattispecie penale e non manifestano, dunque, le valutazioni di terzi (autorità amministrativa o giudiziaria) riguardo alla sussistenza di determinati elementi del reato o della fattispecie estintiva⁶⁰.

5. *La ridefinizione operata dalla norma penale dell'atto amministrativo elemento della fattispecie estintiva.* – Appaiono, in definitiva, estranei al diritto penale – in cui, anche con riguardo alla fattispecie estintiva, sono determinanti le situazioni di fatto – il principio di legalità dell'atto amministrativo⁶¹, proprio dell'ordinamento amministrativo, e l'approccio *amministrativistico* al problema, sulla base del quale, ad esempio, data la natura amministrativa dell'atto di ammissione all'oblazione extraprocessuale ed accertata la liquidazione errata della somma da pagare che causa la illegittimità amministrativa dell'atto per violazione di legge, si dovrebbero negare gli effetti estintivi penali alla oblazione o alla definizione amministrativa in quanto emesse in assenza dei presupposti di legge che assumerebbero un ruolo decisivo anche in sede penale⁶².

Ciò che rileva è, invece, si ripete, l'individuazione del tipo di atto recepito dalla fattispecie estintiva penale, la quale può ben richiedere per la sussistenza dell'elemento di fattispecie la presenza di requisiti meno rigorosi, per così dire, di quelli necessari per la legittimità dell'atto nella sfera amministrativa.

Un atto illegittimo nella sfera extrapenale può essere assunto ad elemento della fattispecie estintiva per molteplici esigenze di politica criminale, tra le quali certamente può annoverarsi la stessa volontà di sottrarre al controllo del giudice penale alcuni (o, in ipotesi, tutti) i profili di illegittimità dell'atto nell'ordinamento di origine, ad esempio perché si ritiene restaurato il bene tute-

⁶⁰ Cfr. il nostro *L'atto*, cit., cap. III, par. 8, e in questo studio, par. 2.

⁶¹ Cfr., per contro, DINI, *Oblazione*, cit., p. 16; MANGIONE, *L'atto*, cit., p. 377 s.; SAMBENEDETTO, *La oblazione*, cit., p. 70.

⁶² Nel senso contestato v. MANGIONE, *L'atto*, cit., pp. 378-379; VINCIGUERRA, *La definizione*, cit., p. 325. Inoltre, BRICHETTI, *L'atto*, cit., p. 92, che, contrastando l'opinione dominante dell'epoca (v. in questo scritto, par. 4), sostiene che il pagamento dell'oblazione, «in tanto può raggiungere l'effetto che gli è proprio, in quanto il medesimo sia stato effettuato non solo nei casi previsti dal legislatore e davanti alla competente autorità, ma osservando le norme tutte di legge, comprese quelle riflettenti l'ammontare delle somme da versare a titolo di oblazione». Arbitraria sarebbe per l'autore la distinzione tra incompetenza dell'autorità che emette l'atto e la mancata corrispondenza della somma versata alla misura fissata dalla legge, in quanto in ambedue le ipotesi si tratterebbe di atti contrari a norme legislative (cfr., in part., p. 93, nt. 1, in cui ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali nell'uno e nell'altro senso).

lato dalla norma incriminatrice per il solo fatto dell'intervento con proprio atto della P.A., ovvero per esigenze di pronta e agile soluzione del processo penale di fronte a problemi tecnici di difficile soluzione e già, peraltro, risolti nella sfera extrapenale, o per altri motivi ancora, il cui unico limite è posto dai principi inviolabili sanciti dalla Carta costituzionale, in nessun passo della quale è scritta la obbligatorietà del controllo del giudice penale sulla legittimità degli atti amministrativi o extrapenali in genere.

Anche in materia di fattispecie estintiva possono utilizzarsi, in tutto o in parte, gli strumenti interpretativi elaborati con riguardo agli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice⁶³ per individuare in quale misura è richiesta la conformità dell'elemento della fattispecie estintiva al modello delineato dagli ordinamenti amministrativo, civile, ecc., in particolare il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, alla cui tutela possono concorrere le fattispecie estintive (o di non punibilità sopravvenuta) relative a specifiche ipotesi di reato, oppure quei beni o interessi pur estranei o non direttamente tutelati dalla norma incriminatrice che la previsione della fattispecie estintiva mira comunque a tutelare.

Insomma, gli atti extrapenali – come la concessione in sanatoria, l'oblazione e il matrimonio⁶⁴ – subiscono la regolamentazione della norma estintiva penale, che può attribuire loro giuridica efficienza nella sfera penale malgrado siano imperfetti nella sfera extrapenale e, dunque, costituiscano nell'ordinamento di origine una concessione in sanatoria illegittima, un adempimento illegittimo dell'obbligazione civile, un matrimonio invalido, ecc.⁶⁵

In conclusione, deve negarsi ogni fondamento alla generale affermazione, formulata ad esempio in tema di oblazione extraprocessuale, che il giudice penale deve valutare «se l'oblazione sia stata ricevuta da autorità competente, se la domanda sia stata presentata dal contravventore nei termini di legge, se per il caso in esame fosse consentita l'oblazione, se la somma determinata dall'autorità amministrativa sia stata pagata nel termine stabilito, come pure se la somma stabilita sia stata conforme a legge, giacché ove la legge dispone un minimo od un massimo, l'attività della P.A. è vincolata e come tale suscettibile di sindacato da parte dell'autorità giudiziaria»⁶⁶.

⁶³ Cfr. ampiamente il nostro, *L'atto*, cit., *passim*.

⁶⁴ Cfr. in tema PECORARO ALBANI, *Invaldità*, cit., p. 1214.

⁶⁵ V. PECORARO ALBANI, *L'estinzione*, cit., pp. 394-395.

⁶⁶ Cfr., tra gli altri, in tal senso DINI, *Oblazione*, cit., p. 17, che, dopo avere esattamente affermato che l'oblazione non è valida se ammessa da autorità incompetente o fuori dai casi stabiliti dalla legge, si domanda perché il giudice non dovrebbe valutare se la somma versata corrisponda a quella stabilita dalla legge, «giacché solo una legittima oblazione ha il potere di estinguere il reato», confondendo dunque le diverse problematiche toccate: la oblazione ammessa da autorità incompetente è, in genere,

Il giudice penale non è, dunque, affatto tenuto ad *applicare* esclusivamente l'atto amministrativo legittimo, egli accerta, invece, la sussistenza della fattispecie estintiva penale, che può essere integrata anche da atti amministrativi, civili, ecc., non del tutto conformi allo schema extrapenale.

6. *La qualificazione giuridica del fatto di reato e le conseguenze sul piano della applicazione delle cause di estinzione.* – Dalla materia trattata va distinto il potere del giudice penale di non inquadrare un concreto fatto tra le fattispecie di reato suscettibili di essere estinte per la sussistenza di peculiari provvedimenti amministrativi, quali l'oblazione e la concessione in sanatoria, sebbene sussista un provvedimento amministrativo di ammissione alla oblazione o alla sanatoria fondato su una qualificazione giuridica del fatto che ne comporti l'inquadramento tra i reati suscettibili di estinzione penale⁶⁷.

Non si tratta in tal caso di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo⁶⁸ e nemmeno entra in gioco la valutazione della integrazione della fattispecie estintiva, ma vengono esercitati i poteri propri del giudice penale di qualificare giuridicamente i fatti al suo esame, senza che la eventuale sussistenza di un atto amministrativo elemento di una fattispecie estintiva debba essere preliminarmente considerata.

Appare persino ovvio che l'accertamento e la qualificazione amministrativa dell'illecito non vincolino il giudice penale (o, meglio, siano del tutto inin-

un atto invalido anche sotto il profilo penale, l'estraneità alle ipotesi previste dalla legge concerne, invece, il profilo trattato nel paragrafo seguente, mentre gli ulteriori aspetti evidenziati attengono alla legittimità amministrativa dell'atto che non incide necessariamente sulla validità penale dell'atto.

⁶⁷ Di recente Cass. III, 14 gennaio 1991 (13 marzo 1991), RODIGANI, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1304, afferma che il provvedimento della amministrazione finanziaria che ammette la conciliazione vincola l'autorità giudiziaria solo in quanto emesso nei limiti di competenza e nei casi consentiti dalla legge, cosicché la conciliazione che non sia ammissibile non preclude la promovibilità dell'azione penale e la condanna dell'imputato, altrimenti l'autorità giudiziaria sarebbe privata del potere istituzionale relativo alla cognizione del reato, compresa l'estinzione dello stesso. Nella specie la definizione amministrativa, relativa a contrabbando di tabacchi lavorati all'estero, non è ammessa sussistendo la recidiva specifica e, quindi, dovendosi applicare congiuntamente pena detentiva e pena pecuniaria.

Nel senso che non sia esperibile la conciliazione amministrativa nei confronti dell'imputato recidivo e, dunque, non vi sia obbligo di previa trasmissione degli atti all'intendenza di finanza ancorché la recidiva non sia stata formalmente contestata, cfr. Cass. III, 14 aprile 1987, BENETTOLLO, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1514; e, in prec., Cass. III, 20 novembre 1972, in *Giust. pen.*, 1974, II, p. 411 s.

Cass. III, 11 maggio 1979, BERTINI, in *Cass. pen.*, 1981, p. 413, afferma, invece, che la conciliazione amministrativa dei reati di contrabbando è per sua natura antecedente al giudizio penale e quando interviene estingue il reato, cosicché non è subordinata alle risultanze del processo penale, ed, inoltre, che le due procedure sono reciprocamente indipendenti.

⁶⁸ In tal senso sembrano orientati, invece, tra gli altri, FELICETTI, *Conciliazione*, cit., p. 173; MANGIONE, *L'atto*, cit., pp. 377 (nt. 19) e 379 (nt. 23); SAMBENEDETTO, *L'oblazione*, cit., pp. 72-73; in giurisprudenza Cass. III, 20 novembre 1972, in *Giust. pen.*, II, p. 411 s.

fluenti nel giudizio penale), poiché, in caso contrario, il giudice penale verrebbe effettivamente ed inammissibilmente assoggettato alle decisioni della autorità amministrativa, e che, pertanto, l'atto amministrativo che costituisce anche un elemento di una fattispecie estintiva penale non possa avere alcun rilievo rispetto ad un reato, così come qualificato dal giudice penale, che non ammette cause estintive di quel tipo⁶⁹. Anche dal punto di vista logico è del tutto evidente che la valutazione penalistica in tal caso non concerne la validità dell'atto amministrativo: integrerebbe una inammissibile inversione del processo decisionale procedere prima alla valutazione della legittimità dell'atto amministrativo integrante la fattispecie estintiva, per eventualmente *disapplicarlo*, senza avere prima accertato di quale reato si tratti.

L'accertamento da parte del giudice penale della sussistenza di un reato che non ammette – in radice⁷⁰ o perché commesso in un tempo escluso dal beneficio⁷¹ – cause estintive, o, quantomeno, quella specifica fattispecie estintiva integrata dall'atto amministrativo che sia in ipotesi pure sussistente, impedisce ogni ulteriore valutazione di tale atto, cosicché ogni riferimento al-

⁶⁹ Si tratta del punto su cui maggiori sono le incomprensioni dottrinali. Si veda, ad esempio, BRICHERTI, *L'atto*, cit., p. 94, che a riprova della sindacabilità della oblazione propone il caso della esplicita previsione contenuta nell'art. 88, R.D.L. 2 dicembre 1928, n. 3179, in tema di tutela delle strade e della circolazione, il quale prevede, per le ipotesi di conciliazione o di oblazione effettuate nei casi non permessi, che «l'azione penale ha corso e le somme pagate rimangono, per il caso di condanna, a garanzia della riscossione delle ammende e delle spese processuali». In cui deve, per contro, rilevarsi che non si pone affatto un problema di validità penale dell'oblazione.

⁷⁰ Ad es. si consideri la ipotesi in cui sussista la concessione in sanatoria di cui all'art. 22, 3° comma, legge n. 47 del 1985, e siano integrate le violazioni, oltre che dell'art. 20, lett. b), anche della legge sulla disciplina delle opere di conglomerato cementizio (legge n. 1086 del 1971), o della legge sulla edificazione in zona sismica (legge n. 64 del 1974), o della legge sulla tutela delle zone di particolare interesse ambientale (art. 1 *sexies*, legge n. 431 del 1985), che, tutte, non sono toccate dalla causa estintiva in questione. In giurisprudenza in tal senso sulla legge n. 64 del 1974 e sulla legge n. 1086 del 1971, le cui violazioni spesso concorrono, v. Cass. 1 febbraio 1994 (5 marzo 1994), D'ANDREA, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 1137, e in *Riv. pen.*, 1994, p. 744; Cass. 24 maggio 1993 (14 giugno 1993), FILORAMO, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2201; Cass. III, 18 marzo 1993 (27 maggio 1993), PAONESSA, in *Riv. pen.*, 1994, p. 307; Cass. III, 24 agosto 1993 (14 settembre 1993), CERATO, in *Riv. pen. econ.*, 1994, p. 425; in *Riv. pen.*, 1994, p. 672 (s.m.); e in *Cass. pen.*, 1994, p. 2201; Cass. III, 28 marzo 1990 (8 maggio 1990), COCCIULO, in *Riv. pen.*, 1991, p. 310 (s.m.); Cass. III, 10 luglio 1989 (6 novembre 1989), DE GENNARO, in *Riv. pen.*, 1990, p. 776 (s.m.). Sulla legge n. 431 del 1985 v. Cass. III, 29 maggio 1992 (27 giugno 1992), MANONI, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 359, e in *Cass. pen.*, 1993, p. 2082; Cass. III, 22 maggio 1992 (11 giugno 1992), SORIANO, in *Riv. pen.*, 1992, p. 1038. In particolare la giurisprudenza sottolinea la diversa oggettività giuridica di tali illeciti rispetto alla mera tutela urbanistica del territorio.

In senso contrario, da ult., v. Pret. Siracusa 22 marzo 1995, CARUSO, in *Riv. pen.*, 1995, p. 791 s., che elabora una figura di sanatoria avente anche efficacia estintiva penale (*rectius*: efficacia di non punibilità sopravvenuta) delle contravvenzioni previste dalle leggi n. 1086 del 1971 e n. 64 del 1974, violando, quanto meno, l'art. 14 disp. prel. cod. civ.

⁷¹ V., in questo scritto, par. 14, nt. 68 s.

la disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo è del tutto arbitrario.

La qualificazione giuridica del fatto concreto operata dalla autorità amministrativa pone, tuttavia, dei problemi quando venga esclusa la sussistenza dell'illecito configurato da chi richiede la ammissione alla oblazione o alla sanatoria. In tal caso – perlomeno laddove sussistano dei termini perentori in proposito – il rifiuto da parte della P.A. della ricezione del pagamento della oblazione ritenuta non dovuta o del rilascio della sanatoria ritenuta non necessaria porrebbe il richiedente nella impossibilità di godere del beneficio della estinzione del reato qualora il giudice penale ritenesse integrato proprio l'illecito penale configurato dal richiedente la ammissione alla oblazione o alla sanatoria ed escluso dalla amministrazione, con l'effetto di causare una inammissibile situazione discriminatoria nei suoi confronti⁷².

Solo per questa specifica ipotesi di difformità di valutazioni in sede amministrativa e penale – in cui oltretutto non possono nemmeno prospettarsi esigenze di tutela di apprezzabili interessi amministrativi, diversamente da quanto può invece ritenersi sussistere, ad esempio, nell'ipotesi in cui la valutazione della P.A. sulla natura dell'abuso contrasti con il giudizio penale che comporti l'ordine di demolizione dell'opera abusiva – pare possa affermarsi una sorta di invalidità penale del diniego della concessione in sanatoria o della ricezione del pagamento della oblazione⁷³, in particolare quando sia ritenuto illegittimo anche in sede giurisdizionale amministrativa, con la attribuzione di efficacia estintiva penale alla domanda di sanatoria o alla offerta di pagamento⁷⁴, seguite dagli eventuali ulteriori atti dovuti ed effettuabili autonomamente dal richiedente, che consentano di ritenere assolti gli obblighi del richiedente sul piano oggettivo, non potendo, viceversa, essergli imputati – *ad impossibilia nemo tenetur* – i dinieghi e le omissioni della P.A.⁷⁵.

⁷² Esattamente MAZZA, *Oblazione*, cit., p. 579, avverte che la decisione della autorità amministrativa che dichiara la inesistenza della contravvenzione non impedisce il promovimento o la prosecuzione dell'azione penale.

⁷³ V. in tal senso in generale in materia di oblazione extraprocessuale gli autori citati in questo capitolo, nt. 46. Cfr., in senso contrario, tra i sostenitori del sindacato incidentale del giudice penale sulla legittimità del provvedimento di sanatoria, SEVERINI, *Art. 22*, cit., p. 646, che, riaffermando il principio di indipendenza reciproca tra il procedimento sanzionatorio amministrativo e quello penale per gli abusi edilizi, esclude qualsiasi rilevanza del diniego della concessione in sanatoria fondato sulla insussistenza dell'abuso, nei cui confronti non ritiene ammissibile il sindacato di legittimità del giudice penale perché si risolverebbe nella costituzione di un provvedimento amministrativo. L'autore, d'altra parte, afferma che il giudice penale è del tutto svincolato dalla valutazione di legittimità dell'atto amministrativo in questione.

In senso difforme v., inoltre, la remota giurisprudenza citata da BRICHETTI, *L'atto*, cit., p. 95 (nt. 1).

⁷⁴ Cfr., peraltro, per la soluzione contraria in linea di principio il nostro, *L'atto*, cit., cap. III, par. 6, nt. 117.

⁷⁵ Cfr. il nostro, *L'atto*, cit., cap. III, par. 15, nt. 300.

II

LA RILEVANZA IN SEDE PENALE DEI VIZI DELLA CONCESSIONE IN SANATORIA C.D. DI REGIME

7. *I requisiti di validità penale della concessione in sanatoria.* – Riportando l'attenzione sulla speciale causa di estinzione prevista dall'art. 22, 3° comma, legge n. 47 del 1985, può chiudersi il ragionamento circolare proposto.

Come riteniamo di avere dimostrato¹, il bene giuridico che la condotta *post factum* mira a ristabilire nella sua integrità è proprio quello c.d. formale: in sostanza l'assoggettamento al controllo della P.A. del rispetto delle norme che regolano la materia urbanistica ed edilizia. Il legislatore attua con la previsione della fattispecie estintiva in esame una strategia promozionale, incoraggiando con la prospettiva della impunità l'assoggettamento postumo della attività urbanistico-edilizia al controllo della P.A. quando la attività sia conforme agli strumenti urbanistici, quindi la attribuzione di effetti estintivi penali alla concessione in sanatoria non aggiunge alcuna nota sostanziale alla configurazione della fattispecie incriminatrice di esecuzione di opere senza concessione (art. 20, lett. b), legge n. 47 del 1985), ribadendo, al contrario, l'attestarsi della tutela penale sui limiti della riserva in mano pubblica del governo del territorio, con la necessità per chi voglia godere della causa di non punibilità sopravvenuta di assoggettare il proprio operato al controllo pubblico, in caso contrario, quand'anche abbia posto in essere una opera edilizia conforme agli strumenti urbanistici, verrà comunque sanzionato penalmente. Nessun passaggio, dunque, rispetto alla previgente disciplina, dal bene tutelato di natura formale o strumentale al bene sostanziale dell'assetto del territorio.

La previsione in esame non avrebbe senso nella prospettiva di tutela del bene sostanziale, in cui al giudice penale dovrebbe essere affidata *sic et simpliciter* la valutazione della conformità o meno agli strumenti urbanistici dell'attività edilizia posta in essere. Insomma, pare che le critiche alla tecnica incriminatrice seguita in materia edilizia fino alla legge n. 47 del 1985 trovino in quest'ultima accoglimento non nella focalizzazione della tutela penale sul bene sostanziale, ma nella previsione della fattispecie estintiva che, pur nel qua-

¹ Cfr. ampiamente in tema il nostro, *L'atto*, cit., cap. IV, par. 2 s.; inoltre cfr. in questo scritto, par. 1.

dro della tutela del bene formale, offre uno strumento per eliminare alcune disfunzioni repressive riguardo a condotte di carattere bagattellare, quale l'esecuzione di opere conformi agli strumenti urbanistici pur senza concessione.

Fatte tali precisazioni si comprende che l'effetto estintivo penale della concessione in sanatoria non è impedito da ogni eventuale illegittimità del provvedimento amministrativo², ma solamente da quei vizi che intaccano il valore dell'assoggettamento postumo della attività edificatoria al controllo della P.A., come si verifica con evidenza nelle ipotesi di collusione tra il richiedente e il pubblico amministratore³, e di frode attuata dal primo nei confronti della P.A., in cui non può dunque reputarsi integrata la fattispecie estintiva in esame⁴.

Rientra, d'altra parte, nei comuni poteri del giudice penale di accertamento dell'integrazione della fattispecie estintiva la verificazione della conformità dell'atto in esame nei suoi caratteri essenziali allo schema normativo di cui all'art. 13, legge n. 47 del 1985. È ovvio, ad esempio, che, in assenza del formale rilascio di una espressa concessione in sanatoria, non assumano alcun rilievo «atteggiamenti della P.A. presuntivamente interpretabili come un equivalente dell'atto esplicito indicato»⁵.

Tra gli elementi qualificanti della fattispecie estintiva, la cui assenza ne impedisce l'integrazione, assume particolare rilievo la effettuazione da parte della P.A. della valutazione della doppia conformità della attività edificatoria agli strumenti urbanistici vigenti al momento della costruzione, oltre che ovviamente a quelli vigenti al momento del rilascio della sanatoria. Nella pre-

² Cfr., nel senso che l'art. 22 cit. non richiede alcun controllo di legalità della concessione in sanatoria, Cass. 22 giugno 1987, in *Cass. pen.*, 1988, p. 917 s.; Cass. II, 22 giugno 1987 (7 settembre 1987), SPAGNOLETTI, in *Cons. Stato*, 1988, II, p. 1231; in cui si esclude ogni rilievo all'inosseranza di alcune delle condizioni (tempo del rilascio, entità del contributo di concessione, ecc.) prescritte dall'art. 13. Cass. 30 settembre 1987, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1302, afferma che la causa di estinzione deve ritenersi operante anche se alcune condizioni prescritte dall'art. 13, legge n. 47 del 1985, non risultino rispettate da parte della autorità concedente, poiché l'art. 22 non esige come elemento normativo la legittimità della concessione, il cui esame risulta, quindi, precluso al giudice penale ove non risulti una collusione tra amministratore e soggetto interessato. Cfr., inoltre, Cass. 3 marzo 1987, in *Mass. uff.*, 1987, m. 176936; Cass. 10 maggio 1988, CAPOBIANCO, in *Riv. pen.*, 1989, p. 304; Cass. 23 giugno 1989, in *Riv. pen.*, 1989, p. 414; Cass. III, 20 maggio 1988, RONZA, in *Giust. pen.*, 1989, II, p. 489.

³ Cfr. Cass. III, 10 (31) luglio 1990, PUGLIESE, in *Riv. pen.*, 1991, p. 535, secondo cui il giudice penale non può «ritenere illegittima una concessione in sanatoria, al di fuori del caso di collusione tra privato ed autorità amministrativa» (conforme Cass. II, 3 ottobre 1988, FERRARI, citata in nota a Cass. 20 settembre 1988, in *Cass. pen.*, 1990, p. 1576).

⁴ Cfr. il nostro, *L'atto*, cit., cap. III, par. 11.

⁵ V. Cass. III, 16 marzo 1990, TALAMO, in *Riv. giur. ed.*, 1991, I, p. 1184 s.

senza di tale valutazione pare risolversi anche la questione — peraltro ormai superata nella pratica ma di notevole interesse storico e sistematico — della assimilazione, agli effetti estintivi penali di cui all'art. 22, legge n. 47 del 1985, dell'istituto della concessione in sanatoria c.d. vecchia o giurisprudenziale, elaborato prima della entrata in vigore della legge n. 47 del 1985⁶, alla concessione in sanatoria c.d. di regime in esame. Il fatto che non sia requisito necessario del primo istituto la sussistenza della conformità agli strumenti urbanistici al momento della effettuazione dell'abuso non impedisce che nei casi in cui tale conformità venga valutata dall'autorità competente (c.d. sanatoria propria) sia rilevabile una analogia con il nuovo istituto e che, pertanto, trattandosi di norme extrapenali (e non dell'elemento normativo che richiama) che non incontrano il divieto di cui all'art. 14 delle preleggi in materia di leggi eccezionali (tra cui quelle estintive penali), si applichi retroattivamente agli abusi sanati con concessione in sanatoria vecchia c.d. propria la norma estintiva penale in questione⁷.

Rileva, inoltre, ai fini dell'integrazione della fattispecie estintiva in esame la osservanza delle eventuali specifiche prescrizioni contenute nella concessione in sanatoria che ne condizionano l'efficacia anche in sede penale⁸, perché in caso contrario sarebbe reso vano l'assoggettamento al controllo della P.A.

Non riteniamo, invece, significativa penalmente l'eventuale inosservanza dei termini previsti dall'art. 13, legge n. 47 del 1985 per la presentazione della domanda di sanatoria⁹, d'altro canto, il termine di sessanta giorni dalla presentazione della domanda per la formazione del silenzio-rigetto non esaurisce

⁶ Per dei cenni su tale istituto cfr. il nostro, *L'atto*, cit., cap. IV, par. 2, nr. 36; par. 3, nnr. 60 e 61; par. 5, nr. 119 e passim; e par. 7, nrr. 178 e 182.

⁷ V. il nostro, *Il rilascio in sanatoria della entrata in vigore della legge n. 47 del 1985, il problema della rilevanza estintiva penale*, in *Riv. giur. sarde.*, 1988, p. 798 s.; in giurisprudenza conforme Pre. Buccino 21 marzo 1989, GRIBCO, in *Riv. pen.*, 1990, p. 359.

⁸ Con riferimento ai rapporti tra vecchia e nuova sanatoria cfr. Corte cost. sent. 31 marzo 1988, n. 370, cit., 231.

⁹ Sulla non estensibilità analogica delle cause di non punibilità (con riguardo alla legge 17 luglio 1973, n. 355) v. Corte cost. 6 dicembre 1988, n. 1063, in *Cass. pen.*, 1989, p. 333, e PISANI A., *Causa di non punibilità prevista dalla legge 17 luglio 1973, n. 355 e pormoaslette*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1162 s. La Corte cost. 23-25 ottobre 1989, n. 487, in *Riv. giur. ed.*, 1990, I, p. 18, riafferma di recente che «la previsione di cause di estinzione del reato è riservata alla legge statale, in quanto a quest'ultima spetta la potestà incriminatrice; ... alla stessa legge compete, conseguentemente, individuare le situazioni alle quali si applicano le citate cause, e ... pertanto, l'ambito delle predette situazioni, individuate in una legge statale, non può esser illegittimamente esteso o ristretto ad opera di leggi regionali (neppure di quelle che dispongono in materia c.d. "esclusive")».

⁸ Cfr. Cass. III, 8 gennaio 1990, FERRARO, in *Riv. giur. ed.*, 1991, I, p. 509 s.

⁹ Richiede invece la tempestività della domanda ai fini della estensione ex art. 22, legge n. 47 del 1985, Cass. III, 8 maggio 1990, DA SIMONE, in *Riv. giur. ed.*, 1991, I, p. 982 s.

il potere del Sindaco di emettere una pronuncia espressa positiva sull'istanza del privato, a cui consegue anche l'estinzione del reato urbanistico¹⁰.

È, soprattutto, va sottolineato che non costituisce un accertamento richiesto dalla fattispecie estintiva¹¹, ma rappresenta invece una evidente ingerenza nelle competenze della P.A., la valutazione da parte del giudice penale della *doppia conformità* delle opere agli strumenti urbanistici e, dunque, della legittimità della valutazione effettuata da parte della P.A. Emblematica sul punto la *richiesta* alla Corte costituzionale della attribuzione al giudice penale del potere di accertare la sussistenza delle condizioni prescritte dall'art. 13, legge n. 47 del 1985, ed inequivocabile la presa di posizione della Consulta¹²: «chi sostenesse che l'accertamento della conformità delle opere agli strumenti urbanistici vada demandata al giudice penale spoglierebbe l'autorità amministrativa delle proprie istituzionali competenze».

In senso contrario parte notevole della giurisprudenza, in certo qual modo influenzata dal discutibile riferimento nella sentenza n. 370 del 1988 della

¹⁰ Cfr. Cass. III, 10 ottobre 1989 (23 novembre 1989), ALLEGRI, in *Cass. pen.*, 1991, p. 297 (s.m.), e in *Riv. pen.*, 1990, p. 776 (s.m.); Cass. 23 aprile 1990, PETRONIA, in *Riv. pen.*, 1991, p. 200; e in *Riv. giur. ed.*, 1991, I, p. 1176; Cass. III, 11 novembre 1993 (18 dicembre 1993), SCHIAVAZZI, in *Riv. pen.*, 1994, p. 1055 (s.m.).

¹¹ Pur critici sul c.d. potere di disapplicazione, ammettono tuttavia il sindacato penale sulla legittimità della concessione in sanatoria, FORNASARI, *Art. 22, legge 28 febbraio 1985, n. 47*, in *Nuove leggi civ.*, 1985, p. 1112; e PALMISANO, *Responsabilità*, cit., p. 42 s. D'altra parte vi è chi argomenta dall'affermazione del potere del giudice penale di disapplicare la concessione edilizia illegittima per sostenere analogo potere con riguardo alla concessione in sanatoria: così BENINI, *Legge sul condono edilizio, pregiudiziale amministrativa o libertà di apprezzamento del giudice penale*, in *Giur. it.*, 1986, II, p. 197; DI GIOVINE, *Art. 22*, in PREDIERI (a cura di), *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni*, Roma, 1985, p. 320; GIORGIANNI-MATERIA, *Abusivismo e sanatoria*, Roma, 1985, p. 28; MATERIA, *Tutela penale del territorio e normativa sul condono edilizio: storia di occasioni colte e di altre mancate*, in *Cass. pen.*, 1984, p. 2550; SELVAGGI, *I profili penali del condono edilizio una navigazione difficile tra questioni di ordine sistematico e problemi pratici*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 790; SEVERINI, *Art. 22*, cit., p. 646; ZECCHA, in LOSA-PUCCI-ZECCA, *Sanatoria dell'abusivismo e nuove norme di controllo dell'attività urbanistico-edilizia*, Milano, 1985, p. 153; e, di recente, MARINARI, in ASSINI-MARINARI, *Concessione edilizia ed abusivismo (nuova disciplina) sanzionatoria*, Padova, 2ª ed., 1994, pp. 148-149.

Ritiene che la concessione in sanatoria sia sindacabile ex art. 5, legge cont. amm., in quanto non rimuove limiti o costituisce diritti del cittadino, ma integra una fattispecie estintiva penale che come tale deve essere soggetta al controllo del giudice penale, Cass. III, 21 ottobre 1992 (22 dicembre 1992), PALA, in *Riv. pen.*, 1994, pp. 671-672 (s.m.). Cfr., inoltre, Cass. 17 aprile 1989, in *Dir. pen. econ.*, 1989, pp. 1262-1263; Pret. Firenze 11 marzo 1986, in *Riv. giur. ed.*, 1988, I, p. 691; Pret. Torino 11 marzo 1986, in *Foro it.*, 1988, II, p. 550 s. (che afferma anche la sindacabilità da parte del giudice penale della legittimità del *diniego* della concessione in sanatoria); Pret. Castellamare del Golfo 19 ottobre 1988, in *Riv. giur. ed.*, 1989, I, p. 260; Pret. Milano 18 febbraio 1988, cit., p. 492 s.; Pret. Pizzo 18 febbraio 1989, in *Riv. giur. ed.*, 1989, I, p. 943 s.

¹² V. Corte cost. 31 marzo 1988, n. 370, cit., p. 234, sulla questione sollevata da Pret. Pizzo ord. 23 ottobre 1985, cit.

Consulta al danno urbanistico¹³, richiede che il giudice penale valuti la legittimità in punto di conformità alla normativa urbanistica della concessione in sanatoria, e nel caso di esito negativo di tale valutazione esclude la estinzione del reato basandosi sui propri poteri di verifica dell'esistenza di tutti gli elementi della fattispecie estintiva prevista dagli artt. 13 e 22, legge n. 47 del 1985, e non sul potere di disapplicare l'atto amministrativo illegittimo, affermando esattamente che al giudice penale compete il controllo della esistenza dei presupposti di fatto e di diritto dell'estinzione del reato¹⁴. In particolare per l'asserito mutamento di prospettiva della legge n. 47 del 1985, «finalizzata ad assicurare un ordinato assetto del territorio, non più soltanto formalmente (come la precedente normativa) mediante i provvedimenti abilitativi del sindaco, ma anche sostanzialmente attraverso l'effettivo rispetto della programmazione urbanistica», si intende l'art. 22, cit. come richiedente la conformità dell'opera realizzata agli strumenti che disciplinano l'assetto del territorio, cosicché il giudice penale dovrebbe negare effetto estintivo al provvedimento contrastante con quella normativa sostanziale considerata dal legislatore bene primario e sostrato di tutta la nuova disciplina¹⁵.

¹³ V. Corte cost. 31 marzo 1988, n. 370, cit., su cui cfr. il nostro, *L'atto*, cit., cap. IV, par. 5, nt. 131 s.

¹⁴ V., di recente, Cass. III, 10 maggio 1994 (23 giugno 1994), SILVESTRI, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3058 s.; Cass. III, 18 dicembre 1993 (25 gennaio 1994), COLAZZILLI, in *Riv. pen.*, 1994, p. 1287 (s.m.); Cass. III, 22 giugno 1993 (7 ottobre 1993), CIPRIANO, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 350; e in *Riv. pen.*, 1994, p. 934 (s.m.); Cass. III, 4 marzo 1993 (8 aprile 1993), VERONICA, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1336, e in *Riv. pen.*, 1993, p. 1246; Cass. V, 20 agosto 1992 (4 settembre 1992), TALAMO, in *Riv. pen.*, 1993, p. 726; Cass. 27 maggio 1992, GAGLIARDO, in *Riv. pen.*, 1993, p. 329; Cass. III, 18 aprile 1991 (29 maggio 1991), CHIANESE, in *Riv. pen. econ.*, 1991, p. 501, e in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, p. 549. Conformi Cass. II, 8 febbraio 1988, FERRARI, in *Cass. pen.*, 1989, p. 2067; Cass. III, 13 marzo 1987 (15 aprile 1987), GINEVOLI, in *Cass. pen.*, 1988, p. 680; Pret. Frosinone sez. dist. Anagni 15 luglio 1993, MIACI, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1097 s.; Pret. Taranto 24 settembre 1990, TALAMO, in *Riv. pen.*, 1991, p. 297 s.; Pret. Parma 8 novembre 1990, RAFFAINI, in *Riv. giur. ed.*, 1992, I, p. 257 s.; Pret. Pizzo 13 febbraio 1987, in *Riv. giur. ed.*, 1987, I, p. 721, per quest'ultima è sempre ammissibile l'accertamento delle condizioni richieste dall'art. 13, legge n. 47 del 1985 - in particolare la c.d. *doppia conformità* - per il rilascio della concessione in sanatoria, anche se esclude la possibilità di disapplicare l'atto amministrativo illegittimo da parte del giudice penale, poiché competerebbe sempre a quel giudice l'indagine sulla sussistenza delle condizioni legittimanti l'applicazione di una causa estintiva del reato.

¹⁵ V., in particolare, Cass. III, 27 marzo 1990 (28 maggio 1990), SIMONETTI, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1313; in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 971 s.; e in *Riv. giur. ed.*, 1992, I, p. 235. Peraltro per tale decisione, in forza della presunzione di legittimità dell'atto amministrativo, solo la macroscopica non conformità agli strumenti disciplinanti l'assetto del territorio, spesso rilevabile *ictu oculi*, impedirebbe il verificarsi dell'effetto estintivo. Va, tuttavia, rilevato che all'esame di tale giurisprudenza è una concessione in sanatoria c.d. *giurisprudenziale*, emessa prima della legge n. 47 del 1985, in cui manca, con tutta probabilità, il controllo della doppia conformità e che, dunque, non integra la fattispecie di cui all'art. 13, legge n. 47 del 1985, anche secondo la tesi da noi accolta.

Per esempi di accertamento dell'assenza dei requisiti ritenuti essenziali per l'integrazione della fat-

Ma va sottolineato che l'accoglimento di tale soluzione inficierebbe la stessa utilità e razionalità della previsione della speciale causa di estinzione del reato, in quanto la scelta di attribuire al giudice penale il potere di accertamento della c.d. *doppia conformità*¹⁶ – in sostanza il potere di accertamento del danno urbanistico – avrebbe imposto l'elezione di tale elemento a requisito autonomo della fattispecie incriminatrice o, quanto meno, della fattispecie estintiva, in aggiunta ad esempio al pagamento di una somma a titolo di oblazione, mentre il legislatore, elevando ad elemento della fattispecie estintiva esclusivamente il rilascio da parte della P.A. della concessione in sanatoria, segue una via che tutela l'esclusivo potere di controllo e regolamento della materia urbanistica da parte dell'autorità amministrativa¹⁷.

Parimenti, a nostro avviso, non rileva ai fini dell'integrazione della fattispecie estintiva l'esattezza del calcolo effettuato dalla P.A. del contributo di concessione dovuto in misura doppia a titolo di oblazione¹⁸, in quanto attiene alla sfera procedimentale amministrativa e non influisce sui caratteri essenziali della sanatoria di cui all'art. 13 assunti come requisiti della fattispecie estintiva penale¹⁹.

tipispecie estintiva, cfr. Pret. Ivrea 15 giugno 1989, SBARRA, in *Giur. merito*, 1990, III, p. 153 s.; e in *Foro it.*, 1990, II, p. 149 s.; App. Trento 6 novembre 1987, in *Riv. giur. ed.*, 1988, I, p. 213 s.; Cass. 8 febbraio 1988, cit., p. 175 s. In dottrina v. CADOPPI, *La concessione*, cit., p. 541.

¹⁶ Cfr. Cass. 22 ottobre 1988, in *Riv. pen.*, 1989, p. 731.

¹⁷ In linea con la dottrina e la giurisprudenza della *disapplicazione* in sede penale dell'atto amministrativo illegittimo sembra, da ultimo, Corte cost. 18-22 luglio 1996, n. 270, secondo cui «il giudice penale conserva, ai fini della pronuncia di estinzione, conseguente al rilascio in sanatoria della concessione, dei reati contravvenzionali previsti dalle norme urbanistiche vigenti (art. 22, 3° comma, della legge n. 47 del 1985), ogni potere previsto dall'ordinamento processuale, sia in ordine alla copertura da parte della concessione in sanatoria di tutte le opere abusive accertate, sia in ordine alla disapplicazione della concessione in sanatoria quando rilasciata al di fuori dei presupposti di legge (ad es., non conformità alla programmazione urbanistica)».

¹⁸ Afferma il potere del giudice penale di disapplicare l'errata determinazione dell'oblazione BENINI, *Legge*, cit., p. 197. In senso contrario, in tema di oblazione ai sensi dell'art. 31 s., legge n. 47 del 1985, MUCCIARELLI, *Art. 38, legge 28 febbraio 1985, n. 47 (condono edilizio)*, in *Leg. pen.*, 1985, p. 114 s., che rileva come l'introduzione legislativa di un elemento di valore concernente la legittimità dell'atto amministrativo (e non la semplice presenza o assenza dello stesso) possa essere ottenuta solamente con l'arricchimento della fattispecie con formule che vi inseriscano tra i requisiti anche quello della legittimità dell'atto amministrativo; e, in giurisprudenza, Trib. Salerno 16 febbraio 1988, in *Foro it.*, 1988, II, p. 219 s. (in part. pp. 221-222).

¹⁹ V. Cass. III, 7 marzo 1988, CAPOBIANCO, in *Giust. pen.*, 1989, II, p. 489, secondo cui, «l'ultimo comma dell'art. 22, legge n. 47 del 1985 stabilisce che il rilascio in sanatoria delle concessioni estingue i reati contravvenzionali previsti dalle norme urbanistiche vigenti, senza subordinare l'efficacia e la validità di tali concessioni al pagamento delle somme dovute a titolo di oblazione e di sanzioni pecuniarie. Pertanto il giudice penale, a meno che non vi sia costretto dalla necessità di indagare su responsabilità per il rilascio delle concessioni medesime, non è tenuto a sindacare la legittimità di tali atti amministrativi... sicché il giudice medesimo limitandosi ad accertare l'avvenuto rilascio della concessio-

Aspetti più problematici presenta la questione della rilevanza in sede penale del pagamento delle somme dovute²⁰. Tuttavia nell'ipotesi in cui il rilascio o l'efficacia della concessione in sanatoria vengano subordinati al pagamento delle somme dovute per contributi e oblazione secondo modalità prefissate o via fissarsi successivamente²¹ è la stessa amministrazione a negare esplicitamente operatività all'atto fino alla determinazione sindacale ed al pagamento delle somme dovute, cosicché la fattispecie estintiva non può certamente ritenersi integrata fino alla realizzazione delle condizioni in questione.

Diverso è affermare che «il 3° comma dell'art. 22 ha sanzionato l'effetto estintivo del reato con il rilascio della concessione in sanatoria, senza richiedere ulteriori adempimenti e ciò vale a ritenere che tale estinzione consegua alla concessione in sanatoria», con la conseguente attribuzione di efficacia estintiva penale anche alle concessioni, rilasciate prima dell'entrata in vigore della legge n. 47 del 1985, c.d. *vecchie* o *giurisprudenziali*, per cui non era prevista alcuna sanzione amministrativa o, comunque, alcun pagamento a titolo di oblazione²². In cui si evidenziano i limiti della rilevanza del pagamento ed, a maggior ragione, dell'esatto computo della somma indicata nell'art. 13, legge n. 47 del 1985, ai fini della estinzione dell'illecito penale.

ne, non può che pronunciare l'estinzione del reato»; conforme Pret. Brescia 19 febbraio 1993, ZANETTI, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 1180 s. Cfr. in questo studio, par. 4.

²⁰ Esclude il potere del giudice penale di accertare l'avvenuto pagamento delle somme dovute a titolo di oblazione, Cass. 23 giugno 1988, in *Riv. pen.*, 1989, p. 413, che nega anche (p. 414) rilevanza alla mancanza nel documento della indicazione che si tratti di concessione in sanatoria e della attestazione dell'accertamento di conformità e delle altre condizioni previste dall'art. 13 cit. Cfr. anche la giurisprudenza citata nella nota precedente.

²¹ V. Cass. III, 20 febbraio 1990, PETROCCHIA, in *Riv. giur. ed.*, 1991, I, p. 1176 s.

²² Cfr. Cass. 12 febbraio 1988 (3 maggio 1988), GARDONIO, in *Cass. pen.*, 1990, p. 489 (s.m.), e in *Riv. giur. ed.*, 1989, I, pp. 599-600, che, dopo avere affermato l'applicabilità degli artt. 13 e 22, legge n. 47 del 1985, agli abusi edilizi consumati prima della entrata in vigore di tale legge (conforme Cass. III, 27 settembre 1988 (27 ottobre 1988), RICCI, in *Cass. pen.*, 1990, p. 490, s.m.), esattamente risolve il problema dell'efficacia estintiva della concessione in sanatoria rilasciata prima dell'entrata in vigore delle disposizioni della legge n. 47 del 1985: «l'estinzione consegue alla concessione in sanatoria – affirma la Corte suprema – indipendentemente dalla data del rilascio, purché sia rispettata la normativa a tale data vigente e, quindi, con l'oblazione della sanzione amministrativa, se prevista e senza di questa nel caso inverso» (conformi, tra le altre, Cass. I, 3 marzo 1988 (6 maggio 1989), TORRESAN, in *Cass. pen.*, 1990, p. 1794; Cass. 23 ottobre 1987, in *Riv. giur. ed.*, 1989, I, p. 779; Cass. 26 maggio 1988, in *Riv. pen.*, 1989, p. 305; Cass. 23 giugno 1988, in *Riv. pen.*, 1989, p. 413; Pret. Roma 4 febbraio 1987, in *Riv. giur. ed.*, 1987, I, p. 333 s.; in dottrina COCCO, *Il rilascio*, cit., p. 798 s.). Si veda anche Cass. 27 marzo 1990 (28 maggio 1990), SIMONETTI, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 963 s., (v. anche in questo par., n. 15) che disapplica, perché violata da macroscopica illegittimità, una concessione in sanatoria rilasciata prima dell'entrata in vigore della legge n. 47 del 1985, di cui peraltro in generale si conosce l'efficacia estintiva penale ai sensi dell'art. 22, legge n. 47 del 1985, che ritiene applicabile retroattivamente.

III

LA RILEVANZA IN SEDE PENALE DEI VIZI
DEL C.D. CONDONO EDILIZIO

9. *La natura giuridica dei condoni edilizi.* – I principi esposti consentono di valutare la rilevanza in sede penale della legittimità dell'atto amministrativo¹ anche con riferimento alle fattispecie estintive regolamentate dagli artt. 38 e 39, legge n. 47 del 1985 (*condono edilizio*²) e riproposte dalle nuove disposizioni introdotte dall'art. 39, legge n. 724 del 1994 e successive modificazioni (*nuovo condono edilizio*³) con riguardo agli abusi commessi entro il 31 di-

¹ Cfr. per una puntuale definizione dell'ampiezza del sindacato del giudice penale sulle fattispecie estintive penali regolate nel capo IV della legge n. 47 del 1985, MUCCIARELLI, *Art. 38*, cit., p. 114 s.

In giurisprudenza distinguono la natura e struttura della fattispecie estintiva di cui al capo I, legge n. 47 del 1985, rispetto a quelle previste nel capo IV, Cass. 22 giugno 1987, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1081 s., e Cass. 22 ottobre 1988, in *Riv. pen.*, 1989, p. 73.

² Sul condono edilizio del 1985 cfr. ampiamente il nostro, *La sospensione del procedimento penale nella legge 28 febbraio 1985, n. 47: problemi interpretativi e di legittimità costituzionale*, in *Riv. giur. sar-da*, 1989, p. 512 s.

³ La legge 23 dicembre 1994, n. 724 – come modificata dall'art. 14-1 bis, legge 22 marzo 1995, n. 85 e dall'art. 2, 37° comma, lett. a), della legge 23 dicembre 1996, n. 662 – all'art. 39, 1° comma, prevede: «Le disposizioni di cui ai capi IV e V della legge 28 febbraio 1985, n. 47, e successive modificazioni e integrazioni, come ulteriormente modificate dal presente articolo, si applicano alle opere abusive che risultino ultimate entro il 31 dicembre 1993, e che non abbiano comportato ampliamento del manufatto superiore al 30% della volumetria della costruzione originaria ovvero, indipendentemente dalla volumetria iniziale o assentita, un ampliamento superiore a 750 metri cubi per singola richiesta di concessione edilizia in sanatoria. I termini contenuti nelle disposizioni richiamate al presente comma e decorrenti dalla data di entrata in vigore della legge 28 febbraio 1985, n. 47 o delle leggi di successiva modificazione o integrazione, sono da intendersi come riferiti alla data di entrata in vigore del presente art. I predetti limiti di cubatura non trovano applicazione nel caso di annullamento della concessione edilizia». La legge n. 662 del 1996, art. 2, 37° comma, lett. b), sostituisce l'ultimo periodo del 1° comma con i seguenti: «Il procedimento di sanatoria degli abusi edilizi posti in essere dalla persona imputata di uno dei delitti di cui agli artt. 416 bis, 648 bis e 648 ter cod. pen., o da terzi per suo conto, è sospeso fino alla sentenza definitiva di non luogo a procedere o di proscioglimento o di assoluzione. Non può essere conseguita la concessione in sanatoria degli abusi edilizi se interviene sentenza definitiva di condanna per i delitti sopra indicati. Fatti salvi gli accertamenti di ufficio in ordine alle condanne riportate nel certificato generale del casellario giudiziale ad opera del comune, il richiedente deve attestare, con dichiarazione sottoscritta nelle forme di cui all'art. 2 della legge 4 gennaio 1968, n. 15, di non avere carichi pendenti in relazione ai delitti di cui agli artt. 416 bis, 648 bis e 648 ter cod. pen.».

L'art. 39 cit. 2° comma, come sostituito dalla legge 23 dicembre 1996, n. 662, art. 2, 37° comma, lett. c), prevede: «Il rilascio della concessione o autorizzazione in sanatoria non comporta limitazione ai diritti terzi».

cembre 1993⁴, con l'introduzione, peraltro, di rilevanti innovazioni di regolamentazione puntualmente sottolineate dalla Corte costituzionale⁵ per negare fondamento alle censure di incostituzionalità delle norme in esame sotto il profilo della ragionevolezza e della disparità di trattamento dei cittadini. La Consulta, in particolare, evidenzia che il *nuovo condono* «non si limita ad una riapertura dei termini (per le domande e per la data di ultimazione dei lavori abusivi), ma introduce ... nuovi obblighi e restrizioni soggettive ed oggettive, che valgono a circoscrivere l'ambito della definizione agevolata o a riequilibrare situazioni di eccessivo vantaggio, nella valutazione del legislatore di preminenti interessi pubblici (esclusione degli abusi maggiori, tutela dei diritti soggettivi dei terzi confinanti, tutela dei comuni per l'onere di urbanizzazione, tutela dei boschi distrutti o danneggiati, ecc.)», e conclude che «dal complessivo quadro normativo riferito emerge un serio intento di porre in atto una risistemazione della materia del governo del territorio idonea a impedire il ripetersi del fenomeno dell'abusivismo edilizio attraverso la sua repressione».

Nella materia in esame l'espressione *fattispecie estintiva* evidenzia il nesso con la tradizionale dottrina del *Tatbestand*, inteso come causa degli effetti giuridici, sottolineando la estraneità degli istituti in esame agli atti di clemenza⁶. Nei condoni edilizi la norma prevede, infatti, una fattispecie alla cui realizzazione concreta si ricollegano gli effetti premiali estintivi del reato; negli atti di clemenza, invece, gli effetti estintivi penali sono prodotti dalla stessa norma, la cui natura non muta per l'eventuale apposizione di condizioni, in quanto si tratta di temporanei impedimenti superati i quali la conseguenza giuridica dell'effetto estintivo va riferita alla norma e non alla condizione.

La nozione di fattispecie estintiva viene delineata molto chiaramente dalla Consulta⁷, la quale, per l'appunto, esclude che il c.d. *condono edilizio* possa

⁴ Quanto affermeremo in materia vale in linea generale sia per il condono edilizio del 1985, che per il nuovo condono edilizio del 1994; peraltro la legge n. 724 del 1994 introduce delle novità di regolamentazione che verranno sottolineate laddove riguardino gli effetti estintivi penali. I nostri riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, relativi in gran parte al condono edilizio del 1985, in buona parte valgono anche per il condono del 1994, cfr. in tal senso Cass. III, 2 marzo 1995 (22 aprile 1995), GETULI, in *Riv. giur. ed.*, 1995, I, p. 948 s.; e in *Giust. pen.*, 1996, II, p. 90 s.

⁵ Corte cost. 6 (12) settembre 1995, n. 427, in *Riv. giur. ed.*, 1995, I, p. 947 s.

⁶ INSOLERA, *Condono fiscale: sezioni unite, Corte costituzionale, sogni dogmatici del penalista e prevaricazione del legislatore*, in *Foro it.*, 1991, p. 88 s.; e MAIELLO, *La clemenza tra dogmatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1052 e *passim*, compendiano di recente le censure mosse ai condoni e sanatorie, che non condividiamo del tutto anche per la contestabile assimilazione agli istituti clemenziali.

⁷ Corte cost. 31 marzo 1988, n. 369, cit., p. 238 s.

integrare gli estremi dell'istituto della amnistia, in quanto quest'ultimo istituto determina autonomamente e direttamente l'effetto estintivo, mentre nelle disposizioni sul condono edilizio l'effetto estintivo dipende da una complessa e varia fattispecie. Non è l'oblazione isolatamente ad avere tale virtù ma «una complessa fattispecie estintiva, che si compone, per sintetizzare, anzitutto della domanda di sanatoria e del pagamento della (prima) rata di cui al 1° comma dell'art. 35 (e questi elementi per il disposto di cui al 1° comma dell'art. 38, già producono effetti preliminari, la sospensione del processo penale e di quello per le sanzioni amministrative), dell'intero procedimento amministrativo non giurisdizionale per la sanatoria ed, infine, del pagamento integrale dell'oblazione. Tale pagamento è, soltanto, l'ultimo elemento della precisata complessa fattispecie estintiva, la quale, almeno di regola (salvo, infatti, il caso di opere insanabili) produce, oltre all'effetto penalmente estintivo, anche l'effetto, costitutivo, determinato dalla concessione della sanatoria amministrativa. Una stessa fattispecie viene ad essere, pertanto, almeno di regola, costitutiva (di effetti amministrativi) ed estintiva (di effetti penali)»⁸.

10. *La fattispecie estintiva penale prevista nel caso di sanatoria delle opere abusive.* – Passando ad esaminare le questioni che ci interessano, va evidenziato che nell'originario dettato della legge n. 47 del 1985 sono previsti due distinti procedimenti di determinazione dell'oblazione cui è riconosciuto, tra gli altri, anche l'effetto estintivo del reato edilizio⁹. Il primo procedimento, i

⁸ Conforme, di recente, Corte cost. 6 (12) settembre 1995, n. 427, cit., p. 747 s., che dichiara legittimo, anche sotto tale profilo, l'art. 39, legge n. 724 del 1994 (nuovo condono edilizio). Sollevano sotto il profilo in esame la questione di illegittimità costituzionale del nuovo condono, tra le altre, Pret. Potenza 10 febbraio 1995, PITTA, in *Riv. giur. ed.*, 1995, p. 572 s.; Pret. Potenza 14 aprile 1995, CANCELLARA, in *Giust. pen.*, 1995, I, p. 333 s.; Pret. Gela 19 gennaio 1995, SAMMITO, in *Riv. pen.*, 1995, p. 373 s.; Pret. Reggio Calabria 16 gennaio 1995, RISO, *ibidem*; Pret. Reggio Calabria 13 gennaio 1995, ROMEO, *ibidem*; Pret. Roma sez. dist. Bracciano 6 ottobre 1994, LUCIANI, in *Foro it.*, 1994, II, p. 663 s.; Pret. Gorizia 18 novembre 1994, POCAR, in *Riv. giur. ed.*, 1995, I, p. 315 s.; Pret. Melito Porto Salvo 20 ottobre 1994, MEO, *ibidem*; Pret. Gela 18 ottobre 1994, SANNI, *ibidem*; Pret. Niscemi 23 settembre 1994, CUTTONA, *ibidem*.

⁹ Con riguardo alla peculiare questione degli effetti del condono edilizio intervenuto successivamente alla sentenza definitiva di condanna, v. di recente, Pret. Taranto sez. dist. Manduria 21 febbraio 1995, LAIRNO, in *Riv. pen.*, 1995, p. 947 s., che esclude in tale caso l'estinzione della pena e, sul piano processuale, la sospensione del procedimento esecutivo in attesa della definizione del procedimento di sanatoria, fondandosi sul dato letterale degli artt. 44 e 38, 1° e 3° comma, legge n. 47 del 1985, nella parte in cui non prevedono la sospensione dell'esecuzione della pena ma solo l'irrilevanza della condanna ai fini della recidiva e della sospensione condizionale della pena, a favore dei richiedenti il condono edilizio già condannati con sentenza definitiva prima dell'entrata in vigore della stessa legge, e sulla diversa natura del condono edilizio rispetto all'amnistia impropria (cfr. Corte cost. 31 marzo 1988, n. 369, in *Foro it.*, 1989, I, p. 3383; e Cass. IV, 27 novembre 1989, FUZIO, in *Riv. giur. ed.*, 1991,

cui effetti penali sono regolamentati dall'art. 38¹⁰, culmina con il rilascio della concessione in sanatoria, di cui il versamento dell'oblazione costituisce una condizione; il secondo, i cui effetti penali sono regolamentati dall'art. 39¹¹, riguarda le opere abusive che non possono conseguire la sanatoria¹² e si definisce con la corresponsione dell'oblazione. In ambedue i casi la somma da corrispondere a titolo di *oblazione*¹³, rapportata alla natura ed all'epoca del-

I, p. 1189 s.; così in dottrina VERGINE, *Condono edilizio ed innovazioni alla disciplina urbanistica sulla legge 28 febbraio 1985, n. 47*, a cura di Gianolio, Rimini, 1985, p. 486).

In senso contrario v. Cass. III, 27 gennaio 1993 (24 marzo 1993), FARINELLI, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 353; conforme Pret. Potenza 2 marzo 1990, GATTA, in *Foro it.*, 1990, II, p. 726 s., per cui l'integrale corresponsione dell'oblazione determina l'estinzione delle pene inflitte con sentenza definitiva di condanna per i reati indicati dall'art. 38, 2° comma, legge n. 47 del 1985, peraltro tale ultima posizione pare infrangersi sul divieto di analogia, vigente in base all'art. 14, disp. prel. cod. civ., per la natura eccezionale delle relative norme (in tema per tutti v. ROMANO, in ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Art. 150-240, Milano, 1994, p. 15), ed è la stessa sentenza in questione a definire "additiva" la propria lettura dell'art. 38, 3° comma.

¹⁰ L'art. 38, 1°, 2° e 3° comma, legge n. 47 del 1985 e succ. mod., prevede: «La presentazione entro il termine perentorio della domanda di cui all'art. 31, accompagnata dall'attestazione del versamento della somma di cui al 1° comma dell'art. 35, sospende il procedimento penale e quello per le sanzioni amministrative.

L'oblazione interamente corrisposta estingue i reati di cui all'art. 41 della legge 17 agosto 1942, n. 1150, e successive modificazioni, e all'art. 17 della legge 28 gennaio 1977, n. 10, come modificato dall'art. 20 della presente legge, nonché quelli di cui all'art. 221 t.u. delle leggi sanitarie, approvato con R.D. 27 luglio 1934, n. 1265, e agli artt. 13, 1° comma, 14, 15, 16 e 17 della legge 5 novembre 1971, n. 1086. Essa estingue altresì i reati di cui all'art. 20 della legge 2 febbraio 1974, n. 64, nonché i procedimenti di esecuzione delle sanzioni amministrative. Qualora l'immobile appartenga a più proprietari, l'oblazione versata da uno di essi estingue il reato anche nei confronti degli altri comproprietari.

Ove nei confronti del richiedente la sanatoria sia intervenuta sentenza definitiva di condanna per i reati previsti dal comma precedente, viene fatta annotazione dell'oblazione nel casellario giudiziario. In tale caso non si tiene conto della condanna ai fini dell'applicazione della recidiva e del beneficio della sospensione condizionale della pena».

¹¹ L'art. 39, legge n. 47 del 1985 e succ. mod., recita: «L'effettuazione dell'oblazione, qualora le opere non possano conseguire la sanatoria, estingue i reati contravvenzionali di cui all'art. 38. Le sanzioni amministrative consistenti nel pagamento di una somma di danaro sono ridotte in misura corrispondente all'oblazione versata se l'interessato dichiara di rinunciare al rimborso».

¹² Si tratta, da una parte, delle ipotesi previste nell'art. 33, legge n. 47 del 1985, e, dall'altra, di quelle previste nell'art. 32, legge n. 47 del 1985, per cui non sia reso parere favorevole alla sanatoria. Concordiamo sul punto con NOVARESE, *Estinzione dei reati in seguito al pagamento dell'oblazione, secondo la disciplina del c.d. condono edilizio*, in *Riv. giur. ed.*, 1991, I, p. 265 s. (in part. 267), quando afferma che il silenzio-assenso può realizzarsi «solo nei confronti di quelle istanze che, qualora concernano un immobile soggetto a vincolo, siano corredate dal prescritto parere, descrivano le opere oggetto di sanatoria in maniera tale da renderne possibile la individuazione e non siano dolosamente infedeli».

Si vedano anche le modifiche all'art. 32 introdotte dall'art. 39, 7° e 20° comma, legge n. 724 del 1994.

¹³ Sulla natura della oblazione prevista nell'art. 38, 2° comma, cfr. Cass. 21 luglio 1987, in *Riv. pen.*, 1987, pp. 1058-1059, che la distingue dalla oblazione prevista dagli artt. 162 e 162 bis cod. pen. e la inquadra nel tipo dell'oblazione volontaria amministrativa con l'effetto di trasformare l'illecto pe-

abuso, viene autoliquidata da chi richiede la sanatoria ed è soggetta alla verifica della P.A. Tuttavia, nel caso di sanabilità dell'abuso, l'estinzione penale, effetto ex art. 38 cit. del pagamento integrale dell'oblazione, si produce in seguito alla determinazione definitiva del sindaco delle somme dovute oppure in seguito alla formazione del silenzio-assenso sulla domanda di sanatoria che applica anche la definizione delle somme dovute per l'oblazione nella misura autoliquidata dal privato.

La giurisprudenza, per il vero, in un primo tempo è sembrata richiedere in tal caso comunque la esplicita determinazione sindacale definitiva dell'importo dell'oblazione dovuta¹⁴. Ma si è ormai consolidata la posizione che si fonda sul rinvio in tema di sospensione del procedimento penale, formulato dall'art. 44 cit., «alla scadenza dei termini fissati dall'art. 35», cui si attribuisce rilievo decisivo anche per individuare a quali procedimenti di determinazione dell'oblazione la norma penale faccia riferimento, pur implicitamente, cosicché appare necessario distinguere la situazione della prima, iniziale corresponsione delle somme dovute, irrilevante ai fini penali¹⁵,

uale in illecito amministrativo. Conforme in dottrina BENINI, *Un'occasione*, cit., p. 482. Qualifica indistintamente le ipotesi di estinzione del reato edilizio previste negli artt. 38, 2° comma, e 39 come oblazione c.d. amministrativa o extraprocessuale, VERGINE, *Art. 38*, in *Condono edilizio ed innovazioni alla disciplina urbanistica nella legge 28 febbraio 1985*, n. 47, cit., p. 482.

Sottolinea la commistione di profili penalistici ed amministrativistici nella oblazione di cui al capo V, legge n. 47 del 1985, TRAVI, *Repressione*, cit., p. 257 s., il quale rileva l'ambivalenza dell'oblazione che è elemento di rilievo penalistico ma anche (indipendentemente dalla sussistenza di qualsiasi ipotesi di reato) condizione per ottenere la concessione in sanatoria amministrativa, essendo comunque unica la richiesta di condono.

¹⁴ Cfr. Cass. III, 31 marzo 1989 (3 maggio 1989), PIPERNIO, in *Riv. pen.*, 1990, p. 289 (s.m.); Cass. III, 22 marzo 1989 (4 maggio 1989), PALMITESSA, in *Cass. pen.*, 1990, p. 1368 (s.m.); e in *Giust. pen.*, 1990, II, p. 365 (s.m.); Cass. III, 23 novembre 1988 (10 gennaio 1989), ROMANO, in *Cass. pen.*, 1990, p. 1368 s.; Cass. III, 23 febbraio 1988, GAMBINO, in *Cass. pen.*, 1989, p. 882; Cass. III, 3 aprile 1987, CORSO, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1249; e in *Giust. pen.*, 1988, II, p. 290; Cass. III, 15 marzo 1989 (21 aprile 1989), BALZANO, in *Cass. pen.*, 1990, p. 1159 (s.m.); in *Riv. pen.*, 1990, p. 172 (s.m.); e in *Giust. pen.*, 1990, II, p. 306 (s.m.); Cass. III, 4 novembre 1988 (12 gennaio 1989), CLARIZIA, in *Cass. pen.*, 1990, p. 304 (s.m.); Cass. 27 febbraio 1987, in *Riv. giur. ed.*, 1988, I, pp. 226-227; e in *Cass. pen.*, 1987, p. 1811; Cass. 3 aprile 1987, in *Giust. pen.*, 1988, II, p. 290; e in *Riv. pen.*, 1988, p. 302; Cass. 22 giugno 1987, in *Riv. pen.*, 1988, pp. 645-646, e in *Riv. giur. ed.*, 1988, I, p. 500; Cass. 16 novembre 1987, in *Cass. pen.*, 1988, p. 598; Cass. 11 novembre 1987, in *Cass. pen.*, 1989, p. 141; Cass. 26 luglio 1988, in *Riv. pen.*, 1989, p. 141; Cass. 26 aprile 1988, in *Riv. pen.*, 1989, p. 190; Cass. 8 aprile 1988, in *Riv. pen.*, 1989, p. 190, che, assimilata l'oblazione in esame a quella prevista nell'art. 162 cod. pen., richiedono tutte per la estinzione dei reati edilizi la acquisizione da parte del giudice penale dell'attestazione del sindaco, competente per la determinazione definitiva dell'importo dovuto, dell'integrale pagamento della oblazione e che l'istanza non è dolosamente infedele ai sensi dell'art. 40 (sic!).

¹⁵ Per il vero talune decisioni del Supremo collegio che pretendono l'esplicita determinazione sindacale sembrano voler contrastare, finendo per farsi condizionare dall'errata impostazione combattuta, decisioni di merito in cui si fa conseguire l'effetto estintivo penale dalla semplice presentazione della domanda in sanatoria nei termini di legge e dal versamento dell'oblazione nella misura determinata

da quella che viene a cristallizzarsi nel prosieguo¹⁶.

Non vi sono dubbi che, ex art. 35, 18° comma, legge n. 47 del 1985 e succ. mod., il silenzio produce automaticamente l'effetto dell'accoglimento dell'istanza, perché, oltretutto, la previsione di un termine per l'esercizio dei poteri amministrativi garantisce la tenuta costituzionale dell'intera disposizione, in quanto in sua assenza il cittadino non avrebbe tutela di fronte all'inerzia della P.A., ed, inoltre, evita una irreparabile contraddizione con il fine di *chiudere* con un passato di illegalità diffusa anche nelle ipotesi di opere non sanabili, richiedendo una sorta di esborso compensativo¹⁷.

D'altra parte l'art. 38, 2° comma, cit., collega gli effetti estintivi penali al pagamento per intero dell'oblazione riferendosi alla facoltà di effettuare versamenti parziali mentre non attribuisce rilievo all'origine della determinazione della oblazione dovuta e, dunque, che essa avvenga per autodeterminazione e successiva inerzia della P.A. ovvero per atto esplicito dell'ente locale.

Cosicché, in definitiva, la disciplina del silenzio-assenso prevista dalla legge n. 47 del 1985 assume rilevanza anche ai fini estintivi penali in quanto la sua formazione non richiede la previa determinazione sindacale delle somme dovute in via definitiva per l'oblazione¹⁸ ma comporta, al contrario, la definitiva determinazione nella misura autoliquidata dal richiedente dell'oblazione, al cui integrale versamento segue, quindi, l'estinzione penale¹⁹. Se, inve-

dall'istante (cfr. in part. Cass. 22 febbraio 1988, in *Riv. giur. ed.*, 1989, I, p. 604 s.). Conclusione, quest'ultima, fondata sulla lettera dell'art. 38, laddove si collega l'estinzione penale semplicemente all'integrale versamento della oblazione, e sulla considerazione che la determinazione definitiva dell'importo dell'oblazione si inserirebbe funzionalmente nella procedura per il rilascio della sanatoria senza influenzare l'oblazione rilevante penalmente, per cui sarebbe esclusa la necessità di una pregiudiziale determinazione sindacale definitiva (v., ad es., Trib. Trani 14 luglio 1987, in *Riv. giur. ed.*, 1987, I, p. 937 s., e in *Riv. pen.*, 1988, p. 759; Trib. Locri 23 marzo 1987, in *Riv. pen.*, 1988, pp. 56-57).

¹⁶ Cfr. Trib. Salerno 16 febbraio 1988, in *Foro it.*, 1988, II, p. 220 s.

¹⁷ Sulla controversa questione del silenzio-assenso in materia di condono edilizio del 1985 si esprime anche il Ministero dei lavori pubblici con circolare n. 142 del 6 febbraio 1989, che ribadisce lo scopo delle disposizioni in esame, intese ad evitare che eventuali ritardi della amministrazione nell'adottare le proprie determinazioni lascino per troppo tempo senza riscontro le istanze degli interessati.

¹⁸ In dottrina il solo ALBAMONTE, *Condono edilizio*, Roma, 1985, p. 96, afferma che entro il termine di ventiquattro mesi il comune deve avere liquidato in via definitiva la somma dovuta per l'oblazione, altrimenti il silenzio-assenso non si può formare.

¹⁹ Cfr. in tal senso CICALA, in ASSINI-CICALA-FORTUNA, *Condono edilizio, recupero urbanistico e sanzioni*, Padova, 1985, p. 48 s. e in part. p. 51; DE ROBERTO, *Art. 35, legge 28 febbraio 1985*, n. 47, in *Nuove leggi civ.*, 1985, p. 120; MACCHIA, *Aspetti problematici del silenzio-assenso nella legge 26 febbraio 1985*, n. 47, in *Riv. giur. ed.*, 1986, II, p. 227 s. e in part. p. 283. Cfr. in generale sul tema anche CACCIAVILLANI, *Il silenzio accoglimento del "condono edilizio"*, in *Riv. giur. ed.*, 1988, II, p. 237 s.

In giurisprudenza v. Cass. Sez. Un. 12 ottobre 1993 (10 gennaio 1994), PULERA, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1192 s.; e in *Riv. pen.*, 1994, p. 934 (s.m.); Cass. III, 23 marzo 1989, FUINO, in *Riv. giur. ed.*, 1991, I, p. 261 s.; Cass. IV, 27 novembre 1989, FUZIO, in *Riv. giur. ed.*, 1991, I, p. 1189 s., con motivazione par-

c, il sindaco provvede a determinare un eventuale conguaglio nel termine di ventiquattro mesi dalla presentazione della domanda, per il verificarsi dell'effetto estintivo penale è richiesto anche il tempestivo versamento di tale ulteriore somma.

Come esattamente si osserva anche in giurisprudenza²⁰, la previsione nell'art. 35 della condizione del pagamento di tutte le somme dovute a «conguaglio non può avere l'effetto simplicistico di paralizzare tale forma di assenso tacito, ove si consideri che, se ci fosse stata la determinazione della somma, si avrebbe naturalmente fatto luogo alla procedura ordinaria, senza il ricorso all'assenso tacito. Non si considera cioè che, così opinando, verrebbe meno la ragione stessa della previsione dell'accoglimento tacito della domanda, che si basa appunto sull'inerzia della P.A. durata appunto ventiquattro mesi, durante i quali quella che è mancata è proprio la determinazione della somma dovuta da parte della P.A. stessa. Solo in tal modo si spiega che (a prescindere dall'ipotesi che il conguaglio potrebbe essere solo eventuale, ben potendo la somma versata risultare congrua) questa norma sia stata oggetto di modifiche da parte del legislatore, dapprima con il D.L. e poi con la legge di conversione del 1988, ancora modificativa del testo originario, che ha tuttavia lasciato inalterato, con il termine di ventiquattro mesi, l'effetto sanante e la perentività del termine.

Non va soprattutto dimenticato che il 12° comma²¹ non si riferisce soltanto agli effetti penali dell'eventuale procedimento in corso, ma all'accoglimento tacito della domanda, con la conseguenza che, in sostanza, accanto alla procedura ordinaria di sanatoria, tale norma ne introduceva un'altra, parallela, che poteva essere utilizzata (il discorso al passato è d'obbligo, essendo argomentamente scaduti tutti i termini) dalla P.A., anche laddove, riconosciuta l'esistenza della congruità della somma, non si fosse voluto far ricorso alla procedura ordinaria e al rilascio formale della sanatoria. Se si fosse pretesa anche la corresponsione della somma eventualmente dovuta a conguaglio al fine del perfezionamento della procedura, si sarebbe dovuto attendere pro-

colarmente ampia; Cass. 14 febbraio 1989, in *Giust. pen.*, 1990, II, pp. 23-24; e in *Cass. pen.*, 1990, p. 159; Cass. 1° aprile 1989, in *Riv. pen.*, 1990, pp. 172-173; Cass. Sez. Un. 19 dicembre 1990 (8 febbraio 1991), LANDOLFI, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, p. 1229 s. (nota di Vergine); in *Riv. pen.*, 1991, p. 718 s.; in *Foro it.*, 1991, II, p. 363 s.; in *Riv. giur. ed.*, 1991, I, p. 832 s.; e in *Cass. pen.*, 1991, p. 1205 s.; Cass. Sez. Un. 19 dicembre 1990, SERIONE, in *Giust. pen.*, 1991, II, p. 478 s.; Cass. IV, 13 maggio 1991 (21 ottobre 1991), ROBUSTELLI, in *Cass. pen.*, 1993, p. 157, e in *Riv. pen.*, 1992, p. 363, che, tuttavia non sembrano distinguere le ipotesi di sanabilità dell'abuso da quelle di insanabilità. Conforme ed esplicitamente nel senso della uniformità di trattamento delle due ipotesi v. Cass. III, 17 giugno 1991 (19 luglio 1991), MARCANTUONO, in *Riv. pen.*, 1992, p. 254 s.

²⁰ Le Sezioni Unite, Landolfi e Serione, citate nella nt. prec.

²¹ Divenuto 18° comma in seguito alle varie modificazioni dell'articolo.

prio il venir meno di quella inerzia della P.A. che costituisce il presupposto della norma in questione. Ma, se non vi fosse stata l'inerzia, proprio perché l'Amministrazione aveva provveduto alla determinazione della somma, la norma sarebbe rimasta del tutto priva di senso e sostanzialmente inapplicabile»²².

11. *L'estinzione del reato in assenza della sanatoria delle opere abusive.* - Peraltro, la giurisprudenza, riconosciuto il valore penale del silenzio-assenso, non si fa carico di individuare i meccanismi di definitività dell'autoliquidazione della oblazione, in assenza della determinazione esplicita da parte della autorità comunale, nelle ipotesi in cui l'insanabilità dell'abuso esclude la operatività del silenzio-assenso sebbene non precluda la estinzione del reato²³, limitandosi ad affermare che, decorso il triennio, l'amministrazione comunale non può richiedere maggiori somme a conguaglio per l'oblazione.

Si tratta più precisamente delle ipotesi di rilevanza estintiva penale della oblazione quando l'abuso sia insanabile o quando i soggetti di cui all'art. 6, legge n. 47 del 1985, responsabili di reati edilizi²⁴, non abbiano interesse al conseguimento della sanatoria dell'abuso o questa sia richiesta da altri²⁵, e,

²² Secondo Cass. III, 5 luglio 1989 (29 agosto 1989), DE LUCA, in *Cass. pen.*, 1991, p. 128 (s.m.); e in *Riv. pen.*, 1990, p. 486 (s.m.), il giudice penale ai fini della dichiarazione di estinzione del reato edilizio per il formarsi del silenzio-assenso sulla domanda di condono deve accertare: 1) la presentazione della domanda nei termini ed il versamento degli importi autoliquidati; 2) la legittimazione del richiedente; 3) la individuazione delle opere per cui è richiesta la sanatoria; 4) la presentazione della documentazione prescritta; 5) l'inesistenza delle situazioni ostative di legge (artt. 32 e 33 legge n. 47 del 1985); 6) la assenza di infedeltà fraudolenta; 7) il versamento della somma autoliquidata e di quella richiesta dal Comune a conguaglio nel termine perentorio di ventiquattro mesi dalla presentazione della domanda o, per i casi di cui all'art. 32 stessa legge, dalla emissione del parere previsto; conformi Cass. III, 27 gennaio 1989 (1° aprile 1989), D'ALESSANDRO, in *Cass. pen.*, 1990, p. 1158, e in *Riv. giur. ed.*, 1991, I, p. 262 s.; Cass. III, 28 giugno 1989 (13 luglio 1989), PERGAMO, in *Giust. pen.*, 1990, II, p. 233 (s.m.); in *Riv. pen.*, 1990, p. 487 (s.m.). Fanno esclusivamente riferimento ai punti 1 e 7, Cass. Sez. Un. 19 dicembre 1990, SERIONE, e Cass. Sez. Un. 19 dicembre 1990, LANDOLFI, sopracitate in nt. 19.

²³ V. per tutte Cass. Sez. Un. Landolfi e Cass. IV, FUZIO, sopracitate in nt. 19.

²⁴ Recente giurisprudenza chiarisce, tra l'altro, che il locatore non è responsabile neppure per colpa della costruzione realizzata dal conduttore senza concessione (v. Cass. III, 11 novembre 1993 (18 dicembre 1993), MINELLI, in *Riv. pen.*, 1994, p. 1055 (s.m.).

²⁵ L'art. 38, 5° e 6° comma, legge n. 47 del 1985 e succ. mod., esplicitamente richiede che «i soggetti indicati dall'art. 6 della presente legge, diversi dal proprietario, che intendano fruire dei benefici penali di cui al presente articolo ovvero di quelli di cui al successivo art. 39, devono presentare al comune autonoma domanda di oblazione, con le modalità di cui all'art. 35.

La somma viene determinata nella misura del 30% rispetto a quella applicabile al proprietario ai sensi dell'art. 34».

Mentre, «qualora l'immobile appartenga a più proprietari, l'oblazione versata da uno di essi estin-

pertanto, presentino autonoma domanda di oblazione esclusivamente per godere dei benefici penali del condono²⁶. Ipotesi cui non può estendersi la operatività del silenzio-assenso – sebbene l'art. 38, 5° comma, non lo escluda facendo un generico riferimento all'art. 35 – in quanto non può essere concessa alcuna sanatoria amministrativa, mentre l'art. 35, 18° comma, collega l'operatività del silenzio-assenso proprio alla sanatoria dell'abuso, come si evince tra l'altro dal riferimento esplicito all'accoglimento della domanda nonché alla presentazione all'UTE della documentazione necessaria all'accatastamento²⁷.

In tali casi, in assenza della esplicita determinazione sindacale della oblazione, far riferimento al termine triennale di prescrizione della pretesa della P.A.²⁸ pare l'unica risposta possibile ai problemi anche di legittimità costitu-

ghe il reato anche nei confronti degli altri comproprietari» (cfr. art. 38, 2° comma, come modificato dall'art. 6, D.L. 12 gennaio 1988, n. 2, convertito con modificazioni nella legge 13 gennaio 1988, n. 68). Su tale norma cfr. Cass. III, 27 gennaio 1993 (24 marzo 1993), FARINELLI, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 353, che nota come essa abbia introdotto una deroga al carattere personale delle cause estintive ed, ai sensi dell'art. 2, 2° comma cod. pen. (conforme Cass. III, 23 novembre 1989 (16 dicembre 1989), PEDONE, in *Riv. pen.*, 1990, p. 878, s.m.) la applica anche ai reati per cui sia precedentemente intervenuta condanna definitiva, affermando, quasi testualmente, che in tal caso l'effetto estintivo dell'oblazione non concerne il reato (*rectius*, la punibilità dello stesso) per gli effetti preclusivi del giudicato, ma la pena (*rectius*, la esecuzione della pena) e gli effetti penali ed amministrativi della condanna.

Sulla natura del condono per i responsabili dell'abuso diversi dal proprietario v. TRAVI, *Repressione*, cit., p. 260 (nt. 54). Con riguardo al nuovo condono v., in tema, CICALA, in CICALA-FORTUNA, *La nuova*, cit., pp. 19-20.

²⁶ Cfr., per l'esclusione di efficacia estintiva penale alla sanatoria conseguita dal proprietario (o, comunque, da persona diversa dagli imputati) rispetto ai responsabili dell'illecito penale, Cass. III, 26 febbraio 1990 (2 aprile 1990), SENANO, in *Riv. pen.*, 1991, p. 200 (s.m.); Cass. III, 7 dicembre 1989 (19 gennaio 1990), MENELEO, in *Riv. pen.*, 1990, p. 975 (s.m.); Cass. III, 30 giugno 1988 (30 maggio 1989), DE GENNARO, in *Riv. pen.*, 1990, pp. 288-289 (s.m.); Cass. III, 23 novembre 1988 (16 dicembre 1989), PEDONE, in *Cass. pen.*, 1990, p. 1369 (s.m.); e in *Riv. pen.*, 1990, p. 878 (s.m.); Cass. III, 7 giugno 1988 (8 marzo 1989), MALGERI, in *Cass. pen.*, 1990, p. 1157; e in *Riv. pen.*, 1990, p. 80 (s.m.); Cass. III, 12 novembre 1987, CUCCOMARINO, in *Cass. pen.*, 1989, p. 666; Cass. III, 9 maggio 1988 (10 maggio 1988), BERNARDO, in *Cass. pen.*, 1990, p. 491 (s.m.); Cass. 22 aprile 1987, in *Riv. giur. ed.*, 1988, I, p. 694; Cass. 8 giugno 1987, in *Riv. pen.*, 1988, p. 302; Pret. Alatri 29 aprile 1987, in *Riv. giur. ed.*, 1987, I, p. 538. Di recente in tal senso sul nuovo condono edilizio v. Cass. III, 2 marzo 1995 (22 aprile 1995), GETULI, in *Riv. giur. ed.*, 1995, I, p. 950, e in *Giust. pen.*, 1996, II, p. 90 s.; Cass. III, 10 maggio 1995 (ord.), CAMERINO, in *Riv. giur. ed.*, 1995, I, p. 784; Cass. III, 26 aprile 1995, BERTOLUCCI, in *Riv. giur. ed.*, 1995, I, pp. 723-724.

Sulla mancata estensione all'autore-donante di opera abusiva dell'effetto estintivo penale in caso di condono conseguito dal donatario, cfr. Corte cost. ord. 18 gennaio 1989, n. 12, in *Cass. pen.*, 1989, pp. 778-779.

²⁷ In senso contrario v. CHIEPPA, *Art. 38*, cit., p. 537, che ritiene applicabile anche alla domanda di oblazione dei responsabili dell'abuso il silenzio-assenso.

²⁸ L'art. 4, n. 6, legge n. 68 del 1986 aggiunge al 18° comma dell'art. 35, legge n. 47 del 1985 e succ. mod., la previsione: «Trascorsi trentasei mesi si prescrive l'eventuale diritto di conguaglio o al rimborso spettanti».

zionale che la mancata emissione del provvedimento sindacale può altrimenti far sorgere²⁹, analoghi a quelli che confortano la attribuzione di rilevanza penale al silenzio-assenso. Pertanto, decorso detto termine triennale, il pagamento della oblazione nella misura autoliquidata, ormai definitiva, produce l'effetto estintivo penale³⁰.

²⁹ Cfr. COCCO, *La sospensione*, cit., *passim*. In giurisprudenza collegano l'estinzione del reato edilizio, anche nei casi di sanabilità degli abusi, al pagamento dell'oblazione nella misura autoliquidata decorso il termine di trentasei mesi dalla istanza quando il Comune non abbia richiesto l'eventuale conguaglio, Cass. III, 8 gennaio 1990, TEI, in *Cass. pen.*, 1990, p. 1579; Cass. VI, 17 novembre 1989 (21 marzo 1990), BUCARI, in *Giust. pen.*, 1991, II, p. 222 s. Conformi Cass. VI, 25 ottobre 1989 (3 marzo 1990), DE MATTI, in *Riv. pen.*, 1990, p. 632; in *Riv. giur. ed.*, 1990, I, p. 1053 s.; in *Foro it.*, 1990, II, p. 483 (nota di GIORGIO); e in *Cass. pen.*, 1990, p. 2187 s.; Cass. 30 maggio 1989, in *Riv. pen.*, 1990, p. 289; Cass. 24 ottobre 1989 (10 febbraio 1990), MIGLIORE, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1259 s.; in *Riv. giur. ed.*, 1991, I, p. 511 s.; e in *Riv. pen.*, 1990, p. 1065 (s.m.); Cass. 24 gennaio 1990 (22 febbraio 1990), DI CORATO, in *Giust. pen.*, 1990, II, p. 617 (s.m.); Cass. VI, 2 novembre 1989 (24 maggio 1990), CORCIONE, in *Riv. pen.*, 1991, p. 310 (s.m.); Cass. IV, 3 aprile 1990 (6 luglio 1990), in *Riv. pen.*, 1991, p. 535 (s.m.); Cass. 24 gennaio 1990 (22 febbraio 1990), ANTICO, in *Giust. pen.*, 1990, II, p. 616 (s.m.). Qualche sentenza richiede per l'estinzione del reato che l'autorità comunale abbia accertato la congruità della somma autoliquidata o, quantomeno, che, decorsi trentasei mesi, sia accertata l'assenza della determinazione definitiva comunale, v. Cass. III, 10 gennaio 1990 (13 marzo 1990), GUIDA, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1260; in *Riv. pen.*, 1990, p. 934; Cass. III, 31 marzo 1989, PIPERNO, in *Foro it.*, 1990, II, p. 715 s.

Cass. Sez. Un. 19 dicembre 1990 (8 febbraio 1991), LANDOLFI, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, p. 1232 s. (v. inoltre nt. 19); e Cass. Sez. Un. 19 dicembre 1990, SERIONE, in *Giust. pen.*, 1991, II, p. 478 s. (v. inoltre nt. 19), ritengono, invece, che il termine triennale di prescrizione abbia il «significato di mantenere in vita per un altro anno (rispetto ai due del silenzio-assenso, n.d.a.) il diritto patrimoniale del Comune a conseguire le maggiori eventuali somme dovute per un conguaglio non richiesto nei due anni precedenti, ma ancora richiedibile, fermo l'effetto già conseguito dell'accoglimento della domanda, già verificatosi con l'inutile spirare del termine biennale» (conforme Cass. III, 17 giugno 1991 (19 luglio 1991), in *Riv. pen.*, 1992, p. 254).

³⁰ La norma pare equivoca riguardo al momento da cui decorre il termine: nel senso che il *die a quo* sia costituito dal momento della formazione del silenzio-assenso cfr. BASSANI-ITALIA, *Sanatoria e condono edilizio*, III, *Commento alla legge 13 marzo 1988, n. 68*, Milano, 1988, pp. 38-39. Ritiene, invece, che «il termine decorra dal momento della domanda e non da quello della formazione del silenzio-assenso ed è soggetto esclusivamente alle eventuali interruzioni che influiscono sul perfezionamento del procedimento amministrativo, sia quando venga concluso con il rilascio della concessione, che con la formazione del silenzio-assenso» la circolare del Ministero dei lavori pubblici 6 febbraio 1989, n. 142, in *G.U.* 14 febbraio 1989, n. 37. Il Ministero conclude che il «decorso del menzionato termine comporta l'impossibilità, per l'Amministrazione, di pretendere somme a conguaglio ... ma non incide sul diritto dell'Amministrazione a riscuotere le somme accertate nel detto termine».

La Cass. Sez. Un. 19 dicembre 1990 (8 febbraio 1991), LANDOLFI, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, p. 1232 s. (v. inoltre nt. 19); conforme Cass. Sez. Un. 19 dicembre 1990, SERIONE, in *Giust. pen.*, 1991, II, p. 478 s., chiarisce che «la tesi (pure sostenuta da questa Corte nella sentenza della IV sezione 27 novembre 1989), secondo la quale il termine triennale scatterebbe dal momento in cui la P.A. ha provveduto a determinare le eventuali somme dovute a conguaglio, non ha adeguata giustificazione normativa, mentre invece il riferimento al momento della presentazione della domanda si inserisce perfettamente nel testo discorsivo del 12° comma, che fa decorrere i ventiquattro mesi dalla presentazione della domanda. Lette l'una dopo l'altra tali disposizioni, appare evidente che il termine di decorrenza è il medesimo ...». V., in senso contrario, Cass. IV, 27 novembre 1989, FUZZO, cit., p. 1189.

12. *Profili peculiari del c.d. nuovo condono.* – Con riguardo al nuovo condono mantengono un ruolo decisivo le fattispecie estintive previste dagli artt. 38³¹ e 39³², legge n. 47 del 1985, che non vengono modificate dall'art. 39, legge n. 724 del 1994. Ad esse si aggiunge, peraltro, la previsione dell'art. 39, 8° comma, legge n. 724 del 1994, che – ammettendo la sanatoria degli interventi edilizi sulle zone e sui fabbricati assoggettati ai vincoli delle leggi n. 1089 del 1939 e n. 1497 del 1939 e del D.L. n. 312 del 1985 convertito in legge n. 431 del 1985, subordinata alle autorizzazioni delle amministrazioni preposte alla tutela del vincolo – collega tassativamente la innovativa previsione degli effetti estintivi penali dei reati per la violazione del vincolo *al rilascio espresso o tacito della concessione in sanatoria* e non al semplice pagamento della oblazione³³.

Subisce, invece, modifiche il procedimento di formazione del c.d. silenzio-assenso sulla domanda di sanatoria, che viene così regolato dall'art. 39, 4° comma, legge n. 724 del 1994, come modificato dalla legge 23 dicembre 1996, n. 662, art. 2, 37° comma, lett. d): «Il pagamento dell'oblazione dovuta ai sensi della legge 28 febbraio 1985, n. 47, dell'eventuale integrazione di cui al 6° comma, degli oneri di concessione di cui al 9° comma, nonché la documentazione di cui al presente comma e la denuncia in catasto nel termine di cui all'art. 52, 2° comma, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, come da ultimo prorogato dall'art. 9, 8° comma, del D.L. 30 dicembre 1993, n. 557, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 1994, n. 133³⁴, ed il decorso del termine di un anno e di due anni per i comuni con più di 500.000 abitanti *dalla data di entrata in vigore della presente legge* senza l'adozione di un provvedimento negativo del comune, equivale a concessione o ad autorizzazione edilizia in sanatoria salvo il disposto del periodo successivo; ai fini del rispetto del suddetto termine la ricevuta attestante il pagamento degli oneri concessori e la documentazione di denuncia al catasto può essere depositata entro la data

³¹ V. il testo in questo capitolo, nt. 10.

³² V. il testo in questo capitolo, nt. 11.

³³ L'art. 39, 8° comma, legge n. 724 del 1994, prevede: «Nel caso di interventi edilizi nelle zone e fabbricati sottoposti a vincolo ai sensi delle leggi 1° giugno 1939, n. 1089, 29 giugno 1939, n. 1497, e del D.L. 27 giugno 1985, n. 312, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1985, n. 431, il rilascio della concessione edilizia o della autorizzazione in sanatoria, subordinato al conseguimento delle autorizzazioni delle Amministrazioni preposte alla tutela del vincolo, estingue il reato per la violazione del vincolo stesso». L'art. 8, 13° comma, D.L. 24 settembre 1996, n. 495, prevede, inoltre: «Fatto salvo quanto previsto dall'art. 9, 3° comma, ultimo periodo, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, il 2° comma dell'art. 1 *sexies* del D.L. 27 giugno 1985, n. 312, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1985, n. 431, e le sanzioni amministrative di cui all'art. 15, 1° comma, della legge 29 giugno 1939, n. 1497, non si applicano nei casi di sanatoria previsti dal presente decreto».

³⁴ Il D.L. n. 250 del 1995, convertito in legge 8 agosto 1995, n. 349, fissa tale termine nel 31 dicembre 1996.

di compimento dell'anno. Se nei termini previsti l'oblazione dovuta non è stata interamente corrisposta o è determinata in modo non veritiero e palesemente doloso, le costruzioni realizzate senza licenza o concessione edilizia sono assoggettate alle sanzioni richiamate agli artt. 40 e 45 della legge 28 febbraio 1985, n. 47. Le citate sanzioni non si applicano nel caso in cui il versamento sia stato effettuato nei termini per errore a ufficio incompetente alla riscossione dello stesso. La mancata presentazione dei documenti previsti per legge entro il termine di tre mesi dalla espressa richiesta di integrazione notificata dal comune comporta l'improcedibilità della domanda e il conseguente diniego della concessione o autorizzazione in sanatoria per carenza di documentazione. Si fanno salvi i provvedimenti emanati per la determinazione delle modalità di versamento, riscossione e rimborso dell'oblazione»³⁵.

Non sembra, tuttavia, che muti la sostanza di quanto affermato con riguardo ai diversi procedimenti che conducono alla definitività della oblazione ai fini estintivi penali *ex artt. 38 e 39, legge n. 47 del 1985*, mentre con riguardo alla prima previsione deve accertarsi o la emanazione del provvedimento di sanatoria o la formazione del silenzio-assenso sulla concessione o autorizzazione in sanatoria ai sensi dell'art. 39, 4° comma, legge n. 724 del 1994, che rende definitiva la oblazione autoliquidata dal richiedente, viceversa con riguardo alle ipotesi cui applicare l'art. 39, legge n. 47 del 1985, la oblazione come autoliquidata diviene definitiva decorso il termine di prescrizione triennale detto³⁶, poiché la nuova norma sulla sanatoria tacita non è affatto incompatibile *ex art. 39, 18° comma, legge n. 724 del 1994*³⁷, con le disposizioni della legge n. 47 del 1985 rilevanti in materia³⁸.

³⁵ La legge 23 dicembre 1996, n. 662, art. 2, n. 38, dispone che: «I termini di uno o due anni di cui all'art. 39, 4° comma, quarto periodo, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, decorrono dalla data di entrata in vigore della presente legge. Le disposizioni di cui al penultimo periodo del 4° comma dell'art. 39 della legge 23 dicembre 1994, n. 724, e successive modificazioni, introdotte dal 37° comma, lett. d), del presente articolo, relative alla mancata presentazione dei documenti, si applicano a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge...».

³⁶ V., in questo studio, *fine par. prec.*

³⁷ Il 18° comma, quale norma di chiusura, dispone che «il presente articolo sostituisce le norme in materia incompatibili, salvo le disposizioni riferite ai termini di versamento dell'oblazione, degli oneri di concessione e di presentazione delle domande, che si intendono come modificative di quelle sopra indicate».

Cass. III, 2 marzo 1995 (12 aprile 1995), GETULI, in *Riv. giur. ed.*, 1995, I, p. 949; e in *Giust. pen.*, 1996, II, p. 91, nota che in forza del citato 18° comma «il nuovo condono edilizio deve inquadarsi nella precedente normativa e soprattutto nel capo IV della legge n. 47 del 1985, sicché le eventuali lacune dovranno essere colmate avendo riguardo a detta disciplina ed all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale compiutasi alla luce di quei precetti, mentre le norme incompatibili dovrebbero essere interpretate restrittivamente, in quanto costituiscono eccezioni a principi generali ricavati dal prefato corpo normativo».

³⁸ La estensione anche alle ipotesi insanabili della sanatoria tacita *ex art. 39, 4° comma, legge n.*

Si deve, in particolare, notare che l'art. 39, legge n. 724 del 1994, evidenzia la vigenza dei limiti alla sanatoria previsti negli artt. 32³⁹ e 33, legge n. 47 del 1985, introducendo esclusivamente delle modifiche relative alla formazione del silenzio-assenso o del silenzio-rifiuto riguardo al parere che deve essere reso dalle amministrazioni preposte alla tutela del vincolo. D'altra parte, all'art. 39, 20° comma, legge n. 724 del 1994, si prevede che «ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui al 1° comma, i vincoli di inedificabilità richiamati dall'art. 33 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, non comprendono il divieto transitorio di edificare previsto dall'art. 1 *quinquies* del D.L. 27 giugno 1985, n. 312, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1985, n. 431, fermo restando il rispetto dell'art. 12 del D.L. 12 gennaio 1988, n. 2, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 marzo 1988, n. 68». Cosicché si evidenzia, comunque, che anche gli effetti estintivi penali del condono del 1994 coprono un ambito più esteso della sanatoria amministrativa degli abusi⁴⁰,

724 del 1994, da parte di CICALA, in CICALA-FORTUNA, *La nuova*, cit., p. 41 s., sembra frutto del mancato coordinamento del nuovo condono con la legge n. 47 del 1985.

³⁹ L'art. 39, 7° comma, legge n. 724 del 1994, prevede: «All'art. 32 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, dopo il 1° comma è inserito il seguente: "Per le opere eseguite su immobili soggetti alla legge 29 giugno 1939, n. 1497, e al D.L. 27 giugno 1985, n. 312, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1985, n. 431, relative ad ampliamenti o tipologie d'abuso che non comportano aumento di superficie o di volume, il parere deve essere rilasciato entro centoventi giorni; trascorso tale termine il parere stesso si intende reso in senso favorevole"».

Da ultimo, l'art. 2, 43° comma, legge 23 dicembre 1996 n. 662, prevede: «All'art. 32, così come modificato dall'art. 39, 7° comma, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, al 1° comma, il primo e secondo periodo sono sostituiti dai seguenti: "Fatte salve le fattispecie previste dall'art. 33, il rilascio della concessione o dell'autorizzazione in sanatoria per opere eseguite su aree sottoposte a vincolo è subordinato al parere favorevole delle amministrazioni preposte alla tutela del vincolo stesso. Qualora tale parere non venga formulato dalle suddette amministrazioni entro centottanta giorni dalla data di ricevimento della richiesta di parere, esso si intende reso in senso favorevole"». L'art. 2, 44° comma prevede: «All'art. 32 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, così come modificato dall'art. 39, 7° comma, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, dopo il 2° comma è inserito il seguente: "Il rilascio della concessione edilizia o dell'autorizzazione in sanatoria per opere eseguite su immobili soggetti alle leggi 1° giugno 1939, n. 1089, 29 giugno 1939, n. 1497, e al D.L. 27 giugno 1985, n. 312, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1985, n. 431, nonché in relazione a vincoli imposti da leggi statali e regionali e dagli strumenti urbanistici, a tutela di interessi idrogeologici e delle falde idriche nonché dei parchi e delle aree protette nazionali e regionali qualora istituiti prima dell'abuso, è subordinato al parere favorevole delle amministrazioni preposte alla tutela del vincolo stesso. Qualora tale parere non venga reso entro centottanta giorni dalla domanda il richiedente può impugnare il silenzio-rifiuto dell'amministrazione"».

⁴⁰ Il nuovo condono si propone anche di sanare le irregolarità relative al pagamento della oblazione nel condono del 1985, all'adempimento delle nuove condizioni, imposte "a pena di improcedibilità", a nostro avviso consegue l'estinzione degli illeciti penali ai sensi degli artt. 38 e 39, legge n. 47 del 1985. L'art. 39, 6° comma, legge n. 724 del 1994, come modificato dalla legge 23 dicembre 1996, n. 662, art. 2, 37° comma, lett. f), prevede: «I soggetti che hanno presentato domanda di concessione o di autorizzazione edilizia in sanatoria ai sensi del capo IV della legge 28 febbraio 1985, n. 47, o i loro

come nota esattamente quella giurisprudenza secondo cui, per le opere abusive eseguite in aree sottoposte a vincolo paesaggistico la cui sanatoria è subordinata al parere favorevole delle amministrazioni preposte alla tutela del vincolo, anche nel caso di parere negativo o di soccombenza in sede di giudizio di impugnazione del silenzio-rifiuto, «troverà piena applicazione il meccanismo di estinzione dei reati di cui all'art. 39 della legge n. 724 del 1994 che richiama espressamente il 1° comma dell'art. 33 della legge n. 47 del 1985, dettato per i casi in cui non può essere rilasciata la concessione in sanatoria»⁴¹.

Non v'è dubbio, inoltre, che anche con riguardo al nuovo condono mantengano validità le norme relative alla presentazione della domanda di condono da parte di chi voglia beneficiare degli effetti favorevoli con riguardo esclusivamente alla personale responsabilità penale e amministrativa e non alla sanatoria dell'abuso⁴².

La distinzione tra sanatoria degli immobili e condono ai soli effetti sanzionatori mantiene rilevanza nel nuovo condono⁴³ anche con riguardo alla sospensione dei procedimenti penali ai sensi dell'art. 44, 1° comma, legge n. 47 del 1985 in unione con l'art. 39, 1° comma, legge n. 724 del 1994⁴⁴, che pre-

aventi causa, se non è stata interamente corrisposta l'oblazione dovuta ai sensi della stessa legge devono, a pena di improcedibilità della domanda, versare, in luogo della somma residua, il triplo della differenza tra la somma dovuta e quella versata, in unica soluzione entro il 31 marzo 1996. La disposizione di cui sopra non trova applicazione nel caso in cui a seguito dell'intero pagamento l'oblazione sia dovuta unicamente al conguaglio purché sia stato richiesto nei termini di cui all'art. 35 della legge 28 febbraio 1985, n. 47».

⁴¹ V. Pret. Roma, ZACCARIA, cit. da Corte cost. 18-23 luglio 1996, n. 302, inedita.

⁴² Esplicitamente afferma con riguardo al nuovo condono la necessità per i soggetti di cui all'art. 6, legge n. 47 del 1985, diversi dal proprietario, di presentare autonoma domanda, con oblazione ridotta, per potere beneficiare degli effetti della oblazione, da ult., Corte cost. 18-23 luglio 1996, n. 302, inedita. Cfr., inoltre, la circolare del Ministero dei lavori pubblici sul nuovo condono, cap. 3, par. 3.1 e cap. 8, par. 8.2, in *Il Sole-24 Ore*, 19-21 luglio 1995.

⁴³ Anche con riguardo al nuovo condono viene evidenziata la netta distinzione tra la sospensione del procedimento penale ex art. 44 e quella ex art. 38, legge n. 47 del 1985: v. Cass. III, 2 marzo 1995 (12 aprile 1995), GETULI, in *Riv. giur. ed.*, 1995, I, p. 950; e in *Giust. pen.*, 1996, II, p. 91; e Cass. III, 10 maggio 1995 (ord.), CAMERINO, in *Riv. giur. ed.*, 1995, I, p. 785. È appena il caso di notare che riguardo ai soggetti cui non si estende l'effetto estintivo penale del nuovo condono (v. in questo capitolo, nt. 26) la domanda non sospende il procedimento ex art. 38 salvo che non ne siano i presentatori (v. Cass. III, 10 maggio 1995 (ord.), CAMERINO, cit.).

La sospensione del procedimento ex artt. 44 e 38, legge n. 47 del 1985, peraltro non impedisce di adottare le misure cautelari urgenti: (cfr. Cass. III, 1° marzo 1995, SPETTRO, in *Giust. pen.*, 1996, II, p. 56 (s.m.); Cass. III, 1 giugno 1995, MANZELLA, in *Riv. giur. ed.*, 1995, I, p. 1206 s.; Cass. III, 7 aprile 1995, MATERA, in *Riv. giur. ed.*, 1995, I, p. 1204 s.; Cass. III, 14 aprile 1995, CLEMENTE, in *Riv. giur. ed.*, 1995, I, p. 1205 s.).

⁴⁴ L'art. 44, 1° comma, legge n. 47 del 1985, dispone: «Dalla data di entrata in vigore della presente legge e fino alla scadenza dei termini fissati dall'art. 35, sono sospesi i procedimenti amministrativi e

vedono una sospensione generalizzata dei procedimenti penali, senza che sia necessario alcun adempimento dell'autore dell'illecito, dall'entrata in vigore della legge e fino al termine per la presentazione dell'istanza di sanatoria o di oblazione⁴⁵, ed ai sensi dell'art. 38, 1° comma, legge n. 47 del 1985, che recita: «La presentazione entro il termine perentorio della domanda di cui all'art. 31, accompagnata dalla attestazione del versamento della somma di cui al 1° comma dell'art. 35, sospende il procedimento penale e quello per le sanzioni amministrative»⁴⁶. Nell'ipotesi di sanabilità dell'opera la sospensione *ex art. 38 cit.* deve ricollegarsi al procedimento di determinazione (anche tacita) della oblazione o, nelle ipotesi di cui all'art. 39, 8° comma, legge n. 724 del 1994, al procedimento di rilascio (anche tacito) della concessione edilizia o della autorizzazione edilizia in sanatoria. Mentre nel caso di condono ai soli effetti penali, il procedimento penale deve segnare il passo, in assenza della determinazione sindacale, fino a che non decorra il termine triennale di prescrizione del diritto della P.A. al conguaglio rispetto alle somme autoliquidate dal privato, decorso il quale il giudice penale, accertata la sommaria rispondenza delle operazioni effettuate dall'istante a quelle di legge, esclusa la sussistenza di omissioni o inesattezze tali da far ritenere dolosamente infedele la domanda ai sensi dell'art. 40, 1° comma, legge n. 47 del 1985, o non veritiera e pale-

giurisprudenziali e la loro esecuzione, quelli *penali* nonché quelli connessi all'applicazione dell'art. 15 della legge 6 agosto 1967, n. 765, attinenti al presente capo». L'art. 39, 1° comma, legge n. 724 del 1994, dispone che detta sospensione generalizzata decorra dalla data di entrata in vigore della stessa legge.

⁴⁵ La sospensione ovviamente opera per gli illeciti per cui è ammessa l'estinzione penale con l'integrale pagamento dell'oblazione di legge (v., ampiamente sul tema, CHIARI, *Art. 44, legge 28 febbraio 1985, n. 47 (condono edilizio)*, in *Leg. pen.*, 1986, p. 138 s.; e CHIEPPA-DI GIOVINE, *Art. 44, in Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni*, cit., p. 582), infatti la *ratio* della previsione in esame appare quella di anticipare l'effetto di sospensione del procedimento penale ai sensi dell'art. 38, 1° comma, legge n. 47 del 1985.

In altre parole, l'esplicita previsione della durata della sospensione penale fino alla scadenza dei termini fissati dall'art. 35 significa che tale sospensione avrà una diversa scadenza a seconda che venga presentata o meno la domanda di sanatoria. Nel secondo caso la sospensione perde efficacia automaticamente scaduto il termine per la presentazione dell'istanza di sanatoria (v. art. 44, 3° comma), se questa, invece, è stata presentata in termini la sospensione prosegue fino all'accoglimento della domanda o al suo rigetto (v. DE ROBERTO A., *Il condono edilizio*, Milano, 1989, pp. 126-127; GASPARINI CASARI, *Art. 44, in Condono edilizio ed innovazioni alla disciplina urbanistica nella legge 28 febbraio 1985, n. 47*, cit., p. 529; STURIALE, *La sospensione*, cit., p. 97), o, meglio, sino alla scadenza dei termini (che non necessariamente portano al silenzio-assenso o al rigetto della domanda di sanatoria) di cui all'art. 35.

⁴⁶ Corte cost. ord. 29 marzo 1989, n. 173, in *Riv. giur. sarda*, 1989, p. 512 s., accenna all'art. 44, legge n. 47 del 1985, che dispone la sospensione del processo penale «fino alla scadenza dei termini fissati dall'art. 35» legge cit., affermando l'intuitiva conseguenza che il compimento nei termini di legge delle attività ivi previste completa la fattispecie estintiva e il giudice pronuncia l'estinzione del reato, in caso contrario la sospensione viene meno e il procedimento penale riprende il normale corso.

semente dolosa la determinazione della oblazione *ex art. 39, 4° comma (periodo 5°)*, legge n. 724 del 1994, ed accertata l'integrale corresponsione delle somme autoliquidate, dichiara l'estinzione dei reati in considerazione.

13. *I requisiti di validità penale dei condoni edilizi.* – Passando ad esaminare gli elementi delle fattispecie estintive in esame sotto il peculiare profilo oggetto di questo studio, pare che anche in tali ipotesi non possa affermarsi *sic et simpliciter* una generale rilevanza in sede penale della illegittimità amministrativa dell'oblazione determinata (anche tacitamente) nell'ambito del procedimento di sanatoria, della oblazione pagata ai soli effetti estintivi penali e della concessione in sanatoria di cui all'art. 39, 8° comma, legge n. 724 del 1994⁴⁷.

Bene evidenziano in proposito le Sezioni Unite 19 dicembre 1990, Serio-
ne⁴⁸, «come esuli dai compiti del giudice penale l'accertamento di taluni passaggi, di sicura competenza amministrativa, salvo che non si ravvisino interventi sicuramente illeciti della P.A. che diano luogo a distinte ipotesi delittuose che non riguardano comunque direttamente la legge in argomento».

In particolare deve evidenziarsi che l'esatta commisurazione delle somme pagate per la *oblazione* appare nei casi in esame demandata alla autorità amministrativa⁴⁹ ed irrilevante rispetto alla *validità penale* della fattispecie estintiva. In tal senso va sottolineato il contrasto della affermazione di una genera-

⁴⁷ Cfr. in tal senso FORTUNA, in ASSINI-CICALA-FORTUNA, *Condono*, cit., p. 184. BENINI, *Legge*, cit., p. 198, ritiene, invece, che il giudice penale debba esercitare il controllo incidentale di legittimità in relazione ai criteri di applicazione della tabella allegata alla legge n. 47 del 1985, all'epoca di realizzazione dell'abuso, alla qualificazione giuridica del medesimo e al computo delle superfici e dei volumi, conforme NOVARESE, *Estinzione*, cit., p. 277.

⁴⁸ Citate in questo capitolo, nt. 19.

⁴⁹ Osserva Cass. III, 23 marzo 1989, FUIINO, in *Riv. giur. ed.*, 1991, I, p. 261 s., che «ogni determinazione relativa alla congruità o meno della oblazione versata è devoluta in esclusiva alla competenza dell'autorità amministrativa ed, in caso di controversia al riguardo, a quella dei tribunali amministrativi. Ne consegue pertanto, che ogni indagine sul punto è preclusa al giudice penale, il quale (fermo, in ogni caso, l'esercizio del potere dovere di sindacare la data di completamento delle opere, l'avvenuta presentazione nei termini, della domanda di condono e la non dolosità della domanda stessa), per dichiarare l'estinzione dei reati, dovrà necessariamente rifarsi: 1) o all'avvenuto rilascio della concessione in sanatoria (in quanto esso presuppone necessariamente non solo che le opere erano sanabili, ma anche la congruità della somma versata); 2) o alla prova dell'avvenuto versamento della somma determinata con il provvedimento sindacale di cui all'art. 35, 9° comma (ovvero alla attestazione sindacale di congruità della somma versata); 3) ovvero, infine, (fatta eccezione per i casi di domanda dolosamente infedele e di opere non suscettibili di sanatoria) alla prova certa ed indiscutibile dell'avvenuto decorso dei termini, rispettivamente di decadenza e di prescrizione, fissati dall'art. 35, 12° e 9° comma».

le rilevanza nella sfera penale della illegittimità della oblazione con le finalità perseguite dal legislatore con i *condoni edilizi*, che certo hanno lo scopo di risolvere il problema dell'abusivismo edilizio fuori dal processo penale con delle procedure volte a favorire l'autodenuncia dell'abuso per avere un quadro completo del fenomeno⁵⁰, finalizzato nelle intenzioni legislative al riassetto del territorio mediante il recupero alla legalità degli insediamenti abusivi, ed un agile e pronto introito delle somme dovute per l'oblazione, rispetto a cui le disposizioni estintive penali sembrano assumere il ruolo di mera garanzia⁵¹. L'istanza di condono pare soddisfare, quindi, interessi di valore equivalente e di natura sostitutiva rispetto a quelli offesi dal reato edilizio; la *potestas puniendi* deve, dunque, fare i conti con un comportamento rilevante per la tutela di quegli stessi interessi che la legislazione punitiva vuole tutelare, ma nei fatti non riesce a tutelare. Pertanto, condividiamo la definizione del condono edilizio come «una delle più sofisticate e singolari esperienze di tecnica premiale che mai siano state impiegate nel nostro ordinamento; ove emerge che la norma primaria (in senso hartiano) di tipo categorico esprime la condotta incoraggiata dal legislatore viene a sua volta rafforzata addirittura con una duplice misura: l'una *positiva*, per l'ipotesi dell'atto conforme, e l'altra *negativa*, simmetrica e contraria rispetto alla prima, per l'ipotesi deviante»⁵².

Attribuire al giudice penale il potere di verificare l'esattezza della liquidazione delle somme dovute a titolo di oblazione appare, quindi, fuori dalla economia degli istituti in considerazione: i criteri di calcolo prettamente tecnici, la procedura di formazione del provvedimento amministrativo con la previsione di una ipotesi di silenzio-assenso, il termine prescrizione decorso il quale l'entità delle somme dovute per l'oblazione è definitivamente fissata nella misura autoliquidata dall'istante, rilevante nelle ipotesi che non am-

⁵⁰ Cfr. ampiamente in tema Corte cost. 31 marzo 1988, n. 369, cit., p. 243, e le considerazioni svolte nel nostro, *L'atto*, cit., cap. IV, par. 4.

⁵¹ Cfr., in giurisprudenza, Trib. Salerno 16 febbraio 1988, cit., p. 220 s. In senso contrario v. Cass. IV, 31 agosto 1989, ROBUSTELLI, in *Foro it.*, 1991, II, p. 109 s., secondo cui, in particolare nell'ipotesi del decorso del termine prescrizione di 36 mesi, così opinando «la causa estintiva verrebbe ad operare *ad libitum* dell'interessato concorrente l'inerzia della pubblica amministrazione, il che equivarrebbe a dire che il giudice penale sarebbe vincolato non tanto alla decisione di merito assunta dall'autorità amministrativa ma alla pretesa dell'interessato per il mancato controllo della pubblica amministrazione».

CARLETTI-INSOLERA, *Alcune*, cit., p. 453 s., evidenziano con riferimento alla amnistia per i reati tributari del 1982 e alla sanatoria degli illeciti edilizi minori prevista dall'art. 9, D.L. 30 settembre 1982, n. 688, non convertito in legge, una funzione meramente accessoria del diritto penale anche in tema di cause estintive, in particolare rilevando che l'estinzione dei reati consegue come mero effetto residuale ad una sanatoria dell'illecito amministrativo.

⁵² PREZIOSI, *Il condono fiscale*, Milano, 1987, p. 75 s.

mettono la sanatoria, costituiscono dati che indicano tutti il sacrificio ad esigenze di semplificazione e celerità della stessa verifica della P.A. sulla esattezza delle somme dovute per la sanatoria⁵³. Non pare, pertanto, coerente con la struttura delle fattispecie estintive che alla possibile definizione automatica del procedimento amministrativo si contrapponga il potere del giudice penale, privo oltretutto di idonei strumenti, di valutare l'esatto computo dell'oblazione, vi sia o meno la verifica della P.A.⁵⁴.

Oltre a ciò viene evidenziato il rischio che l'attribuzione al giudice penale del potere di determinare autonomamente la somma dovuta nel caso di formazione del silenzio-assenso possa comportare sostanzialmente la perdita per l'istante del potere di ricorrere ai Tribunali amministrativi⁵⁵.

Una conferma di tali conclusioni può ora rinvenirsi nell'art. 39, 4° comma (5° periodo), legge n. 724 del 1994, per cui, se l'oblazione dovuta «è stata determinata in modo non veritiero e palesemente doloso, le costruzioni realizzate senza licenza o concessione edilizia sono assoggettate alle sanzioni richiamate agli artt. 40 e 45 della legge 28 febbraio 1985, n. 47», e, dunque, sembra sottolineare⁵⁶ quanto valido peraltro anche per il condono del 1985, e cioè la non conformità all'elemento della fattispecie estintiva dei *simulacri* che ne abbiano solo la apparenza. Va da sé che non possa integrare l'elemento della fattispecie estintiva (anche a prescindere dalla esplicita previsione) l'autoliquidazione palesemente e dolosamente infedele, ben intendendosi

⁵³ Cfr. in tema le considerazioni di politica criminale svolte nel nostro, *L'atto*, cit., cap. IV, par. 4.

⁵⁴ Cfr. ampiamente sul punto MUCCLARELLI, *Art. 38*, cit., p. 114 s., in senso contrario v. NOVARESE, *Estinzione*, cit., p. 272 s.

Riguardo alla contestazione della legittimità costituzionale del condono edilizio previsto dalla legge n. 47 del 1985, in riferimento agli artt. 25, 1° comma, e 101, 2° comma Cost., nella misura in cui esclude il sindacato in questione del giudice penale determinando la sottoposizione alla P.A. del procedimento penale (v. Pret. Pietrasanta ord. 18 marzo 1985, inedita, e Pret. Malè ord. 15 maggio 1985, inedita), Corte cost. 31 marzo 1988, n. 369, cit., p. 248, ribatte che la declaratoria di estinzione del reato «discende dalla realizzazione dell'intera fattispecie estintiva, il cui ultimo elemento è il pagamento della (intera) oblazione di cui al 2° comma dell'art. 38: è questa, e non gli accertamenti di merito dell'autorità amministrativa relativi alla sanatoria delle opere abusive, che conclude la fattispecie estintiva del reato: sicché, né il cittadino viene sottratto al suo giudice naturale né il giudice penale viene vincolato alle decisioni di merito assunte, in ordine alla sanatoria delle opere abusive, dall'autorità amministrativa. Tant'è che quest'ultima ben può rifiutare la sanatoria dell'opera abusiva (appunto non sanabile) ma il giudice penale ugualmente deve, svolti gli opportuni accertamenti in ordine al pagamento dell'intero ammontare dell'oblazione, pronunciare sentenza di non doversi procedere per avvenuta oblazione. L'ipotesi, poi, d'affidare al giudice penale tutti gli accertamenti relativi alla sanatoria amministrativa condurrebbe a consentire la sottrazione di competenze (governo del territorio) costituzionalmente attribuite ad altri poteri dello Stato».

⁵⁵ Trib. Salerno 16 febbraio 1988, cit.

⁵⁶ Contra CICALA, in CICALA-FERTUNGI, *La nuova*, cit., p. 27.

quest'ultimo requisito come di natura oggettiva, cioè nel senso di irregolarità manifesta, crassa, riguardo alla cui validità il richiedente non possa farsi alcuna illusione⁵⁷, e che, dunque, possa dirsi «apparente, palpabile, indisputabile», con il soddisfacimento in tal modo anche delle esigenze di materialità del diritto penale.

Mentre, per la regola dei contrari, è confermato che non rilevano i vizi di minore evidenza⁵⁸.

Non riteniamo, d'altra parte, che formule di tale natura possano essere censurate sotto il profilo della determinatezza della fattispecie⁵⁹ – a parte la considerazione che nel caso in esame, poiché siamo in presenza di una fattispecie estintiva e non di una fattispecie incriminatrice, l'applicazione del principio andrebbe quanto meno assoggettata ad attenta verifica – in quanto esse, a nostro avviso, presentano un livello di determinatezza superiore rispetto ai generici rinvii alla legittimità dell'atto amministrativo e chiaramente (seppur, forse, rozzamente) scoltiscono il tipo di irregolarità che esclude la integrazione della fattispecie estintiva penale, al punto che se ne rende consigliabile la utilizzazione anche in sede di formulazione dell'illecito penale, seppure possa richiedersi una maggiore attenzione sul piano espressivo.

Mantiene, inoltre, validità con riguardo al nuovo condono, perché non incompatibile con le previsioni dell'art. 39, legge n. 724 del 1994, la disposizione dell'art. 40, legge n. 47 del 1985, che equipara alla mancata presentazione della domanda di condono la domanda che «per la rilevanza delle omissioni o delle inesattezze riscontrate, deve ritenersi dolosamente infedele». Anche tale previsione assume un notevole interesse sistematico in quanto limita la rilevanza in sede penale di manchevolezze o errori contenuti nella domanda, con la puntualizzazione dei casi di invalidità rilevanti agli effetti estintivi, evi-

⁵⁷ Cfr. il nostro, *L'atto*, cit., cap. III, par. 11, nntt. 218-219.

⁵⁸ Nel senso della irrilevanza ai fini penalistici dei vizi meramente formali attinenti al pagamento della oblazione, da ultimo, si confronti anche la previsione contenuta nell'art. 2, 37° comma, lett. d), legge 23 dicembre 1996, n. 662, che inserisce dopo il penultimo periodo dell'art. 39, 4° comma, legge n. 724 del 1994, il seguente: «Le citate sanzioni non si applicano nel caso in cui il versamento sia stato effettuato, nei termini, per errore a ufficio incompetente alla riscossione dello stesso»

⁵⁹ Così, invece, Pret. Caltanissetta 7 luglio 1995 (ord.), in *Riv. giur. ed.*, 1995, I, p. 1020 s., in correlazione con la previsione nella legge n. 724 del 1994 di riduzioni della misura della oblazione collegate alla sussistenza delle condizioni di cui ai 13° e 14° comma dell'art. 39, va da sé peraltro che il compito di verificare la sussistenza di dette condizioni compete alla pubblica amministrazione mentre il giudice penale deve limitarsi a verificare che non sussistano ipotesi di infedeltà manifesta, cosicché è proprio la mancata comprensione dei limiti del compito del giudice penale e l'ingerenza in valutazioni più o meno discrezionali riservate alla P.A. dal legislatore a far sorgere infondati dubbi di illegittimità costituzionale. Corte cost. ord. 8 marzo 1996, n. 66, inedita, dichiara la manifesta infondatezza delle questioni sollevate dal Pretore di Caltanissetta in quanto la norma censurata non concorre a costituire il precetto penale violato.

denziando una volta di più l'irriducibilità del concetto di invalidità penale negli schemi della illegittimità amministrativa, ed anch'essa, a nostro avviso, si può proporre come modello, per quanto da dirozzare, di descrizione della fattispecie penale, maggiormente rispettosa del principio di determinatezza rispetto al mero riferimento all'atto amministrativo, in cui interpreti e giudici sono costretti a sforzi non indifferenti e non sempre con risultati soddisfacenti per delinearne i contorni rilevanti in sede penale. Nella specie, invece, è chiara la invalidità o la inesistenza ai fini estintivi penali di una sanatoria che si fonda su una domanda che per la rilevanza delle omissioni o delle inesattezze riscontrate (oltre al computo della oblazione) sia *dolosamente*, in modo cioè talmente rilevante da non potere sfuggire al proponente, infedele.

Sono evidentemente irrilevanti agli effetti estintivi penali⁶⁰ dei condoni del 1994 e del 1985, il computo e il pagamento dei contributi di concessione connessi alla sanatoria dell'immobile, poiché è noto che la esclusione della sanatoria dell'immobile (per la sua insanabilità, ma riteniamo anche per mancato versamento degli oneri concessori) non può di per sé escludere l'efficacia estintiva penale del condono legata alla oblazione.

Peraltro il mancato pagamento degli oneri concessori impedisce la formazione del silenzio-assenso sulla domanda di concessione o autorizzazione in sanatoria *ex art.* 39, 4° comma (periodo 4), legge n. 724 del 1994, e, dunque, in tal caso la oblazione diviene definitiva se non interviene il provvedimento esplicito di sanatoria decorso il termine di prescrizione triennale.

Il pagamento degli oneri concessori può assumere rilevanza in sede penale esclusivamente con riguardo alle ipotesi in cui gli effetti estintivi conseguono al rilascio della sanatoria⁶¹, tuttavia con riguardo alla esatta commisurazione degli stessi vale quanto detto in precedenza in tema di oblazione.

Per quanto riguarda la sanabilità dell'abuso, secondo le Sezioni Unite⁶² il giudice penale non deve accertare la sanabilità o meno delle opere, il che non riteniamo del tutto condivisibile perché la distinzione tra sanabilità o meno dell'opera rileva ai fini della definitività della autoliquidazione della oblazione⁶³ seppure non escluda l'estinzione del reato, ed il giudice penale deve, dunque, valutarla. Con specifico riferimento al *nuovo condono*, si afferma⁶⁴

⁶⁰ Conforme CICALA, in CICALA-FORTUNA, *La nuova*, cit., p. 98.

⁶¹ Cfr. l'ipotesi prevista nell'art. 39, 8° comma, legge n. 724 del 1994, v. in questo studio par. 12, nt. 33.

⁶² V. Cass. Sez. Un. 12 ottobre 1993 (10 gennaio 1994), PULERA; 19 dicembre 1990 (8 febbraio 1991), LANDOLFI; 19 dicembre 1990, SERIONE, (tutte citate in questo capitolo, nt. 19).

⁶³ V. in questo studio, par. 10 e 11.

⁶⁴ CICALA, in CICALA-FORTUNA, *La nuova sanatoria*, cit., p. 5.

che «non si può escludere che un'opera abusiva astrattamente "non sanabile" venga erroneamente sanata attraverso un atto amministrativo illegittimo che non può formare oggetto di sindacato da parte del giudice penale, dal momento che la oblazione estingue anche gli illeciti penali relativi ad opere "non sanabili". Non sussiste pertanto alcuna ragione giuridica perché il magistrato penale, di fronte all'avvenuto versamento della oblazione, si domandi se l'opera era sanabile o meno; salvo che nella ipotesi in cui sospetti che l'opera sia stata ultimata dopo il 31 dicembre 1993; e, forse, quando l'abuso sia stato commesso in un'area boschiva colpita da incendi». Ma, oltre che per i motivi sopradetti, tale tesi non ci pare condivisibile in quanto occorre valutare la sanabilità dell'opera con riguardo ai limiti posti dall'art. 39, 1° e 2° comma, legge n. 724 del 1994; inoltre va ricordato che l'estinzione dei reati relativi alla violazione dei vincoli ai sensi dell'art. 39, 8° comma, legge n. 724 del 1994, richiede la sanatoria dell'opera⁶⁵.

Il testo originario dell'art. 39, 4° comma (5° periodo), legge n. 724 del 1994, pare, invece, escludere ogni dubbio sulla natura perentoria dei termini fissati per il pagamento della oblazione, la cui inosservanza anche nel caso di pagamento parziale comporta l'applicazione delle sanzioni penali richiamate dagli artt. 40 e 45, legge n. 47 del 1985. Peraltro la previsione dell'art. 2, 40° comma, legge 23 dicembre 1996, n. 662, che «il mancato pagamento dell'oblazione nei termini previsti dall'art. 39, 5° comma, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, e successive modificazioni, comporta l'applicazione dell'interesse legale annuo sulle somme dovute, da corrispondere entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge», fissa un nuovo termine di pagamento della oblazione anch'esso da intendersi come perentorio.

Infine, chiaramente si coglie la rilevanza della *tempestività della presentazione della domanda di condono*⁶⁶, essenziale alla integrazione della fattispecie estintiva penale per gli scopi perseguiti di chiudere con un passato di illegalità diffusa nonché di consentire all'Erario di incassare le entrate previste, cosicché in sua assenza il giudice accerta la insussistenza di un elemento della fattispecie estintiva e non disapplica l'atto amministrativo illegittimo.

La materia appare particolarmente indicata, quindi, per verificare la tenuta del principio della rilevanza in sede penale della piena legittimità dell'atto amministrativo affermato con riguardo alla oblazione extraprocessuale: gli

⁶⁵ Cfr. par. 12, nt. 33.

⁶⁶ Cfr. Cass. 26 luglio 1988, cit.; Cass. III, 22 marzo 1988, FUJINO, cit.; e MUCCIARELLI, *Art. 38*, cit., p. 107. V., inoltre, Sezioni Unite della Cassazione 12 ottobre 1993 (10 gennaio 1994), PULERA; 19 dicembre 1990 (8 febbraio 1991), LANDOLFI; 19 dicembre 1990, SERIONE (tutte citate in questo capitolo, nt. 19).

argomenti utilizzati per limitare la incidenza della legittimità dell'atto nella fattispecie estintiva in esame negano la validità di tale principio e richiedono che prima venga valutata la struttura della fattispecie estintiva e il significato che in essa assume l'atto amministrativo. Bisogna sempre tenere a mente, oltretutto, che in genere, come nella oblazione del condono edilizio, l'atto amministrativo non ha come *fine* l'estinzione di un reato, il quale può anche non sussistere, ma l'estinzione penale ne costituisce solo un possibile effetto⁶⁷.

14. *Gli abusi che beneficiano del condono edilizio.* – Nelle concezioni accolte riceve anche corretto inquadramento l'affermato ed indiscutibile potere del giudice penale di valutare che l'abuso edilizio sia tra quelli che possono usufruire del condono edilizio, in particolare con riferimento all'*epoca di effettuazione dell'abuso*⁶⁸, potere, s'è detto, del tutto estraneo alla problema-

⁶⁷ V. TRAVI, *Repressione*, cit., p. 261.

⁶⁸ Cfr. Cass. III, 8 maggio 1991, LIGRESTI, in *Riv. giur. ed.*, 1992, I, p. 1004 s.; Cass. III, 23 marzo 1989, FUJINO, in *Riv. giur. ed.*, 1991, I, p. 261 s.; Cass. III, 21 settembre 1989, BORTURA, in *Riv. pen.*, 1990, p. 591 (s.m.); Cass. III, 30 maggio 1988 (28 dicembre 1988), ROMAGNOLI, in *Cass. pen.*, 1990, p. 659; Cass. 26 luglio 1988, in *Riv. pen.*, 1989, p. 512; Cass. 17 maggio 1988, in *Riv. pen.*, 1989, p. 309; Cass. 23 febbraio 1988, GAMBINO, in *Cass. pen.*, 1989, p. 882; App. Trento 20 febbraio 1989, in *Riv. giur. ed.*, 1989, I, p. 1050. Va, comunque, rilevato che in caso di incertezza sulla data di consumazione del reato il dubbio debba andare risolto in favore dell'imputato (v. Cass. III, 3 aprile 1994 (24 gennaio 1994), LIACI, in *Riv. pen.*, 1994, p. 1241 s.).

È appena il caso di evidenziare, per sottolineare una volta di più la estraneità dei principi amministrativistici alla sfera penale, la decisione del Cons. Stato V, 14 aprile 1993 n. 496, in *Riv. giur. ed.*, 1993, p. 872 s., e in *Giur. it.*, 1993, III, 1, p. 838, secondo cui è illegittimo, una volta intervenuto il silenzio-accoglimento, il provvedimento sindacale di diniego della sanatoria ai sensi dell'art. 31 s., legge n. 47 del 1985, basato sulla mancata ultimazione dei lavori abusivi entro la data del 1° ottobre 1983, in quanto non si tratterebbe di un requisito ostativo al formarsi del silenzio-accoglimento (contro Cons. Stato V, 30 marzo 1983 n. 538, in *Cons. Stato* 1993, fasc. 3; in dottrina MILLEFIORI, *Sulla configurabilità del silenzio-assenso ex art. 45, legge n. 47 del 1985 in relazione alle opere ultimate oltre la data del 1° ottobre 1983*, in *Riv. giur. ed.*, 1994, I, p. 817 s.; OCCHIENA, *Osservazioni in tema di silenzio-assenso e condono edilizio*, in *Riv. giur. ed.*, 1995, II, p. 127 s.), il sindaco dovrebbe invece adottare un provvedimento di autotutela «annullando il silenzio accoglimento così formatosi – i cui effetti sono equivalenti a quelli di un rilascio di concessione in sanatoria – mediante un provvedimento espresso, richiedente adeguata motivazione e previa le valutazioni ... dell'esistenza del pubblico interesse concreto, del lasso di tempo trascorso e della posizione acquisita dal privato» (v. Tar Piemonte I, 2 febbraio 1995, n. 25, in *Riv. giur. ed.*, 1995, I, p. 500).

Va segnalata una giurisprudenza minoritaria (v. ad es. Pret. Bari 14 novembre 1986, in *Giur. merito*, 1987, III, p. 1294 s.) che reputa estinguibili ai sensi dell'art. 38, legge n. 47 del 1985, anche le contravvenzioni edilizie realizzate dopo il termine fissato (1° ottobre 1983) e prima dell'entrata in vigore della legge stessa, considerando tale ipotesi una specie di quelle non sanabili dal punto di vista amministrativo che pure, in seguito al pagamento della oblazione, possono estinguersi penalmente. In dottrina, in tal senso, cfr. STURALE, *La sospensione*, cit., pp. 96-97; in senso contrario, fra le tante, Pret. Bari 7 ottobre 1987, in *Foro it.*, 1988, II, p. 263 s.; Pret. Milano 13 febbraio 1986, in *Riv. giur. ed.*, 1986, I, p. 883 s.

tica dell'accertamento della legittimità della oblazione in quanto si tratta di individuazione dei limiti di applicazione della fattispecie estintiva, senza che l'atto amministrativo debba essere preso preliminarmente in considerazione⁶⁹. Erra, pertanto, la Cassazione 9 gennaio 1989, Bisceglia⁷⁰, quando pone alla base della sua critica alla negazione della disapplicazione di atti amministrativi illegittimi che non ledono diritti soggettivi delle Sezioni Unite 31 gennaio 1987, Giordano⁷¹, proprio l'argomento che così ragionando i «giudici neanche potrebbero controllare la sussistenza di quel fondamentale presupposto di legge che è la ultimazione dei lavori in tempo antecedente al 1° ottobre 1983⁷² (art. 31, 1° comma, legge n. 47 del 1985)», essendo tale controllo insito nel potere del giudice penale di valutare se l'illecito al suo esame rientri o meno tra quelli suscettibili di estinzione penale per effetto del condono, preliminare a qualsiasi valutazione sulla sussistenza e sulla validità dell'atto amministrativo elemento della fattispecie estintiva, che, nel caso di risposta negativa al quesito preliminare, non può in alcun modo venire in considerazione nel processo.

Con riguardo al nuovo condono rientra nell'ambito dei poteri del giudice penale testé definiti anche la valutazione del rispetto dei *limiti riguardanti la dimensione degli abusi*⁷³ di cui all'art. 39, 1° comma, legge n. 724 del 1994⁷⁴, e di quelli relativi ai *rapporti di vicinato* di cui all'art. 39, 2° comma, legge n. 724 del 1994. Infatti, come nota esattamente la Consulta⁷⁵, «la norma dell'art. 39, 1° comma, ha un chiaro intento limitativo, cioè di escludere in radi-

⁶⁹ Cfr. in questo studio, par. 6.

⁷⁰ In *Cass. pen.*, 1990, p. 135 s., su cui ampiamente cfr. il nostro, *L'atto*, cit., cap. I, par. 2 e *passim*.

⁷¹ Citata nel primo capitolo nt. 11. Cfr. in tema, il nostro, *L'atto*, cit., cap. I, par. 2.

⁷² Ricordiamo che il termine di ultimazione delle opere fissato dall'art. 39, legge n. 724 del 1994 (nuovo condono), è il 31 dicembre 1993.

⁷³ Pertanto, esattamente esclude che vada sospeso il procedimento penale relativo ad abusi edilizi eccedenti i limiti massimi di volumetria previsti nell'art. 39 in questione, Cass. III, 31 maggio 1995, SIMIOLI, in *Riv. giur. ed.*, 1995, I, p. 1198 s.

⁷⁴ Si cfr., peraltro, al riguardo l'inciso contenuto nell'art. 39, 16° comma, il quale, stabilendo i casi in cui l'importo della oblazione deve essere ridotto, dispone che si applichino le riduzioni di cui all'art. 34, 7° comma, legge n. 47 del 1985, concernente impianti destinati ad attività industriali, commerciali, turistico-ricreative ecc., «anche in deroga ai limiti di cubatura di cui al 1° comma del presente articolo». Il che evidenzierrebbe secondo Pret. Roma, Zaccaria, cit. in questo capitolo nt. 41, la evanescenza dei limiti volumetrici di cui all'art. 39, 1° comma, con riguardo alle opere abusive «aventi destinazioni d'uso maggiormente confliggenti con le esigenze della tutela del paesaggio».

⁷⁵ V. Corte cost. 18-23 luglio 1996, n. 302, inedita. Nella sentenza vengono anche specificate le ipotesi in cui è possibile presentare distinte richieste di sanatoria per distinte porzioni di una costruzione unitaria.

ce, dall'applicazione della riviviscenza delle disposizioni del condono-oblazione di cui ai Capi IV e V della legge 28 febbraio 1985, n. 47 e successive modificazioni ed integrazioni, le opere abusive ultimate dopo il 31 dicembre 1993 o che abbiano comportato un «ampliamento del manufatto superiore al 30% della volumetria della costruzione originaria ovvero, indipendentemente dalla volumetria iniziale, un ampliamento superiore a 750 metri cubi». Come correttivo è stato, inoltre, disposto che le anzidette disposizioni «trovano, altresì, applicazione alle opere abusive realizzate nel termine di cui sopra e relative a nuove costruzioni non superiori ai 750 metri cubi per singola richiesta di concessione edilizia in sanatoria». Anche in tali casi, dunque, la eventuale sussistenza di una fattispecie estintiva non può che essere valutata dopo l'accertamento della natura e dimensioni dell'abuso, cosicché solo se questo risulti tra quelli ricompresi nel nuovo condono potrà valutarsi la integrazione della fattispecie estintiva anche alla luce dell'art. 39, 4° comma (periodo 5°), legge n. 724 del 1994, e dell'art. 40, 1° comma, legge n. 47 del 1985⁷⁶. Le stesse considerazioni valgono per l'esclusione dal nuovo condono delle costruzioni abusive realizzate sopra e sotto il soprassuolo boschivo distrutto o danneggiato per cause naturali o atti volontari (art. 2, n. 51, legge 22 dicembre 1996, n. 662).

Ancor più evidente il profilo squisitamente penalistico della preclusione soggettiva a godere del beneficio della estinzione del reato edilizio prevista nel nuovo condono con riguardo ai soggetti condannati in via definitiva per i reati di cui agli artt. 416 *bis*, 648 *bis* e 648 *ter* cod. pen., la cui insussistenza deve essere valutata evidentemente (anche) dal giudice penale preliminarmente alla valutazione della integrazione della fattispecie estintiva e, dunque, a prescindere dall'esame della oblazione eventualmente effettuata dall'autore dell'abuso⁷⁷.

⁷⁶ Occorre sottolineare la distinzione tra le ipotesi di insanabilità di cui agli artt. 32 e 33, legge n. 47 del 1985, *interne*, per così dire, al sistema dei condoni del 1985 e del 1994 e che non escludono gli effetti estintivi penali dell'oblazione, e quelle di cui all'art. 39, 1° e 2° comma, legge n. 724 del 1994, che sono escluse radicalmente dal condono del 1994 ad ogni effetto.

⁷⁷ Cfr. art. 39, 1° comma, legge n. 724 del 1994, come modificato dall'art. 2, n. 37, lett. b), legge 23 dicembre 1996, n. 662, cit. in questo capitolo, nt. 3.

Per le opere poste in essere dai soggetti in questione l'art. 39, 12° comma, legge n. 727 del 1995, prevede che «la sentenza del giudice penale che irroga le sanzioni di cui all'art. 20 della legge 20 febbraio 1985, n. 47, dispone la confisca. Per effetto di tale confisca, le opere sono acquisite di diritto e gratuitamente al patrimonio indisponibile del comune sul cui territorio insistono. La sentenza di cui al presente comma è titolo per l'immediata trascrizione nei registri immobiliari».

15. *La valutazione giudiziaria delle domande di sanatoria e di condono ai fini della sospensione del "procedimento" penale.* – Costituisce una questione diversa da quella in esame, cui si cenna per completezza, la valutazione del giudice penale della sussistenza dei presupposti della sospensione dell'azione⁷⁸ o del procedimento penale in conseguenza della presentazione delle domande di sanatoria o di condono.

Certamente debbono essere accertate in ambedue le ipotesi la pendenza di un procedimento di sanatoria o di oblazione su istanza del responsabile dell'abuso per cui si procede e la identità dell'abuso *sub iudice* con quello di cui al procedimento amministrativo.

Con riguardo alla *sanatoria di regime* i principi già affermati fanno escludere che possa essere sindacata la relativa istanza⁷⁹ sotto il profilo della conformità dell'abuso agli strumenti urbanistici, essendo tale dato irrilevante ai fini della stessa estinzione del reato edilizio⁸⁰, mentre riteniamo rilevante la competenza dell'organo cui è diretta. Dubbi sorgono, invece, riguardo alla rilevanza di alcuni elementi estrinseci di ricevibilità ed ammissibilità della domanda in sanatoria⁸¹, in particolare la capacità e legittimazione dell'istante e i requisiti formali della istanza. La lettera della legge, che sembra condiziona-

⁷⁸ GIORGIO, nota a Cass. III, 13 febbraio 1989, FALABELLA, in *Foro it.*, 1990, II, p. 243, pone la questione, senza dare esaustiva risposta, se la sospensione dell'azione penale ai sensi dell'art. 22, legge n. 47 del 1985, si riferisca anche al *procedimento*: fase delle indagini preliminari di pertinenza del p.m., oppure esclusivamente al *processo*: fase successiva che fa seguito all'esercizio dell'azione penale ex art. 554 cod. proc. pen. nel rito pretorile. In tema si pronuncia di recente Cass. III, 3 marzo 1993, STRIANESE, in *Riv. giur. ed.*, 1994, I, p. 211 s., secondo cui la sospensione non riguarda la fase delle indagini preliminari ma soltanto quella del processo, sulla base del dato che nel nuovo codice di procedura penale l'esercizio dell'azione penale (cui fa riferimento l'art. 22 cit.) coincide con la richiesta di rinvio a giudizio o con la formulazione della imputazione nei riti differenziati. Nel senso che tale sospensione possa applicarsi anche in sede di indagini preliminari, v. NOVARESE, *Sospensione dell'azione penale e prescrizione*, in *Riv. giur. ed.*, 1993, I, p. 723 s.

⁷⁹ Cfr. PRICOLO, *Sulla sospensione*, cit., p. 519.

⁸⁰ In senso contrario v. SEVERINI, *Art. 22*, cit., p. 648 s. In giurisprudenza, nel senso che la sospensione del procedimento penale richiede la valutazione da parte del giudice penale non solo della presentazione della domanda di sanatoria al comune competente, ma anche della sussistenza di tutte le condizioni ed i requisiti di conformità dell'opera agli strumenti urbanistici, v. Cass. III 21 febbraio 1990, MARINO, in *Riv. giur. ed.*, 1991, I, p. 1187 s.; Cass. III, 3 marzo 1992, STAIANO, in *Riv. pen.*, 1993, p. 333 (s.m.).

⁸¹ In tal senso cfr. Pret. Milano 18 febbraio 1988, in *Riv. giur. ed.*, 1988, I, p. 491, in cui si afferma che «spetta sicuramente al giudice di merito anche in ordine alla sospensione di cui agli artt. 13 e 22, 1° comma, della legge n. 47 del 1985, un potere di sommario e più generale controllo sulla sussistenza dei presupposti e delle condizioni giuridiche indispensabili ai fini di ottenere la sanatoria», e, in dottrina, SEVERINI, *Art. 22*, cit., p. 648, che però limita il potere deliberativo del giudice penale agli elementi estrinseci di ricevibilità ed ammissibilità dell'istanza di sanatoria. In senso contrario, invece, DE ROBERTO G., in CONSO-GREVI, *Commentario*, cit., p. 65.

re la sospensione alla semplice presentazione della istanza⁸², la estraneità alla materia della previsione dell'art. 479 cod. proc. pen. (art. 20 cod. proc. pen. 1930), non trattandosi né di questione pregiudiziale⁸³ né di controversia in atto, ed, infine, la struttura dell'art. 22, che sembra trovare fondamento in specifiche ragioni⁸⁴ comportanti *sic et simpliciter* l'esclusione di qualsiasi interferenza del giudice penale riguardo alla sospensione brevissima del procedimento penale⁸⁵, sono contraddetti dalla estensione, prevista da ultimo nell'art. 8, n. 8, D.L. 24 settembre 1996, n. 495, peraltro non convertito in legge, della sospensione dell'azione penale fino all'esaurimento dei ricorsi giurisdizionali contro il diniego della concessione in sanatoria, con scelta ritenuta esente da vizi di illegittimità costituzionale dalla Consulta⁸⁶.

Con riguardo al *condono edilizio*, assume rilevanza per la sospensione del procedimento penale ai sensi dell'art. 38, 1° comma, legge n. 47 del 1985⁸⁷ anche la tempestività della domanda di avvio del procedimento⁸⁸. Mentre l'esame della astratta possibilità dell'abuso di godere della causa estintiva del reato, esclusa nelle ipotesi in cui si tratti di reati per cui non è previsto l'effetto estintivo o di abusi che risalgano a data posteriore al termine di legge o di abusi di non contenuta rilevanza o che violino diritti di vicinato o, comunque, commessi da mafiosi o riciclatori (art. 39, 1° e 2° comma, legge n. 724 del 1994), non riguarda propriamente la domanda di condono, ma la stessa astratta possibilità dell'illecito di essere estinto penalmente, cosicché una valutazione negativa di tale profilo conduce alla negazione della sospensione del procedimento penale a prescindere da ogni valutazione sulla domanda di condono⁸⁹.

⁸² Cfr. BENINI, *Legge*, cit., p. 197; e PRICOLO, *Sulla sospensione*, cit., p. 519 s.

⁸³ V. in tema Cass. III, 4 luglio 1991, in *Riv. giur. ed.*, 1991, I, p. 1179.

⁸⁴ Cfr. il nostro, *L'atto*, cit., cap. IV, par. 5.

⁸⁵ Cfr. per tale conclusione il nostro, *L'atto*, cit., cap. V, par. 10.

⁸⁶ V. Corte cost. 18-22 luglio 1996, n. 270, in senso contrario v. Cass. III, 10 maggio 1995 (ord.), CAMERINO, in *Riv. giur. ed.*, 1995, I, p. 783 s.

⁸⁷ V. il testo in questo capitolo, nt. 10.

⁸⁸ Il termine disposto per la presentazione della domanda di condono edilizio è perentorio e la sua osservanza è valutabile da giudice penale (v. in questo studio par. 13, nt. 66). Non è, invece, perentorio il termine per la presentazione della domanda di concessione in sanatoria (v., in questo studio, par. 7).

⁸⁹ La giurisprudenza ritiene che la semplice presentazione della domanda di condono edilizio non determini la sospensione automatica del procedimento penale per gli abusi edilizi, dovendo essere accertata la sussistenza in concreto dei presupposti normativamente regolati, tra cui, in particolare, il completamento dell'opera entro il termine di legge (v. Cass. III, 20 giugno 1989 (12 luglio 1989), TONIN, in *Riv. pen.*, 1990, p. 778; Cass. III, 30 maggio 1988 (28 dicembre 1988), ROMAGNOLI, in

La giurisprudenza⁹⁰ ritiene che la sospensione del procedimento disposta dal giudice penale, sia ai sensi dell'art. 22 che ai sensi dell'art. 38, legge n. 47 del 1985, abbia natura dichiarativa di situazioni predeterminate normativamente, la cui assenza pertanto comporterebbe la inoperatività degli effetti propri della sospensione e, dunque, la continuazione del decorrere del tempo necessario per la prescrizione⁹¹.

Una volta sospeso il procedimento di condono, sia l'inerzia del sindaco nel rilascio dei provvedimenti di competenza, sia quella eventuale del richiedente nel pagamento delle somme autoliquidate o del conguaglio, superati i termini di legge o quelli determinati dal provvedimento sindacale, non ne pro-

Cass. pen., 1990, p. 659 (s.m.); Cass. 3 febbraio 1988, in Cass. pen., 1989, p. 885; Cass. 8 gennaio 1987, in Riv. pen., 1987, p. 982; Cass. 1° ottobre 1986, in Riv. giur. ed., 1987, I, p. 1123; Cass. 23 febbraio 1987, in Cass. pen., 1988, p. 918; Cass. 7 aprile 1987, in Riv. pen., 1988, p. 76; Cass. 28 luglio 1987, in Riv. pen., 1988, p. 397; Cass. 22 settembre 1987, in Riv. pen., 1988, p. 646), con onere dell'imputato di allegare gli elementi di fatto atti a provare tale circostanza (v. Cass. 23 giugno 1987, AMICI, in Cass. pen., 1989, p. 882; Cass. III, 6 ottobre 1989, DE LISI, in Cass. pen., 1990, pp. 669-670, s.m.); e la presentazione della domanda di sanatoria nei termini di legge (cfr. Cass. 26 luglio 1988, in Riv. pen., 1989, pp. 141-142; Cass. 8 aprile 1988, in Riv. pen., 1989, p. 190; Pret. Alatri 6 novembre 1985, in Riv. giur. ed., 1987, I, pp. 162-163). In tal senso, in tema di nuovo condono, v. Cass. III, 31 maggio 1995, SIMEOLI, in Riv. giur. ed., 1995, I, p. 1198 s.

Cass. III, 2 maggio 1988 (11 febbraio 1989), MASCOLO, in Cass. pen., 1990, p. 660, afferma che ai fini della sospensione del procedimento penale a seguito della presentazione della domanda di sanatoria ex art. 38, legge n. 47 del 1985, il giudice deve accertare la tempestività della stessa, l'effettuazione del versamento richiesto e che l'istanza non sia dolosamente infedele. Sostanzialmente conforme BENINI, Legge, cit., p. 197, che giustifica la differente soluzione rispetto alla sospensione per la sanatoria di regime con la autonomia degli aspetti penali rispetto a quelli amministrativi riscontrabili nelle norme sul condono edilizio. La stessa lettera dell'art. 44, ove la sospensione è riferita ai procedimenti penali "attinenti al presente capo", cioè agli abusi edilizi commessi entro il termine di legge, dimostrerebbe che non viene riservato alla autorità amministrativa l'accertamento dei presupposti temporali del beneficio, poiché in tal caso avrebbe dovuto essere prevista una sospensione generalizzata di tutti i procedimenti penali in materia urbanistico-edilizia. MUCCIARELLI, Art. 38, cit., p. 108, limita il controllo del giudice penale in tale fase alla sussistenza dei presupposti della oblazione, rimanendo escluso il sindacato sulla ammissibilità in concreto della domanda di oblazione. Nel senso che la sospensione del procedimento penale ha luogo in base a una sommaria delibazione dei relativi presupposti, in particolare oggetto e termini della domanda, cfr. FORTUNA, in Condono, cit., p. 155 s.

⁹⁰ V. Cass. Sez. Un. 27 marzo 1992 (7 aprile 1992), PASSEROTTI, in Cass. pen., 1992, 2066 s.; Cass. III, 27 luglio 1991, TEDESCO, in Giust. pen., 1992, II, p. 586 (s.m.).

⁹¹ Per Cass. VI, 17 novembre 1989 (21 marzo 1990), BACHIS, in Riv. pen., 1991, p. 83 (s.m.), laddove il provvedimento di sospensione riguardi un manufatto abusivo realizzato dopo il termine fissato dalla legge esso si deve ritenere irrivalentemente adottato e non realizza una causa di sospensione della prescrizione del reato.

Per Cass. III, 11 novembre 1993 (20 dicembre 1993), CAMIZZI, in Riv. pen., 1994, p. 1177 (s.m.), qualora la sospensione del procedimento sia dichiarata legittimamente, ricorrendo i presupposti di cui agli artt. 31 e 38, legge n. 47 del 1985, il successivo accertamento della inesistenza dei requisiti per l'applicazione della causa estintiva comunque non fa venire meno la legittimità della ordinanza sospensiva e la conseguente sospensione della prescrizione

vocano il blocco, in quanto nel primo caso il procedimento riprende e si conclude con l'accertamento dell'integrazione della fattispecie estintiva in forza del silenzio-assenso, mentre nel secondo caso riprende per concludersi con l'accertamento della responsabilità penale⁹².

Va, infine, precisato che riteniamo estraneo al procedimento penale, salva la facoltà di avvalersi dell'art. 479 cod. proc. pen., l'eventuale contenzioso sulla determinazione sindacale del conguaglio, perché la disposizione dell'art. 39, legge n. 47 del 1985, sembra riferirsi esclusivamente all'espletamento del procedimento amministrativo nei termini di cui all'art. 35 e, d'altra parte, la ratio delle disposizioni estintive penali sembra essere quella di garanzia del fine fiscale di un agile e pronto introito delle somme dovute. Nulla impedisce, peraltro, all'istante che voglia avvalersi degli eccezionali benefici del condono edilizio di versare integralmente le somme richieste e, quindi, conseguire il beneficio dell'estinzione penale, poiché la illegittimità della quantificazione dell'oblazione non sembra ripercuotersi sulla efficacia estintiva penale del suo pagamento né in caso di errore per difetto né in caso di errore per eccesso. Salva la facoltà di ricorrere contro la determinazione sindacale dell'oblazione alle autorità competenti⁹³ e richiedere il rimborso delle somme versate in eccedenza⁹⁴.

⁹² In tema, in generale, v. MUCCIARELLI, Art. 38, cit., p. 107; in giurisprudenza v. Cass. IV, 13 maggio 1991 (21 ottobre 1991), ROBUSTELLI, in Riv. pen., 1992, p. 363. Esplicitamente in tal senso l'art. 39, 4° comma (periodo 5°), legge n. 724 del 1994.

⁹³ Frutto della pedissequa applicazione dei principi amministrativistici in materia pare l'affermazione (v. Cass. 29 marzo 1940, Soc. cons. produttori zucchero e Finanza, in Rep. Foro it., 1940, Tasse e imp. in genere, p. 1656, nntt. 97-98) che, nel caso in cui il contribuente si sia opposto all'ingiunzione di pagamento del tributo, per conseguire l'oblazione è necessaria la rinuncia indirizzata a render definitivo ed irrevocabile il pagamento, che, pertanto, non può essere intesa come semplice rinuncia agli atti del giudizio, bensì come rinuncia all'azione. Intervenuta l'oblazione, non sarebbe più consentito al contribuente riproporre la domanda di rimborso del tributo (anche sotto forma di ripetizione dell'indebitato) e pretendere che rimanga ferma l'estinzione del reato, dato che l'eventuale illegittimità dell'attività della pubblica amministrazione non potrebbe non ripercuotersi sul provvedimento in tutta la sua integrità.

⁹⁴ Cfr. MAZZA, Oblazione, cit., pp. 599 e 601. Inoltre v. MANGIONE, L'atto, cit., p. 371 s., che peraltro procede dalla petizione di principio che l'atto amministrativo illegittimo non deve essere applicato dall'autorità giudiziaria ordinaria e confonde il profilo della legittimità dell'atto amministrativo con il potere del giudice penale di valutare l'ammissibilità della oblazione per l'ipotesi di reato al suo esame.